УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ОДГОВОРНОСТ ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА

-докторска дисертација-

Ментор

Проф. др Драган Јовашевић

Кандидат

Горан В. Ђорђевић

Ниш, 2014.

САДРЖАЈ

Увод

I Основи одговорности за међународна кривична дела

1. Увод 7
2. Идеолошки основи одговорности за међународна кривчна дела 8
3. Утицај доктрине људских права на међународно кривично право 10
4. Појмовно одређење међународног кривичног права 12
5. Међународно кривично право као космополитско право 18
6. Трансформација рата и одговорност за међународна кривична дела 21
7. Међународна кривична дела и кривична одговорност 24
   7.1.Појам међународних кривичних дела 25
   7.2.Елементи међународних кривичих дела 28
   7.3.Критеријуми за одређивање међународних кривичних дела 30
   7.3.1.Општи критеријуми за одређивање међународних кривичних дела 30
   7.3.2.Посебни критеријуми за одређивање међународних кривичних дела 37
   7.4.Врсте међународних кривичних дела 43
8. Закључна разматрања 46

II Извори одговорности за међународна кривична дела

1.Увод 49
2.Примарни извори одговорности за међународна кривична дела 52
  2.1.Међународни уговори 52
  2.2.Статути *ad hoc* трибунала 53
  2.3.Општа правна начела призната од стране просвећених народа 56
  2.4.Општа начела међународног кривичног права 58
3.Секундарни извори одговорности за међународна кривична дела 61
  3.1. Међународни обичаји као извор права 61
  3.2. Судска пракса као извор права 67
  3.3. Правна теорија као извор права 71
4.Закључна разматрања 72

III Међународна кривична дела

1.Увод 75
2.Геноцид 75
  2.1.Појам кривичног дела 75
  2.2.Обележја кривичног дела 79
  2.3.Група као објекат заштите кривичног дела 80

2.4.Намера - *conditio sine qua non* дела геноцида 85
2.5.Одговорност државе за кривично дело 95
2.6.Геноцид и друга кривична дела 99
2.7.Закључна разматрања 105
3. Агресија 108
3.1.Појам кривичног дела 108
3.2.Обележја кривичног дела 113
3.3.Облици кривичне одговорности за кривично дело 119
3.4.Закључна разматрања 121
4.Злочин против човечности 124
4.1.Појам кривичног дела 124
4.2.Обележја кривичног дела 128
4.3.Објекат заштите кривичног дела 133
4.4.Субјективни елементи кривичног дела 135
4.5.Злочин против човечности и друга кривична дела 138
4.6.Закључна разматрања 139
5.Ратни злочини 144
5.1.Појам кривичног дела 144
5.2.Обележја кривичног дела 145
5.3.Објективни елементи кривичног дела 152
5.4.Субјективни елементи кривичног дела 153
5.5.Закључна разматрања 154

IV Кривична одговорност организованих ентитета

1.Увод 157
2.Историјски развој кривичне одговорности организованих ентитета 159
3.Правна природа кривичне одговорности организованих ентитета 169
4.Кривична одговорност појединих организованих ентитета 173
4.1.Одговорност извршних органа ентитета 177
4.2.Одговорност државе 180
4.2.1.Правна природа кривичне одговорности државе 185
4.2.2.Карактеристике кривичне одговорности државе 190
4.2.3.Кривична одговорност државе и санкције 204
5.Закључна разматрања 207

V Индивидуална кривична одговорност

1.Увод 221
2.Одговорност у међународном кривичном праву 223

2.1.Историјски развој кривичне одговорности за међународна кривична дела 226
2.2.Објективна одговорност за међународна кривична дела 236
3.Колективна одговорност 240
3.1.Појам колективне одговорности 240
3.2.Правна природа колективне одговорности 241
4.Закључна разматрања 246

VI Командна одговорност

1.Увод 251
2.Правна природа командне одговорности 254
3.Командна одговорност и саучесништво 255
4.Карактеристике командне одговорности 257
4.1.Однос надређени-подређени 257
4.2.Сазнање у командној одговорности 266
4.3.Нужне и разумне мере 272
4.4.Виност и командна одговорност 277
4.5.Одговорност за дела пре стицања статуса надређеног 280
5.Командна одговорност у српском законодавству 287
6.Командна одговорност у Статуту Међународног кривичног суда 292
7.Закључна разматрања 295

VII Одговорност за заједнички злочиначки подухват

1.Увод 305
2.Историјски развој одговорности за заједнички злочиначки подухват 307
3. Заједнички злочиначки подухват у јуриспруденцији *ad hoc* трибунала 314
4.Заједнички злочиначки подухват у међународним документима 323
4.1.Историјски развој одговорност за заједнички злочиначки подухват 323
4.2.Статут Нирнбершког суда 325
4.3.Пракса Хашког трибунала 329
4.4.Статут специјалног суда за Сиера Леоне 338
4.5.Статут Међународног кривичног суда 339
4.6.Заједнички злочиначки подухват у светлу међународног обичајног права 344
5.Правна природа заједничког злочиначког подухвата 353
6.Елементи одговорности за заједнички злочиначки подухват 359
6.1.Објективни елементи заједничког злочиначког подухвата 360
6.1.1.Плуралитет особа 361
6.1.2.Постојање заједничког плана 362
6.1.3.Учешће окривљеног у заједничком плану 363
6.2.Субјективни елементи заједничког злочиначког подухвата 366
7.Облици заједничког злочиначког подухвата 372

8.Заједнички злочиначки подухват и други облици кривичне одговорности 381
8.1.Помагање и подржавање 381
8.2.Завера 389
8.3.Посредно извршилаштво 402
9.Закључна разматрања 411

Закључак
Литература

УВОД

Последња деценија XX века, а посебно прва деценија XXI века, карактеристична је по „експоненцијалном“ расту теоријског интереса ка проучавању филозофских, политичко-правних и других вредносних погледа на одговорност за међународна кривична дела, који има за циљ практичну имплементацију овог идејног комплекса у међународне судске институције и националне легислатуре. Овоме се додаје чињеница да је последњу декаду XX века обележио велики број ратних сукоба који су били карактеристични по масовном кршењу норми међународног хуманитарног права, што је довело до установљавања већег броја *ad hoc* трибунала, хибридних судова, као и оснивања сталног Међународног кривичног суда који су у својим статутима различито одређивали појам, правну природу и поступак утврђивања одговорности за међународна кривична дела. Тако одређен проблем овог истраживања може се формулисати у виду следећег питања: „Како утврдити основне принципе одговорности за међународна кривична дела, имајући у виду начело стриктне законитости, начело индивидуалне кривичне одговорности, као и промене и трансформације не само међународних кривичних дела, већ и криминогених појава које представљају међународна кривична дела, посебно имајући у виду критички осврт на теоријска решења, као и имајући у виду неконзистентну праксу утврђивања одговорности за међународна кривична дела, а која би остала у разини индивидуалне одговорности, не стварајући могућност за креирање објективне одговорности?“.

Имајући у виду овакве теоријске оквире са којима се кренуло у кодификације међународног кривичног права почев од усвајања Резолуције о потврди начела међународног права признатих Статутом Нирнбершког суда, са наглашеним задатком да се крене у свеобухватан поступак доношења нацрта Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства, у оквиру Међународног кривичног кодекса, јасно је да одговорност за међународна кривична дела своје исходиште има не само у заоставштини великих ратова у којима не само да се није примењивало међународно хуманитарно право, већ се исто и свесно кршило, као и у друштвеном и историјском тренутку, па и у концепцији космополитског права као „јавног права човечанства“. Томе у прилог иде и схватање које је јасно изражено у резолуцијама Савета безбедности ОУН у периоду након окончања хладног рата да повреде људских права представљају директан напад на међународни мир и безбедност[1].

Будући да нормативне основе одговорности за међународна кривична дела можемо тражити (и пронаћи) у оквирима хашких конвенција, Универзалне декларације о људским правима, Повеље УН, Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, женевских конвенција, допунских Протокола уз женевске конвенције, као и статутима *ad hoc* трибунала и Статуту Међународног кривичног суда, јасно је да одговорност за међународна кривична дела има своје основе у међународном праву. Из ових извора су јуриспруденције великог број земаља у своја национална законодавства инкорпорирале различите принципе одговорности. На другој страни је чињеница да одговорност за међународна кривична дела има своје јасно утемељење у судској пракси међународних судова (Међународни војни суд у Нирнбергу, Међународни Трибунал за Далеки Исток у Токију, Међународни суд за кривично гоњење особа одговорних за тешка кршења

[1] Резолуција Савета безбедности број 713/1991, Резолуција Савета безбедности број 771/1992.

међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 1991.године (у даљем тексту: Хашки трибунал), Међународни кривични трибунал за Руанду). На овом месту умесно је подсетити на чињеницу да данас постоји преко двадесет међународних судова и поред њих још десетина међународних институција које обављају судску или квази судску функцију од којих се један број бави утврђивањем облика одговорности за међународна кривична дела.

Своје изворе принцип одговорности има пре свега у грађанском праву у коме почива на принципу *ubi emolumentum ibi onus.* И у грађанском праву пропусти државе представљају основ одговорности у виду обавезе на накнаду штете које су проузроковане јавним манифестацијама, демонстрацијама или актима тероризма. Уосталом, класично међународно право није правило разлику између грађанске и кривичноправне одговорности, јер су и једна и друга за последицу имале накнаду штете. У том смислу важно је указати на члан 3. Четврте Хашке конвенције из 1907. године, у којој се наводи да је држава одговорна за кршење хашких правила од стране било ког њеног субјекта.

Међутим, за разлику од грађанског права, савремено кривично право заснивало се искључиво на индивидуалној одговорности. То је најпре прописано у Општој декларацији о правима човека. Принцип индивидуалне одговорности „последњи пут“ је потврђен и у пракси Хашког трибунала у одлуци Жалбеног већа у предмету Тадић да се „нико не може сматрати кривично одговорним за радње или послове у којима се није лично ангажовао или на неки други начин учествовао“. У међународном кривичном праву, као и у националним правним системима основна претпоставка за постојање кривичне одговорности је начело индивидуалне кривице: нико не може бити кривично одговоран за радње или послове у којима није лично учествовао или се на неки други начин није ангажовао *(nulla poena sine culpa*). Потврду наведеног става налазимо и у Статуту Међународног кривичног суда.

Међутим, пракса примене облика одговорности за међународна кривична дела указује да је кривично дело (схваћено као општи појам) претворено у полигон за својеврсну објективизацију кривице прелазећи дуг пут од директног умишљаја до несвесног нехата. На комплексност проблема, као и на неопходност утврђивања границе предвидљивости у утврђивању одговорности указивали су бројни теоретичари. Илустративан је резигнирајући закључак Хане Арент: „Ти злочини, чини ми се, више не могу бити схваћени јуристички и баш их то чини чудовишнима. За такве злочине више не постоји адекватна казна: обесити Геринга је, додуше неопходно, али сасвим неадекватно. То значи да та кривица насупрот свеколикој криминалној кривици надмашује и разбија сваки правни поредак. То и јесте разлог што су нацисти у Нирнбергу тако задовољни; они то наравно знају“[2].

На другој страни јесте потреба да се међународно кривично право суочи са утврђивањем кривичне одговорности и прецизно и јасно утврди основне принципе и методе утврђивања одговорности за међународна кривична дела. Такво суочавање није од значаја само за кривично право. Верујемо да има шире и даље домете, као и шири утицај на стварност. Ерик Хобсбаум са правом закључује:„Само искуство рата је природно

[2] Х. Арент у писму Јасперсу, 17. август 1946; *H. Arendt, K. Jaspers, Briefwechsel* 1926-1929, Piper, Munchen, 1985, стр. 90.

помогло да се брутализују и ратовање и политика: ако се прво може водити без обзира на људску или било коју цену, зашто не и друго?[3]“.

Несумњиво је да су политичке идеологије, међународни односи након значајних историјских догађаја, као и трансформација рата (узрокован технолошким напретком) исходили различите облике и концепције одговорности за међународна кривична дела и то као превасходно политички циљ који је доцније добио и своје правно утемељење и нормативну потврду. Зато је неопходно да се одговорност за међународна кривична дела посматра мултидисциплинарно и слојевито. Указујемо да проблемско поље одговорности у међународном кривичном праву уопште, а посебно одговорности за међународна кривична дела, представља недовољно изучено, евидентно „бело поље“ кривичноправне науке у нашој земљи. У том смислу указујемо на уникалан подухват интерпретације одговорности за међународна кривична дела у значајној монографији проф. др Драгана Јовашевића:„Међународна кривична дела: одговорност и кажњивост[4]“.

Теоријски оквир проблема који истражујемо одређен је догађајима који су обележили не само XX век, већ и почетак XXI века, који можемо поједностављено свести на доминирајуће процесе глобализације, информатичке револуције и нарушени однос човека и природе. Ти процеси изазвали су реперкусије и у оквирима поштовања норми међународног хуманитарног права, који је најизраженији у поступку утврђивања кривичне одговорности за међународна кривична дела. Историјско искуство упозорава да је од оснивања УН било „више од сто ратова, у којима је погинуло више од двадесет милиона људи, а који су узроковали седамнаест милиона избеглица, двадесет милиона расељених лица и масовне сеобе народа унутар националних граница и ван њих“[5], као и да су бројни злочини остали некажњени.

Поред тога, овај рад оперише и у теоријским координатама неколицине класика западне мисли посвећене темама кривичне одговорности и одговорности уопште у међународном кривичном праву, попут Лаутерпахта, Радбруха, Келсена, Касезеа, Каи Амбоса, Вилијема Шабаса, Лари Меја, Киаре Дамгард. У оквирима српске кривично правне науке као инспирација послужила су у нашој литератури јединствена истраживања Томе Живановића, Драгана Јовашевића, Зорана Стојановића, Владана А. Василијевића, Љубише Лазаревића.

Хронолошки оквир истраживања одређен је генезом, развојем и кулминацијом одговорности за међународна кривична дела од почека XX века до краја прве декаде XXI века. Крај Другог светског рата означио је уједно и победу либералних политичких идеологија над фашистичким идеологијама. У овом делу незаобилазно је посматрање развоја међународног кривичног права у контексту преовлађујућих државних идеологија и политичких система. Уосталом, не може се побећи од закључка да су идеолошки основи Сила осовине које су биле засноване на концепту *„lebensrauma*“ и расне супериорности и инфериорности имали свој одраз и у погледу поштовања норми хуманитарног права и каснијег процеса утврђивања одговорности. Са таквим наслеђем међународно кривично

[3] Е. Хобсбаум, *Доба Екстрема, Историја кратког Двадесетог века 1914-1991*, Дерета, Београд, 2002, стр. 27.

[4] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела: Одговорност и кажњивост*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010.

[5] Б. Гали , *УН 1945-1995 између признања и покуде*, Службени гласник, Београд, 1995, стр.95.

право након Другог светског рата морало је дати одговор на питања које потичу и из идеолошког дискурса, а који за последицу имају и вршење међународних кривичних дела.

Паралелно са установљењем политичког либерализма као владајуће идеологије, утицај либералних правних и политичких идеја видљив је и у домену међународног кривичног права. Либерализам је ставио појединца тј. јединку на прво место. Одражавајући веровање у „врхунски значај људске јединке у односу на било коју друштвену групу или колективно тело[6]“, појединац врло брзо постаје приоритетни објекат међународног права. То је отворило пут ка утврђивању одговорности надређених за незаконите поступке подређених. У том смислу и изразито хијерархијска установа као што су то оружане снаге не представља изузетак[7]. Управо су природноправна школа и рационалистичке теорије омогућили да се и одговорност за кривична дела посматра знатно шире употребом дистрибутивног схватања кривице. Овако широк приступ у схватању одговорности директно је изнедрио доктрину командне одговорности (не занемарујући овом приликом покушаје да се командна одговорност заснује још у хашким конвенцијама, као и у окриљу Друштва народа), као и одговорност која се заснива на учешћу у заједничком злочиначком подухвату.

Крај следећег рата познатијег као „хладни рат“ означио је нови почетак за међународно кривично право у целини. Идеје и појавни процеси кодификације који су још педесетих година прошлог века утихнули пред долазећом блоковском поделом, поново су добили на актуелности. Тако је и кривична одговорност за међународна кривична дела доживела на крају века „велику реконструкцију“ у пракси *ad hoc* трибунала. Након Нирнберга и Токија, те кратког и непримереног случаја примене института командне одговорности у предмету „Маи Лаи“, као и једног делимично успешног јуридичког захвата (у виду Првог и Другог допунског Протокола који није био обавезујући будући да га нису ратификовали најзначајнији чланови међународне заједнице тог времена[8]), тек оснивањем *ad hoc* трибунала одговорност за међународна кривична дела поново долази у жижу интересовања судске праксе, а потом и правне теорије.

Рат је одавно постао репрезентативна константа времена, али не и привођење правди одговорних лица за најтежа кршења међународног хуманитарног права. Један од таквих инструмената представљају доктрине дистрибуције кривичне одговорности која је имала за циљ да додатно појача правну заштиту у условима рата у коме је однос према људском животу од почетка сведен на ниво инстинкта и најгрубље људске природе. Паралелно су настајали и други супститути кривичног права у виду доктрине о заједничком злочиначком подухвату, те кривичне одговорности држава који данас иду до крајњих граница са предлозима да се уведе кривична одговорност међународних организација или мултинационалних компанија[9] . У циљу оправдања тезе да концепт рата има свој одраз и на процес утврђивања одговорности због кршења норми хуманитарног

[6] Е. Хејвуд, *Политика,* Clio, 2004, стр. 87.

[7] Овом приликом немамо у виду само тзв. демократску контролу војске ради спречавања уплитања војске у политички живот, већ и контролу командних функција унутар војске.

[8] До 1991.године свега 99 држава је приступило Првом допунском Протоколу, а 89 држава је приступило Другом допунском Протоколу.

[9] О овоме више у: L. May, Z. Hoskins, *Internatioanl Criminal Law and Philosophy –Asil Studies in International Legal Theory*, Cambridge University Press, 2010; А.А. Лупу, И. Ио. Ослјкина, *Международное уголовное право*, Дашков и К. Москва, 2012, стр.106.

права, полазимо од значаја самог концепта рата схваћеног као феномен кроз који се преламају сви сегметни живота како појединца, тако и заједнице до крајњих граница, односно „да је рат, најконфузнија од свих људских активности, истовремено и једна од најорганизованијих[10]“.

Међутим, рат није само друштвени, већ и природни и технички феномен. Ова чињеница дошла је до пуног изражаја не само у површном дискурсу екологије, већ и у домену креирања и важења међународног хуманитарног права оружаних сукоба, с обзиром да је напредак технологије створио нова средства ратовања која су у значајној мери изменила саму природу и начин вођења рата, што је имало свој израз и у делу односа према објектима заштите. Постојећи системи међународног хуманитарног права нису могли да одговоре на нове концепте рата. Извесно је да су нове концепције кривичне одговорности настале као последица проширења важења и простирања принципа *ius in bello*, који се касније претворио у императив поштовања норми међународног хуманитарног права као контрапункт тези *inter arma silent leges (*у време рата закон ћути**).** Прихваћено је „пуфендорфско“ сагледавање правила ратова које се задржава на тези да „држава има колективну одговорности да омогући и спроводи правила ратовања. То је делом стога што војници извршавају наређења државе, а држава мора да буде сигурна да се војници понашају онако како то држава одобрава[11]“.

Као основни начини истраживања проблематике одговорности за међународна кривична дела биће примењени следећи научни методи: правно–догматски метод, историјски метод, анализа садржаја и компаративни метод. Сложеност феномена одговорности за међународна кривична дела захтева интердисциплинарни приступ. У том смислу, предмет истраживања захтева следеће методе истраживања: основне општенаучне логичке методе: анализе (и то анализа садржаја, генетичка анализа, каузална анализа, дескриптивна и структурно-функционална анализа), синтезе, индукције, дедукције, апстракције, конкретизације, генерализације, специјализације, дефиниције, класификације, доказивања, оповргавања; историјски, нормативистички, социолошки, компаративни, системски, херменеутички и метод студије случаја.

Историјски метод биће примењен како би се остварио увид у развој друштвене и правне свести у погледу развоја одговорности за међународна кривична дела. Он има за циљ да омогући преглед и анализу законских решења, али и филозофско правних схватања која су у овој области била заступљена, како у међународном праву, тако и у упоредном и у унутрашњем праву, почев од средњег века до важећег Кривичног законика Републике Србије. Велики део истраживања биће спроведен на основу анализе садржаја правних извора. Посебно место заузима анализа постојеће судске праксе у домену утврђивања и примене одговорности за међународна кривична дела. У том смислу биће употребљен компаративни метод ради сагледавања упоредноправних решења, примењених и примењивих решења као могућих узора за нове облике кодификације одговорности за међународна кривична дела.

Појам кривичне одговорности данас представља несумњиво централно питање међународног кривичног права. Разлоге за то можемо тражити, како у прошлости, тако и у будућности у којој се очекује да међународно кривично право да коначне одговоре на

[10] М. В. Кревелд, *Трансформација рата,* Службени гласник, Београд, 2010, стр. 90.

[11] Л. Меј, *Колективна одговорност, част и правила ратовања*, Зборник *радова, Одговорност-Индивидуална и колективна*, приредили П. Бојанић и П. Крстић, Службени Гласник, Београд, 2008, стр.327.

питања облика одговорности за међународна кривична дела. У том смислу искуство прошлости, можемо означити као контроверзно наслеђе. Питање кривичне одговорности за међународна кривична дела је важно не само као део процеса утврђивања одговорности за међународна кривична дела као деликата који у највећој мери угрожавају међународни мир и безбедност и компромитују најелементарније људске вредности, већ је значајно због могућности да се кривична одговорност утемељи не само у односу на радњу кривичног дела у смислу постојања „власти над делом", већ и због могућности да се кривична одговорност утврди и путем других спољних утицаја, при чему у великом броју случајева веза између окривљеног, радње и последице није тако видљива.

Разлоге такође можемо тражити, како у природи међународних кривичних дела, тако и у несумњиво значајном утицају (који се често јавља и као преовлађујући) великог броја фактора. Управо мноштво фактора који могу да креирају кривичну одговорност представљају добру основу за интерпретације кривичне одговорности. Оваква могућност интерпретације и нормирања кривичне одговорности даје сасвим нови поглед на кривичну одговорност, па и на одговорност уопште. Хегел истиче: „Сваки појединачни моменат који се показује као услов, разлог, узрок неке такве околности, па је према томе, придодао оно своје, може се сматрати да је за то крив или у најмању руку да име кривње за то. Стога формални разум код неког богатог догађаја изабира при безбројном мноштву ону околност коју он хоће да устврди као ону која би била крива[12]". Зато је и одговорност сама по себи, од почетака успостављања организованог друштва била предмет значајних преиспитивања у готово свим сферама људског промишљања о односима унутар друштва, као и у односима између друштва и појединца.

Истраживањем одговорности за међународна кривична дела у међународном, упоредноправним и националном правном систему жели се постићи неколико циљева. Пре свега истраживање треба да омогући остваривање детаљнијег увида у постојећу правну регулативу у области одговорности за међународна кривична дела, уз стварање слике о филозофско правном односу према проблему одговорности уопште са посебним освртом на одговорност за међународна кривична дела. Ради потпунијег разумевања постојећих легислативних решења и решења судске праксе, истраживање треба да пружи сумаран историјски осврт на однос међународног друштва (у условима непостојања једног наднационалног законодавца, те уговорног приступа појединим изворима одговорности за међународна кривична дела) и националних легислатура према институту одговорности за међународна кривична дела. Примарни циљ нашег истраживања јесте да пружимо опис и класификацију предмета истраживања, а крајњи циљ представља објашњење и прогноза развојних могућности појаве коју истражујемо.

[12] Г. В. Ф. Хегел, *Основне црте филозофије права*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1989, стр. 201.

Глава прва

ОСНОВИ ОДГОВОРНОСТИ
ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА

1. УВОД

Још је Кант доказивао да су све правне норме везане за друштвене односе у историјском тренутку. Кривичноправне норме нису изузетак од правила, већ управо потврда овог правила. Античка друштва прва су препознала интерес човечанства у санкционисању противправних дела, о чему сведочи позната максима „*Pirata est hostis humani generis*“ (Пират је непријатељ читавог људског рода)[13]. „Тотални рат“ паралелно са текућим процесима глобализације и технолошког напретка имао је свој одраз и у кривичном праву. Протекли период развоја међународног права карактерише уздизање појединца на ниво приоритетног објекта међународног права, убрзање историје, умножавање броја правних норми, као и повећање броја друштвено неприхватљивих понашања. Међународно кривично право није изузетак, будући да је настало као резултат често супротстављених односа из домена војне, економске, политичке или социјалне стварности које су биле карактеристичне за период након Другог светског рата, које су и од „међународног кривичног права начинили арену идеолошких борби[14]“.

Иако је од усвајања хашких конвенција прошло више од сто година, правила ратовања која су добила на својој формалној снази у ратној стварности нису заживела у већој мери. О наведеном сликовито сведоче чињенице да рат (још увек) не започиње формалном објавом рата једне ратујуће стране другој или се не завршава формалним закључењем мировног уговора између зараћених страна, као и видљива непропорционалност између извршених повреда међународног ратног права и броја процесуираних. Полазећи од таквих искустава јасно је да је политичка акција земаља победника Другог светског рата исходила правну акцију која је имала за циљ да правди буду приведени не само непосредни извршиоци, већ и њихови надређени (када већ нису одговарали као саизвршиоци) који су статусно претпостављени и хијерахијски надређени, као и сви они који се могу јавити у својству саучесника. Такве околности пружају нам сасвим повољну прилику да са недвосмисленим епистемолошким предностима утврдимо различита и комплексна исходишта кривичне одговорности.

Differentia specifica кривичне одговорности од постанка до данас представља нарушени однос између судске праксе и правне теорије. Уопштено посматрано, однос између судске праксе и правне теорије у домену кривичне одговорности јесте у најмању руку посебан зато што одступа од свих познатих реакција законодаваца на кршења права,

[13] Б.Кривокапић, *Нешто другачији поглед на међународне кривичне судове*, Зборник, Хашки трибунал између права и политике, приредио Јован Ћирић, Институт за упоредно право, Београд, 2013, стр.6.

[14] А.А. Лупу, И. Ю. Оськина, *Международное уголовное право*, op.cit., стр. 20-24.

а које је пореметило однос и редослед између правне теорије и судске праксе, који је био и остао карактеристичан према редоследу, најпре правна теорија, а потом судска пракса или како закључује Бенџамин Констант: „ма шта да се каже, пракса увек следи теорију премда спорим и испрекиданим кораком[15]“. Паралелно са тим процесима дошло је до преузимања примата међународног права у односу на унутрашње право на начин који је подразумевао један антиплуралистички концепт, будући да се тај однос „не одвија равномерно на свим подручјима међународне сарадње[16].

2.ИДЕОЛОШКИ ОСНОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА

Већ смо учинили неспорним значај друштвених односа на међународне односе и утицај и једних и других на међународно кривично право. Будући да се ради о знатном утицају ванправних чинилаца на међународно право јасно је да се и кривична одговорност (као ни други облици међународноправног општења уосталом) не може више посматрати са аспекта чисто правних теорија. Уосталом, историјска исходишта кривичне одговорности то најбоље потврђују. У том смислу се указује на закључак Милана Шаховића да је: “доктрина међународног права одавно схватила да се његово формирање не може објаснити не водећи рачуна о свим аспектима међународног живота. Још увек се не говори довољно, као што смо напоменули указујући на значај материјалних извора, о факторима као генераторима његовог развоја, али се може приметити како се све више открива међузависност између материјалних као ванправних и формалних елемената који карактеришу специфичну природу међународног права. То је, несумњиво, последица важности политичког фактора израженог у последње време, нарочито у облику борбе идеологија што је допринело све већем коришћењу социолошког приступа[17]“. И сами закључујемо да је у једном периоду то довело до превласти искуственог у односу на нормативно одређење, о чему сведочи и прихватање Радбрухове формуле у поступку утврђивања кривичне одговорности.

Крај Другог светског рата означио је уједно и победу либералних политичких идеологија над фашистичким идеологијама. Паралелно са установљењем политичког либерализма као владајуће идеологије, утицај либералних правних и политичких идеја видљив је и у домену међународног кривичног права. Либерализам је појединца тј. јединку ставио на пиједестал заштитног објекта у међународном праву. Одражавајући веровање у „врхунски значај људске јединке у односу на било коју друштвену групу или колективно тело[18]“, појединац постаје приоритетни субјект међународног права пред ким полако узмиче и суверенитет држава у смислу *domain reserve*. Из конституционализма као сегмента либерализма потекли су захтеви за ограничавањем свих облика власти у односу на појединца. Међутим, овај идеолошки приступ није без недостатака. Илустративан је закључак Амстуца: „Пошто је либерализам прво настао као унутрашња политичка теорија,

[15] Ж. Прадел, *Историјат кривичних доктрина*, Правни факултет у Београду, Београд, 2008, стр. 9.

[16] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Савремена администрација, Београд, 2001, стр. 41.

[17] М. Шаховић, *Међународно право у међународним односима – друга половина XX века*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 31.

[18] Е. Хејвуд, *Политика*, op.cit., стр. 87.

његова примена на међународно друштво је била, као што је Хофман приметио, „мало шта друго до пројекција унутрашњег либерализма на цео свет[19]“.

Такво представљање појединца ускоро се претворило у централни проблем филозофије међународног кривичног права[20] и индиректно отворило пут ка формирању посебних облика кривичне одговорности које су касније добиле израз у виду одговорности организованих ентитета, командне одговорности или одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата. Либерализам је имао знатног утицаја и у новом схватању казне, кроз редефинисање теорије одмазде у кривичном праву[21], као и кроз прихватање „олабављене везе у правном повезивању човека и човека у њиховом тоталитету и заменио их оштро назначеним делимичним везама - у кривичноправном исто као и у радном односу[22]“.

Политички либерализам је за нас значајан и због чињенице да се исти одражава и на саму структуру и начин функционисања оружаних снага у једној држави. Наиме, за либералне државе карактеристичан је војни концепт који омогућава већу самосталност јединица у извршењу задатака, за разлику од тоталитарних држава чију војну организацију карактерише централизовано командовање[23]. Уосталом, не може се побећи од закључка да су идеолошки основи сила осовине које су биле засноване на концепту *„lebensrauma*“ и расне супериорности и инферирности имали свој одраз и у погледу поштовања норми хуманитарног права. Идеолошки дискурс имао је свој утицај и на војну доктрину, у делу односа према објектима заштите. Ерих Лудендорф у свом делу „Тотални рат“ (*Der Totale Krieg)* поистовећује политику и рат, третирајући политику као “наставак рата, схваћеним као национална борба за опстанак без ограничења и правила[24]“. Са таквим наслеђем међународно кривично право након Другог светског рата морало је дати одговор на питања која потичу и из идеолошког дискурса.

Међутим, утицај идеолошког дискурса се није завршио обрачуном са наслеђем Другог светског рата. Крај хладног рата имао је такође важне последице за међународно кривично право. Тријумф либерализма ојачан глобализацијом у великом делу света омогућио је појаву тзв. транзиционе правде, који је често представљан као „концепт правде који проистиче из политичких промена, карактеристичан по обрачуну са репресивним режимима[25]“. У том смислу илустративни су теоријски захвати који утврђују јасну везу између теорија демократије и самог кривичног права[26]. Транзициона правда значајна је у погледу формирања многих хибридних судова који су служили за

[19] М. Р. Амстуц, *Међународна етика- Глобална политика:појмови, теорије и случајеви*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 349.

[20] A. M. Danner and J. S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, California law Review, 2005, p. 86.

[21] Г. Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд, стр.208.

[22] Г. Радбрух, *Филозофија права*, ibid., стр.210.

[23] R. Wedgwood, *Bubućnost zapovjedne odgovornosti*, Zbornik *Zapovjedna odgovornost*, XXO, Загреб, 2003, str. 34.

[24] М. В. Кревелд, *Трансформација рата*, op.cit., стр. 52.

[25] A. M. Danner and J. S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law* , op.cit., p. 90.

[26] R. Gargarella, *Human Rights, International Courts and Deliberative Democracy*, објављено у Nicola Palmer, Phil Clark, Danielle Granville, *Critical Perspective inTransitional Justicse*, Oxford Transitional Justice Research, Volume 8, Intersentia, 2012, p.105.

разрачунавање са масовним кршењем људских права и који насупрот великим амбицијама нису дали толико очекиване резултате, али су свакако дали одређени допринос развоју међународног кривичног права, макар на нивоу указивања на правце даљег развоја система ове гране права.

3.УТИЦАЈ ДОКТРИНЕ ЉУДСКИХ ПРАВА НА МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО

Идеја људских права, вероватно је најстарија константа историјског развоја људског друштва, почев од јудео хришћанског наслеђа, идеја природног права, просветитељства, рационализма, те мулутикултурализма. Фрагменте доктрине људских права можемо пронаћи у околностима које су узроковале оснивање Хашког трибунала. Каснији кодификаторски захвати ишли су у правцу уздизања људских права у основни или превасходни субјект заштите у оружаним сукобима. Таква тенденција дошла је до изражаја још приликом усвајања хашких конвенција, премда се не може занемарити ни јасно изражена црта заштите права појединаца које су истакнуте још у Петроградској декларацији из 1868. године. Ова декларација јасно указује на вредности на које је усмерена кроз ограничавања средстава рата, па се осуђује употреба оружја која непотребно повећавају патње људи стављених ван борбе или смрт чине неизбежном“. Већ у уводу Петроградске декларације, као и у преамбули Четврте Хашке конвенције јасно је указано да „ове одредбе, чији је састав био надахнут жељом да се ублаже зла рата, колико год то војне потребе дозвољавају, намењене су да служе као опште правило понашања учесника у рату, у њиховим међусобним односима и у њиховим односима са становништвом[27]“. Усвајање Де Мартенсове клаузуле[28] представља наставак ових тежњи.

Период након усвајања Универзалне декларације о људским правима из 1948.године и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године, до усвајања Пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године, управо је карактеристичан по тежњи (која је касније добила и своје формалне потврде) да ратно право, које је са собом носило критеријуме војне потребе или тактичне нужности мора да устукне у односу на права појединца као основне вредности међународног права. Догађаји у периоду корејског рата из 1950. године, као и египатско-израелског рата из 1967. године, потврдили су нормативне напоре који су поштовање људских права, овог пута већ уобличене у виду норми међународног хуманитарног права, уздизали изнад ратног права. У том смислу најилустративније су одредбе Конвенције Генералне скупштине ОУН број 2444 која у виду императива захтева поштовање „три принципа међународног хуманитарног права: 1. забрана неограничене употребе оружаних средстава, 2. забрана напада на цивилно становништво и 3. разликовање бораца и небораца[29]“. Данас

[27] Конвенција о законима и обичајима рата на копну (IV Хашка конвенција) из 1907.године, *Извори међународног хуманитарног права – Приручник за професионалне војнике, правнике и активисте Црвеног Крста*, Међународни комитет Црвеног Крста, приредио Миодраг Старчевић, Београд , 2002, стр. 293.

[28] В. Х. Видановић, М. Милановић, *Међународно јавно право – збирка докумената*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, стр. 239.

[29] К. Обрадовић и др., *Међународно хуманитарно право, развој примена санкције*, Београдски Центар за људска права, Београд, 2002, стр. 235.

већ можемо говорити о посебној правној дисциплини која се назива „међународно хуманитарно право оружаних сукоба[30]“. Несумњиво је да је развој међународног кривичног права ишао подједнаком брзином са развојом доктрине људских права и уздизањем права јединке на пиједестал правног поретка, схваћеног као конгломерат права и обавеза[31].

Наравно, оваква експанзионистичка концепција ширења доктрине људских права у несавршеном систему међународног права имала је своје реперкусије у виду озакоњења политике тзв. хуманиратних интервенција. Људска права и слободе не само да су потиснуле критеријум „војне потребе“ и „војне нужности“, већ су доживеле потпуну потврду након краја Другог светског рата, не само у односу на међународно кривично право, већ и у ширем друштвеном контексту у виду процеса деколонизације. Управо су природноправна школа и рационалистичке теорије омогућили да се и одговорност за кривична дела посматра знатно шире употребом дистрибутивног схватања кривице. Овако широк приступ у схватању одговорности директно је изнедрио разне облике кривичне одговорности као што су: одговорност организованих ентитета, заједнички злочиначки подухват, те командна одговорност.

Основ диференцијације представљају карактеристике међународних кривичних дела (геноцид, ратни злочини, злочин против човечности, агресија). Несумњиво је реч о делима која угрожавају основне вредности не само јединке, већ је реч о делима која угрожавају међународни мир и безбедност, који од усвајања Повеље ОУН представљају основ за многе активности међународне заједнице, а у односу на које националне јудикатуре стоје у надређеном положају. Управо је препознавање вредности јединке као субјекта међународног права дошло до изражаја у развоју савременог међународног права. Теоријска схватања о месту и значају јединке, односно положаја човека у међународном праву ишла су дотле да се јединка „посматра као објект међународног права исто онако као државна територија[32]“ (Опенхајм, Лаутерпахт), као и до схватања да је „појединац искључиви субјект међународног права[33]“(Диги). Оваква теоријска схватања посебно су дошла до изражаја у развоју међународног права након Другог светског рата и своје отелотворење су добила у Повељи ОУН и Универзалној декларацији о људским правима, а које су имале велики утицај и на норме међународног кривичног права.

Можемо рећи да данас доктрина људских права заузима суверено место међу објектима заштите код међународних кривичних дела. Други објекти заштите који су традиционално заузимали важна подручја у дуготрајном поступку инкриминације међународних кривичних дела, устукнули су у односу на доктрину људских права. Управо је издизање људских права на пиједестал објекта заштите имало значајне последице, како за међународно кривично право, тако посебно у односу на неке од основних постулата међународног кривичног права, као што је то индивидуална кривична одговорност. И не само у домену поимања кривичне одговорности, већ и у домену проширења круга активних субјеката код међународних кривичних дела, доктрина људских права утицала је на значајне промене у сагледавању највећег броја института међународног кривичног права.

[30]К. Обрадовић и др., *Међународно хуманитарно право, развој примена санкције*, ibid., стр 44.

[31] А.А. Лупу, И. Ю. Оськина, *Международное уголовное право*, op.cit., стр. 72.

[32] С. Аврамов, М.Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 316.

[33] С. Аврамов, М.Крећа, *Међународно јавно право*, ibid., стр. 316.

Наравно, употреба доктрине људских права носила је са собом и велике могућности злоупотребе, јер се често посебно кроз политику „хуманитарних интервенција“ јављала не као циљ сам по себи, већ као средство за остварење политичко лукративних циљева, који представљају нерешиву бољку међународноправног поретка. Зато данас поједини аутори, попут Дузинаса[34], истичу да се ера људских права, након своје последње употребе 1989.године, завршава. На истом трагу је и Жан Брикман: „Оправдање рата у име људских права је нова империјалитичка доктрина. Идеологија људских права која може прескочити сваку границу суверенитета представља закамуфлирано мешање[35]“. Након окончања хладног рата, теорија и пракса људских права претвориле су се у званичну идеологију, које је углавном имало мотиве који не само да нису били усмерени ка заштити људских права, већ управо супротно. Овакви закључци, којима поклањамо велики значај, имаће свакако и свој утицај на даљи развој међународног кривичног права.

4.ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

За потребе утврђивања одговорности за међународна кривична дела позабавићемо се најпре одређењем међународног кривичног права. Међународно кривично право данас представља предмет различитих сагледавања. Полазећи од различитих основних елемената бројни теоретичари су поставили различите дефиниције међународног кривичног права[36]. Прихвећене дефиниције полазе од основних карактеристика међународног кривичног права које се огледају у широкој амплитуди од просторног важења норми међународног кривичног права, уређења односа националних кривичноправних система и међународног кривичног права, до кодификације материјалноправних норми. Посебан осврт заслужује однос преклапања међународног кривичног права са другим гранама права, што представља својеврстан куриозитет међународног кривичног права. Зато се често истиче да „ међународно кривично право преставља необичан подухват.....неки би рекли узалудан покушај да се исправи индивидуална одговорност у оквиру историјског насиља[37]“.

Управо разлози територијалног простирања кривичног закона, однос унутрашњег и међународног права, однос према суверенитетету, обликовање извора права, утврђивање противправности итд. представљају основне тачке које су карактеристичне за међународно кривично право које га разликују од других грана права. Међутим, насупрот бројним оспоравањима, наглашени и видљиви процеси кодификације норми међународног кривичног права (при чему су видљиви углавном дисконтинуитети у његовом развоју међународног кривичног права), указују да међународно кривично право данас представља најдинамичнију грану права. Разлози за то су вишеструки, али свакако да повећан обим кривичних дела која имају за последицу угрожавање међународног мира и

[34] К. Дузинас, *Људска права и империја-политичка филозофија космополитизма*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 20.

[35] Ж. Брикман, *Il Manifesto*, 11.06.2008.

[36] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право,* Правни факултет Ниш, Ниш, 2011, стр. 6-18.

[37] A. M. Danner, J. S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p.77.

безбедности, посебно масовност и систематичност дела и велики људски губици и материјална штета изазивају велику пажњу и међународне заједнице и држава, па сходно томе, улажу се бројни напори у циљу спречавања и кажњавања оних облика криминалног и противправног понашања који доводе у питање вредносне темеље организованог међународног друштва.

Међународно кривично право представља супстрат норми различитих грана права, које се нужно повезују у оквиру међународног кривичног права и изграђују јединствен систем норми са циљем да се сузбију понашања које разарају међународни мир и безбедност или међународно друштво у целини, а које треба да да одговор на растуће глобалне проблеме[38]. Зато се одређењу међународног кривичног права приступа кроз категоријални систем и то кроз „међународни аспект националног кривичног права, кривични аспект међународног права и међународно кривично право *stricto sensu*[39]“, или као „право које обухвата норме међународног, наддржавног, али и норме националног права које пре свега уређује одређене скупине кривичних дела, а затим и друга питања целокупног подручја кривичног права у вези са међународним односима[40]“. Искуство „кратког двадесетог века“ упућује нас на закључак да ће међународна кривична дела и у наредном периоду изазивати потребу за што свеобухватнијим креирањем нормативних оквира у циљу ефикасне борбе против међународних кривичних дела и њихових учинилаца. У том смислу и међународно кривично право очекује велика реконструкција постојећих норми у оквиру променљивих друштвених и историјских околности.

У циљу утврђивања места и значаја међународног кривичног права, почећемо од дефинисања међународног кривичног права као права које се одређује као „ништа више него слаба форма међународног морала у оквиру несавршеног и непријатељског света суверених држава“[41]. Ако се правна природа међународног кривичног права дефинише као „међународноправни аспекти кривичног права, тако и кривичноправни аспекти међународног јавног права“[42], или као „међународно јавно право прожето појмовима, начелима и правним конструкцијама преузетим из националних кривичних права и људских права[43]“, јасно је да се веза између међународног кривичног права и међународног права своди на ниво услова. Томе треба додати и последње тенденције у међународном кривичном праву (још увек на нивоу теоријских разматрања) да се као субјекти кривичне одговорности поред појединца могу јавити и други облици удруживања или асоцијација, са наглашеном потребом за редефиницијом појма групе као заштитног објекта или саучесничке одговорности у кривичном праву. Ту су и захтеви да се као субјекти међународног кривичног права јаве и државе или мултинационалне корпорације[44], што указује да међународно кривично право данас преузима многе сегменте који су традиционално били везани за међународно јавно право. Џорџ Шварценберг утврђује шест различитих значења међународног кривичног права којима се

[38] А.А. Лупу, И. Ю. Оськина, *Международное уголовное право*, op.cit., 42.

[39] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 10.

[40] B. Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Zagreb, 2006, str. 13.

[41] D. Bederman, *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, 2002, p. 222.

[42] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2008, стр. 13.

[43] А. Касезе, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, стр. 21.

[44] L. May, Z. Hoskins, *Internatioanl Criminal Law and Philosophy –Asil Studies in International Legal Theory*, op.cit., p.13.

може описати однос са другим гранама права као што су то међународно право, кривично право и везе између њих[45].

На другој страни проблемског поља су уже дефиниције међународног кривичног права. Касезе истиче да је „међународно кривично право скуп међународних правила која прописују шта су то међународна кривична дела и која намећу државама обавезу да гоне и кажњавају за бар нека од њих[46]“. Као један од понуђених одговора јесте и онај који међународно кривично право схвата „као чињенично стање уперено против међународно правног поретка, чија је кажњивост предвиђена непосредно нормама међународног права које на то понашање надовезују правне последице у виду санкција у циљу сигурности и поправљања[47]“.

Поједине дефиниције међународно кривично право одређују као „скуп правних прописа који су признати у међународним односима, а који имају за циљ заштиту међународног друштвеног поретка сузбијањем аката који му наносе повреде. То је изведена дисциплина која је везана делимично за међународно јавно право, а делимично и за унутрашње право[48]“. У покушајима одређивања међународног кривичног права видљива је и тенденција да се дефиниције међународног кривичног права заснују на „вредностима међународне заједнице полазећи од аката која угрожавају фундаменталне интересе који су заштићени међународним правом[49]“. И у преамбули Статута Међународног кривичног суда као полазиште се одређују интереси и основне вредности међународне заједнице[50].

Уз наведене дефиниције мора се указати да међународно кривично право обухвата три сегмента који се састоје од норми људских права, међународног хуманитарног права и права које чини одговорност државе[51]. Друга дефиниција међународно кривично право одређује као „скуп правних прописа који су признати у међународним односима, а који имају за циљ заштиту међународног друштвеног поретка сузбијањем аката који му наносе повреде. То је изведена дисциплина која је везана делимично за међународно јавно право, а делимично и за унутрашње право[52]“. Полазећи од елемента територијалности, поједини аутори међународно кривично право дефинишу као „материјална правила домаћег кривичног права која је нека држава усвојила на основу обавеза из међународног права и то редовно на основу уговора у којима је странка[53]“. Саме карактеристике кривичних дела, уз критеријум простирања кривичних дела којима се бави међународно кривично право

[45] R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 2.

[46] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 17.

[47] М. Марковић, *Међународна кривична дела и развој међународног кривичног права,* Зборник радова *Међународно кривично право*, (приредио Ђорђе Лопичић), Службени гласник, Београд, 2006, стр. 81.

[48] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела: Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 20.

[49] R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., p. 4.

[50] Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, „Службени лист СРЈ-Међународни уговори“, број 5/2001 од 27.06.2001.године.

[51] L. May, Z. Hoskins, *International Criminal Law and Philosophy –Asil Studies in International Legal Theory*, op.cit., p. 9.

[52] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела: Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 20.

[53] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, Службени гласник, Београд, 2011, стр. 24.

условиле су појаву и транснационалног кривичног права које има посебан однос према унутрашњем кривичном праву.

У том смислу се транснационално кривично право одређује као „скуп међународних и националних правних прописа која предвиђају кривична дела са транснационалним обележјем, систем санкција за њихове учиниоце и поступак утврђивања кривичне одговорности и кажњивости њихових учинилаца[54]“. Међутим, транснационално кривично право се са аспекта *ratione materie* у потпуности не може поистоветити са међународним кривичним правом. Наведено представља значајну особеност транснационалног кривичног права које се са овог аспекта одређује као право које „проучава екстериторијалну примену кривичног права, тј. настојање да се (пре свега национално) кривично право стави у службу сузбијања криминала с иностраним обележјем који (још) не спада у мали број најтежих међународних злочина којима се бави међународно кривично право[55]“.

Имајући у виду наведено, за потребе овог рада, а у циљу утврђивању односа између међународног кривичног права и других области права, уз незаобилазно сагледавање широког спектра разних чинилаца који се међусобно прожимају у великом броју, потпуно је релевантна и респектибилна подела на међународно кривично право у ужем смислу и међународно кривично право у ширем смислу[56]. Наведена подела проистиче из потребе да се изврши диференцијација међународних кривичних дела, како полазећи од објекта заштите, тако и у односу на критеријуме као што су природа кажњивих дела, принципи одговорности, могућности процесуирања. Колика је величина комплексног карактера међународног кривичног права сведочи и кратак поглед на историјски развој међународног кривичног права кроз који се може видети да се међународно кривично право развијало у потпуно удаљеним сферама које су се током историје приближавале и удаљавале, од права рата, до права људских права, са посебним односом према суверенитету и са посебним нагласком на осцилације у погледу природе индивидуалне кривичне одговорности.

Под међународним кривичним правом у ширем смислу подразумевају се противправна понашања за која међународна заједница утврђује неспорни интерес да иста буду инкриминисана. Ту спадају кривична дела попут трговине људима, гусарења, апартхејда, међународног тероризма, илегалног промета наркотика или нуклеарних материјала, трговине људима, трговине оружјем. Реч је о кривичним делима против којих је борба немогућа уколико није међународног карактера, будући да она по својој суштини превазилазе државне границе, често и државне капацитете. Зато се она често називају и „транснационални криминал“ који представља основ за дефинисање међународног кривичног права као „кривични аспект међународног права и транснационално кривично право као међународни аспект националног кривичног права[57]“. Карактеристика ових схватања огледа се у чињеници да у покушајима дефинисања акценат се ставља на

---

[54] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право,* Правни Факултет у Нишу, Ниш, 2011.године, стр.35.

[55] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 104.

[56] О овоме више у: Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела: Одговорност и кажњивост*, Правни Факултет Ниш, 2010.; В. Ђурђић и Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, НОМОС, Београд, 2003;З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 10.

[57] L. May, Z. Hoskins, *International Criminal Law and Philosophy –Asil Studies in International Legal Theory*, op.cit., p. 3.

елемената иностраности кривичних дела који успоставља везу између више правних поредака.

У том смислу међународно кривично право означава скуп правила националног кривичног права која се односе на предмете са иностраним елементом као битним састојком који кривично право везује уз најмање два национална система кривичног права[58]. Још једна карактеристика међународног права у ширем смислу јесте и чињеница да оно обухвата и проблемско поље надлежности разних судова, однос надлежности судова једне државе у односу на надлежности страних судова, "затим грана права која прописује примену материјалних и процесних кривичних закона у односу на место и лица, као и извршење страних судских пресуда[59]". Из овог ширег схватања простиче и нагласак који везује међународно кривично право у ширем смислу са „узајамном помоћи између репресивних и судских органа држава[60]".

На другој страни су норме међународног кривичног права схваћене у ужем смислу[61] које обухватају кривична дела инкримисана међународноправним актима у дужем периоду почев од праксе међународног војног суда у Нирнбергу и Токију, као и она дела која су утврђена Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948.године, женевским конвенцијама из 1949. године са два Допунска протокола уз женевске конвенције из 1977.године, преко праксе Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду, те Статута Међународног кривичног суда[62]. Полазећи од ових премиса поједини аутори под међународним кривичним правом у ужем смислу подразумевају „на првом месту оно право и она правила поступка која директно примењују тзв. међународни кривични судови[63]".

На основу наведеног, очигледне су разлике између међународног кривичног права у ужем смислу и међународног кривичног права у ширем смислу. Разлике се темеље на објекту заштите који се код међународног кривичног права у ужем смислу одређује као основне вредности људског друштва, мир и безбедност човечанства, међународноправни поредак, те на односу према суверенитету који све мање постаје препрека примени норми међународног кривичног права у ужем смислу. О значају међународног кривичног права у ужем смислу сведочи и чињеница да су управо у овом домену видљиви значајни кодификаторски захвати од Другог светског рата (са различитом динамиком), почев од оснивања Међународног војног суда у Нирнбергу до Међународног кривичног суда, што је условило и помак у националним кодификацијама. Са друге стране, међународно кривично право у ширем смислу односи се на шире поље деловања у односу на појаве општег криминалитета, те норме материјалне и процесне природе које у бити треба да омогуће несметано процесуирање одговорних за ова кривична дела. У овом делу указујемо да су кодификаторски захвати знатно скромнији, до мере да су обрнуто пропорционални присуству кривичних дела.

---

[58] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 8.

[59] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, ibid., стр. 9.

[60] В. Ђ. Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 25.

[61] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела: Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 23.

[62] Закон о потврђивању Римског Статута Међународног кривичног суда, Службени гласник СРЈ-Међународни уговори, број 5/2001 од 27.06.2001.године.

[63] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 26.

При томе се може рећи да норме међународног кривичног права још увек немају институционално одређење посматрано ван система *ad hoc* трибунала које се јављају од случаја до случаја и ван система Међународног кривичног суда, тако да њихова примена зависи искључиво од воље и могућности суверених држава и жеља и потреба Савета безбедности да омогуће имплементацију норми међународног кривичног права у националне правне системе, не занемарујући овом приликом политичко лукративни карактер Савета безбедности. У овом делу незаобилазна улога у остварењу међународног кривичног права припада и националним судовима који се јављају као неодвојиви део међународног кривичног права. Улога националних судова не исцрпљује се само у пружању правне помоћи, помоћи у истрагама, екстрадицији или откривању међународних кривичних дела, већ посебан допринос национални судови дају и суђењима за међународна кривична дела за која није установљена надлежност међународних судова (чл. 17-18. Статута Међународног кривичног суда). На овом месту је посебно видљива веза између суверенитета и међународног кривичног права. Зато се међународно кривично право јавља као својеврстан амалгам различитих правних, али и ванправних чинилаца од којих сваки за себе утиче на међународно кривично право:„Упоредно међународно кривично право комбинује три различите традиције: међународно право људских права, домаће кривично право и транзициона правда. Сваки од ових поставки утицали су на развој међународног кривичног права[64]”.

О толико потребној симбиози између међународног права, националних права и међународног кривичног права на најбољи начн сведочи и став Претресног већа Хашког трибунала у случају Фурунџија: „Кад год правила кривичног права не дефинишу неки појам кривичног права, прибегавање националном законодавству оправдано је изузев ако неко међународно правило на то упућује, не треба се ослањати само на један национални правни систем, било држава англосаксонског или континенталног правног система. Боље речено, међународни судови морају узимати у обзир опште концепте и правне институте заједничке свим главним правним системима света. Да би се показало које основне појмове деле, мора се најпре ући у процес идентификације заједничких именилаца тих правних система[65]“.

Све то упућује на закључак да се међународно кривично право, иако неспорно признато као правна наука која данас већ може самостално егзистирати, ипак сусреће са бројним проблемима епистемолошке природе. Велики број разнородних чинилаца који утичу на обликовање и примењивост међународног кривичног права често представља непремостиву препреку поимању међународног кривичног права, о чему сведочи и велики број дефиниција међународног кривичног права. Полазећи од наведеног указујемо да се међународно кривично право може одредити преко међународних кривичних дела, путем једне повратне везе коју успоставља одређење међународних кривичих дела на међународно кривично право. У основи, може се постављати питање да ли међународно кривично дело може да постоји уколико не постоји међународно кривично право[66](*Georg Schwarcenberger*), а потом и да ли је сваки злочин међународно кривично дело, из чега

[64] A. M. Danner, J. S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p.78.

[65] Пресуда Претресног већа у предмету Фурунџија, параграф 177.

[66] L. May, Z. Hoskins, *International Criminal Law and Philosophy –Asil Studies in International Legal Theory*, op.cit., p. 2.

проистиче дилема „која дела могу да буду предмет универзалне јурисдикције[67]“ (*Win - Chiat Lee*). Ову тезу сматрамо важном не само за поделу међународног кривичног права, већ и са аспекта поделе међународних кривичних дела.

Наведена схватања и теоријски покушаји дефинисања међународног кривичног права, омогућавају нам приступ изражавању „језичког израза којим се установљава скуп основних атрибута садржаја објекта[68]“. Најсигурнији пут представља утврђивање јединства састојака појма. Полазећи од закључка (који нуде напред наведене дефиниције) да се међународно кривично право креће широким дијапазоном од међународног права до кривичног права, са значајним додирним тачкама са међународним јавним правом, међународним ратним правом, међународним хуманитарним правом, међународним приватним правом, кривичним и кривичнопроцесним правом, интерлокалним кривичним правом, упоредним кривичним правом и транснационалним кривичним правом[69], јасно је да се појмовно одређење међународног кривичног права не може задржати на дескриптивном нивоу одређења, имајући у виду сва ограничења које дескриптивно сагледавање носи са собом[70].

У том смислу можемо закључити да међународно кривично право представља скуп међународних правила која полазећи од вредности људске јединке у циљу очувања основних вредности људског друштва, међународног мира, безбедности и неусловљене слободе, утврђују криминална и противправна дела, обезбеђује њихову примену у време мира и време рата, омогућавајући утврђивање индивидуалне одговорности, кроз међународне и националне кривичноправне системе.

5.МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО КАО КОСМОПОЛИТСКО ПРАВО

Одговорност за међународна кривична дела као космополитско право можемо посматрати са аспекта идејних основа, потом нормативистички, као и у односу на начин институционализовања у пракси. Оваквом кретању погодовале су опште тенденције, које су од филозофије природног права, кроз еволуцију биолошко рационалистичке доктрине још од XVII века ишле у правцу ширења подручја примене људског разума на појединачна права човека, које су свој „крајњи“ израз добиле у значајним кодификаторским захватима након Другог светског рата.

Политичке концепције проистекле из Другог светског рата, засноване на принципу колективне безбедности (уз већ одмакле процесе глобализације и технолошког напретка), имале су своје изразе и у правним концепцијама. И политичке и правне концепције ишле су за тим да се ужаси великог рата више никада не понове. У том циљу је привођење злочинаца правди био саставни део изградње новог глобалног поретка који је требао да

[67] L. May, Z. Hoskins, *International Criminal Law and Philosophy –Asil Studies in International Legal Theory*, ibid., p. 10.

[68] М. Печујлић, В. Илић, *Методологија друштвених наука*, Визартис, Београд, 2003, стр. 14.

[69] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 27.

[70] М. Д. Симић, С. М. Јарић, *Теорија значења и тумачења права*, НАУКА, Београд, 2000, стр. 118.

буде основ „вечног мира“. Полазећи од става да „космополитизам пориче морални значај структура постојећег неофестивалског поретка[71]“, глобални поредак у сврху мира захтевао је да се концепт космополитског права „преведе из сфере морала, савести и филозофске бриге око јавне употребе ума, у област права и глобалне политике кроз моделовање његове институционалне заштите“[72].

У циљу доказивања одговорности за међународна кривична дела као космополитског права кренућемо од творца космополитског права Имануела Канта. Најпре указујемо на поделу Кантовог система јавног права која укључује, поред космополитског, и међународно и државно право. Подсећамо на став Канта да „идеја светског грађанског права није никаква фантастична и претерана правна замисао, већ је она неписаном кодексу државног, као и међународног права нужна допуна за јавно право човека уопште, а тиме и за јавни мир“[73]. У прилог томе јесу и схватања о међународном кривичном праву као транснационалном или супранационалном праву, те поделе на међународно кривично право у ширем и ужем смислу[74].

Читав концепт међународног права заснован на новоустановљеном систему колективне безбедности, отелотворен у ОУН, имао је своје исходиште у теоријским концепцијама космополитског права, још од схватања да „сваки правни поредак истиче захтев да буде светско право[75]“. О природи норми и карактеру космополитског права сведоче и покушаји да се међународно право формира у трокраком систему норми: „Суштину међународног права представља стварање мултилатералног споразума, било да је тај споразум направљен у облику необавезујућих норми, међународно признатих стандарда или обавезујућих норми...унапређење кохерентности и компатибилности у међународном креирању политике је веома сродан циљ и подједнако битан[76]“.

Имајући у виду овакве теоријске оквире са којима се кренуло у кодификације међународног кривичног права почев од усвајања Резолуције о потврди начела међународног права признатих статутом нирнбершког суда, са наглашеним задатком да се крене у свеобухватан поступак доношења нацрта Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства, у оквиру Међународног кривичног кодекса, јасно је да одговорност за међународна кривична дела своје исходиште има у космополитском праву као „јавном праву човечанства“. Томе у прилог иде и схватање које је изражено у резолуцијама Савета безбедности ОУН у периоду након окончања хладног рата да „повреде људских права представљају директан напад на међународни мир и безбедност[77]“.

Будући да нормативне основе кривичне одговорности можемо тражити (и пронаћи) у оквирима хашких конвенција, Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, Универзалне декларације о људским правима, Повеље ОУН, женевских конвенција, допунских Протокола уз женевске конвенције, јасно је да одговорност за међународна

[71] М. Р. Амстуц, *Међународна етика*, op.cit., стр. 351.

[72] А. Митић, *Космополитска демократија као модел наднационалне демократије*, необјављена магистарска теза, Правни факултет Ниш, 2010, стр. 85.

[73] И. Кант, *Вечни Мир*, Гутенбергова галаксија, Београд-Ваљево, 1995.године, стр. 55.

[74] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.13-19.

[75] Г. Радбрух, *Филозофија права*, op.cit., стр. 347.

[76] Б. Гали, *УН 1945-1995 између признања и покуде,* op.cit., стр. 158.

[77] Резолуција Савета безбедности број 713/1991, Резолуција Савета безбедности број 771/1992.

кривична дела има своје основе превасходно у међународном праву. Из ових извора су јуриспруденције великог броја земаља у своја национална законодавства на основу наведених међународноправних аката инкорпорисале принцип индивидуалне кривичне одговорности. На другој страни је чињеница да кривична одговорност има своје јасно утемељење у судској пракси међународних судова (Нирнберг, Токио, Хашки трибунал, Међународни кривични суд за Руанду) посебно подвлачећи начин оснивања *ad hoc* трибунала из чега проистиче обавезујући карактер надлежности *ad hoc* трибунала (уз ограничења територијалне природе), те уговорни карактер оснивања и приступа Међународног кривичног суда. На овом месту умесно је подсетити на чињеницу да „данас постоји преко двадесет међународних судова и поред њих још најмање педесет међународних институција које обављају судску или квази судску функцију[78]“ које се баве утврђивањем одговорности за међународна кривична дела.

Илустративан пример деловања космополитског права на међународно кривично право, поред наведених примера из домена инкриминација појединих понашања, свакако представља и чин оснивања Хашког трибунала. Хашки трибунал је основан од стране Савета безбедности позивајући се на одредбе главе VII Повеље ОУН које Савету безбедности одређују главну улогу у погледу бриге за међународни мир и безбедност у свету. Као одговор на овакву улогу, Савет безбедности је приступио оснивању *ad hoc* трибунала што је представљало преседан, који и данас представља предмет бројних полемика.

Имајући у виду карактер наведених аката, чињеницу да се као њихови доносиоци јављају међународне организације, да се обавезујућа надлежност међународних кривичних судова заснив на одлукама Савета безбедности или на уговорном приступу Статуту Међународног кривичног суда, чињеницу да су државе учествовале у изради Статута Међународног кривичног суда, док се статут Међународног кривичног суда јавио као „октроисан“, односно опште обавезујући од стране Савета безбедности, као и комплексне ставове о међународном обичајном праву као извору одговорности за међународна кривична дела, јасно је да је кривична одговорност своје отелотворење доживела управо од стране институција космополитског права, па се из тог разлога може и третирати као космополитско право подарено од „сиве интернационале“.

Оснивање сталног Међународног кривичног суда је само последња и најбоља потврда јер су разлози због којих је извршена кодификација командне одговорности исти као и разлози који су наведени у прилог оснивању међународног кривичног суда[79]. Наравно једна од пратећих контроверзи установљавања међународног кривичног суда са аспекта космополитског права представља чињеница да одредбе Статута Међународног кривичног суда (члан 13. став б.) омогућавају покретање истраге од стране Савета безбедности, иако све чланице Савета безбедности нису прихватиле надлежност међународног кривичног суда, као и што поједине земље сталне чланице Савета безбедности у својим законодавствима још увек не познају командну одговорност као облик кривице или не познају праксу кажњавања по основу командне одговорности, док Статут Међународног кривичног суда подробно прописује кажњавање по основу командне одговорности.

---

[78] С. Ђајић, *Међународни и национални судови – Од сукоба до сарадње*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2003, стр.42.

[79] D. Archibugi, *The Global Commonwealth of Citizens*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2008, p.170.

Међутим, последњи изазови пред међународним кривичним правом у смислу утврђивања одговорности за међународна кривична дела указују на постојање „болних места“ у кривичноправним доктринама попут доктрине о заједничком злочиначком подухвату или доктрине командне одговорности. Ту се, пре свега, мисли на (реализовану) могућност проширења кривице под плаштом командне одговорности до крајњих граница, претворене у објективну одговорност које поред тога остављају плодно тло за колективну одговорност. И ово обележје кривичне одговорности иде руку под руку са намерама да се начини „скок на путу од међународног права држава ка космополитском праву друштва грађана света[80]“, што карактер космополитског права чини још видљивијим.

Овакве тежње јављају се као последица „интервенционистичког“ приступа у међународном хуманитарном праву[81], за који можемо рећи да је у функцији брисања граница између индивидуалне и колективне одговорности. Пластичан пример деловања космполитског права јесу изражени захтеви ка гарантовању људских права појединаца и у „случајевима када их њихове државе крше или су неспособне да их заштите[82]“. Добар пример космополитског схватања кривице налазимо и у јуриспруденцији Хашког трибунала у домену у коме је примењивана не само командна одговорност, већ и доктрина о заједничком злочиначком подухвату. Изведена одговорност се тако претвара у изворну одговорност, не примећујући да се са друге стране потпуно губи веза између узрока и последице. Наравно, посебан израз космополитског реализма представљају хуманитарне интервенције[83].

6. ТРАНСФОРМАЦИЈА РАТА
И ОДГОВОРНОСТ ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА

Рат и политика представљају аспекте исте ствари, па су „промене у идеји рата паралелне са променама у идеји политичког сукоба[84]“, које су изискивале и промене у погледу поштовања права рата, а што је свој најбољи израз имало кроз успостављање одговорности за кршења права рата. Иако се наведени закључак може поставити као заједнички именитељ кривичне одговорности која проистиче како из рата, тако и из политике, у овом тренутку разматрамо га са аспекта промена које је доживео феномен рата, а који рат није удаљио од политике, већ напротив, приближио их је једно другом.

У циљу оправдања тезе да концепт рата има свој одраз и на процес утврђивања одговорности због кршења норми хуманитарног права полазимо од значаја самог концепта рата, схваћеног као феномен кроз који се преламају сви сегменти живота, како појединца, тако и заједнице до крајњих граница, односно „да је рат најконфузнија од свих људских активности, истовремено и једна од најорганизованијих[85]“. Међутим, рат није

[80] Ј. Хабермас, *Постнационална констелација*, Откровење, Београд, 2002, стр. 173.

[81] А. Касезе, *Међународно кривично право,* op.cit., стр. 232.

[82] D. Archibugi, *The Global Commonwealth of Citizens*, op.cit., p.188.

[83] J. S. Nye Jr., *Understanding International Conflicts – An Introduction to Theory and History*, Longman, 2003, p.154.

[84] М. Волзнер, *Морал и прљаве руке – Филозофија, политика, рат*, Албатрос Плус, Београд, 2010, стр. 75.

[85] М. Ван Кревелд, *Трансформација рата*, op.cit., стр. 90.

само друштвени, већ и природни и технички феномен. Указује да норме међународног права „у појединим подручјима нису и не могу бити конципиране само у границама датих политичких схватања, него и у границама датог техничког стања[86]“ . Ова чињеница дошла је до изражаја у домену креирања и важења међународног хуманитарног права оружаних сукоба, с обзиром да је напредак технологије створио нова средства ратовања која су у значајној мери изменила саму природу и начин вођења рата што је имало свој израз и у делу односа према објектима заштите.

Данас већ можемо да говоримо о „старим“ и новим „ратовима“ и њиховом утицају на кривичну одговорност. Управо је „кратки двадесети век“ на несумњив начин показао у којој мери се изменила природа рата. Рат више није представљао сукоб две војске до крајњих граница и коначног пораза једне од ратујућих страна. Нови ратови више не познају као своју основу линију фронта, рововске битке након којих долази до пораза једне стране, већ се заснивају на концепту „*blitz krieg-a*[87]“. Пракса тоталног рата изазвана је употребом мотора што је омогућило да се у потпуности избрише граница не само између категорија бораца и цивила, већ и између објеката заштите, тако да се као објекат напада често означава „морал грађана“, док се цивили често третирају, не као објекат заштите, већ као средство за остварење циља[88].

Карактеристике нових ратова јесу непостојање линије фронта, непостојање дубине непријатељске територије, неограничени избор непријатељских циљева који су довели до претварања масовног рата у тотални рат. Свакако је илустративан закључак Међународног војног суда који сведочи о духу времена у контексту поштовања ратног права. Ту је представљен став да су:„правила ратног права била сачињена у доба кад су се армије кретале пешице, на колима са коњском вучом или железницом; ....блокада је била главно средство економског рата. Тек је у последњем сукобу „тотални рат“ постао стварност. Очигледно је да због поменуте еволуције ваља ценити понашање окривљених узевши у обзир околности и услове у којима су деловали. Њихову кривицу и степен кривице немогуће је одредити ни теоријски, ни апстрактно. Ваља, напротив, прибећи разумним и конкретним критеријумима[89]“.

Последњи кодификациони захвати у виду усвајања Статута Међународног кривичног суда указују на закључак да сама међународна кривична дела покушавају да дају одговор на две тенденције које су драстично промениле начин вођења рата. То су глобализација рата и технолошки напредак, са једне стране, и крајња релативизација људског живота као вредност сама по себи, насупрот нарастајућој нормативној заштити људског живота, са друге стране, па се поједини облици одговорности, као што су: командна одговорност, одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата или одговорност цивилних лица за недела припадника оружаних формација јављају као својеврстан коректив неомилитаристичког схватања рата.

---

[86] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 9.

[87] Ову доктрину креирао је немачки генерал Гудеријан. Она је заснована на заједничком коришћењу оклопно механизованих јединица и ваздухопловства, са циљем брзог заузимања непријатељске територије и задавањем знатних удараца непријатељској војсци у тзв. „биткама окружења“. (више о овом у Х. Арчер, Ц.Ферис, Х.Хертвиг и Т.Траверс, *Светска историја ратовања*, Александрија Прес, Београд, 2006).

[88] М. Волзнер, *Морал и прљаве руке – Филозофија, политика, рат* , op.cit., стр. 106.

[89] К. Обрадовић, *Хуманитарно право- Савремена теорија и пракса*, Београдски Центар за људска права, Београд, 1997, стр.124.

Нови ратови су имали свој одговор и на нивоу терминолошких оправдања. Будући да је „рат“ као такав још од времена „Бријан Келоговог пакта“ и Повеље УН стављен ван закона, покушаји његовог оправдања, на првом месту, су изазвали нова терминолошка одређења. Зато се кренуло путем употребе „ултимативних термина“. Уместо термина „рат“ све више се употребљава термин „интервенција[90]“. Чак и Повеља УН не користи термин „рат“, већ употребљава термин „оружане мере у циљу успостављања међународног мира“, док противничка војска више није „непријатељ“, већ добија статус „окривљеног“, а држава на коју је усмерена „интервенција“ добија статус „одметничке државе[91]“. Овакви „асиметрични ратови“ урушили су концепт колективне безбедности и вратили међународне односе и међународно право у „природно“ стање у коме као једини критеријум за отпочињање рата важи интерес „савезничких коалиција“ или „удружених сила[92]“. Употреба технолошких средстава за масовне ударе по дубини непријатељске територије у виду безличних борбених дејстава је избрисала могућност да се позове у помоћ и етичка страна рата, будући да безлични рат не види пред собом цивилне жртве, већ их претвара у еуфемизам типа „колатерална штета“.

Још један разлог за проширење кривичне одговорности можемо тражити у „демократизацији рата“. Наиме, брисање линије фронта и употреба оружја која омогућавају ударе по дубини непријатељске територије онемогућили су прављење разлике између цивила и припадника оружаних формација. То је претворило и заштићене групе у легитиман и равноправан објект напада, често и у објект уништења, чак и онда када то није оправдано војним потребама. Употреба технолошког оружја претворила се, не у моралну или стратегијску дилему, већ у питање административне одлуке и медијског покривања. Такав концепт рата одбацио је примену било каквих моралних норми и већ присутних кодификованих норми међународног ратног и хуманитарног права и потпуно је избрисао границу између бораца и цивилног становништва. Зато и Нирнбершка пресуда није мимоишла значај тоталног рата „...пракса тоталног рата .....једна концепција која одриче сваку вредност моралним начелима којима су прожете концепције чији је циљ да се оружани сукоби учине човечнијим[93]“. Међутим, ни Нирнбершка пресуда, ни каснија нормативна активност нису победили „тотални рат“.

У таквим околностима постојећи системи међународног хуманитарног права нису могли да одговоре на нове концепте рата. Извесно је да је кривична одговорност настала као последица проширења важења и простирања принципа *ius in bello*, који се касније претворио у императив поштовања норми међународног хуманитарног права као контрапункт тези *inter arma silent leges* (у време рата закон ћути). Прихваћено је „пуфендорфско“ сагледавање правила ратова које се задржава на тези да „држава има колективну одговорност да омогући и спроводи правила ратовања. То је делом, стога, што војници извршавају наређења државе, а држава мора да буде сигурна да се војници понашају онако како то држава одобрава[94]“. Тотални рат се морао окончати „тоталним миром“. То је, често, подразумевало утврђивање кривице не само непосредних извршиоца

[90] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији, 1941-1945,1991... II* , Академија за дипломатију и безбедност, Београд, 2008, стр. 62.

[91] Г. Симпсон, *Велике Силе и одметничке државе-неравноправни суверени у међународном правном поретку*, Београдски Центар за људска права, Београд, 2008, стр. 26.

[92] Силе победнице у Првом светском рату себе су звале „удруженим силама“, па се таква формулација нашла и у члану 227. Версајског мировног уговора из 1919.године.

[93] К. Обрадовић, *Хуманитарно право- Савремена теорија и пракса*, op.cit., стр. 115.

[94] Л. Меј, *Колективна одговорност, част и правила ратовања*, Зборник радова *Одговорност- Индивидуална и колективна*, уредили П. Бојанић, П. Крстић, op.cit., стр.327.

кривичних дела, већ и утврђивање кривице надређених у командном ланцу који се није завршавао само на војним командантима, већ и на цивилним лицима за које је утврђено да су имали „ефективну контролу“, што представља опште место у теорији међународног кривичног права[95].

Из свих наведених разлога најлакше је било да се терет криминализације пребаци на рат. Рат се као криминогени фактор измешта из сфере међународног јавног права у домен међународног кривичног права. Мир се представља као државни посао или посао међународних организација, док се рат као државни посао *par exelance* ставља под окриље међународног кривичног права. Несумњиво је да су политичке идеологије, међународни односи након значајних историјских догађаја, као и тотални ратови исходили одговорност за међународна кривична дела, и то као превасходно политички циљ који је доцније добио и своје правно утемељење и нормативну потврду. Зато је неопходно да се одговорност за међународна кривична дела посматра мултидисциплинарно и слојевито.

Наведени фактори указују да се одговорност за међународна кривична дела мења са променама свих узрока који доводе до најгрубљих кршења хуманитарног права. Променљивост концепта рата у том домену има своје незаменљиво место. Проширење круга пасивних субјеката само је део процеса који је под дејством идеолошких теорија о крају историје померио границе кривичног права у односу на постојеће лимите[96]. Рат као феномен утиче, не само на моделе успостављања кривице, већ има и знатно шири утицај на стварност. Ерик Хобсбаум са правом закључује:„Само искуство рата је природно помогло да се брутализују и ратовање и политика: ако се прво може водити без обзира на људску или било коју цену, зашто не и друго?[97]“. Демократизација рата је за последицу имала не уплив међународног хуманиратног права у ратовање и политику, већ често и одвајање од њих.

Из свих наведених разлога одговорност за међународна кривична дела мора пратити токове промена оних чинилаца који представљају полигон и исходиште за примену командне одговорности. У делу филозофије права то представљају све већи утицаји ванправних елемената на доктрину међународног права и међународног кривичног права, затим трансформације рата које се одражавају, како на објекте заштите, тако и на однос подређени-надређени, те схватање учиноица кривичног дела, уз различита тумачења саучесничке одговорности. Ту је и стално присутно питање до којих граница објективизације кривична одговорност може да се протеже.

7. МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА И КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ

Имајући у виду да предмет нашег бављења представља одговорност за међународна кривична дела, незаобилазно је указивање на појмовно одређење међународних кривичних дела. Изнети погледи о међународном кривичном праву, јасно

[95] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 484-498.

[96] R. Gargarella, *Human Rights, International Courts and Deliberative Democracy*, op.cit., p. 6.

[97] Е. Хобсбаум, *Доба Екстрем,-Историја кратког Двадесетог века 1914-1991*, op.cit., стр.27.

указују у којој мери је изражена потреба да норме међународног кривичног права добију изглед заокружене нормативне целине обавезујуће за чланове међународног друштва. Наведеном у прилог говоре и теоријске поставке о креирању међународног кривичног права као „наддржавног система правних норми које би биле изнад националног кривичног законодавства....Зато се као прво, поставља и питање утврђивања полазне основе за успостављања новог система међународне кривично правне заштите[98]“.

Међутим, искуство прошлости указује да је основни проблем утврђивања међународних преступа који би нашли своје место у таквом систему међународног кривичног права, представљало схватање и поступање једног броја држава чланица међународне заједнице које су фактички ово питање третирале као својеврстан *domain reserve*. Имајући у виду и друге препреке, као што је непостојање дефиниција појединих кривичних дела (нпр.тероризам[99]), упућује нас на закључак да тренутно стање међународног права и међународних односа захтева ужи приступ у третирању међународних кривичних дела, како би сам процес кодификације дао одговарајуће резултате. Идући за тим трагом позабавићемо се појмовним одређењем међународног кривичног дела које представља основ за утврђивање кривичне одговорности.

При томе указујемо да су покушаји дефинисања међународних кривичних дела скопчани са знатним тешкоћама које проистичу из саме природе међународног кривичног права. У условима постојања великог броја разнородних дефиниција међународног кривичног права, дефинисање међународних кривичних дела представља значајан херменаутички изазов. Историјски развој међународног кривичног права од усвајања женевских конвенција до ступања на снагу Статута Међународног кривичног суда, затварајући круг од сто година развоја, показује да су међународна кривична дела у појмовном смислу још увек нестабилна категорија. Том закључку погодују чињенице да су међународна кривична дела трпела велике разлике у дефинисању, и у облицима у којима су се испољавала и оптерећивала све покушаје једнобразног дефинисања.

7.1. Појам међународних кривичних дела

Полазећи од дефиниција унутрашњег права поставља се питање може ли се свако противправно дело које је усмерено ка објектима заштите који су од значаја за државу или међународну заједницу поистоветити са међународним кривичним делом. Односно ако критеријум за утврђивање међународних кривичних дела представљају универзалне вредности, да ли и држава сама по себи представља заштићено добро у смислу постојања међународног кривичног дела. И где је ту место суверенитета и да ли универзална јурисдикција држава угрожава државу као такву? Ако се држава сматра заштићеним објектом, како се то уклапа у ограничење права држава у условима глобализације?

Win -Chhiat Lee истиче да је кључно питање: “која дела могу да буду предмет универзалне јурисдикције?”.Она закључује да су то дела која су учињена од стране држава или одобрена од стране државе или дела која се огледају у неспособности државе да

[98] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 15.

[99] Г. Ђорђевић, *Тероризам као недовршени рат – проблеми појмовног одређења*“, Економика, број 3/2011, Ниш, стр. 262-274.

спречи или казни озбиљне злочине против својих грађана: "Ако држава не омогућава кажњавање за таква дела, она са правом губи легитимитет политичке моћи" и истиче да досадашња искуства указују да је у тим случајевима легитимно губљење политике моћи[100]". Наведено запажа и Хелд указујући да „постоји тенденција да се одбаци принцип легитимности који не води рачуна о природи, облицима и стварном делању власти[101]". Све то указује да се поступање државе противно нормама које имају за циљ, не само заштиту јединке, већ спречавање деловања против јединке у крајњем своди на делегитимизацију државе. Основно питање за њу је: "шта је то што један злочин чини међународним. У чему је разлика између злочина против човечности, злочина против државе или злочина против међународне заједнице?[102]". Она истиче да разлика између злочина против државе и злочина против међународне заједнице има смисла уколико поједини злочини остају објект ексклузивне национално територијалне јурисдикције државе, док други могу бити објект универзалне јурисдикције.

При одређивању шта се сматра међународним кривичним делом полазимо од става да није сваки злочин или противправно дело међународно кривично дело, већ су то само она дела која у највећој мери вређају вредности међународне заједнице или која представљају најозбиљнија кршења обичајних норми међународног права, а која држава у својим оквирима и надлежностима често није у стању или не жели да процесуира. Хана Арент закључује да:„није просто кажњавање био циљ конференције, већ управо извештаји о нечувеним зверствима, затирању читавих народа, дакле не само злочини који нису повезани са војном потребом, већ злочини који су најавили политику систематског убијања која ће се наставити у миру[103]" која омогућава означавање међународних кривичних дела као „нагомилано зло света[104]". Овом схватању се може приговорити да свођење међународног кривичног дела на резултат неспремности државе да процесуира одговорне за таква кривична дела прети да се претвори у инструмент за лишавање легитимитета политичке моћи држава самих. То води у замку могуће универзалне и екстратериторијалне кривичне јурисдикције засноване на супранационалном кривичном праву која је у својој основи супротна суверенитету, без кога тешко може доћи до примењивог међународног кривичног права и у крајњем циљу утврђивања кривичне одговорности за најтежа међународна кривична дела.

Поједини теоретичари при одређивању појма међународног кривичног дела указују на критеријум способности државе. Тако Win -Chiat Lee истиче да ратни злочини који су учињени против државе која је способна да процесуира или казни злочин не представља кривично дело *stricto sencu*[105]. У циљу препознавања међународних кривичних дела може се приступити утврђивању правила и критеријума познатих као „секундарна правила

---

[100] L. May, Z. Hoskins, *International Criminal Law and philosopshy-ASIL Studies in International Legal Theory* , op.cit., p.3.

[101] Д. Хелд, *Демократија и глобални поредак: од модерне државе ка космополитској владавини* , Филип Вишњић, Београд, 1997, стр.129.

[102] Д. Хелд, *Демократија и глобални поредак: од модерне државе ка космополитској владавини* , ibid., p. 4;

[103] Х. Арент, *Ајхман у Јерусалиму – Извештај о баналности зла*, Самиздат, 1999, стр.231.

[104] М. Марковић, *Међународна каривична дела и развој међународног кривичног права,* Зборник радодва *Међународно кривично право* , приредио Ђорђе Лопичић, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 82.

[105] L. May, Z. Hoskins, *International Criminal Law and philosopshy-ASIL Studies in International Legal Theory*, op.cit., p. 4.

препознавања“[106]. То су: национални прописи и могућност препознавања као супстанцијално међународно кривично дело. У циљу утврђивања места међународних кривичних дела у концепту суверенитета треба указати да су промене у схватању суверенитета условиле и другачије успостављање међународних кривичних дела у односу на критеријуме као што су време и простор, а који су супстанцијално другачији. Категорија времена условила је неопходност другачије реакције међународне заједнице на најтежа кршења међународног хуманитарног права и других универзалних вредности међународног друштва. И концепт простора такође је допринео неопходности интервенције, имајући у виду да се “простор“ сада јавља као ужи феномен са аспекта процеса глобализације, али и чињеницу да је кривично дело и даље објективна чињеница, односно „чињеница спољног света...један реални феномен[107]“.

Да би се уочило место, значај и улога међународног кривичног права у савременом међународном правном поретку, мора се поћи од самог појма међународног кривичног дела и утврђивања једног понашања као међународног кривичног дела што представља проблем имајући у виду одсуство механизма инкриминације у постојећим окривима међународног права. И ту, на првом кораку, сусрећемо се са чињеницом непостојања дефиниције међународног кривичног дела у ширем смислу на нивоу међународне заједнице. Наиме, не постоји међународноправни акт донет од стране међународне заједнице који садржи дефиницију међународног кривичног дела схваћеног у општем значењу (са изузетком Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида). У појединим међународним актима који могу имати снагу извора права само се утврђују врсте деликата који се сматрају међународним злочинима или се утврђује обавеза држава да таква поступања инкриминишу на нивоу националних законодавстава.

Нема потребе указивати на значај Повеље ОУН која је извршила претежни утицај на развој међународног кривичног права. Генерална скупштина ОУН је 1946.године Резолуцијом број 95/1 потврдила принципе Међународног војног суда у Нирнбергу. Значај овакве резолуције огледа се не само у прихватању принципа Међународног војног суда у Нирнбергу, већ и у потврђивању индивидуалне кривичне одговорности, уздизању људских права на ниво саставног дела међународног правног поретка, али и прихватање преседана о дејству норми међународног кривичног права *ex post facto*. Из оваквих закључака крећу напори за успостављањем међународног кривичног суда.

Један од првих покушаја одређивања међународних кривичних дела представља и формулација принципа Комисије за кодификацију међународног права (формиране Резолуцијом број 95 од 11.12.1946. године којом су потврђени принципи Статута Нирнбершког војног суда). Комисија је препознала одређене принципе као основе касније кодификације који би служили уједно као основа Кодекса међународног кривичног права. Комисија је утврдила следеће принципе[108]: 1) сваки извршилац или саучесник једног акта који улази у појам злочина према међународном праву биће одговоран и кажњен према овој одредби, 2) чињеница што национално законодавство не кажњава за један акт који представља међународни злочин, не ослобађа од одговорности у међународном праву онога ко га је извршио, 3) чињеница да је учинилац једног међународног злочина радио у

[106] L. May, Z. Hoskins, *International Criminal Law and philosopshy-ASIL Studies in International Legal Theory* , ibid., p. 7.

[107] Т. Живановић, *Основни проблеми кривичног права*, Београд, 1930, стр. 46.

[108] Љ. Јовановић, *Кривична одговорност појединца у међународном кривичном праву*, Зборник радова *Међународно кривично право*, (приредио Ђорђе Лопичић), Службени гласник, Београд, 2006, стр. 35.

својству шефа државе или функционера не ослобађа га од одговорности у међународном праву, нити повлачи ублажавање казне, 4) чињеница да је неко радио покоравајући се наређењу своје владе или више хијерархије не ослобађа га од одговорности у међународном праву, али може се водити рачуна о овим елементима да би се ублажила казна ако принципи правде то захтевају и 5) ма ко био оптужен за злочин у смислу међународног права има право на правичан процес, како у погледу доказивања чињеница, тако и у погледу уживања права.

Овим принципима може се замерити што суштински не утврђују сам појам међународног кривичног дела или међународног злочина, већ се односе на принципе одговорности без претходног утврђивања појма и правне природе међународних кривичних дела. На другој страни су дефиниције које међународно кривично дело одређују као „противправно понашање кривично одговорног учиниоца којим се повређују или угрожавају добра заштићена међународним правом, мир међу народима и безбедност човечанства, које је прописима одређено као кривично дело и за чијег учиниоца је прописана кривична санкција[109]“, које на свеобухватнији начин упућују на циљеве који треба да остваре норме међународног кривичног права.

Басиони препознаје чак десет различитих карактеристика које једно кажњиво дело чине међународним кривичним делом[110]. Из тих десет карактеристика исти аутор изводи постојање чак двадесет осам категорија међународних кривичних дела[111]. Басиони даље наводи пет критеријума за одређивање појма међународних кривичих дела. То су: 1) забрањена дела која представљају претњу за међународни мир и безбедност, 2) забрањена дела која су усмерена против основних вредности међународне заједнице, 3) забрањена дела која се односе на више од једне државе у смислу планирања, припрема или почињења од стране више националности или жртава, 4) дела која повређују међународно зашитеђене особе и интересе и 5) дела која крше међународно заштићене интересе или дела која због своје природе захтевају инкриминацију на међународном нивоу.

7.2. Елементи међународних кривичних дела

Због своје комплексности, процес утврђивања појма међународног кривичног дела захтева поступање са више различитих аспеката. У том смислу илустративан је закључак М.С. Басионија који утврђује пет елемената дефиниције међународног кривичног дела: „1) забрањена радња је од значајног међународног интереса, посебно ако се њоме угрожава међународни мир и безбедност, 2) забрањена радња представља изузетан напад на вредности које уобичајено важе у међународној заједници, па се такав напад сматра ударом на осећај хуманости, односно на општељудску свест, 3) забрањена радња има транснационалне импликације што подразумева укљученост више од једне државе или се последице или се планирање, припремање или извршење дела простиру на подручју више држава, односно постоји разлика у држављанству жртава или употребљена средства

[109] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 124.

[110] C. Damgard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* , op.cit., p. 58.

[111] C. Damgard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* , ibid., p. 59.

премашују националне границе, 4) забрањена радња је штетна по међународно заштићена лица или интересе и 5) забрањена радња крши међународно заштићене интересе[112]".

Касезе утврђује три кумулативна услова за утврђивање међународног кривичног дела: „1) кршење међународних обичајних правила (као и одредаба уговора, где такве одредбе постоје, било да кодификују или детаљно излажу обичајно право или доприносе његовом стварању), 2) правила чија је сврха да штите вредности које цела међународна заједница сматра важнима и која, сагласно томе обавезују све државе и појединце и 3) даље постоји универзалан интерес за сузбијање тих злочина. Ако је извршилац деловао у службеном својству, тј. као *de iure* или *de facto* државни званичник, држава у чије је име извршио забрањено дело не може се позивати на имунитет од грађанске или кривичне јурисдикције стране државе[113]".

Шири приступ видљив је и код Wright-a: „..из општих принципа међународног права и кривичног права произилази да је злочин против међународног права дело учињено са намером да се повреде основни интереси заштићени међународним правом или са знањем да ће то дело вероватно повредити такав интерес и које не може адекватно бити кажњено путем нормалне кривичне јурисдикције сваке државе[114]". У оквиру општих дефиниција указује се и на одређење Милана Марковића да „је међународно кривично дело оно чињенично стање (боље рећи људско понашање), уперено против међународног правног поретка, чија је кажњивост предвиђена непосредно нормама међународног права које на то понашање везују правне последице у виду санкција у циљу сигурности и поправљања[115]".

Јасно је да критеријум друштвене опасности представља основну тачку за одређивање међународног кривичног дела. До које мере су присутни покушаји апстрактног одређења међународног кривичног дела види се и из Нацрта правила о одговорности држава који је припремила Комисија за међународно право УН из 1976.године, у коме се међународно кривично дело одређује као „противправно дело, које проистиче из повреде од стране неке државе међународне обавезе која је толико битна за заштиту основних интереса међународне заједнице да је њена повреда призната међународним злочином од те заједнице у њеној целини и представља међународни злочин[116]". Вуковић истиче да је „друштвена опасност *ratio essendi* међународног кривичног дела" из чега изводи категорисање међународних кривичних дела као неполитичких дела[117].

За разлику од наведених аутора, поједини домаћи аутори своје одређење међународног кривичног дела заснивају на прецизнијим критеријумима који обухватају све сегменте противправног поступања. Јовашевић истиче: „према опште усвојеној дефиницији појма кривичног дела у националним кривичним законодавствима (која је

---

[112] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 124.

[113] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 25.

[114] Ђ. Вуковић, *Прилог појму међународног кривичног дјела*, Зборник радова *Међународно кривично право*, приредио Ђорђе Лопичић, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 279.

[115] М. Марковић, *Међународна кривична дела и развој међународног кривичног права*, Зборник радова, Међународно кривично право, (приредио Ђорђе Лопичић), Службени гласник, Београд, 2006, стр. 81.

[116] V.Đuro Degan, B. Pavišić, *Medjunarodno kazneno pravo*, Zagreb, 2005, стр. 182.

[117] Ђ. Вуковић, *Прилог појму међународног кривичног дјела*, Зборник радова *Међународно кривично право*, (приредио Ђорђе Лопичић), Службени гласник, Београд, 2006., стр. 282.

комплексна објективно-субјективна и материјално формална), међународно кривично дело се може одредити као противправно понашање кривично одговорног (виног) учиниоца којим се повређују или угрожавају добра заштићена међународним правом, мир међу народима и безбедност човечанства, које је прописима одређено као кривично дело и за чијег учиниоца је прописана кривчна санкција[118]“. Зоран Стојановић, закључује: „општи појам међународног кривичног дела, обухвата исте оне елементе као и општи појам кривичног дела. То су: радња, предвиђеност у закону, противправност и кривица[119]“.

Из изнетих дефиниција проистичу и општи елементи који чине биће међународног кривичног дела. Њих означавамо као: „1) дело (понашање) човека које обухвата: људску радњу, проузроковану последицу и узрочно последичну везу, 2) противправност, 3) одређеност дела у прописима и 4) кривицу (виност) учиниоца[120]“. У оквиру ових схватања јасно је да свако одређење међународног кривичног дела треба да обухвати објекат заштите, али да сам објекат заштите не може да буде довољно поуздан основ за одређивање међународног кривичног дела. Одређење мора да садржи и однос између радње и последице, чињеница да се код међународних кривичних дела са радњом поистовећује и нечињење (о чему сведочи кривична одговорност путем командне одговорности), те специфичности међународних кривичних дела које се огледају у чињеници да се захтева умишљај као облик виности (са изузетком командне одговорности и појединих облика заједничког злочиначког подухвата).

7.3.Критеријуми за одређивање међународних кривичних дела

Сва наведена теоријска схватања обилују појединостима на основу којих се може приступити утврђивању општих критеријума за одређивање кривичних дела, а потом и на указивање на посебне критеријуме за утврђивање међународних кривичних дела.

7.3.1.Општи критеријуми за одређивање међународних кривичних дела

Сви покушаји дефинисања међународног кривичног права као гране правне науке, која у последњој декади XX века добија на теоријском и практичном значају, не успостављају прецизне критеријуме на основу којих би се могла извршити недвосмислена диференцијација међународних кривичних дела у ширем и ужем смислу. Разлог томе може се наћи у природи самих међународних кривичних дела на које правна теорија и судска пракса дају неуједначене одговоре. Поуздан основ за диференцијацију ових кривичних дела и њихову адекватну поделу представљају обележја међународних кривичних дела у ужем смислу. На основу тих карактеристика – обележја кривичних дела - могуће је утврдити критеријуме који пружају поуздан основ за утврђивање *differentia*

[118] Д. Јовашевић, В. Ђурђић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 49.

[119] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 67.

[120] Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2002, стр. 67-70.

specifica међународних кривичних дела који дају одговоре на облик и услове кривичне одговорности њихових учинилаца.

Полазећи од обележја међународних кривичних дела можемо утврдити да постоје поједине карактеристике које представљају општа обележја међународних кривичних дела, као и карактеристике које се јављају као посебна обележја. Овој подели погодовала је и чињеница да су сама међународна кривична дела у дугом процесу кодификације често мењала своја обележја. Последњи пример јесте Статут Међународног кривичног суда који у извесној мери одступа од до сада препознатљивих карактеристика међународних кривичних дела, и то у домену злочина против човечности, ратних злочина и агресије, али и у домену индивидуалне кривичне одговорности. Из напред наведених разлога сматрамо да утврђивање критеријума представља основно полазиште за појмовно одређење, али и за диференцијацију међународних кривичних дела. Међутим, међународна кривична дела због израженог карактера *differentia specifica* не омогућавају одређивање заједничких критеријума у потпуности. Из тих разлога и критеријуме којима се одликују међународна кривична дела одређујемо као опште које су заједнички свим међународним кривичним делима (схваћене у ужем смислу) и посебне који одликују само поједина од међународних кривичних дела (опет схваћених у ужем смислу).

Као могући општи критеријуми за одређивање међународних кривичних дела јављају се следећи критеријуми: елеменат иностраности, друштвена опасност, систематичност и масовност, објективизација индивидуалне кривичне одговорности, облик виности, својство учиниоца, широко одређен круг пасивних субјеката, незастарелост. Ти општи критеријуми се састоје у следећем:

1) Елеменат иностраности. Као један од критеријума који се нуди за означавање међународних кривичних дела јесте елеменат иностраности[121] с тим што се често елеменат иностраности користи како би се означила везивна тачка између кривичног дела и „иностраног правног поретка[122]“.Сматрамо да елеменат иностраности као критеријум за означавање или класификацију међународних кривичних дела није довољан, нити потпун. Он је представљао релевантан критеријум за одређивање међународних кривичних дела до Нирнбершког процеса у коме су по први пут предмет процесуирања представљала дела „без посебног географског опредељења“, како се то истиче у Споразуму савезника о гоњењу и кажњавању главних ратних злочинаца европске осовине[123]. Данас, након несумњивог утицаја доктрине људских права којима је признато универзално значење као основна вредност међународног друштва, елеменат иностраности више не може да буде поуздан критеријум за одређивање међународних кривичних дела.

Са тим у вези је и критеријум територијалитета који представља анахронизам. Реч је о критеријумима који су неспојиви са начелом универзализма као окосници међународноправног поретка на почетку XXI века. Једини применљиви облик примене овог критеријума данас огледа се у чињеници да национални судови све више преузимају право процесуирања окривљених за међународна кривична дела, без успостављања везе између националног правног поретка и активног и пасивног субјекта, већ само на основу

[121] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 21.

[122] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела – Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 15.

[123] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit, стр. 35.

чињенице да се ради о међународном кривичном делу, као и у делу сарадње са међународним кривичним судовима[124].

2) Друштвена опасност. Друштвена опасност представља *ratio essendi* међународног кривичног дела. Иако општи појам међународног кривичног дела још увек није дат на један општеприхваћен начин, као један од фактора текуће кодификације и потребе за инкриминацијом јесте свакако друштвена опасност које међународна кривична дела носе са собом. Имајући у виду кратку историју XX века јасно је да међународна кривична дела у својој основи представљају друштвену опасност огромних размера, која у својој суштини угрожавају саме темеље међународног друштва гушећи права на опстанак појединцима, народима и државама. Полазећи од последица које су оставили Први и Други светски рат, те чињеница да је у XX веку било „више од сто ратова у којима је погинуло више од двадесет милиона људи, а које су узроковале седамнаест милиона избеглица, двадесет милиона расељених лица и масовне сеобе народа унутар националних граница и ван њих“[125], илузорно је даље доказивати друштвену опасност као основни сегмент међународних кривичних дела.

Друштвена опасност се рефлектује на више нивоа, и то како на нивоу јединке, тако и на нивоу међународне заједнице. Траинин, управо, одређује међународно кривично дело на свеобухватан начин и упућује на карактер друштвене опасности међународних кривичних дела на следећи начин:„У томе је његова дубока особеност, тиме се одликује он од злочина у смислу националног права, јавља се као повреда једног од најважнијих добара људског друштва, као повреда веза међу државама, међу нацијама и земљама. Међународни злочин управљен је на погоршање, затегнутост, раскид те везе. ...Међународни злочин, према томе, мора се одредити као нарушење међународног општења. Таква је његова материјална карактеристика[126]“. Уколико наведеном, додамо и одређења друштвених добара као објекта заштите који чине човечност и међународно право[127], јасно је да критеријум друштвене опасности представља најопштији елеменат међународних кривичних дела. Друштвена опасност проистиче из конкретнијих одлика међународних кривичних дела, а које проистичу из нарасле потребе за инкриминацијом безразложне бруталности и смањивања утицаја војне потребе.

3) Систематичност и масовност. Систематичност и масовност као карактеристике међународних кривичних дела не утичу директно на постојање међународног кривичног дела будући да оно постоји и уколико се предузима и од стране појединца, као и према појединцу и према заштићеним групама. Међутим, овај критеријум јавља се као релевантан основ за диференцијацију у односу на међународно кривично правосуђе. У том смислу се указује да је Хашки трибунал на почетку свог рада процесурао оптужене свих нивоа, без обзира на масовност или систематичност као карактеристике међународног кривичног дела, као и ван критеријума да ли се ради о оптуженима виших или нижих нивоа. Касније са усвајањем „излазне стратегије“ Хашки трибунал је заузео другачији приступ.

---

[124] Europian court of human rights, *Case Jorgic v. Germany*, Aplication No.74613/01, 12. July 2007.

[125] Б. Гали, *УН 1945-1995 између признања и покуде*, op.cit., стр.95.

[126] М. Д. Марковић, *Нирнбершко суђење –примена нових начела у међународном кривичном праву*, Зборник радова *Међународно кривично право*, приредио Ђорђе Лопичић, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 423.

[127] Д. Јовашевић, В. Ђурђић, *Међународно кривично право*,op.cit., стр. 52.

На истом трагу је и Статут Међународног кривичног суда који у члану 17. задржава право да случај прогласи „неприхватљивим“ у условима када „случај није од такве важности да би оправдао даље ангажовање суда[128]“. У основи овог критеријума који долази до изражаја у делу процесуирања окривљених пред међународним судовима јесте тенденција да се пред међународним судовима врши процесуирање само најодговорнијих лица за најтежа међународна кривична дела, док би се процесуирање осталих учинилаца вршило од стране националних судова. Подршку наведеном критеријуму дају и обележја појединих кривичних дела као што су: геноцид, агресија или злочин против човечности, које је тешко замислити као изоловане инциденте или спорадичне догађаје који се предузимају од стране изолованих појединаца.

4) Објективизација индивидуалне одговорности. Полазећи од општих места да се одговорност за међународна кривична дела заснива на принципу индивидуалне кривичне одговорности, не можемо да (приликом утврђивања критеријума за разликовање међународних кривичних дела) не укажемо на тенденције у међународном кривичном праву, а које су више него видљиве у пракси *ad hoc* трибунала, али и у другим нормативним изворима међународног кривичног права. Према њима концепт индивидуалне кривичне одговорности полако одступа од традиционалних поставки утврђених нормама хашког и женевског права притиснут тежњама да се одговорност прошири и на учиниоце на које се не може применити теорија власти над делом, што се у крајњем своди на објективизацију индивидуалне одговорности. Оваквим тежњама погодују околности вршења међународних кривичних дела, у случајевима (толико присутним у ратним сукобима) у којима се кршење норми међународног хуманитарног права јавља као део стратегије ради остварења политичког циља. У том смислу овај критеријум иде заједно са критеријумом масовности и систематичности као карактеристике сваког случаја *per se*.

Објективизација индивидуалне одговорности као квалификатив међународних кривичних дела присутна је од Нирнбершког процеса. У поступку утврђивања модалитета како сачувати индивидуалну одговорност, са једне стране, и уједно омогућити суђења одговорнима на вишим нивоима одлучивања, са друге стране, кренуло се од прописивања „злочиначког карактера организација“ (чл. 9 и 10. Статута Међународног војног суда[129]). То је касније омогућило суђења свим појединцима који су били чланови организација чији је „злочиначки карактер“ утврђен у Нирнбергу, да би се након тога кривица заснивала само на доказивању њиховог чланства (члан 2. Закона број 10. Контролног савета за Немачку[130]). Најилустративији пример оваквог кретања међународног кривичног права свакако представља изјава државног секретара САД Стимсона да: „никада неће бити могуће ухватити и осудити сваког ратног злочинца, па чак ни много њих ако радимо по старим схватањима и поступцима[131]“.

Једна од карактеристика међународних кривичних дела у погледу облика кривице, а која се јавља као директна последица објективизације, јесте и дистрибутивна природа

---

[128] Закон о потврђивању Римског Статута Међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ-Међународни уговори*, број 5/2001 од 27.06.2001.године.

[129] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 38.

[130] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 47.

[131] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 158.

кривичне одговорности код међународних кривичних дела. Ту, пре свега, имамо у виду чињеницу да извршилац кривичног дела као појединац не делује често у приватном својству, што за последицу има и одговорност државе[132]. Наведено проистиче из нормативних извора међународног кривичног права, полазећи од женевских конвенција из 1949.године које као последицу „тешких кршења конвенција утврђују и одговорност држава, страна уговорница (чл. 129, 130 и 131. Треће Конвенције о ратним заробљеницима)[133]“. Објективизација индивидуалне кривичне одговорности представља одговор на време и одговор на историјске и криминолошке тежње за осудом свих учесника у масовним кршењима норми међународног кривичног права. Крај великог рата захтевао је обрачун не само са пораженим идеологијама, већ и обрачун са носиоцима политике рата. То је довело до утврђивања „злочиначког“ карактера појединих организација, али и до захтева за директном осудом војних команданата у чијем „окриљу“ су вршена масовна кршења људских права, те повреда правила и обичаја рата. Утврђивање кривице непосредних извршилаца више није било довољно.

Овакав принцип је видљив почев од оснивања Нирнбершког суда до праксе Хашког трибунала који убрзо након неуспешног протека „раних креативних година“ заузима став да је потребно да се врши процесуирање само одговорних „највишег ранга“ (ишло се дотле да су најодговорнији проглашавани највећом опасности по „*international public order*[134]“, док ће се процесуирање нижих на лествици оставити локалним судовима у циљу реализације процеса помирења). У наведене намере одлично се уклапала увелико владајућа Фукалтова теорија о “политичкој економији казне“, о чему сведочи и тзв.излазна стратегија Хашког трибунала оличена у Резолуцији Савета безбедности број 1534 од 26.04.2004.године. Имајући у виду наведено, уз присутне тежње да се и нека друга међународна кривична дела сагледавају путем овог критеријума, о чему сведоче Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма од 09.12.1999.године, као и Међународна конвенција о сузбијању терористичких напада експлозивним направама из 2001.године критеријум објективизације индивидуалне кривичне одговорности јавља се као значајан куриозитет међународних кривичних дела.

5) Облик виности. Наведене тенденције објективизације индивидуалне кривице имале су своје реперкусије, како у погледу прихватања нових облика одговорности у виду примене доктрине заједнички злочиначки подухват, тако и код одустајања од умишљаја као облика виности (ван командне одговорности), прелазећи дуг пут од умишљаја до несвесног нехата који је највидљивији у доктрини заједнички злочиначки подухват. Поред присутног одступања од умишљаја код командне одговорности, широко постављена и примењена пракса употребе заједничког злочиначког подухвата, представља еклатантан пример потребе јасног и прецизног утврђивања облика виности у поступку утврђивања кривичне одговорности. Искуство утврђивања кривичне одговорности јасно показује да уређење виности представља питање од прворазредног значаја у поступку утврђивања кривичне одговорности код међународних кривичних дела. Полазећи од несавршености, па и произвољности тумачења примењивих облика виности, као и изведених облика виности, облик виности и даље представља питање од претежног значаја које захтева недвосмислене одговоре.

---

[132] А. Касезе, *Међународно кривично право,* ibid., стр. 22.

[133] М. Старчевић, *Извори међународног хуманитарног права*, Међународни Комитет Црвеног Крста, Београд, 2002, стр. 49.

[134] Procecutor v. Martic, Review of indictment pursuant ro Rule 61 - 08. III. 1996, p.21.

6) Својство учиниоца. Својство учиниоца, у смислу активног субјекта представља један од куриозитета међународних кривичних дела. Овај критеријум надовезује се на критеријум објективизације индивидуалне кривичне одговорности, имајући у виду да данас опште место представља став да се кривична одговорност за међународна кривична дела простире на сва лица без разлике у односу на својство носиоца јавних функција. Имајући у виду одредбе Нирнбершке пресуде, као и потоњих међународноправних аката који су уследили почев од Резолуције о признању нирнбершких принципа, Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, допунских протокола уз женевске конвенције, статута Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду, те Статута Међународног кривичног суда, несумњиво је да кривична одговорност за међународна кривична дела у ужем смислу не третира, нити чини разлику у одговорности у погледу чињенице да ли се ради о носиоцу функције председника државе, владе, члана владе или парламента, изабраног представника или владиног службеника. На основу овог критеријума је проистекло и обележје међународних кривичних дела као дела са неполитичким карактером.

7) Широко одређени круг пасивних субјеката. Упоредо са кодификацијом норми међународног кривичног права и са утврђивањем нових обележја међународних кривичних дела, ишао је и процес проширења круга пасивних субјеката и објеката заштите међународног кривичног дела. Овој тенденцији погодовало је уздизање људских права на пиједестал основног интереса који се штити нормама међународног кривичног права. У том смислу и широко одређен круг пасивних субјеката[135] или објеката заштите[136] такође представља основ диференцијације међународних кривичних дела. Иако је још од усвајања Првог Допунског протокола уз женевске конвенције из 1977.године забрањена употреба „метода или средстава ратовања који су намењени или од којих се може очекивати да ће проузроковати опсежна, дуготрајна и озбиљна оштећења природне околине[137]“, преко става Међународног суда правде у предмету “Легалност претње нуклеарним наоружањем и употребе нуклеарног наоружања“ према коме „Суд не сматра могућим да су уговори о којима је реч тежили да лише државу остварења свог права на самоодбрану према међународном праву због обавеза да заштите животну средину.

Ипак државе морају имати у виду обзире према животној средини при избору легитимних војних циљева. Поштовање животне средине је један од елемената процене да ли је акција у складу са принципом војне потребе и принципом пропорционалности[138]“, те до Резолуције Генералне скупштине УН о заштити животне средине током оружаних сукоба[139] и Конвенције о забрани војне или било које друге непријатељске употребе техника које мењају животну средину[140], овако одређење пасивног субјекта је било на маргини. Тек са новим кодификацијама врши се одређење нових објеката заштите. У циљу указивања на процес екстензивирања норми међународног кривичног права, а у контексту разматрања ширења круга пасивних субјеката код међународних кривичних дела указујемо на покушај да се и најубојитија средства рата ставе под ограничења међународног кривичног права. У том смислу указујемо на закључак Међународног суда

[135] Д. Јовашевић, В. Ђурђић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 55.

[136] Д. Јовашевић, В. Ђурђић, *Међународно кривично право*, ibid., стр. 55.

[137] Први допунски протокол уз Женевске конвенције из 1949.године из 1977. године, члан 35, параграф 3.

[138] Саветодавно мишљење Међународног суда правде у предмету „Легалност претње нуклеарним наоружањем и употребе нуклеарног наоружања“ од 8.јула 1996, ICJ Reports, стр. 226.

[139] Резолуција Генералне скупштине ОУН број 47/37 од 25.новембра 1992.године.

[140] М. Старчевић, *Извори међународног хуманитарног права* , op.cit., стр. 549.

правде у предмету:„Легалност претње нуклеарним наоружањем и употребе нуклеарног наоружања[141]“ у коме Међународни суд правде закључује:„Надаље употреба нуклеарног наоружања би представљала озбиљну опасност за будуће генерације. Јонизирајућа радијација може озбиљно да угрози животну средину, храну и морске екосистеме, да проузрокује генетске недостатке и болести будућим генерацијама[142]“.

На овом примеру јасно долази до изражаја тенденција ка ширењу објекта заштите на један свеобухватан начин који је достојан свих оних напора који су покушали да употпуне принцип *ius in bello*. На жалост, овај потез остао је на нивоу покушаја будући да Међународни суд правде није донео одлуку у меритуму, нити је дао адекватан одговор на ова питања. Претходни пример уједно представља и феноменолошко указивање на врсту проблема са којим ће се сусретати међународно кривично право у будућности. У процесу проширења круга пасивних субјеката креће се и Међународни кривични суд. У том смислу Статут Међународног кривичног суда садржи значајне новине у погледу проширивања круга пасивних субјеката. На то указују посебно одредбе у делу члана 7. који под злочинима против човечности подразумевају и „апартхејд“, као и „присилно нестајање физчких лица“, као и одредбе члана 8. ратни злочини, код којих се као пасивни субјекат јавља и „животна средина“.

8). Незастарелост. Још један од примењивих критеријума представља и незастарелост кривичног гоњења и кажњавања за дела која сврставамо у међународна кривична дела. Овај критеријум добио је на својој целисходности у време када је Влада СР Немачке покушала да прогласи застарелост кривичног прогона за злочине који су учињени за време Другог светског рата. Реакција међународне заједнице била је очекивана и значајна, па је уследило доношење низа међународних и националних прописа којима је утврђено незастаревање нацистичких ратних злочина[143]. У том смислу указује се на одредбе Конвенције о незастаревању ратних злочина и злочина против човечности[144]. И у случају утврђивања незастарелости било је одступања, па је тако Белгија истовремено када је велики број земаља донео своје законе о незастаревању ратних злочина, 03.12.1964.године, донела закон према којем се рок за извршење смртних казни продужује са двадесет на тридесет година, што сведочи о размимоилажењу у међународној заједници око овог питања. Данас, полазећи од природе међународних кривичних дела, као и значајних последица које некажњавање оставља за собом сматрамо да незастарелост представља један од важнијих критеријума за утврђивање међународних кривичних дела.

[141] Саветодавно мишљење Међународног суда правде у предмету, „Легалност претње нуклеарним наоружањем и потребе нукеарног наоружања“ од 08. јула 1996.године, ICJ Reports.

[142] М. Сасоли, А. Бувије, *Како право штити у рату- случајеви и документа*, Међународни комитет Црвеног крста, Београд, 1999, стр. 31.

[143] Б. Златарић, *Проблем застаре међународних злочина у успоредном и међународном праву*, Зборник радова *Међународно кривично право*, (приредио Ђорђе Лопичић), Службени гласник, Београд, 2006, стр. 43.

[144] Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори, број 50/1970.

7.3.2.Посебни критеријуми за одређивање међународних кривичних дела

Већ смо указали на чињеницу да међународна кривична дела поседују одлике које их у великој мери раздвајају од других међународних кривичних дела. Управо резултат тавких особености представља и подела међународног кривичног права на међународно кривично право у ужем смислу и међународно кривично право у ширем смислу. Сагледавања међународних кривичних дела пружају основ за утврђивање посебних критеријума за одређивање међународних кривичних дела које одређујемо као: нексус са оружаним сукобом, однос према ОУН, однос према суверенитету и безразложна бруталност.

1) Нексус са оружаним сукобом. Полазећи од познатих облика међународних кривичних дела у виду агресије или ратних злочина, један од услова *quonditio sine qua non* за њихово постојање представља њихова веза са оружаним сукобом[145]. На овом месту изостаје повезивање овог критеријума са злочинима против човечности или геноцидом који се могу извршити и у време мира, са опаском да се и дело агресије нужно не мора повезивати са оружаним сукобом. Из тог разлога критеријум нексус са оружаним сукобом стављамо у ред посебних критеријума. Полазећи од овог критеријума указујемо да није од значаја подела на оружане сукобе међународног или немеђународног карактера, будући да су норме међународног ратног и међународног хуманитарног права једногласне у ставу да се имају примењивати, како у оружаним сукобима међународног, тако и у оружаним сукобима немеђународног карактера. Свеједно, услов у виду доказивања нексуса са оружаним сукобом представља једно од основних одлика ових кривичних дела. Управо ово представља један од важнијих критеријума за утврђивање међународних кривичних дела. Наиме, није свако кривично дело извршено у рату међународно кривично дело схваћено у ужем смислу[146]. Полазећи од наведеног, свако дело понаособ мора успоставити везу са оруженим сукобом што представља предмет посебног доказивања судског већа у сваком конкретном случају[147].

У том смислу мора се доказати постојање оружаног сукоба у време извршења дела и мора се као секундрани критеријум доказати веза између самог чињења или нечињења учиниоца кривичног дела и оружаног сукоба[148]. То значи да та кривична дела морају бити у тесној вези са оружаним сукобом[149]. При томе имамо у виду одредбе женевских конвенција које географску примену конвенција не прецизирају, већ одређују као примену „на територији сукобљених страна[150]“. Наравно, поред географског распона простирања оружаног сукоба, и временски оквир трајања оружаног сукоба представља

---

[145] Пресуда Претресног већа у предмету Тадић, параграф 573, Пресуда Претресног већа у предмету Делалић и др. параграф 193.

[146] G. Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, Oxford Univeristy Press, 2005, op.cit., p.38.

[147] Пресуда Претресног већа у предмету Блашкић, параграф 69; Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, параграф 193.

[148] Пресуда Претресног већа у предмету Кунарац, параграф 402.

[149] Пресуда Жалбеног већа у предмету Кунарац, параграф 55; Одлука по интерлокуторној жалби одбране на надлежност суда у предмету Тадић, параграф 66-70.

[150] Четврта Женевска конвенција, члан 6, параграф 2, М. Старечвић, *Извори међународног хуманитарног права*, op.cit., стр. 125.

један од валидних критеријума у погледу могућег утврђивања нексуса између кривичног дела и оружаног сукоба. Овај критеријум мора бити не само испуњен, већ се и сам поступак доказивања сходно начелу *in dubio pro reo/favor rei* мора одвијати у правцу у коме се не смеју оставити сумње у везу између оружаног сукоба и кривичног дела.

Од посебног значаја је утврђивање квалитета везе између оружаних сукоба и кажњивих дела. О наведеној чињеници још увек не постоје прецизни нормативни оквири. Указујемо на закључак Хашког трибунала: „други прелиминарни услов односи се на блиски нексус између кривичних дела и дела за које се терети и оружаног сукоба. Жалбено веће је сматрало да је тражени однос задовољен када су злочини за које се терети окривљени били уско повезани са непријатељствима[151]“.

Имајући у виду напред наведено, критички осврт заслужује закључак Хашког трибунала изражен у предмету Кунарац у коме стоји:„Не тражи се узрочно последична веза између оружаног сукоба и учињеног злочина, али се у најмању руку тражи да је постојање оружаног сукоба у знатној мери утицало на способност учиниоца да учини злочин, његову одлуку да га учини, начин учињења злочина или циљ са којим је учињен. Стога је за закључак да су кривична дела уско повезана са оружаним сукобом довољно ако се утврди, као што је овде случај, да је учинилац деловао у служби оружаног сукоба или под окриљем оружаног сукоба[152]“. Овако широко одређење везе између оружаног сукоба и кривичног дела омогућава да се под кажњивим делом у смислу постојања међународног кривичног дела подведу и друга дела која имају тек посредне везе са оружаним сукобом, чак и када се та веза заснива на широком одређењу, као што је то „под окриљем оружаног сукоба“.

На овом месту указујемо на изузетке код међународних кривичних дела у односу на утврђивање везе са оружаним сукобом. Ту, пре свега, спада геноцид за који није нужно постојање оружаног сукоба. Посебно питање представља дело агресије, које насупрот залагањима на теоријском нивоу[153], почев од Статута Међународног кривичног суда, преко Резолуције Генералне скупштине УН број 3314 од 14. 12.1974. године, закључно са ревизионом конференцијом у Кампали 2010.године и даље остаје „зависно“ од оружаног сукоба, премда се не можемо отети утиску да се агресија у члану 8. бис 74. - Елементи дела, став 2. ипак везује и за политичку акцију поред оружане акције, иако је сам акт агресије одређен као употреба оружане силе (став 3.).

2) Однос према ОУН. Развој међународног хуманитарног права[154] захтевао је активно учешће међународних организација које су се јавиле као носиоци примене норми међународног хуманитарног права. Тако су одредбе члана 79. Конвенције о ратним заробљеницима овластили Међународни комитет Црвеног Крста да предузима адекватне мере у виду стварања обавештајних агенција за регистровање ратних заробљеника. Такође значајну је улогу имало и Друштво народа у погледу поштовања норми међународног кривичног права. Након окончања Другог светског рата ОУН је као кровна међународна

[151] Пресуда Претресног већа у предмету Кунарац, параграф 402.

[152] Пресуда Жалбеног већа у предмету Кунарац, параграф 58.

[153] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 157; С. Аврамов, *Међународно јавно право*, op.cit., стр.625;Д. Жарић, *Индивидуална одговорност за злочин агресије*, необјављена магистарска теза, Београд, 2009, стр. 64; Предлог Закона о повредама против мира и безбедности човечанства из 1954.године.

[154] Међународно хуманитарно право заменио је термин међународно ратно право на дипломатској конференцији 1974.године до усвајања допуне Конвенције о заштити жртава рата из 1949.године.

организација која је на себе преузела обавезу старања о међународном миру и безбедности, преузела примат у погледу не само примене норми, већ и у домену кодификације међународног кривичног права. При томе не треба пренебрегнути да и ОУН представљају израз односа снага у међународном друштву, од свог настанка, односно како Хелд истиче:„Повеља ОУН је заправо увећала улогу великих сила, дајући додатни легитимитет њиховом полагању права на вођство у међународној политици[155]“.

Прве активности ОУН везане за поштовање норми међународног хуманитарног права забележене су у Корејском рату 1950 године, као и у египатско-израелском рату 1967.године[156]. У протеклих шездесет година ОУН је поверене задатке вршила са пуно осцилација. Некада је делатност ОУН била омеђена интересима најзначајних држава узрокованих хладним ратом и трком у наоружању, док разлоге неадекватних одговора ОУН по окончању хладног рата можемо тражити у непрепознавању места, улоге и значаја ОУН у догађајима који су обележили тај период, а који су често на идеолошком нивоу означавани као „крај историје“. Међутим, на почетку XXI века улога ОУН је и даље значајна. О наведеном сведочи наглашена улога ОУН у процесу кодификације норми међународног кривичног права у виду разраде Статута Међународног кривичног суда, као и у одлукама које је доносио Међународни суд правде као главни правосудни орган ОУН, а које су се често бавиле и применом норми међународног кривичног права [157].

Управо су ОУН биле место у коме је међународно хуманитарно право добило примат у односу на друге критеријуме који су се јављали као препрека не само примени, већ и кодификацији правила међународног кривичног права као што су: војна потреба, суверенитет итд. Управо у крилу ОУН човек као јединка постаје наглашени предмет заштите свих норми међународног кривичног права. Тај процес је видљив у готово свим актима који се баве међународним кривичним делима, почев од Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида (ова Конвенција не само да је усвојена од стране Генералне скупштине ОУН 09.12.1948.године, већ се у истој у члану 5. наглашава посебна улога ОУН), усвајања Резолуције „Уједињени за мир“ (03.11.1950.године), преко оснивања *ad hoc* трибунала за бившу Југославију и Руанду (где начин оснивања и даље представља предмет значајних преиспитивања), до усвајања Статута Међународног кривичног права суда.

Извесну резерву узрокује чињеница да Савез безбедности ОУН заузима најважније место у систему ОУН, па и у односу према Међународном кривичном суду. Иако уговорни карактер овог суда није у складу са досадашњим поступцима Савета безбедности који су више исказивали поверење према *ad hoc* трибуналима, одредбе Статута Међународног кривичног суда који Савету безбедности дају значајну улогу у процесу утврђивања одговорности (кроз покретање поступка) указују да се ОУН преко Савета безбедности најактивније укључује у рад Међународног кривичног суда. Ова контроверзна улога Савета безбедности већ је предмет оспоравања. Симпсон истиче да

---

[155] Д. Хелд, *Демократија и глобални поредак:од модерне државе као космополитској владавини*, op.cit., стр. 93.

[156] К. Обрадовић, М.Шаховић, М. Деспот, *Међународно хуманитарно право: Развој-примена-санкције*, op.cit., стр.233.

[157] Саветодавно мишљење Међународног суда правде у предмету „Легалност претње нуклеарним оружјем и употребе нуклеарног оружја“од 8.јула 1996. године, ICJ Report, стр.226; Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, Спор који се односи на примену конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида од 26. фебруара 2007.године.

„Савет безбедности показује претерану спремност да своје полицијске функције допуни квази судским додељивањем права и обавеза[158]“.

Статут Међународног кривичног суда посебно наглашава улогу ОУН. У том смислу, а полазећи од одредби Статута Међународног кривичног суда, можемо рећи да ОУН представљају део система Међународног кривичног суда. О наведеном сведочи члан 2. Статута који јасно наглашава функционалну везу између Међународног кривичног суда и ОУН. Чланом 13. Статута омогућено је Савету безбедности да иницира покретање кривичног поступка према тужиоцу (парадоксална је чињеница да један број сталних чланова Савета безбедности није уговорна страна Статута Међународног кривичног суда, иако се и њима омогућава покретање кривичног поступка). Посебно је важан члан 16. Статута који омогућава одлагање кривичног гоњења на захтев Савета безбедности као главног политичког органа ОУН.

Разматрајући везу између међународних кривичних дела и ОУН указујемо да је са одржавањем Ревизионе конференције у Кампали 2010.године ОУН добила нову потврду својеврсног ауторитета у домену међународног кривичног права. Ту, пре свега, имамо у виду чињеницу да се агресија (према предлогу из Кампале 2010.године) везује за Повељу ОУН у оквиру „Елементи дела“, и то на начин који агресију дефинише као кршење начела из Повеље ОУН. На основу наведеног, сматрамо да је лако доказива веза између међународних кривичних дела и ОУН која се креће од процеса кодификације до директног учешћа у самом процесуирању оптужених за међународна кривична дела. Указујемо да је у овако утврђеној вези између ОУН и међународних кривичних дела релативизована активност саме ОУН доношењем аката као што су: Резолуција Савета безбедности број 1373 од 28. 09.2001.године, затим Резолуција Савета безбедности број 1441 од 08.11.2002.године, Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма од 09.12.1999.године**.**

Ове конвенције указују на чињеницу да у крилу ОУН постоји јасна тенденција проширења обима међународних кривичних дела у односу на међународна кривична дела у ужем смислу. При томе, неспорна је потреба да ОУН дају адекватан одговор на сва кривична дела која угрожавају међународни мир и безбедност, али не треба пренебрегнути ни доказану дисфункционалност ОУН, као ни постмодерне институте, као што су „хуманитарна интервенција“ који су у стању да маргинализују ОУН до негирања. Са аспекта међународног кривичног права две околности у перспективи представљају прави изазов за примену норми међународног кривичног права. То су: 1) владајући антиплуралистички поредак којем се ОУН клања и 2) однос чланица Савета безбедности ОУН према усвојеној дефиницији агресије у Кампали.

3) Однос према суверенитету. Један од критеријума којима се одликују међународна кривична дела у ужем смислу јесте и њихов однос према суверенитету. Ово из разлога што међународна кривична дела превазилазе све врсте граница које одређује суверенитет у погледу односа држава јединка – међународно друштво. Штавише, можемо рећи да данас у време када су све гласнији захтеви за релативизацијом суверенитета[159], међународна кривична дела остају редак домен међународног права који подразумева истински симбиозу суверенитета и међународног права.

---

[158] Г. Симпсон, *Велике Силе и одметничке државе-неравноправни суверени у међународном правном поретку*, op.cit., стр. 308.

[159] J. S. Nye Jr., *Understanding International Conflicts – An Introduction to Theory and History*, op.cit., p.156.

Норме међународног кривичног права простиру се на појединца као индивидуализованог извршиоца међународног кривичног дела (чак и онда када се ради о највишим државним званичницима), у условима када се држава лишава свог (на суверенитету насталог) права на *ius puniendi*. На основу наведеног, извесно је да се однос између суверенитета и међународног кривичног права може окарактерисати као једна „противречна филозофија". Однос суверенитета према међународном кривичном праву се посматра не као *suprema potestas* унутар држава, нити као стварна једнакост у међународним односима. Суверенитет се у овом случају јавља као двоструки механизам: механизам препознавања, идентификовања и усвајања норми међународног кривичног права, а потом и као механизам којим се врши примена норми међународног кривичног права који поседују државе, а не поседује међународна заједница. И ту се значај суверенитета не исцрпљује.

Суверенитет подразумева троструки однос. Најпре, однос држава јединки који творе међународну заједницу, који се карактерише као „право односа". На другом месту је положај државе јединке у процесу настајања међународног кривичног права као учешће у „стварању права" и треће, примена тако утврђених норми међународног кривичног права као „институционализовање права". Додаћемо овде и однос према међународним кривичним судовима који не може да буде једнозначан имајући у виду моделе установљавања међународних кривичних судова (Међународни војни суд у Нирнбергу, Међународни суд у Токију, *ad hoc* трибунали за бившу СФРЈ и Руанду, те уговорно прихватање Статута Међународног кривичног суда). Први сусрет суверенитета и међународног кривичног права десио се управо на нивоу кодификације и прописивања појединих међународних кривичних дела. Други озбиљан сусрет, десио се у условима када су национални судови почели да примењују норме међународног кривичног права унутар сопствених правних система. Трећи сусрет, карактеристичан је за оснивање *ad hoc* трибунала почетком деведесетих година XX века.

Питање односа суверенитета и међународног кривичног права не исцрпљује се само у домену кодификације норми међународног кривичног права, већ је значајно и са аспекта универзалне јурисдикције у коме се државе као носиоци суверенитета појављују у два облика: 1) као члан међународног друштва који преко институција међународног друштва врши препознавање друштвено опасних дела и врши инкриминације одређених дела и 2) као самодовољна јединка која у оквиру сопствене *suma potestas* врши инкриминацију међународних кривичних дела на унутрашњем плану, кажњава учиниоце за извршена дела и учествује у поступцима пружања међународне правне помоћи у циљу омогућавања едфикасне борбе против криминалитета.

Према овом критеријуму суверенитет се јавља као разлика између међународних кривичних дела у ужем смислу за која је резервисана и надлежност међународних судова (поред домаћих) и међународних кривичних дела у ширем смислу која претежно остају у надлежности националних судова. Прави куриозитет у смислу потврде начела суверенитета представљају одредбе Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида која утврђује двоструку надлежност као надлежност националних судова тј. судова државе на чијој територији је дело извршено или надлежност међународног кривичног суда коју признају стране уговорнице.

4) Критеријум „безразложна бруталност". Полазећи од чињенице да се међународна кривична дела у ужем смислу углавном везују са оружане сукобе (са одређеним изузецима на које смо указали), а имајући у виду да „војна потреба" данас

представља анахронизам у међународном кривичном праву, сматрамо да се војна потреба може употребити још једино као основ за диференцијацију међународних кривичних дела, с тим да сам критеријум који наводимо не представља основ за изузимање од кривичне одговорности. Преломну тачку у овом процесу представља пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу, који је имао далекосежне последице не само по кривичну одговорност, већ по међународно право у целини.

Хелд истиче: „Правни оквир Нирнбершког суда означио је изузетно значајну промену у правном развоју модерне државе – нова правила су оспорила принцип војне дисциплине и поткопала су национани суверенитет на његовом најосетљивијем месту:хијерархијским односима у војсци[160]“. Постоје у теорији покушаји који и данас критеријуму војне потребе дају извесну вредност. Хенри Сиџвик истиче да није допустиво учинити „било какво злодело које нема материјалну тенденцију према циљу (победи), нити било какво злодело чија је тенденција да води према овом циљу мала у поређењу са величином злодела[161]“. Овој аргументацији супротстављамо чињеницу да се рат заједно са ратним циљем ставља изнад интереса, како појединца, тако и у односу на основне вредности међународног друштва.

Оружани сукоби на један начин представљају вечити сукоб између војне потребе и захтева човечности. Војну потребу представља више елемената „друштвеног, економског, политичког или војног карактера и најважнији међу њима су: политички циљ рата, његова природа, оружја која се користе и начини и средства борбе[162]“. На другој страни су захтеви човечности који представљају суштину савременог међународног права. Историјски посматрано међународно хуманитарно право, као и међународно кривично право настали су као резултат идеје о заштити јединке учесника оружаног сукоба од бруталности и бестијалности рата. Петроградска декларација из 1864. године јасно указује на мотиве и циљеве ограничавања средства рата, па се тако:„осуђује употреба оружја које непотребно повећава патње људи стављених ван борбе или смрт чини неизбежном[163]“. Сви каснији покушаји нормативног уређења међународног кривичног права следе ову тенденцију. Већ 1907. године, хашки Правилник о законима и обичајима рата на копну у члану 22. прописује да „зарађене стране немају право избора средства борбе против непријатеља...забрањује употребу оружја, метака или материјала способних да проузрукују непотребне патње“(члан 23).

Иако је на почетку XX века кодификација ишла правцем да успостави равнотежу између војне потребе и захтева човечности, догађаји у току Другог светског рата ставили су тачку на покушаје успостављања те равнотеже. Томе је допринела и потпуна девалвација војне потребе која је као таква представљала параван за идеолошке захтеве који су стајали у основи оружаног сукоба и представљала основу за највећа кршења норми међународног хуманитарног права. Управо је критеријум војне потребе заслуживао највећу меру редукције и одступања у односу на захтеве човечности, јер се војна потреба не јавља као константа. Војна потреба често или углавном представља основ за вршење

[160] Д. Хелд, *Демократија и глобални поредак: од модерне државе ка космополитској владавини*, op.cit., стр.126.

[161] М. Волзнер, *Праведни и неправедни ратови*, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 173.

[162] К.Обрадовић, М.Шаховић, М. Деспот, *Међународно хуманитарно право: Развој-примена-санкције*, op.cit., стр 52.

[163] Петроградска декларација од 1868.године о забрани употребе одређених пројектила у рату, Извори међународног хуманитарног права, op.cit., стр. 333.

кривичних дела за која се касније лако доказује да нису имала било какве додирне тачке са војном потребом или циљем оружаног сукоба.

Продор „хуманистичких интервенција“ довео је до измештања војне потребе из приоритета ратног права у односу на захтеве човечности. Кодификације на почетку XX века, као и након Другог светског рата са преовлађујућим утицајем „Нирнбершке пресуде“, одступиле су од недодирљивог карактера војних потреба и довеле их у ограничавајуће оквире међународног хуманитарног права. Војна потреба више није ванправни елемент, већ је ствар процене која се у сваком конкретном тренутку мора процењивати са аспекта закона човечности. Војна потреба изгубила је апсолутни карактер и сведена је на ниво изузетака, омогућивши несметани приступ процесу утврђивања кривичне одговорности.

У том смислу су илустративни и последњи кодификаторски захвати у међународном кривичном праву који кроз ширење круга пасивних субјеката критеријум војне потребе смањују на најмању могућу меру, иако критеријум војне потребе још увек заузима значајно место, с тим што се сада критеријум војне потребе цени помоћу „метода пропорционалности“[164]. Међутим, сматрамо нужним да укажемо на теоријске покушаје повратка института војне потребе и равноправног суочавања између војне потребе и норми међународног хуманитарног права. Ово „нео Клаузевицово“ схватање војне потребе у односу на норме међународног хуманитарног права оличено је у предлозима за увођење „права операција[165]“ (права војних операција- прим.аутора), али до данас нису наишле на већу подршку.

7.4. Врсте међународних кривичних дела

Процесуирање и инкриминисање се врши *stricto sensu* према кривичним делима која би била сврстана у категорију међународних кривичних дела. Злочин против мира, злочин против човечности, ратни злочини и злочин геноцида могли би да буду део универзалне јурисдикције као дела која угрожавају друштво у целини. Они се не сврставају у исту групу са међународним кривичним делима у ширем смислу, али полазећи од поделе на активну и пасивну националну јурисдикцију може се прихватити решење да се међународна јурисдикција заснива на претходно утврђеној чињеници да је злочин учиниоца једне државе усмерен или предузет ка другој држави. Уосталом највећи степен неефикасности националних јурисдикција односи се управо на злочине који су предузети према другој држави или у случајевима када се злочин врши од стране државе према својим грађанима као својеврсна “злоупотреба моћи” која упућује на непостојање капацитета држава самих (ово је посебно присутно у домену дела геноцида или злочина против мира).

У циљу утврђивања међународних кривичних дела значајна је подела на међународна кривична дела у ужем смислу и међународна кривична дела у ширем смислу.

---

[164] Саветодавно мишљење Међународног суда правде у предмету „Легалност претње нуклеарним наоружањем и употребе нуклеарног наоружања“, 8. Јул 1996, ICJ Reports, стр.226.

[165] L. P. Rockwood, *Walknig Away from Nuremberg – Just war and the doctrine of command responsibility,* University of Massachusetts press, 2007, p.162.

Међународна кривична дела у ужем смислу се називају још и права, чиста међународна кривична дела[166] или апсолутна међународна кривична дела[167], а кривична дела у ширем смислу се још називају и класична међународна кривична дела[168], те неправа или мешовита кривична дела[169]. Иако је ова подела усвојена на 14. Конгресу Међународног удружења за кривично право одржаном 1989. године у Бечу, каснији развој међународног кривичног права оличен, како у нормативној активности, тако и у оснивању *ad hoc* трибунала, те Статуту Међународног кривичног суда (кроз утврђење надлежности суда за дело геноцида, агресије, злочина против човечности и ратних злочина), у потпуности је оправдао овакву поделу. Овоме се додаје и чињеница да међународноправни акти не садрже јединствене дефиниције међународних кривичних дела у ширем смислу, будући да се норме међународног кривичног права (у односу на међународна кривична дела у ширем смислу) задржавају на активностима које на различите начине доприносе борби међународне заједнице против међународних кривичних дела и њихових учинилаца.

У циљу диференцијације наведених кривичних дела полази се од чињенице да међународна кривична дела у ужем смислу свој извор имају у међународноправним актима, пресудама међународних војних судова, *ad hoc* трибунала и коначно у Статуту Међународног кривичног суда На другој страни су међународна кривична дела у ширем смислу која су инкриминисана унутрашњим правним актима или међународним уговорима, па се активност међународне заједнице своди „на целовиту примену међународних инструмената, хармонизацију законодавстава и интензивну узајамну сарадњу држава[170]“. Међународна кривична дела у ужем смислу карактерише двострука природа дела, чињеница да се овим делима крше основна, темељна људска права, незастарелост дела, забрањеност ових дела путем норми општег међународног права установљавајући ово поступање као обавезу *erga omnes* [171] због чега се називају и као „*core international crimes*[172]“. Међународна кривична дела у ширем смислу која се називају и као „неуобичајна кривична дела или *delicta iuris gentium* [173]“ одликују тежина проузрованих последица, начин инкриминације и кажњавања који се оставља у оквирима националног законодавства, одсуство јурисдикције међународних судова, као и одсуство приговора незастаревања.

Имајући у виду изнете дефиниције, јасно је да опште дефиниције омогућавају већи број дела која би се сврставала у међународна кривична дела, чинећи на тај начин неоправдано релативном границу између кривичних дела у ужем смислу и кривичних дела у ширем смислу. Тако Басиони полазећи од утврђених критеријума идентификује двадесет осам категорија међународних кривичних дела[174].Тако у међународно кривично дело у ужем смислу улазе следећа дела: геноцид, агресија, злочин против човечности и ратни злочини. У међународна кривична дела у ширем смислу улазе остали међународни

[166] Д. Јовашевић, *Кривично право,Општи део*, НОМОС Београд, 2006. стр. 472; З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 10.

[167] В. Ђурђић, Д. Јовашевић, *Кривично право,Посебни део*, НОМОС Београд, 2006. стр. 305.

[168] М. Марковић, *Међународна кривична дела и развој међународног кривичног права*, Зборник радова *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 82.

[169] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део,* op.cit., стр. 472.

[170] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део,* ibid., стр. 472.

[171] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право,* op.cit., стр. 127.

[172] C. Damgaard,, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* , op.cit., p.57.

[173] Драган Јовашевић, *Међународно кривично право,* op.cit., стр. 127.

[174] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* , op.cit, p.59.

деликти која се одређују као „бројна кривична дела која су поједине државе предвиделе у својим националним кривичним законодавствима извршавајући обавезе преузете потписивањем одговарајућих међународних уговора. Ту спадају: а) нелегално поседовање, употреба и располагање оружјем; б) крађа нуклеарног материјала; в) агресивно деловање плаћеника; г) заштита од терористичког насиља и д) заштита социјалних и културних интереса[175]“. Овоме се могу додати и пиратерија, дечја порнографија, илегална трговина дрогом и психотропским супстанцама, прање новца.

Насупрот овако утврђеним границама између међународних кривичних дела у ширем смислу и међународних кривичних дела у ужем смислу, поједини аутори указују на међународна кривична дела која се налазе на самој граници између међународних кривичних дела у ширем и ужем смислу. Ту се, пре свега, мисли на дела као што су тортура или тероризам полазећи од двојаке природе ових дела[176]. Овим схватањима иду у прилог чињенице да тортура као радња дела представља кршење норми *ius cogens* имајући у виду Конвенцију УН против тортуре, али и Закон број 10.Контролног савета за Немачку, женевске конвенције из 1949.године и допунске протоколе, као и друге бројне међународноправне акте којим је стављен ван снаге сваки облик нарушавања физичког и менталног интегритета појединца. О наведеном сведочи и чињеница да је тортура нашла своје место као категорија злочина против човечности у члану 7. став 1. тачка К. Статута Међународног кривичног суда, те чињеница да се овим појмом бавио и Хашки трибунал у предметима Делалић и др., Кунарац, Крњојелац и Мркшић и други. Касезе прави разлику између мучења као злочина против човечности и ратног злочина и мучења самог по себи, уводећи у међународно кривично дело у ужем смислу и мучење и екстремне облике тероризма као равноправна кривична дела[177]. У истом смислу Касезе третира и поједине облике тероризма као злочин против човечности.

На становишту смо да треба задржати поделу на међународна кривична дела у ужем смислу и међународна кривична дела у ширем смислу. Ово из разлога што степен угрожавања основних добара људске заједнице још увек у већој мери угрожавају међународна кривична дела у ужем смислу. Наведеном у прилог иде и историјски развој међународног кривичног права. Са друге стране, стварност указује да и међународна кривична дела у све већој мери угрожавају основне вредности људског друштва. Технички напредак и глобализација омогућили су и системски карактер и масовност међународних кривичних дела у ширем смислу. На овом месту указујемо на чињеницу да су поједина кривична дела у ширем смислу (као што су мучење, апартхејд) уз одређене специфичности већ инкорпорирана у међународна кривична дела у ужем смислу, па су као таква нашла своје место и у оквиру ратних злочина или злочина против човечности. Све то указује да ће у будућности граница између ових дела бити све мања.

[175] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела,Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 139.

[176]В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit, стр. 139.

[177] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit, стр. 136.

8. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Са историјског аспекта развоја међународног кривичног права видљива је тежња ка проширењу третирања „тешких повреда“ норми међународног хуманитарног права. У том смислу се указује на проширење садржаја прописаних тешких повреда почев од хашких преко женевских конвенција до допунских протокола. У том смислу од симболичног значаја је указивање на еволуцију облика одговорности која се креће од јасног утврђивања постојања намере код Првог допунског протокола уз жевенске конвенције (члан 85. став 3. и став 4.), до Другог протокола уз Хашку конвенцију из 1954. године о заштити културних добара у случају оружаног сукоба, статута *ad hoc* трибунала, и Статута Међународног кривичног суда који јасно опредељују облик виности као услов кривичне одговорности.

На данашњем нивоу развоја норми међународног кривичног права очигледно је да различити методолошки приступи идентификације деликта које сврставамо у међународна кривична дела у ужем смислу, захтевају изградњу нормативног оквира који ће дати брз и адекватан одговор на питање шта све представља међународно кривично дело, која су обележја међународних кривичних дела понаособ, који су принципи кривичне одговорности за међународна кривична дела итд. Традиционална подела на међународна кривична дела у ужем смислу и међународна кривична дела у ширем смислу представља добру полазну основу, иако искуство суочавања са међународним злочинима јасно указуједа је та граница крајње релативизована. У том смислу успостављање јасних критеријума, који би уважавали природу дела, облик одговорности, субјекте заштите, могућности и начине процесуирања представља тек један од услова.

Закључујемо да је потребно створити механизам који ће омогућавати сталну и континуирану допуну облика међународних кривичних дела, полазећи од несавршености права, али и од неограничене могућности појаве нових злочина, при томе не пренебрегавајући могућност да поједина међународна кривична дела за које је до сада било резервисано разматрање у оквиру међународних кривичних дела у ширем смислу, као што је тероризам или пиратерија, нађу своје место у оквирима међународних кривичних дела у ужем смислу. У прилог ставу о релативним границама између две групе дела, јесте и чињеница да су пред Међународним војним судом у Токију, поменуте и повреде међународних конвенција о дрогама које су извршили јапански војници.

Овоме у прилог иду и теоријска разматрања и одређење објекта заштите код међународних кривичних дела на основу којег се врши диференцијација на: међународна кривична дела против човечности и међународног ратног и хуманитарног права, међународна кривична дела против безбедности ваздушног саобраћаја и међународна кривична дела против других друштвених вредности[178]. У том смислу се тероризам све чешће представља као злочин против човечности[179], док је апартхејд већ добио своје место у оквиру ратних злочина о чему сведочи Статут Међународног кривичног суда. Полазећи од схватања Франца Вон Листа да „суштину кривичног права не чини врста штићених

[178] Д. Јовашевић, В. Ђурђић, *Међународно кривично право* , Зборник радова, Међународно кривично право, приредио Ђорђе Лопичић, стр. 54.

[179] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 147.

интереса, већ особеност саме заштите[180]“, јасно је да међународно кривично право мора дати адекватан и брз одговор на све учесталија вршења међународних кривичних дела.

[180] Ђ. Вуковић, *Прилог појму међународног кривичног дела*, Зборник радова Међународно кривично право, приредио Ђ. Лопичић,op.cit., стр. 280.

Глава друга

ИЗВОРИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА

1. УВОД

Бављење кривичном одговорношћу за међународна кривична дела подразумева разматрање извора права који представљају нормативни оквир у коме се може трагати за применљивим постулатима на којима се утврђује кривична одговорност у сваком конкретном случају. Полазећи од схватања да изворе кривичног права у формалном смислу чине „правни акти са кривичноправним нормама које одређују међународна кривична дела, санкције за њихове учиниоце, као и основе и услове кривичне одговорности и кажњивости[181]“, чини се да међународно кривично право нема потешкоћа при одређивању извора права у сваком конкретном случају. Али, уколико овај појам посматрамо емпиријски, а потом и у материјалном смислу у коме „извор међународног кривичног права представљају друштвени односи који су управо регулисани кривичноправним нормама“, јасно је да одређивање применљивих извора права представља крајње деликатно питање.

У разматрању и оцењивању праваца и домета развоја међународног кривичног права може се рећи да извори права у поступку примене права треба да представљају острва сигурности који неспутано обезбеђују утврђивање одговорности за међународна кривична дела. Извори права уједно указују и на правце, али и на ограничења развоја међународног кривичног права у датом тренутку. Разматрајући изворе међународног кривичног права мора се кренути од онога шта се данас сматра међународним кривичним правом. То подразумева поглед на данашњи степен развоја међународног кривичног права, при чему неизоставно полазиште представља подела на међународна кривична дела у ужем и међународна кривична дела у ширем смислу, као и његов однос према другим гранама права, будући да од ове чињенице зависи применљивост и домет појединих извора права.

Даље указујемо да без обзира на присуство бројних аката које можемо сврстати у изворе права, сви могући извори права нису једнаки по снази и по последицама које производе са аспекта обавезности или са аспекта нормативне снаге коју нуде у циљу регулисања односа из домена међународног кривичног права. У том смислу указујемо на поделу на формалне и материјалне изворе права, налазећи исходиште у одражавању објективних и субјективних елемената у праву[182]. То омогућава даљу поделу формалних

[181] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела: Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 117.

[182] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 45.

извора права на примарне и секундарне изворе, те помоћне изворе међународног кривичног права [183] или поделу на главне и споредне изворе права[184].

При томе као главни извори права јављају се међународне конвенције, међународни обичаји, општа правна начела која признају цивилизовани народи, судске одлуке и учења најпозванијих стручњака за међународно право, док се као споредни извори означавају правна наука, судска пракса и обичаји. Као изворе међународног кривичног права у ширем смислу, означавамо и оне изворе који се баве односом између судије, окривљеног, тужиоца, као и изворе који уређују пружање међународне кривичноправне помоћи. Још једна од релевантних подела је свакако подела на међународне и националне изворе међународног кривичног права[185]. Ова подела има свој значај у погледу указивања на последице које по националне изворе права имају међународноправни акти који често предвиђају обавезу усклађивања националних законодавстава са међународноправним актима. Овом пак претходи подела међународних конвенција на уговорне прописе о чистој кодификацији, прописе који чине прогресивни развој међународног права путем конвенција, затим подела међународних конвенција на конвенције-законе и конвенције-уговоре (као и подела уговора на билатералне, регионалне и мултилатералне уговоре)[186].

Уз наведено на значајну повратну везу између националних и међународних извора указују и одредбе појединих међународноправних аката који утврђују обавезу усклађивања националних законодавстава са донетим и прихваћеним међународноправним актима. И други извори права међународног карактера су значајани са становишта унутрашњег права. У том смислу указујемо и на Статут Међународног кривичног суда који се прихвата приступањем и ратификовањем у националним скупштинама. Међутим, остаје и даље отворено питање односа извора права које користе национални судови и међународних извора права, због могућих ограничења у примени, као и због могућих разлика у примени међународних извора права. Данас можемо рећи да Статут Међународног кривичног суда садржи не само све елементе кривичних дела, основне принципе кривичне одговорности, већ и одредбе које се односе на сам кривични поступак, међународну кривичну сарадњу, па у том смислу Статут Међународног кривичног суда представља најзначајнији извор међународног кривичног права, уз очекивање да и Амандман из Кампале из 2010.године (који је одредио дефиницију агресије) буде прихваћен.

Са друге стране испреплетеност норми међународног јавног права и међународног кривичног права упућују нас да изворе међународног кривичног права тражимо (између осталог) и међу изворима међународног јавног права. На првом месту, то подразумева осврт на Статут Међународног суда правде као један од најауторитативнијих путоказа који у члану 38. експлицитно одређује изворе права. Као извори права наводе се : 1)међународне конвенције, било опште или посебне, које постављају правила изричито призната од стране држава у спору; 2) међународни обичај, као доказ опште правне праксе која је прихваћена као право; 3) општа правна начела која признају просвећени народи и 4) у границама одребе члана 59. судске одлуке и учења најпозванијих стручњака

[183] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 29.

[184] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела,Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 117.

[185] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 31.

[186] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 120.

међународног јавног права различитих народа, као помоћно средство за утврђивање правних правила.

Посебан значај са аспекта утврђивања извора права на почетку XXI века имају и одредбе Статута Међународног кривичног суда који у члану 21. – „Право које се примењује“ утврђује следеће:„Суд примењује: 1) Најпре овај Статут, елементе бића кривичних дела, као и Правила поступка и извођења доказа, 2) Потом када је то сврсисходно, одговарајуће уговоре, принципе и начела међународног права, укључујући овде и утврђене постулате међународног права оружаног сукоба и 3) За случај да се не може применити ниједан од горе поменутих извора, примењују се општи правни принципи које је суд извео из националних закона светских правних система, а када је то оправдано и национални закони држава које би иначе биле надлежне поводом конкретног кривичног дела, под условом да ти принципи нису у колизији са овим Статутом, међународним правом и међународно признатим нормама и стандардима[187]“.

На основу наведеног извесно је да Статут Међународног кривичног суда детаљније одређује изворе права, полазећи од специфичности материје коју уређује, а која се тек једним делом заснива на нормама међународног јавног права, за разлику од Статута Међународног суда правде који то чини на уопштен начин. Истичемо као релевантну чињеницу и дуг временски период који дели Статут Међународног суда правде од Статута Међународног кривичног суда у коме је међународно кривично право добило нову димензију и нове изражаје услед друштвених околности које су изискивале толико потребну додатну кристализацију норми као извора међународног кривичног права. Уосталом, у време усвајања Статута Међународног суда правде, норме међународног кривичног права биле су тек у зачетку у виду појединачних међународноправних аката донетих током Другог светског рата, Статута Међународног војног суда, те постојећих норми „хашког права“, а које су своју доградњу имале неколико година касније, после усвајања Статута Међународног суда правде.

О комплексном карактеру односа између норми међународног јавног права и међународног кривичног права сведочи и чињеница да је на XIV међународном конгресу за кривично право у Бечу 1989.године дат предлог да међународни деликти *stricto sensu* буду одређени као деликти који треба да буду признати од међународне заједнице као „акти којима се ствара међународно јавно право[188]“. Наведени предлози показују међусобну повезаност, која данас поприма карактер међузависности између норми међународног јавног права и норми међународног кривичног права. Овакав став има своје отелотворење и у делу извора права. Такође указујемо као значајну карактеристику и чињеницу да Статут Међународног кривичног суда јасније наглашава хијерархију извора права која нам омогућава диференцијацију на примарне-главне и секундарне-помоћне изворе права.

[187] Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, Службени лист СРЈ - међународни уговори“, број 5/2001 од 27.06.2001.године.

[188] *Revue internationale de droit penal*, 1989, No.1-2, pp. 584-586.

2.ПРИМАРНИ ИЗВОРИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА

2.1.Међународни уговори

Међународни уговори несумњиво представљају најважније изворе међународног кривичног права. Основ за овакав закључак проистиче из чињенице да они представљају сагласан начин регулисања међусобних права и обавеза у погледу инкриминације међународних кривичних дела, а што подразумева и идентификацију свих елемената који чине биће кривичног дела и облика одговорности, што има највећи значај за процесуирање и осуду учинилаца најтежих међународних кривичних дела.

Значај уговора као извора права посебно је видљив у делу односа између норми унутрашњег и међународног права, а које се огледају у потреби да се норме унутрашњег права прилагоде одредбама закљученог и ратификованог међународног уговора. О томе сведоче одредбе женевских конвенција из 1949.године које подразумевају непосредну примену за државе уговорнице (члан 1. Прве Женевске конвенције, Друге Женевске конвенције, Треће Женевске конвенције и Четврте Женевске конвенције[189]) и допунски протоколи уз женевске конвенције из 1977.године[190] или у делу у коме се норме међународног права сматрају саставним делом унутрашњих правних поредака како их третирају поједина национална законодавства. Такође и Устав Републике Србије[191] у члану 16. став 2. одређује да су „општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“. На овом месту не пренебрегавамо чињеницу да су поједина кривична дела кажњива без обзира на постојање или непостојање инкриминација у нормама унутрашњег правног поретка. Имајући у виду да се у конкретном случају бавимо међународним кривичним делима у ужем смислу, потреба усклађивања унутрашњих и међународних норми несумњива је, како са аспекта уговора, тако и са аспекта општих норми међународног права.

Под уговорима који представљају основ међународног кривичног права убрајамо норме „хашког права“ из 1907.године, норме „женевског права“ из 1949.године, Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида, статуте *ad hoc* војних и цивилних судова, као и одредбе Статута Међународног кривичног суда. Наведени извори права имали су пресудан утицај на све остале изворе права који су уследили почев од статута међународних војних судова, *ad hoc* трибунала до Статута Међународног кривичног суда имајући у виду утицај на национална законодавства, као и на судску праксу и правну теорију као „помоћних средстава за утврђивање извора права[192]“. Разматрајући уговоре као изворе права указује се на њихову разноврсност. У том смислу указујемо на чињеницу да они могу бити билатерални, регионални, мултилатерални,

[189] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[190] Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, број 16/78.

[191] Службени гласник РС, број 98 од 10. новембра 2006.године.

[192] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела,Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 119.

легислативни или контрактуални уговори[193]. Последњи значајан пример статута као извора права, представља Статут Међународног кривичног суда, који представља „легислативни мултилатерални уговор отвореног карактера[194]“.

У светлу уговора као извора права, указујемо да је значај билатералних, регионалних и мултилатералних уговора већи код међународних кривичних дела у ширем смислу, полазећи од чињенице да међународна кривична дела у ужем смислу имају своје изворе у међународним конвенцијама које су као такве већ примењиве као главни извор права, али и као извор права који можемо подвести под међународни обичај или општа правна начела.

2.2.Статути *ад hoc* трибунала

Једну од карактеристика развоја међународног кривичног права представља оснивање и функционисање *ad hoc* трибунала, међународних судова и других мешовитих и хибридних судова[195], чија пролиферација у последњој деценији двадесетог века представља незаобилазну чињеницу у развоју међународног кривичног права [196]. Из тог разлога статути *ad hoc* трибунала и међународних судова као извори права заслужују посебан осврт. Ово из разлога што сам процес настајања статута *ad hoc* судова одудара од концепта уговорног прихватања међународних обавеза што омогућава да се ови извори права третирају ван категорије уговора или међународних конвенција (уговорног карактера).

Са друге стране, легитимитет одлука ових органа често је био предмет разноврсних критичких разматрања. Приговор начела законитости је тек један од многих приговора са којима се суочава судска пракса и правна теорија. Како би се данас могао третирати Закон број 10. Контролног савета за Немачку? Да ли би се овај акт могао сматрати као извор права у смислу међународних конвенција или као национални извор права, имајући у виду да је исти донет (према наводима из увода) „у циљу извршења одредби Московске декларације од 30.октобра 1943.године, Лондонског споразума од 8. августа 1945.године и Статута Међународног војног суда у Нирнбергу[197]“, као и имајући у виду чињеницу да је донет од стране представника сила победница у рату, а не од стране домицилних власти?

Сама генеалогија *ad hoc* судова указује на комплексност извора права. Међународни војни суд у Нирнбергу основан је Споразумом влада савезника од 8. августа 1945.године као „суд за суђење ратним злочинцима чија кривична дела немају посебну

[193] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, ibid., стр.120.

[194] Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*, Службени гласник, Београд, 2011, стр. 241.

[195] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 97.

[196] Крајем двадесетог века основани су *ad hoc* трибунали: Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Међународни кривични суд за Руанду, као и мешовити судови у Источном Тимору, Косову и Метохији, Камбоџи, Сијера Леонеу.

[197] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр .47.

географску опредељеност[198]“. Суд је устројен као четворочлано тело именовано од страна потписница Статута, односно од стране савезника. Значајан куриозитет представљају одредбе Статута које утврђују да суд није везан формалним прописима доказног поступка (члан 19.), те одредбе који не омогућавају право на жалбу (члан 26.) и омогућавају Контролном савету за Немачку, као политичком телу да смањи, повећа или измени осуду (члан 29.). Са друге стране, Међународни војни трибунал за Далеки Исток је установљен појединачним актом, тј. извршном наредбом врховног команданта савезничких снага генерала Дагласа Мекартура од 19. јануара 1946.године којим су именовани и чланови овог Трибунала[199].

Упркос бројним сличностима са Статутом Међународног војног суда у Нирнбергу, овај Трибунал је своју надлежност у смислу *ratione temporis* проширио на временски период од 1928.године до 1945.године. Он је још у току свог рада био суочен са значајним оспоравањима процесне природе, који је у великој мери компромитовао и сам Трибунал. У том смислу приговори су се односили на чињеницу да јапански цар Хирохито није био обухваћен оптужбом јер је добио имунитет, до примедби процесног карактера које су указивале на бројне повреде права окривљених на правично суђење. Значајан реликт овог Трибунала представља пресуда у предмету Јамашита којом је установљена командна одговорност, као и приписивање командне одговорности цивилним лицима.

Период након Другог светског рата обележио је пораст броја *ad hoc* трибунала и хибридних судова. У том смислу се указује на „октроисани“ карактер оснивања Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду од стране Савета безбедности, услед чега је Хашки трибунал до данашњих дана трпео значајне критике у погледу легалитета. На другој страни су међународни судови „треће генерације[200]“ чији су репрезенти судови у Источном Тимору, Косову и Метохији, Камбоџи и Сијера Леонеу. По начину оснивања ови судови представљају потпуну новину. Суд у Источном Тимору основан је Резолуцијом Савета безбедности 141/2002 којом је предвиђено оснивање Посебног већа за тешка кривична дела којим је уређен унутрашњи кривичноправни систем. Посебан преседан представља устројство судова на Косову и Метохији у којима су Уредбом Специјалног изасланика Генералног секратара ОУН именовани страни држављани као „међународни службеници“ у својству тужиоца и судија. Куриозитет овог суда представља чињеница да „интернационални карактер овог суда проистиче из „именовања“ специјалног изасланика Генералног секретара ОУН, као и да су исти били овлашћени да поступају без ограничења, како *ratione temporis,* тако и *ratione materie*[201].

Посебност судова у Сиера Леонеу и Камбоџи огледа се у њиховом уговорном карактеру ових судова, али по први пут се међународни суд који суди за најтежа кривична дела формира путем уговора који потписују суверене државе са једном међународном организацијом. На основу свега наведеног, закључујемо да оваква пролиферација међународних судова након Другог светског рата омогућава деобу на војне, цивилне, хибридне, сталне и *ad hoc* судове. Овакав насумичан процес оснивања међународних судова и трибунала није допринео развоју међународног кривичног права, будући да је

---

[198] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду* , ibid., стр. 35.

[199] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 458.

[200] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр.197.

[201] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост,* ibid., стр.102.

сам поступак оснивања ових судова био резултат односа снага у једном тренутку, да су исти садржали значајне недостатке у погледу утврђивања норми материјалног и процесног права. У том смислу важно је указати на начин оснивања Међународног кривичног суда, тј. на уговорни карактер приступа суду, као и на чињеницу да након дужег времена по први пут на једном месту су на свеобухватан начин одређене дефиниције кажњивих дела и природа одговорности за ова дела. Наравно, системски проблем Међународног кривичног суда налазимо у превеликом односу зависности према Савету безбедности, као и у чињеници да Статут у основи није садржао дефиницију агресије, коју је уврстио тек 2010.године на ревизионој конференцији у Кампали, са предстојећим дуготрајним поступком ратификације.

На првом месту, указује се на политичку природу органа који се јављају у улози доносиоца појединих аката који се јављају као извор права. Пракса ОУН је показала да су поједини органи ОУН приступали доношењу резолуција којима је вршена квалификација појединих дела у кривичноправном смислу, а која је са аспекта међународног кривичног права могла бити подвргнута значајном критичком осврту. Указујемо на чињеницу да је Генерална скупштина ОУН у Резолуцији број 47/121 од 18.12.1992. године констатовала „...да етничко чишћење представља један вид геноцида!“. Са друге стране, Комисија експерата је поступањем по захтеву Савета безбедности[202]покушала да путем појмовног дефинисања етничког чишћења одреди и правну квалификацију овог дела. Тако се у извештају наводи „да се у пракси етничког чишћења стичу елементи злочина против човечности и ратног злочина“[203]. На овом месту указујемо и на Резолуцију Савета безбедности број 827 од 25. маја 1993.године којом је утврђена обавезујућа снага Резолуције у погледу сарадње са Хашким трибуналом. Истоветне обавезе утврђене су и у Резолуцији Савета безбедности којом је основан Међународни кривични суд за Руанду.

Овакви извори права представљају куриозитет полазећи од чињенице да је орган-доносилац норме без обзира на свој политички карактер приступао вршењу правне квалификације појединих међународних кривичних дела, ван самог акта које третирамо као извор права. Све то је за последицу имало и прихватање ставова органа ОУН у поступку утврђивања облика кривице. Закључак Хашког трибунала о имплицитном садржају доктрине заједничког злочиначког подухвата у оквирима Статута (који је донео Савет безбедности) кроз позивање на изјаве и извештаје Генералног секретара ОУН, те закључке органа доносиоца, један је од примера ограничавајућег карактера овог извора права. Још једна проблематична тачка оваквих извора права представља могућност да се кроз њих изграђује кривичноправни режим на нивоима политичког одлучивања који је, по правилу, заснован на неједнакости чланова међународног друштва. Са друге стране, наведене резолуције наводимо као пример извесног одступања од уговорног карактера других извора међународног кривичног права као што су: Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида, Први и Други Допунски протокол уз женевске конвенције, Статут Међународног суда правде, те Статут Међународног кривичног суда, који имају карактер вишестраних уговора, а које можемо сврстати и у општа правна начела међународног права.

Имајући у виду да наведени акти (резолуције Савета безбедности као једнострани акти међународне организације) представљају изворе права, као и чињеницу да нису уговорног карактера, тј. не заснивају се на уговорном приступу, али уз присутну

[202] Резолуција Савета безбедности број 780 од 6.октобра 1992. године.

[203] Р. Гатман, Д. Риф, *Лексикон ратних злочина*, Самиздат, Београд 1999. године, стр.56.

чињеницу обавезности, тј. да имају карактер *erga omnes*, сматрамо да се ови извори права ипак не могу у потпуности поистоветити са примарним тј. главним изворима права у виду међународних конвенција и уговора. Стога сматрамо да статутима трибунала и судова треба дати карактер „помоћног извора права“, раме уз раме са судском праксом или међународним обичајима. Указујемо на чињеницу да се статути *ad hoc* трибунала, иако проистекли из аката међународних организација у оквиру вршења својих овлашћења[204], у делу у коме се одређује њихова стварна надлежност, позивају управо на међународне уговоре[205].

У том смислу тешко је прихватљив закључак који овакве изворе права поистовећују са међународним уговорима, као што то чини Хашки трибунал[206]. О схватању Статута хашког трибунала као извора права довољно сликовито сведочи крајње контроверзан закључак овог трибунала: „Но,није потребно да то кривично дело, односно вид одговорности буду изричито поменути да би потпадали под надлежност Међународног суда. За разлику од, на пример Римског Статута сталног Међународног кривичног суда, Статут Хашког трибунала није и нема намеру да буде пажљиво разрађен кодекс који изричито предвиђа сваку могућу ситуацију и њено решење. Он више-мање уопштено дефинише оквир надлежности унутар којег је Међународном суду поверен мандат да делује[207]“. На овај начин статути *ad hoc* трибунала јављају се као извори права, како од стране доносиоца, тако и кроз позивање на већ постојеће несумњиве изворе права.

2.3.Општа правна начела призната од стране просвећених народа

Овај извор права се у једној мери поклапа са изворoм права у виду „општих правних начела међународног кривичног права“. Међутим, без обзира на наведени закључак, сматрамо да постоје и значајне специфичности које проистичу из природе међународног кривичног права, па из тог разлога у прилици смо да раздвојимо ова два извора права. Дамгард наводи да се ови извори права препознају као „независни извори међународног права[208]“. Уколико се задржимо на квалификативу „препознају цивилизовани народи“, уз опаску да се овакво одређење данас може третирати као анахронизам који је можда имао оправдања у време усвајања Статута Међународног суда правде у коме је процес деколонизације био тек у обећавајућој најави, указујемо да се данас овај извор права може одређивати као „принципи који су заједнички већини препознатих правних система“, а не о принципима потврђеним од стране свих цивилизованих нација.

Данас овај извор права омогућава супротна значења. Деган наводи да се „општа правна начела схватају као основ сваког правног односа, без којих ниједан правни

[204] На овом месту указујемо да овлашћења Савета безбедности да оснива *ad hoc* трибунале и даље представља предмет полемика.

[205] Члан 2. Статута Хашког трибунала.

[206] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 71-93; Пресуда Претресног већа у предмету С. Милошевић Одлука о приговорима, параграф 47.

[207] Одлука по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност-Удружени злочиначки подухват, параграф 18.

[208] C. Damgard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p.34.

поредак, било унутрашњи, било међународни не би могао да функционише...у супротном схвата се као овлашћење или позив судији да прибегне начелима заједничким унутрашњем праву држава које се сматрају развијеним. Дакле, у првом значењу, општа правна начела основ су сваког права, а у другом случају она су његов супсидијарни извор у недостатку неког одређенијег правила[209]". У том смислу и Јовашевић истиче:„Она нису настала са намером да уреде и регулишу конкретне односе у међународној заједници у одређеном временском периоду, али без њих правни поредак-међународни, транснационални, супранационални или унутрашњи не би био могућ, нити би могао ефикасно деловати[210]". Карактеристика овог извора права огледа се у чињеници да он представља својеврсну сублимацију правних норми у виду општих начела кроз креирање апстрактних правила које егзистирају у унутрашњем правном поретку већег броја држава које творе међународно друштво. У суштини, ови принципи ма како били општи, од значаја су јер указују на историјски развој, као и што могу да служе као помоћно средство за интерпретацију међународног уговорног или обичајног права.

Зато се овај извор права одликује највећом апстрактношћу. Из овог карактера проистиче и његова неодређеност, те могућност само начелне применљивости на конкретан случај. Аврамов врши разграничавање овог извора међународног права са начелима међународног права[211], па начела међународног права ставља испред овог извора права. Имајући у виду овакво одређење овог извора права, поставља се питање да ли се у овај извор права могу убрајати начела кривичног права која проистичу из највећих правних система у условима када се она не могу поистоветити са начелима међународног кривичног права. Ови принципи се преклапају са појединим принципима које наводимо и као опште принципе међународног или међународног кривичног права, и то се најсликовитије види у приниципу *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege,* принципу *non bis in idem* или претпоставци невиности.

На разлику између општих начела међународног кривичног права и општих начела међународног права, са једне стране, и општих начела кривичног права која признаје заједница држава, са друге стране, указује и Касезе[212]. Основ за ово разликовање можемо пронаћи у чињеници да би се у овај извор права уврстила и она начела и принципи који још увек нису нашли своје отелотворење у систему међународног кривичног права. Од значаја је и сам процес стварања норми међународног кривичног права који се креће од међународног друштва ка државама, за разлику од овог извора права код кога процес изградње начела иде у супротном правцу од држава ка међународном друштву. Сама чињеница да и Статут Међународног кривичног суда у члану 21. овај извор права сврстава у трећи извор (или трећу категорију) указује да се и он може јавити као помоћни извор права у случају „када се не може применити ниједан од горе поменутих извора".

Уосталом, уколико би се овом извору права дало дејство примарног извора права, онда би међународни уговори (који не би били у сагласју са овим изворoм) морали да устукну пред њим. У том светлу и Статут Међународног кривичног суда (будући да начела међународног права сврстава у трећу групу извора, иза одредби самог Статута и правила поступка), садржи потенцијалну контрадикторност у основи.

---

[209] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 36;

[210] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр.118.

[211] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 61;

[212] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 35.

2.4.Општа начела међународног кривичног права

Значај овог извора права огледа се у специфичностима којима обилује међународно кривично право у односу на друге гране права. Потреба да се ова начела раздвоје од других извора права, посебно од општих правних принципа и општих начела међународног права, заснива се на чињеници да у поступцима утврђивања кривичне одговорности општа начела нису увек довољан извор. У таквим условима поставља се питање идентификације и примене ових начела. Касезе закључује: „Општа начела међународног права састоје се од оних начела која су инхерентна међународном правном систему. Њихова идентификација не захтева предузимање сложеног упоредног проучавања свих главних система света, већ се могу сагледати – користећи, при томе, методе уопштавања и индукције-посматрањем главних особина међународног правног поретка[213]“.

У том смислу илустративан је закључак Хашког трибунала: „Пошто је суочено са различитим решењима у унутрашњим правним системима, Претресно веће сматра да поштено решење може произаћи, како из циља одредаба Статута, тако и из општих идеја на којима почива Статут, те из општих начела правде које прихватају правници и примењују војни судови... Због тога је на већу да покуша да нађе опште начело које ће бити у складу са основним карактеристикама и захтевима међународне кривичне правде[214]“.

У општа начела кривичног права убрајамо принцип легитимности, принцип солидарности и сарадње међу државама, принцип узајамног поверења међу државама, принцип елиминације политичке обојености, принцип организоване борбе против криминалитета, принцип заштите основних права човека, принцип хуманости, принцип праведности, принцип сразмерности и принцип индивидуализације казне[215]. На другој страни су начела уже природе која су карактеристична за кривично право, а које уз потребне измене усваја и међународно кривично право. У та начела убрајају се: начело законитости, начело презумпције невиности окривљеног, начело *lex mitius,* начело кривице, начело правичног суђења и поступања у разумном року, начело *ne bis in idem,* право на жалбу, право на накнаду штете[216].

Стојановић указује на одређене специфичности начела међународног кривичног права, као и на одређене спорне сегменте код појединих начела. У том смислу начело законитости је шире одређено на начин који у себи садржи четри сегмента (*nulla poena sine lege scripta, nulla poena sine lege praevia, nulla poena sine lege certa* и *nulla poena sine lege stricta*). Начела легитимности, индивидуалне субјективне одговорности, солидарности и узајамног поверења међу државама, хуманости и начела праведности и сразмерности се према овом аутору суочавају са значајним изазовима услед различитог поступања појединих држава или међународних организација до мере да се иста у потпуности

[213] А. Касезе, *Међународно кривично право*, ibid., стр.36.

[214] Пресуда Претресног већа у предмету Купрешкић и др., параграф 717-738.

[215] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 107.

[216] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 64-79.

угрожавају[217]. Јовашевић сублимира ова начела у историјском развоју и као основна начела међународног кривичног права (поред начела општијег карактера) наводи начело законитости (или легалитета), презумпцију невиности окривљеног, *lex mitius*, принцип кривице, принцип правичног и брзог суђења (које у себи инкорпорира право на независтан и непристрасан суд, право на решење кривичне ствари правилно, јавно и у разумном року и право на коришћење процесних права од стране окривљеног, посебно да буде обавештен о оптужби и основама оптужбе, те право на одбрану, право на једнакост оружја итд.), принцип *ne bis in idem*, право на жалбу у кривичним предметима, право на накнаду штете због незаконитог лишења слободе или погрешне кривичне осуде, принцип незастарелости најтежих међународних кривичних дела, идентитет двоструке кажњивости, принцип *aut dedere aut judicare*[218].

Начело законитости подразумева скуп других начела која се у међународном кривичном праву јављају и виду забране повратног дејства закона *(nullum crimen sine lege praevia*), забране употребе аналогије (*nullum crimen sine lege stricta*), начело писаног закона (*nullum crimen sine lege scripta*), начело одређености законских описа (*nullum crimen sine lege certa*) и начело да нема казне без законске инкриминације (*nulla poena sine lege*). Важна његова карактеристика огледа се у чињеници да је начело законитости из националних правних система преузето као основно у најважнијим међународним правним актима (Универзална декларација о правима човека, Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода). Суштински значај овог начела огледа се у гарантивној функцији и правној сигурности сваког ко се суочава са оптужбама за најтежа кривична дела, да неће бити гоњен за она дела која нису била инкриминисана пре него што су иста учињена. Ово је уједно најкомплексније начело које је било предмет значајних разматрања и полемика у процесу пред Међународним војним судом у Нирнбергу, све до усвајања Статута Међународног кривичног суда.

Начело индивидуалне кривичне одговорности је једно од најзначајних начела које у последњих двадесет година кроз праксу *ad hoc* трибунала бива све више релативизовано до крајњих граница. Нови поглед на ово начело присутан је још од суђења у Нирнбергу које је довело до објективизације субјективне кривичне одговорности. То је дошло до изражаја у делу у коме се утврђивала одговорност организација, из које је проистекла одговорност по основу самог чланства у некој криминалној организацији на основу чл. 9. и 10. Статута Међународног војног суда у Нирнбергу и члана 2. став 1. тачка Д) Закона број 10. Контролног савета за Немачку. Након тога међународно кривично право кретало се даље у правцу објективизације индивидуалне одговорности кроз креирање доктрина о командној одговорности, заједничком злочиначком подухвату, као и предлозима за увођење кривичне одговорности државе и међународних корпорација.

У том смислу видимо и значај Статута међународног кривичног суда који остаје на принципу индивидуалне кривичне одговорности са одређеним одступањима које омогућавају широка одређења одредби члана 25. Статута. Једно од значајних начела је и начело забране аналогије које сматрамо специфичним у међународном кривичном праву будући да ограничења овог принципа у међународном јавном праву већ постоје у релевантним одредбама Статута Међународног суда правде. Овај принцип је последњи пут потврђен усвајањем Статута Међународног кривичног суда који у члану 22. изричито

[217] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit, стр. 17-31.

[218] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 107-110.

забрањује употребу аналогије у утврђивању значења прописа, док у члану 21. Статут Међународног кривичног суда прибегавање начелима кривичног права сврстава у помоћне изворе права у условима када се не може применити Статут, Правила поступка и извођење доказа и потом уговори, принципи и начела међународног права и права оружаног сукоба.

На овом месту важно је указати на разлике у принципима међународног кривичног прва које настају у домену конкретне примене норми. Ове разлике карактеристичне су за *ad hoc* судове. И површан преглед принипца које овде наводимо, у смислу „основних и руководних начела међународног кривичног права,[219]“ указује на велике разлике у погледу *ratione materie,* а који су имали своје консеквенце и у погледу идентификације и утврђивања одговорности за међународна кривична дела (о наведеном сведочи надлежност за одређена кривична дела која је у свим судовима основаним након Другог светског рата одређена различито). Из ових принципа проистичу разлике које можемо свести на ниво недоследности, а које пристичу из статута Међународног војног суда у Нирнбергу, Хашког трибунала, Међународног кривичног суда за Руанду, те Међународног кривичног суда. Ту, пре свега, имамо у виду различит приступ одређивању извора права, затим третирање саучесничке одговорности, одговорности по основу чланства у организацијама, као и примени института командне одговорности, приписивост командне одговорности на цивилна лица, те примени института заједнички злочиначки подухват у сва три своја облика. Такође значајна разлика је присутна и у односу према начелима којима се уређује положај окривљеног у кривичном поступку.

Закључујемо да су начела међународног кривичног права као извор права веома драгоцена, те да у поступку утврђивања одговорности за међународна кривична дела имају посебан значај. Овоме у прилог иде и чињеница да су ова начела у највећој мери већ присутна, како у међународноправним актима, тако и у националним законодавствима с тим што их сврставамо у помоћне изворе права, будући да долазе до изражаја у условима када не може да се утврди примена основних извора права

Начела међународног кривичног права можемо сврстати у две групе. Првој групи припадају начела која се у ужем смислу односе директно на процес утврђивања кривичне одговорности као што су: начело законитости, презумција невиности, начело о примени блажег закона, начело индивидуалне кривичне одговорности, начело правичног суђења, начело *ne bis in idem* и сл. који су карактеристични за кривичноправне системе. На другој страни су начела која на општи начин утврђују основне принципе одговорности и правде који требају да помире две наизглед крајности: борбу против међународних кривичних дела и заштиту виталних интереса међународног друштва и кажњавање учиниоца на начин који омогућава правну сигурност и заштиту права окривљених. Колико далеко може ићи примена општих начела указује и примена „Радбрухове формуле“ која се заснива на схватању „да се позитивно право мора сматрати противно правди и непримењивим када је несклад између права које се заснива на закону и правде тако неподношљиви да закон мора устукнути пред правдом[220]“. У перспективи, сматрамо да ће овај извор права добијати на значају услед значајних промена које се одвијају у друштву, а које имају своје консеквенце и у погледу вршења кривичних дела, на које нису примењиве постојеће норме међународног кривичног права. У том смислу илустративна је полемика која се одвијала пред Хашким трибуналом у погледу појмовног одређивања и

[219] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост,* ibid., стр. 110.

[220] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 162.

класификације силовања у предмету Фурунџија[221]. Наравно, примена овог извора права омогућава уједно и највећи степен дискреционог одлучивања и процесног уопштавања (како закључује Касезе), што није увек у складу са начелом стриктне законитости. Из тих разлога међународно кривично право свој развој мора да настави кроз кодификације смањујући на тај начин могућност употребе овог извора права.

3.СЕКУНДАРНИ ИЗВОРИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА

3.1.Међународни обичаји као извор права

Разлози несавршености међународног кривичног права, често позивање на међународно обичајно право, као и различито тумачење међународног обичајног права, стварају потребу да међународном обичајном праву као извору међународног кривичног права доделимо посебну пажњу.

Последњу деценију XX века и почетак новог века карактерише низ преседана у готово свим сферама међународног права и међународних односа. Међународно кривично право није изузетак. Након окончања Другог светског рата и утврђивања нових граница развоја међународног кривичног права праћено великим ентузијазмом због окончања великог рата, заклињањима о непоновљивости рата, те јасно изражене намере привођења правди одговорних за најтеже злочине, почев од суђења у Нирнбергу, преко усвајања Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, те усвајања Првог и Другог Допунског протокола уз женевске конвенције, једна од најзначајнијих активности у развоју међународног кривичног права на крају „кратког XX века“, свела се на утврђивање судске праксе *ad hoc* трибунала за бившу Југославију и Руанду, те доношење Статута Међународног кривичног суда. На почетку, указујемо да претходни проблем представља питање како доказати постојање међународног обичаја или садржину међународног обичаја. Пресуде *ad hoc* трибунала, као ни судска пракса након Другог светског рата не дају одговор на ово питање, будући да се нису ни бавили утврђивањем или упоређивањем садржине кривичне одговорности у случајевима који су претходили, а који би требали да створе један међународни обичај који би се могао означити као извор права.

Полазећи од поделе на формалне и материјалне изворе међународног права[222], међународне обичаје можемо сврстати у домен материјалних извора који изражавају објективне елементе у праву. Егзистенција обичаја као извора права присутна је на генералан начин у готово свим значајним међународноправним актима. Почев од Петроградске декларације из 1868.године, преко хашких и женевских конвенција и Статута Међународног суда правде, међународни обичај се означава као извор права. Посебно указујемо да готово сви наведени акти не одређују дефиницију међународног

[221] Пресуда Жалбеног већа у предмету Фурунџија, параграф 177.

[222] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 45.

обичаја. Међутим, упоредо са кодификацијама које налазимо у Статуту Међународног војног суда и Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида, место обичаја као применљивог права лагано бледи. Еклатантан пример представља Статут Међународног кривичног суда, који у члану 21. „Право које се примењује“ не утврђује међународни обичај као извор права.

У члану 38. Статута Међународног суда правде као извори права одређују се: а) међународне конвенције, било опште, било посебне, које представљају правила изричито призната од стране држава у спору; б) међународни обичај као доказ опште праксе која је прихваћена као право, в) општа правна начела која признају просвећени народи и г) у границама одредбе члана 59. судске одлуке и учења најпозванијих стручњака међународног јавног права различитих народа као помоћно стредство за утврђивање правних правила. На основу наведеног, извесно је да се обичаји јављају као значајан извор међународног кривичног права. Међутим, обичаји се морају посматрати „као доказ опште правне праксе која је прихваћена као право“ што указује да се ради о два кумулативна услова. Наведени услов је од посебне важности за утврђивање односа кривичне одговорности и међународних обичаја.

Утврђивање шта се подразумева под општом правном праксом намеће утврђивање незаобилазних услова објективне природе у виду константности и сталности примене једног акта или међународног обичаја. Аврамов истиче да:„Једнострано понављање од стране само једног или мањег броја држава или повремено испресецано не може створити опште или универзално обичајно правило[223]“. На том трагу је и судска пракса Међународног суда правде која указује на „потребу константне, једнобразне међународне праксе, ... на праксу готово универзалну... на континуирану праксу, на константну традицију[224]“. Поред тога, не смеју се пренебрегнути ни други чиниоци правичног судског поступка који такође морају да буду у оквирима константне једнообразне судске праксе, као што су то „правна логика као рационални елемент и правда као морални елемент“ [225].

Да би се међународни обичаји могли сматрати извором права, враћамо се на услов из члана 38. Статута Међународног суда правде „да су доказ опште правне праксе која је прихваћена као право“. Аврамов[226] указује да то подразумева два елемента: материјални или објективни и психички или субјективни. Материјални елеменат отелотворује се „кроз општу праксу“, а субјективни кроз „свест о обавезности правила“. Општа пракса подразумева егзистенцију једног понашања које проистиче из поштовања једног међународног обичаја, уз субјективни услов да се поступање по међународном обичају врши услед постојања свести да је реч о постојећем правилу међународног права које представља извор права или извор одговорности због кршења права, у овом случају права заснованог на међународном обичају.

Сматрамо да се може и мора правити разлика између међународних обичаја и формулација типа „општеприхваћена правила међународног права“ и „потврђени међународни уговори“ (Устав Републике Србије, члан 16.[227]). Под термином „општеприхваћена правила међународног права“ можемо схватити општа правна начела

[223] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, ibid., стр. 56.

[224] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право* , ibid., стр. 57.

[225] С. Ђајић, *Међународни и национални судови – Од сукоба до сарадње* , op.cit., стр. 73.

[226] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право* , op.cit., стр.55.

[227] Службени гласник РС, број 98 од 10. новембра 2006.године.

која представљају аутономан извор међународног права у смислу члана 38. Статута Међународног суда правде, која се не могу поистоветити са међународним обичајима. Уосталом, јасну дистинкцију прави и сам члан 38. у делу „Унутрашњи правни акти“ који обухвата уставе појединих земаља који због нестабилног и променљивог карактера међународних обичаја често дају приоритет домаћим прописима[228].

Уколико зачетке савременог међународног кривичног права покушамо да нађемо у статутима Међународног војног суда у Нирнбергу и Међународног трибунала за Далеки Исток, Закону број 10. Контролног савета за Немачку, те Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида или у Резолуцији ОУН о потврди начела међународног права признатих статутом нирнбершког суда, можемо се препустити закључку да ови акти не помињу међународне обичаје као изворе права у односу на геноцид, већ изворе у најширем смислу своде на ниво „општих правних начела“ које признаје цивилизовани свет. Први Допунски протокол уз женевске конвенције из 1977. године[229], у члану 2. став б) јасно не идентификује, нити поистовећује „правила међународног права“ са међународним обичајима, већ „под изразом правила међународног права која се примењују у оружаним сукобима подразумева и правила садржана у међународним споразумима у којима учествују стране у сукобу, као и принципи и правила међународног права која су општепризната“.

Не треба занемарити чињеницу да Други Допунски протокол уз женевске конвенције из 1977. године[230] ипак не улази у домен обичајног права, већ уговорног права о чему сведоче и одредбе чл. 92-94. које уређују потписивање, ратификацију и приступ, нотификацију и регистрацију Првог Допунског протокола уз женевске конвенције из 1977. године. Статут Хашког трибунала не садржи прецизне одредбе о примењивом праву и изворима права, већ оставља могућност да сам Трибунал детерминише изворе свог примењивог права у оквирима сопствене јурисдикције *ratione materiae* и да дефинише кривична дела који су под јурисдикцијом Трибунала[231]. Хашки трибунал је заузео став[232] да у случају да Статут не даје одговоре на појединa питања, тада се примењује међународно обичајно право и генерални принципи.

И други извори међународног кривичног права не подразумевају примену обичаја као извора права. На првом месту указујемо на Статут Међународног кривичног суда који у члану 21. прописује да се као релевантно право има примењивати: Статут, Елементи бића кривичног дела и Правила поступка и извођења доказа. Имајући у виду потребу суда да утврђује елементе бића кривичног дела или установе из општег дела, тешко да се данас може говорити о „сагласности свих држава која би била потврђена кроз постојећу судску праксу“[233], а која би се потом претворила у обичај. Жувенал Метро истиче „мада се за неке елементе може рећи да одражавају стање обичајног права у време усвајања Римског статута, други аспекти јасно су резултат развоја који је различит од међународног права, а у неким аспектима чак одступа од њега“.

---

[228] О томе више: С. Ђајић, *Међународни и национални судови: Од сукоба до сарадње*, Правни факултет у Новом Саду, 2003, стр.175.

[229] Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, број 16/78.

[230] Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, број 16/78.

[231] G. Mettraux, *International crimes and the ad hoc tribunals*,op.cit., p. 23.

[232] Пресуда Жалбеног већа у предмету Купрешкић, параграф 591.

[233] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 34.

Имајући у виду искуства прошлог века може се поставити питање шта данас представља међународно обичајно право у домену међународног кривичног права. При примени међународних обичаја као извора међународног кривичног права се указује на проблем који у основи отежава процес препознавања међународног обичаја. Мисли се на неприлагођеност националних правних система обичајима. То омогућава потпуно одвојено постојање обичаја ван националних правних система, што проблем утврђивања обичаја чини још већим јер онемогућава прецизно одређивање међународног обичаја једноставно га везујући само за праксу међународних судова.

Уосталом, умесно је запитати да ли и на који начин национални судови могу утврђивати постојање и садржај међународних обичаја. Са друге стране, обичајна правила се ослањају на прецедентно право „које може и веома често потиче из националних судова"[234]. Може се закључити да међународни судови међународне обичаје такође заснивају на судској пракси, тако да долазимо у парадоксалну ситуацију да се међународни обичаји заснивају на судској пракси међународних судова, док међународни судови постојање међународних обичаја утврђују такође на основу судске праксе. Покушај даљег оправдања исходишта међународног обичаја које се заснива на судској пракси завршава се на карактеру међународног обичаја као *"opinion iuris*"[235]. У том смислу значајан је закључак Жалбеног већа Хашког трибунала донет у предмету Енвер Хаџихасановић и др.[236] у коме се истиче: „Жалбено веће је свесно да није исправна претпоставка да у међународном обичајном праву сва правила која важе за међународне оружане сукобе аутоматски важе и за унутрашње оружане сукобе. Веће свакако има на уму да би се могло донети закључак да је неко начело део међународног обичајног права, мора на основу *opinion iuris* уверити у то да то начело признаје пракса држава".

На овом месту ваља нагласити да ни статус *opinion iuris* не зависи увек од праксе држава. Тако се у предмету Фуруннџија[237] закључује: „Што се тиче Римског статута, у овом тренутку је то још увек необавезујући међународни уговор... У многим подручјима се Статут може сматрати индикативним за правна мишљења, тј. *opinion iuris* великог броја држава. Римски статут се може сматрати преформулацијом, одражавањем или објашњавањем обичајних правних правила или њихове кристализације, док у неким подручјима ствара ново право или модификује постојеће. У сваком случају Римски статут се у великој мери може сматрати ауторитативним изразом правних ставова великог броја држава".

На крају вредно је истаћи и дилему да ли се уопште у условима одсуства писаног права у циљу утврђивања кривичне одговорности уопште може посезати за неписаним правом и на основу њега утврђивати кривичну одговорност за најтежа кривична дела која свет познаје. Неограничена примена међународних обичаја прети да угрози примену кодификованих правила, омогућавајући судској пракси неограничено кретање ван материјалног права. О томе сведочи и проблематична теза Хашког трибунала који у

[234] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.32.

[235] R. Cryer, F. Hakan, R. Darryl, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., p.8.

[236] Одлука Жалбеног већа у предмету Хаџихасановић по интерлокуторној жалби којом се оспорава надлежност са обзиром на командну одговорност од 16. јула 2003.године, параграф 12.

[237] Пресуда Претресног већа у предмету Фуруџија, параграф 227.

одлуци Жалбеног већа у предмету Енвер Хаџихасановић и др.[238] закључује: „Обавеза међународног суда да се ослања на међународно обичајно право искључује сваку потребу позивања на право конвенција, ако се предмет ослања на међународно обичајно право".

Карактер обичаја као материјалних извора права уједно указује на несавршеност обичаја као извора права. Говорећи о несавршености, на првом месту, указујемо да и међународни обичаји који се заснивају на прихваћеној судској пракси могу бити веома различити. Са друге стране, ни један други извор права (из члана 38. Статута Међународног суда правде) није у тој мери зависан од политичких, друштвених, моралних или идеолошких околности, те карактеристика времена у коме се утврђује (нпр. процеса глобализације) или никада скрајнутих геополитичких аспирација актера, него што су то међународни обичаји. У том смислу указујемо на „неуспешну криминализацију агресије у Нирнбергу". Уколико овоме додамо и теорију фактора међународног права[239], статус обичаја као извора права постаје још комплекснији. Стога закључујемо да обичајно право, са аспекта правне сигурности, губи битку са примењивим кодификованим позитивним међународним правом.

Сличан став заузео је Међународни суд правде у предмету „Лотус" када је закључио да „не треба узимати у обзир припремне радове (мисли се на припремне радове Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида-прим. аутора), уколико је текст Конвенције довољно јасан сам по себи". Уколико прихватимо став да и кодификовано међународно право и међународни обичаји представљају изворе права, обичаји уступају место међународном праву сходно начелу *lex posterior derogat legi priori. У* циљу потврде закључка о односу међународних обичаја и других извора права указујемо и на закључак Међународног суда правде у Саветодавном мишљењу о нуклеарном наоружању[240] у коме се наводи: „Суд ће се сада вратити испитивању обичајног међународног права да би утврдио да ли забрана претње употребом или употреба нуклеарног наоружања проистиче, као таква из овог извора права. Како је суд рекао, садржина тог права се мора превасходно тражити у стварној пракси и *opinion iuris* држава".

Наведеном у прилог иде и закључак Међународног суда правде у пресуди у случају војних и паравојних активности против Никарагве од 27. јуна 1986.године[241], у коме упућује на могући процес настанка обичаја: „Да би се дедукцијом утврдило постојање обичајих правила, довољно је сматра Суд, да понашање држава буде генерално сагласно таквим правилима и да су случајеви несагласног понашања са тим правилима генерално третирани као прекршаји тог правила, а не као индикатори признања новог правила!". Дакле, међународни обичај се јавља као извор права тек након испуњења најмање два услова: постојање судске праксе и прихваћени ставови држава који представљају сублимацију субјективног и објективног елемента кумулативно. Овакво становиште отвара низ других питања који захтевају да се утврди однос између међународног обичајног права и кодификованих норми међународног кривичног права, као и преимућство између међународног обичајног права и кодификованог права. Следећи

[238] Пресуда Жалбеног већа у предмету Хаџихасановић и др. по Интерлокуторној жалби којом се оспорава надлежност са обзиром на командну одговорност од 16. јула 2003.године, параграф 35; Пресуда Претресног већа у предмету Ојданић и др. параграф 9-10.

[239] М. Шаховић, *Међународно право у међународним односи– друга половина XX века,* op.cit., стр. 29.

[240] Саветодавно мишљење Међународног суда правде у предмету - Легалност претње нуклеарним наоружањем у употребе нуклеарног наоружања, 8, јул 1996, *ICJ Reports 1996,* параграф 64.

[241] ICJ Reports, 1986, p.186.

разлог у прилог тези о несавршеном карактеру обичаја као извора права представља несавршеност обичајног права, која се огледа управо у подложности међународних обичаја ванправним утицајима времена у коме настају (тај утицај је присутан у мањој мери и у поступцима кодификације), а који није без одјека и у судској пракси.

Указујемо да се данас, ван тумачења појединих судских одлука у коме предњачи Хашки трибунал, под међународним обичајним правом сматрају „закони и обичаји рата" који су детерминисани почев од Петроградске декларације до норми „хашког права" и „женевског права". Наведени закључак је отелотворен, како у закључку Нирнбершког суда, пракси Међународног суда правде у предмету Саветодавно мишљење: „Легалност претње нуклеарним наоружањем и употребе нуклеарног наоружања", до извештаја Генералног секретара ОУН који под међународним обичајним правом сматра женевске конвенције од 12. августа 1949.године, Четврту Хашку конвенцију о поштовању закона и обичаја рата на копну и њеном допунском протоколу од 18.октобра 1907.године, те Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида од 9. децембра 1948. године и Повељу о међународном војном суду од 8. августа 1945.године[242].

Највећи ударац међународном обичају као извору права задаје непостојање идентичне праксе, одсуство једнообразног поступања судова, те различито утврђивање појединих облика одговорности у изворима међународног права. Уосталом, ни постојећа судска пракса и правна теорија још увек нису дали одговоре на питања каузалности, захтеваног или очекиваног механизма контроле надређеног, потребног стања свести, те природе и врсте грешке која се може приписати надређеном. Из таквог чињеничног стања проистиче и схватање о постојању „садашњег међународног обичајног права[243]". Поред наведеног, и сам процес усвајања једног међународног обичаја се показује као крајње контроверзан. Томе у прилог иде и растући утицај међународних организација. Илустративан пример представља запажање Симпсона да „резолуције Генералне скупштине почињу да се сматрају компонентама међународног обичајног права, чак и када одлуке нису донете једногласно[244]".

Међународно обичајно право морало би се посматрати *stricto sensu* да би се могло прихватити као извор права у домену међународног кривичног права. Међутим, да ли је могуће посматрати међународно обичајно право *stricto sensu*? Велика разноликост, па и произвољност у схватању појединих института, уз одсуство сталности и једнобразности, готово да искључују могућност да се међународно обичајно право формира као скуп идентичних ставова изречених од стране теорије и прихваћених од стране судске праксе, које би њихов квалитет и непромењивост дефинисало као *opinio iuris*. У основи проблема јесте чињеница да се обичај и право не налазе у систематском, већ у историјском односу, односно како закључује Радбрух: „Обичају је одређено да се утопи у право и морал пошто је он претходно припремио и омогућио, како право, тако и морал[245]". Међународно обичајно право у контексту међународног кривичног права зато може да представља секундаран извор међународног кривичног права, и то као извор права који указује на тенденције и искуства у процесу тумачења права, примене права и стварања норми.

---

[242] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 35.

[243] G. Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals* , op.cit., стр. 22.

[244] Г. Симпсон, *Велике Силе и одметничке државе-неравноправни суверени у међународном правном поретку*, op.cit., стр. 74.

[245] Г.Радбрух, *Филозофија права*, op.cit. стр. 66.

3.2.Судска пракса као извор права

У одсуству механизама опште примене норми међународног кривичног права, судска пракса се јавља углавном као незаобилазан извор права у поступку утврђивања кривичне одговорности. Значају судске праксе као извора права у поступку утврђивања кривичне одговорности допринела је и својеврсна пролиферација судских и квази судских органа у последњој деценији XX века. Иако судска пракса *per definitionem* не би могла да се сматра извором права, будући да се своди на примену права она има одређени значај, односно како закључује Бенџамин Констан: „Ма шта да се каже, пракса увек следи теорију, премда спорим и испрекиданим кораком[246]“. Од посебног значаја за утврђивање судске праксе као извора права представља Келсеново одређење да судска пресуда „може имати карактер прецедента једино ако не представља примену претходно постојеће опште норме материјалног права, ако суд дела као законодавац[247]“. Овакво рестриктивно тумачење чини од судске пресуде извор права само у случају када из саме пресуде произилази појединачна норма створена у односу на конкретан случај, која се у односу на потоње јавља као обавезујућа.

Полазећи од функционалистичког схватања, судска пракса се у односу на објективни правни поредак често јавља као „обавеза суда у погледу примене, тумачења и евентуалног стварања правних норми[248]“. Дамгард, са друге стране, истиче да ови извори права не стварају право[249], као и да се одлуке Хашког трибунала, Међународног кривичног суда за Руанду и Међународног суда правде не могу сматрати изворима права *per se*, већ се јављају као „високи ауторитет, еманација међународног права које примењују међународни кривични судови[250]“. Из оваквог схватања може се закључити доста о месту судске праксе као извора права у домену кривичне одговорности. Судска пракса не може да представља извор права сам по себи, већ само у оквиру задатака судова који доношењем одлука указују не само на правне празнине, већ и на употребљивост других извора права у конкретном случају.

Са друге стране, правна теорија често је затечена догађајима. Страхоте Другог светског рата то најбоље показују, кроз чињеницу да је услед одсуства инкриминације за дела геноцида и злочина против човечности, Међународни војни суд у Нирнбергу био приморан да (одговарајући на приговоре одбране) упориште сопственог легализма тражи у општим начелима права. Врста, размере и страхоте злочина поставили су у жижу теорије питање о начинима утврђивања одговорности за *scelus infandum* (неизговорени, неосведочени злочин). На филозофском нивоу правна теорија је поставила питање могућности одговора правног поретка на такве злочине. Тако Карл Шмит истиче да „Хитлеров *scelus infandum* и нарочито монструозне страхоте које су починиле СС јединице и Гестапо не могу да буду подвргнути и обухваћени, у својој посебности, кроз

[246] Ж. Прадел, *Историјат кривичних доктрина*, op.cit., стр. 9.

[247] Х. Келсен, *Општа теорија права и државе*, Правни факултет у Београду, Београд, 2010, стр.237.

[248] С. Ђајић, *Међународни и национални судови – Од сукоба до сарадње*, op.cit., стр. 51.

[249] C. Damgard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p. 35.

[250] C. Damgard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, ibid., p. 37.

правила и категорије позитивног права[251]“. На истом трагу је и Хана Арент: „Ти злочини, чини ми се, више не могу бити схваћени јуристички и баш их то чини чудовишнима. За такве злочине више не постоји адекватна казна: обесити Геринга је, додуше неопходно, али сасвим неадекватно. То значи да та кривица, насупрот свеколикој криминалној кривици, надмашује и разбија сваки правни поредак. То и јесте разлог што су нацисти у Нирнбергу тако задовољни; они то наравно знају[252]“.

Међутим, најважнији недостатак судске праксе као извора права јесте могућност, која се своди на чињеницу за коју можемо рећи да представља опште место, да се у истим случајевима различито поступа, односно да се из истих ситуација изводе различити закључци у погледу примене права. Ово је посебно карактеристично за поступке утврђивања одговорности за међународна кривична дела, односно за поједине облике одговорности за међународна кривична дела као што су: командна одговорност или одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата. Затим, протек времена, те друштвене и политичке околности, свакако утичу на другачије расуђивање судова. Полазећи од чињенице да сваки противправни акт представља физичку или објективну чињеницу у реалном свету, реакције и закључивања судова често могу да буду различити до границе међусобне супротности. О томе сведочи и закључак Хашког трибунала у предмету Тадић, у погледу одговорности „државе за акте учињене на страној територији“, који је у погледу закључка о постојању одговорности државе потпуно супротан закључку Међународног суда правде у случају Никарагва. Наведено указује да једна судска одлука не може да обезбеди гарантовану дуговечност.

У том смислу је спорна и доктрина прецедената као извора права имајући у виду чињенице да доктрина прецедената као извора права не представља опште правно начело (будући да се везује за англоамеричке правне системе). Такође, доктрина судских прецедената као извора права трпи значајна преиспитивања и у самом англоамеричком правном простору. Преседаном као извором права бавио се и Келсен који је указивао на значај преседана не само на будућност, већ и на могућност примене и на прошле догађаје[253]. Тога као да су били свесни и доносиоци Статута Међународног суда правде, па су судску праксу и учења најпозванијих стручњака задржали као изворе права „са резервом“. Хашки трибунал је отишао корак уназад будући да је судску праксу некритички прихватио као прворазредни извор права, док правну теорију није скоро ни регистровао, нити користио као извор права.

Поступци за утврђивање одговорности за међународна кривична дела указују да се судска пракса изборила за статус формалног и често самодовољног извора права. Парадоксално, судска пракса се последњих година јавља као најважнији извор права, управо у јуриспруденцији самих међународних судова. Пракса Хашког трибунала то најбоље потврђује, што значи да иако у међународном праву не егзистира доктрина *stare decisis*, институт прецедената не само да егзистира, већ унутар јуриспруденције заузима значајно место. На другој страни дискурса је чињеница да је судска пракса сама по себи, а посебно преимућство судске праксе као извора права, увек израз прагматизма, који се пре или касније јавља као контрапункт легализму.

---

[251] П. Бојанић, *Насиље, фигуре суверености*, op.cit., стр. 170.

[252] Хана Арент у писму Јасперсу, 17. август 1946, H. Arendt, K. Jaspers, Briefwechsel 1926-1929, op.cit., str. 90.

[253] П. Бојанић, *Насиље, фигуре суверености*, op.cit., стр. 173.

На овом месту указујемо да преовлађујући значај судске праксе као извора права на почетку XXI века указује на још једну бољку међународног кривичног права и међународно правног поретка у целини. Наиме, у присутној пролиферацији међународних судова, трибунала и арбитража видљив је процес повлачења правне теорије у односу на судску праксу. Наведено проистиче из некритичког прихватања решења која потичу из англоамеричког правног система чији су носиоци бројни међународни судови, почев од *ad hoc* трибунала, па до Европског суда за људска права у Стразбуру. На другој страни, парадоксална чињеница је да и у оквирима англоамеричког правног система, улога закона као извора права лагано јача[254].

Још једна карактеристика судских преседана представља и њихово деловање које може да се односи, како на будућност, тако и на прошлост. Бојанић указује да је „то преседан који се не односи само на будућност и на све одлуке које погађају сличне случајеве, него на преседан који ретроактивно делује, дакле „уназад" и „претходно". То је преседан чија је снага у томе да отвара нове случајеве у прошлости и омогућава кажњавање за оне акте који нису онда када су се десили били покривени законом и који стога нису били процесуирани. Дакле, оваква интерпретација би исправљала уврежено правило по коме само правда може да касни, али не и право[255]". Последица оваквог домашаја судске праксе јесте и релативизам кроз могућност да се кривица тј. одговорност примењује и у односу на оне који се у строго позитивистичком смислу нису могли сматрати одговорним (било на основу унутрашњих правних аката или због недоречености међународноправних аката). Овде не треба занемарити могућност да се одговорност на овај начин може проширити и на друге субјекте одговорности као што су држава или политичка организација.

Такође, карактеристика судске праксе која се може запазити јесте догматски или искључиви карактер судске праксе као извора права, посебно када се као извор права третира од стране самих судова. Као пример наводимо праксу Хашког трибунала. Иако не постоји одредба Статута Хашког трибунала или Међународног кривичног суда за Руанду која би обавезивала претресна већа да поступају у складу са судском праксом, у закључцима који су усвојени у неким предметима, Хашки трибунал није желео да расправља о могућностима другачијег поступања. О наведеном сведочи закључак Жалбеног већа у предмету Ојданић: „Жалбено веће нема намеру да преиспитује закључак из предмета Тадић....Сем тога, у оној мери у којој је у тим пресудама Жалбеног већа дата поука о питањима релевантним за одлуку овог претресног већа, *ratio decidendi* тих пресуда јесте био обавезујући за претресно веће[256]". Исти став поновљен је и у предмету Алексовски[257].

Судска пракса настала је као резултат конкретне примене правно теоријских схватања на она подручја која нису била довољно дефинисана, а што је резултат не само несавршености правне норме, већ и животних околности које се не могу често предвидети. Стога је судска пракса у одсуству експлицитних норми попуњавала овај празан простор, односно како закључује Келсен „судски преседан представља нормални и

[254] Д. Врањанац, *Однос законског и прецедентног права у Енглеској – нека питања*, Правни Записи, број 1/2012, Правни факултет Унион, Београд, 2012, стр. 31.

[255] П. Бојанић, *Насиље, фигуре суверености*, op.cit., стр. 173.

[256] Одлука по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност – удружени злочиначки подухват од 21. маја 2003.године, параграф 29- 31.

[257] Пресуда Претресног већа у предмету Алексовски, параграф 113.

суштински акт као одговор на одређени проблем[258]“. И Карбоније указује на проблем „правног плурализма“ као резултат судске праксе: „Ако судија креира право, мноштво судија унутар једног система је способно да проузрокује појаву правног плурализма[259]“. На овај начин судска пракса се јавила као својеврстан нуспродукт несавршености права и правних норми. Наведена чињеница посебно долази до изражаја у материји кривично процесног права[260].

Међутим, било би погрешно сматрати да се сви досадашњи релативни успеси у примени међународног кривичног права свале на недостатке правне теорије услед чега су „храбро“ наступали други извори права. Ово из простог разлога што је правна теорија знатно комплекснији појам у погледу могућности примене, тако да сама примена правне теорије често и не зависи од ње саме као извора права, већ и од других ванправних фактора. Тешкоће у поступцима за утврђивање одговорности за међународна кривична дела то најбоље показују.Од најранијих дана правна теорија као извор права ишла је испред судске праксе, јер се правна теорија јављала као резултат значајне интелектуалне активности, те етичког, филозофског, криминолошког и кривичноправног реаговања на понашања која у највећој мери угрожавају и уништавају темеље сваког друштва. Данас је тај процес иреверзибилан, тако да се међународни обичаји и судска пракса често и пожељно третирају као примарни извори права који иду испред уговора и правне теорије, што прихвата и део правне теорије који међународно право означава као „историју судских преседана и њихових признања“, те да се „успех сваког међународног суда мери само уколико је институционализовао преседан[261]“. Као један од ретких примера експлицитног прихватања правне теорије као извора права у конкретном случају *per se* представља судска пракса која сведочи о прихватању Радбрухове формуле у поступку утврђивања одговорности за кривична дела, заснованој на начелу о „објективној правди“ као аутентичном изразу правне теорије[262].

Указујемо да данас већ проблематичном односу судске праксе и правне теорије управо недостаје повратна веза између судске праксе и правне теорије у којој би правна теорија требало да да одговоре на питања која отвара судска пракса. У том смислу судска пракса не би смела да се јавља као приоритет у односу на правну теорију, већ више као један путоказ правној теорији, заједно са другим дисциплинама које свакако утичу на правну теорију. Имајући у виду све наведено, сматрамо да се судска пракса не може третирати као самосталан извор права, чак и у светлу члана 38. (и члана 59.) Статута Међународног суда правде, док га у својству извора права Статут Међународног кривичног суда и не помиње.

---

[258] П. Бојанић, *Насиље, фигуре суверености*, op.cit., стр. 172.

[259] Ж. Карбоније*, Правна социологија*, Издавачка књиижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, 1992, стр. 175.

[260] С. Давидов, *Начело истине у кривичном поступку-између негирања и потребе*, Ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 2/3, 2011, стр.573-587.

263 П. Бојанић, *Насиље, фигуре суверености,*, ibid., стр. 167.

[262] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр .161

3.3.Правна теорија као извор права

Правна теорија у смислу извора права представља разматрање и тумачење стварности, а не интерпретацију правних норми која се оставља законодавцу или судовима. У том смислу правна теорија представља науку о објективном смислу правних норми узроковане друштвеном стварношћу. Правна теорија представља шири облик деловања који се бави објективним смислом права, а не субјективном идејом о примени права. Видљива је и повратна веза између правне теорије и других извора права која се огледа у критичком преиспитивању позитивног права (као израза правних норми и судске праксе) од стране правне теорије, у коме правна теорија суверено влада до данашњих дана.

Теоретичари сами правној теорији дају различит значај као извора права. Дамгард истиче да правна теорија не представља извор права *per se,* већ се сврстава раме уз раме са судским одлукама који се своде на одређивање могућности примене уговора, међународног обичајног права и општих принципа права[263]. Опенхајм предвиђа да ће се ослањање на правну теорију као извора права највероватније смањити у будућности, док Касезе, са друге стране, сматра да правна литература може "значајно допринети расветљавању међународних правила. Аутори попут Бантекаша (Bantekas) сматрају да академски радови који се користе ради утврђивања најконтроверзнијих правних тачка, представљају најнеприкладније средство у међународном кривичном поступку[264].

Правна теорија егзистира као извор права још од усвајања Статута Међународног суда правде, у коме се у члану 38. под тачком Г) означава као помоћно средство за утврђивање правних правила. Статут Међународног кривичног суда у члану 21. не спомиње правну теорију као извор права. Правна теорија у општем значењу представља свакако најчистији извор права. Ово из разлога што она представља критичку анализу постојећих решења, како са теоријског и епистемиолошког становишта, тако и на основу емпиријских искуства у интеракцији са другим гранама права.

У време свеопште релативизације, уз знатан утицај ванправних фактора, правна теорија као извор права суочава се са потребом идентификовања шта се сматра правном теоријом. Одговор на ово питање омогућава несметану употребу правне теорије као извора права. Да ли се данас као израз правне теорије може третирати извештај Генералног секратара ОУН на коме Хашки трибунал заснива своје упориште о применљивости доктрине заједнички злочиначки подухват[265]. На исти начин је проблематично третирање појединих ставова као израза правне теорије. Илустративан пример представља употреба тзв. Бернијевог меморандума као оруђа за одбрану легитимитета доктрине о заједничком злочиначком подухвату (и другим решењима из Статута Међународног војног суда у Нирнбергу). Имајући у виду наведено, потребно је разграничити правну теорију од тумачења и ставова који су више израз политичког деловања (чак и када је оно добронамерно), како би широко поље кривичноправне науке нашло несметану и неспутану примену као извора права. У овим условима правна теорија може (и треба) да игра значајну улогу која проистиче из суштинске научне вредности,

[263] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p.42.

[264] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, ibid., p.42.

[265] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 186,190.

мултидисциплинарног и мултифакторског приступа и непристрасности, те изражају критичке мисли према позитивним нормативним решењима и постојећој судској пракси.

Правна теорија омогућава уједно да се кроз теоријска схватања креира нормативни оквир који уједно треба да омогући да се кроз норме међународног кривичног права не само заштити постојећи систем вредности, већ и креира систем вредности међународног друштва. У ужем смислу овај извор права „разјашњава природу, карактер, садржину и значај различитих материјалноправних института[266]“. Међутим, очигледно је да у јуриспруденцији међународних и националних судова, правна теорија није најпопуларнији извор права. Сумаран осврт на судске одлуке међународних, посебно националних судова, указују да правна теорија по обиму примене у великој мери заостаје за другим помоћним изворима права као што су међународни обичаји или судска пракса. Наведено указује да правна теорија остаје на нивоу помоћног-секундарног извора права.

4.ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У разматрању извора права о одговорности за међународна кривична дела, утврђивање хијерахије извора права се јавља као неминовност, јер сви извори права очигледно немају јуридичку једнакост, па је потребно приступити утврђивању субстантивне једнакости. Разматрање хијерархијског односа извора права у суштини даје одговор на питање шта се сматра примарним тј. главним изворима међународног кривичног права на почетку XXI века, а шта се сматра помоћним или секундарним изворима права. За утврђивање хијерархијског односа између појединих извора права сматрамо да полазиште треба да се заснива на објективно-субјективном критеријуму, те нормативном и конкретном. Заправо, утврђивање хијерархије извора права зависи не само од утврђене скале у постојећим изворима права, већ и од могућности примене извора права на конкретан случај, као и од спремности судова (националних и међународних) да поступају по овом извору права. Земље које међународне уговоре сматрају актима највише правне снаге су Холандија, друга група земаља уговоре поставља између устава и закона (Шпанија, Грчка, Белгија, Француска), док трећа група земаља третира уговоре и законе као акте једнаке правне снаге (Данска, Ирска, САД, Велика Британија)[267].

Уколико у разматрање узмемо нормирање које врше Статут Међународног суда правде и Статут Међународног кривичног суда (као показатељи прогресивног развоја међународног права и међународног кривичног права), видећемо да и један и други орган прихватају међународне конвенције (које Међународни кривични суд прихвата у облику „утврђених постулата међународног права оружаног сукоба“), као и међународне уговоре. Међутим, разлика се огледа у месту међународних обичаја као извора права. Иако Међународни суд правде међународне обичаје прихвата као други главни извор права и то „међународне обичаје, као доказ опште праксе која је прихваћена као право“, Међународни кривични суд иза уговора (као извора права) третира принципе и начела међународног права, те „утврђене постулате међународног права оружаног сукоба“. Тек

[266] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*,op.cit., стр. 123.

[267] С. Ђајић, *Међународни и национални судови – Од сукоба до сарадње*, op.cit., стр. 122;

на трећем месту јављају се општа правна начела која признају просвећени народи, док Међународни кривични суд наводи „опште правне принципе које је суд извео из националих закона светских правних система“, а која пак можемо сврстати у општа начела међународног кривичног права, а не у општа правна начела призната од стране просвећених народа.

Наведено указује да обичаји полако уступају место другим изворима права што није неочекиван процес. Наиме, од усвајања Статута Међународног суда правде у међународној заједници дошло је до великих, често тешких и драматичних промена које су условиле потребу за кристализацијом правних норми, у чему међународни обичаји не нуде велику предност у односу на паралелни процес нормирања извора међународног кривичног права. Штавише, међународни обичаји као извор права, услед своје природне несавршености, нису у стању да одговоре на изазове који се пред међународно друштво јављају у целини, већ је потребно да се сва поступања која доводе у питање темеље међународног права инкриминишу на јасан начин, уз присутан процес креирања система међународног правосуђа. Уосталом, и пракса поступања Међународног суда правде указује да је у случају сукоба између међународних уговора и међународних обичаја примат даван међународним уговорима на основу начела *lex specialis derogat legi generali* о чему сведочи пресуда Међународног суда правде у случају *Wimbldon*. Наравно, при томе треба имати у виду и чињеницу да и међународни обичаји садрже норме *ius cogens.*

Посебан проблем представља место и значај судске праксе као извора права, која се у јуриспруденцији међународних судова полако издиже на пиједестал извора права. На овом месту помињемо и статуте међународних судова за које пракса показује да заузимају све значајније место у хијерархији извора права. Имајући у виду одредбе Статута Међународног кривичног суда о применљивом праву можемо закључити да он одступа од досадашњег односа хијерархије.

Постојећи извори права, диференцирање на главне и помоћне изворе права, као и различити приступи у вредновању појединих извора права отварају питање хијерархијског односа извора права. Имајући у виду наведене изворе права, степен кодификације норми међународног кривичног права, те несавршеност појединих извора права, можемо закључити да се данас као најважнији извори међународног кривичног права јављају међународни уговори. Посебан проблем представља однос између међународних обичаја и међународних уговора. Обичаји као извор права у суштини представљају доказ несавршености међународног кривичног права и међународноправног поретка уопште. Што норме међународног кривичног права добијају карактер објективне и субјективне нормативне обавезности, то ће обичаји слабити као извор права, у једном „формално неуобличеном и децентрализованом међународном поретку[268]“.

Присутне тенденције указују да се временом повећава круг извора права имајући у виду акте међународних организација, као и „поплаву“ међународних конвенција која се баве нормама међународног кривичног права, те „бујајућу“ судску праксу *ad hoc* трибунала и других „хибридних“ судова. Зато можемо прихватити тезу о својврсној „деформализацији[269]“ извора права која доводи до преовлађујућег значаја судских одлука у односу на друге изворе права. Имајући у виду ступање на снагу Статута Међународног кривичног суда, као и историјски назаустављив процес нормирања међународног

[268] С. Ђајић, *Међународни и национални судови – Од сукоба до сарадње,* op.cit., стр. 172.

[269] С. Ђајић, *Међународни и национални судови – Од сукоба до сарадње,* ibid., стр. 60.

кривичног права, који у добром делу имају своје отелотворење у одредбама Статута међународног кривичног суда, те нараслу потребу за редефинисањем појединих института међународног кривичног права (у виду захтева за изменом дефиниције геноцида, појма заштићене групе, дефинисања умишљаја, те облика одговорности у виду одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата или предлога да се приступи утврђивању кривичне одговорности држава и мултинационалних корпорација), можемо рећи да међународни обичаји са правом уступају примат уговорима као изворима права.

На ово упућују управо одредбе Статута Међународног кривичног суда који такође утврђује хијерархијски однос извора права. У том смислу се и међународни обичаји могу третирати као помоћни извор међународног кривичног права заједно са судском праксом или ставовима правне теорије, док све већи значај у смислу примарних извора права имају међународни уговори, општа правна начела и општи правни принципи националних законодавстава (који већ прихватају начела савременог међународног кривичног права). Сам процес утврђивања извора права, те односа између појединих извора права посебно долази до изражаја у поступку утврђивања одговорности за међународна кривична дела.

Глава трећа

МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА

1. УВОД

Бављење међународним кривичним делима *in concreto* заслужује посебну пажњу у процесу разматрања кривичне одговорности. Иако рат представља „репрезентативну константу времена“ како закључује Пекић, међународна кривична дела захтевају посебан осврт, полазећи од чињенице да утврђивање одговорности за међународна кривична дела још увек не представља правило, већ изузетак. Несумњиво је да дела као што су геноцид, агресија, те злочин против човечности и ратни злочини, по својој бестијалности, масовности и систематичности, излазе из оквира оружаног сукоба. Ова дела по својим карактеристикама и последицама у оружаном сукобу могу да траже тек повод. Геноцид не представља средство да се дође до циља, већ циљ сам по себи (тешко је дело геноцида оправдати војним потребама или циљем оружаног сукоба). Можда је време да се познат Клаузевицов закључак прошири, да управо међународна кривична дела као што су геноцид, агресија, злочин против човечности и ратни злочини представљају наставак политике другим средствима, а не оружани сукоб сам по себи. Ово посебно имајући у виду два противречна и паралелна процеса у окриљу нововековног хуманизма, који се огледају у знатној нормативној активности усмереној ка инкриминисању кршења норми међународног хуманитарног права, са једне, и тенденцију несметаног развоја „тоталног рата“, са друге стране. Томе у прилог и чињеница да „данас на сваких десет војних жртава долази деведесет цивилних[270]“.

Међународна кривична дела као реални кривичноправни, криминолошки и социолошкоантрополошки феномени неизоставно подразумевају разматрање сваког од ових дела. Иако је каткад тешко одупрети се утиску о бесмислу хуманизовања рата, било какво генерализовање кривичне одговорности, претворило би дуготрајан и тежак процес утврђивања кривичне одговорности у „борбу за највеће ништа у историји“.

2.ГЕНОЦИД

2.1. Појам кривичног дела

У овом делу рада обрадићемо основе одговорности код кривичног дела геноцида. Полазећи од карактеристика дела сматрамо да се геноцид заједно са делом агресије разликује од других међународних кривичних дела у погледу кривичне одговорности.

[270] Р. Гатман, Д. Риф, *Лексикон ратних злочина*, op.cit., стр. 14.

При томе нисмо склони да геноцид поистоветимо са другим делима која представљају *core crimes* међународног кривичног права. Историјски посматрано Статут Међународног војног суда изричито не помиње термин геноцид, већ га квалификује као злочин против човечности. Међутим, у основној оптужници Комитета главних тужилаца коришћен је термин геноцид и наводи се: „ …да су они спроводили намерни и систематски геноцид, тј. истребљење расних и националних група против цивилног становништва извесних окупираних области, у циљу да униште одређене расе и класе становништва и националне, расне и религиозне групе, нарочито Јевреје, Пољаке, Цигане и друге[271]“.

Уопштено посматрано, све до доношења Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида од 9. децембра 1948. године[272], када је први пут инкриминисан као кривично дело, геноцид је до тог тренутка представљао посебан вид злочина против човечности или „подврсту злочина против човечности[273]“. Ово из разлога што ни сам Статут Међународног војног суда, као ни одредбе члана 2. Закона број 10. Контролног савета за Немачку нису означавали геноцид као посебно дело, нити предвиђали одговорност за геноцид. Тек након доношења пресуде Међународног војног суда у Нирнбергу приступило се потврђивању принципа нирнбершке пресуде, што је и учињено Резолуцијом Генералне скупштине ОУН од 11.децембра 1946. године када је под тачком 2. изричито дефинисан злочин геноцида као: „ускраћивање права на опстанак целим људским групама, као што је хомицид; ускраћивање права на живот појединим људским бићима; такво ускраћивање права на опстанак потреса људску савест, наноси велике губитке човечанству које је услед тога лишено културних и других доприноса ових људских група и противи се моралним законима, као и духу и циљевима ОУН[274]“.

Рафаел Лемкин је творац речи геноцид која потиче од грчке речи *genos* и латинске речи *ocidere* - уништити[275]. У свом раду Лемкин је дао и дефиницију геноцида: „Под геноцидом подразумевамо уништење етничке групе...уопште узев геноцид не мора да значи уништавање нације, осим у случајевима када се реализује масовним убијањем свих припадника нације. Та реч, пре треба да означи усклађен план различитих активности које су усмерене да униште основне темеље живота националне групе, са циљем да се уништи и сама група. Циљеви таквог плана били би дезинтеграција политичких и друштвених институција, културе, језика, националних осећања, религије и економског постојања националних група и уништење личне безбедности, слободе, здравља, достојанства, па чак и живота појединаца који припадају таквим групама.“

Било је покушаја да се изврши степеновање или типологија геноцида при чему је предлагано да дефиниција обухвати и геноцид који је резултат еколошког разарања и злоупотребе науке. Илустративан је предлог Израела Чарнија (Israel W. Charny), који је предложио да се геноцид дефинише на следећи начин: “Геноцид у генусном смислу је масовно убијање значајног броја људских бића, које се не догађа у току војне акције

[271] А. Игњатовић, *Геноцид у међународном и националним кривичном праву*, Војска, Београд, 1996, стр.15.

[272] Службени весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ, број 2/1950.

[273] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 110.

[274] Службени весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ број 2 од 15. јула 1950.године.

[275] А. Игњатовић, *Геноцид у међународном и националним кривичном праву*, op.cit., стр.13.

војних снага, признатих непријатеља под условом да су жртве обезоружане и беспомоћне[276]".

О развоју појма геноцида сведочи и чињеница да је и приликом дефинисања геноцида у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида било покушаја да се геноцид дефинише на стуктурално другачији начин, што је укључивало предлоге да се под појмом „група" као заштићени објекат унесу и обележје политичка или чак економска група, као и покушаји да се конституишу и појмови „економски" и „културни геноцид". Бројни аутори су се бавили покушајима да дефиниција геноцида добије потпунији облик. У том домену се ишло до намере редефинисања самог појма „Геноцид" или увођења нових термина у појмовно обликовање дела геноцида као што су „демоцид[277]", „омницид (технолошки геноцид)[278]", „политицид[279]", „класни геноцид[280]", „деспотски геноцид[281]", „геноцид развоја[282]", „етноцид" или „идеолошки геноцид[283]". Један од највећих недостатака саме Конвенције огледа се у постојању тзв. „колонијалне клаузуле" којом је омогућено државама које поседују колоније или друге облике несамосталних територија да саме одлуче да ли ће се Конвенција примењивати и на те територије[284].

За утврђивање елемената бића кривичног дела геноцид може да послужи и судска пракса и то пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу, као и судска пракса Међународног суда за злочине почињене на територији бивше Југославије, Међународног суда за злочине у Руанди, као и пракса Међународног суда правде. Наведена пракса је од значаја будући да се од доношења пресуде у Нирнбергу међународни судови нису бавили утврђивањем геноцида у конкретном случају. Деловање *ad hoc* судова за бившу СФРЈ и Руанду, као и одлука Међународног суда правде у случају Босна и Херцеговина против Републике Србије, у том смислу представљају значајан, али уједно и довољно контроверзан путоказ.

Упоредо са активностима на инкриминацији геноцида на међународном плану, кретало се и домаће законодавство. Домаће законодавство је након усвајања и ратификовања Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида дефинисало злочин геноцида. Преузимање обележја овог кривичног дела извршено је Кривичним закоником ФНРЈ[285] који на идентичан начин одређује ово кривично дело као и Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Кривични законик ФНРЈ у члану 124. одређује геноцид на следећи начин: „Ко у намери да потпуно или делимично уништи неку националну, етничку, расну, или верску групу, нареди да се врше убиства

---

[276] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији1945-1945, 1991... - II део*, Академија за дипломатију и безбедност, Београд, 2008, стр. 70.

[277] Рудолф Рамел предлаже увођење ове дефиниције плазећи од чињеница да све облике масовног убијања од стране ддржаве тј. од стране њеног апарата, може ухватити термин демоцид полазећи од грчке речи demos- народ и речи credere- убити. Наведено према Смиља Аврамов, *Геноцид у Југославији 1941-1945,1991.. - II део*, Академија са дипломатију и безбедност , Београд 2008, стр. 76.

[278] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији1945-1945, 1991... - II део*, ibid., стр. 71.

[279] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији1945-1945, 1991... - II део*, ibid., стр.71.

[280] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији1945-1945, 1991... - II део*, ibid., стр.72.

[281] Р. Гатман и Д. Риф, *Лексикон ратних злочина*, op.cit., стр.86.

[282] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији1945-1945, 1991... - II део*, op.cit., стр.90.

[283] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији1945-1945, 1991... - II део*, ibid., стр.86.

[284] А. Игњатовић, *Геноцид у међународном и националним кривичном праву*, op.cit., стр.31.

[285] Службени лист ФНРЈ, број 13/51.

или тешке повреде тела или тешко нарушавање физичког или душевног здравља чланова групе или принудно расељавање становништва, или да се група стави у такве животне услове који доводе до потпуног или делимичног истребљења групе, или да се примене мере којима се спречава рађање између припадника групе, или врши принудно пресељавање деце у другу групу, казниће се строгим затвором најмање пет година или смртном казном[286]". Кривични закон СФРЈ, (касније Основни кривични закон[287]) задржао је идентичну дефиницију геноцида[288].

Наведени преглед јасно указује да је домаћи законодавац одређење геноцида поставио шире него што је то учињено у Конвенцији и спречавању и кажњавању злочина геноцида, уводећи и принудно расељавање као радњу дела. Стојановић наводи да разлог за то треба тражити у чињеници да оновремено законодавство није познавало као посебно кривично дело злочин против човечности[289], па је ова радња сврстана у радњу геноцида. Доношењем Кривичног законика[290] измењена је дефиниција дела тако да се геноцид дефинише на следећи начин: „Ко у намери да потпуно или делимично уништи неку националну, етничку, расну или верску групу као такву нареди да се врше убиства или тешке повреде тела или тешко нарушавање физичког или душевног здравља чланова групе или да се група стави у такве животне услове који доводе до потпуног или делимичног истребљења групе или да се примене мере којима се спречава рађање између припадника групе или да се врши принудно пресељавање деце у другу групу или ко у истој намери изврши неко од наведених дела, казниће се затвором најмање пет година или затвором од тридесет до четрдесет година."

Имајући у виду да је од дана доношења Конвенције прошло више од педесет година, као и значајне историјске догађаје који су се одиграли од доношења Конвенције, те две стотине локалних и регионалних ратова који су за последицу имали стотине хиљада убијених и више милиона расељених лица, а посебно чињеницу да су од стране *ad hoc* кривичних судова изречене прве казне за дело геноцида, као и чињеницу да се истим питањем бавио и Међународни суд правде, са данашњег аспекта се може говорити о дометима Конвенције, пре свега са становишта материјалног права. Прву пресуду на основу Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, Међународни суд за Руанду је донео 2. септембра 1998. године, којом је Жан Пол Акајешу проглашен кривим по девет тачака оптужнице за геноцид у Руанди 1994. године.

Све наведене чињенице у довољној мери указују да насупрот напорима који су чињени још од суђења у Нирнбергу до данашњих дана геноцид као кривично дело и даље изазива значајну пажњу правне теорије. Са друге стране, конкретни случајеви геноцида којим су се бавили међународни кривични судови, указали су на потребу даље разраде одредби Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида. У том смислу сматрамо да се и усвајање Статута Међународног кривичног суда претворило у пропуштену прилику, посебно имајући у виду чињеницу да је у члану 6. Статута само делимично преузета дефиниција геноцида из Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида.

---

[286] Службени лист СФРЈ, број 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, Службени лист СРЈ, број 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/2001, Службени гласник РС, број 39/2003.

290 Службени лист СРЈ, број 39/2003.

[288] „Службени лист СРЈ", број 35/92, 37/93, 24/94.

[289] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.125.

[290] Службени гласник РС, број 85/2005.

2.2. Обележја кривичног дела

На основу члана 4. Статута Хашког трибунала геноцид се дефинише на основу два конститутивна елемента: То су: а) *actus reus* кривичног дела, који се састоји од једне или више радњи које су дефинисане чланом 4. и б) *mens rea* кривичног дела, који се означава као намера да се у целини или делимично уништи нека национална, етничка, расна или верска група као таква.

Говорећи о обележјима дела геноцида, може се рећи да постоје две врсте основних елемената дела: субјективни и објективни елемент. Објективни елеменат се јавља у два облика и то као уништење заштићене групе или дела групе и сама радња остварења дела, и то схваћена као „низ различитих делатности[291]“, док субјективни елеменат представља намера учиниоца да се уништи заштићена група или део групе. *Actus reus* овог кривичног дела огледа се у предузимању радњи као што су: „а) убиство чланова групе, б) тешка повреда физичког или менталног интегритета чланова групе, в) намерно подвргавање групе таквим животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења, г) мере усмерене на спречавање рађања у оквиру групе и д) принудно премештање деце из једне групе у другу“. Као радње извршења дела означене су: а) геноцид, б) споразум о извршењу геноцида, в) непосредно и јавно подстицање на извршење геноцида, г) покушај геноцида и д) саучесништво у геноциду.

У овом делу Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида[292] дефинише геноцид *stricto sensu* тако да се приликом тумачења дела или радњи, а посебно приликом утврђивања постојања *mens rea* мора поћи од чињенице да сама Конвенција не омогућава широко тумачење појма геноцида. У том смислу као значајан недостатак Конвенције представља чињеница да њоме нису исцрпљени сви модалитети деловања који могу довести до уништења групе као заштићеног објекта. И док је у домену *mens rea* неспорно да се исти мора тумачити *stricto sensu* имајући у виду посебну намеру, чини се да су радње дела одређене на општи начин. Такође, указујемо да ни појам групе као објект заштите није довољно прецизно одређен. Овакво одређење исходило је значајна питања приликом тумачења Конвенције. Као једно од првих питања јавило се утврђивање заштићене групе, потом и бројност групе, те да ли се геноцид може извршити и убиством само једног члана групе. Посебно осетљиво питање представљају остављена општа места која се у Конвенцији наводе у виду последица, не прецизирајући радње које могу довести до тих последица. Уосталом, пракса Хашког трибунала и Међународног суда правде је показала колико су несавршене одредбе Конвенције, па је одлучивање о геноциду као „злочину над злочинима“ пребачено у сферу слободног судијског уверења.

Субјективни елеменат представља посебно важан сегмент утврђивања кривичне одговорности учиниоца овог дела. То подразумева утврђивање субјективног односа сваког учиниоца према делу геноцида у односу на обележја овог дела као што су: „намера да уништи“, „у целости или делимично“, „група као таква“. При том остају отворена питања да ли сваки учесник у овом делу (што подразумева плурализам учинилаца) треба да дели

[291] Д. Јовашевић, В. Ђурђић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.76.

[292] Службени весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ број 2 од 15. јула 1950.године.

исту намеру у погледу уништења заштићене групе, те одлика саме заштићене групе. Тек након утврђивања ових елемената може се изводити закључак о специјалној намери.

У погледу *mens rea* ствари се чине јаснијим све док се не доспе у прилику да се посебна намера доказује у конкретном случају у односу на сваку радњу коју су предузели окривљени, и то путем повезивања умишљаја и радње дела, на начин који мора да остави простор да се након умишљаја докаже и посебна намера усмерена ка уништењу заштићене групе. Наведени теоријскоправни закључак, у начелу, је прихватила и судска пракса о чему сведочи пресуда Хашког трибунала у предмету Кордић[293]: "Ако се појмови индивидуалног *mens rea* сувише развуку, то може довести до тога да се кривична одговорност наметне појединцима за оно што је кривица асоцијацијом, а што је резултат који се не слаже са покретачким принципима који су довели до стварања овог међународног трибунала". Још један куриозитет који означавамо као проблемско поље представља могућност примене појединих облика заједничког злочиначког подухвата, као и примену командне одговорности на дело геноцида, посебно имајући у виду решења из члана 28. Статута Међународног кривичног суда.

У том смислу је важно одвојити намеру од других облика психичког односа према делу који не творе кривичну одговорност за међународна кривична дела, посебно код дела као што је то геноцид као што су нехат или још даље мотив или разлог. Специфична намера тако карактеристична за геноцид у односу на мотив представља посебно интересантно питање. Ово из разлога што геноцидна намера усмерена на уништавање групе или дела групе исходи из неког разлога, односно мотива. Иако, мотив и намера нису синоними, мотив као једна ванправна категорија јесте од значаја у делу у коме олакшава доказивање специфичне намере. Тога је свестан и Хашки трибунал и овим појмовима даје делимичну вредност:„Постојање личних мотива не сме се изједначити са намером, али оно не искључује могућност закључка о постојању геноцидне намере. Разлог из којег је оптужени желео уништити групу која је жртва "нема утицаја на кривицу[294]".

2.3. Група као објекат заштите кривичног дела

Имајући у виду да дело геноцида представља уништење групе или дела групе, у циљу утврђивања обележја дела неопходно је приступити утврђивању појма групе у теоријском смислу како би се у пракси омогућила идентификација групе као заштићеног објекта у циљу доказивања, како радње дела, тако и потребног облика виности код кривичног дела геноцида. У теорији и пракси кривичног и међународног права једна од најзначајних расправа везана за одређење геноцида, представљала је расправа о дефинисању појма „групе" у смислу објекта заштите. Покушаји дефинисања појма групе били су актуелни, како пре доношења Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, тако и у периоду након доношења Конвенције до данашњих дана. Судска пракса на крају XX и почетку XXI века, у условима када су се међународни судови по први пут након Другог светског рата бавили оптужбама за геноцид, била је у прилици да

[293] Пресуда Претресног већа у предмету Кордић, параграф 190.

[294] Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др., параграф 825.

се у конкретним предметима бави дефинисањем „групе“ која је предмет напада или намере уништења у целини или делимично.

У том смислу се истиче да су предмети разматрања били групе идентификоване на различит начин, и то почев од етничког, историјског, националног критеријума до сасвим различитих предлога за утврђивање групе, до класних или сексуалних група, док поједини аутори, пре свега, антрополози сматрају да приликом одређења геноцида у смислу објекта заштите, не могу се заобићи ни групе које се могу означити као касте, класе, племена, политичке групе, урбане групе или руралне групе. Посебно је значајно питање бројности групе која се јавља као предмет намере да се иста уништи у целини или делимично. Поједини теоретичари су наводили и потребу ширег дефинисања појма „групе“. Тако Александар Кименуи (Alexandre Kimenui) и Отис Скот (Otis L. Sott) дају дефиницију према којој је „геноцид једнострани облик масовног уморства у коме држава или други ауторитет намерава да разори групу коју извршилац сам дефинише[295]“.

Први и основни елеменат овог кривичног дела јесте чињеница да је реч о делу које је усмерено ка групи, тј. као множини људских бића. То је основни елемент по коме се геноцид разликује од других инкриминисаних дела као што је ратни злочин. Управо у сегменту утврђивања да ли су дела усмерена ка групи или појединцима произилази и могућност да се поједине радње тј. поједина чињења дефинишу као геноцид. На основу наведеног, јасно је да се као објекат напада јавља група као колективитет, „заједница са свим својим особеностима и специфичностима[296]“.

На овом месту се мора указати да Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида заштићену групу дефинише само као националне, етничке, расне или верске групе. Остале облике заједничке или уже групне припадности Конвенција није узела у обзир приликом дефинисања злочина геноцида. Из тог разлога неопходно је утврдити појам групе и идентификацију групе која се јавља као објекат заштите у Конвенцији. Даље се указује да сам појам групе није довољно прецизан тако да у пракси судова, сама судећа већа приступају дефинисању појма групе (у смислу заштићеног објекта) према Конвенцији, што свакако представља отежавајућу околност, али и основу за арбитрерност судећег већа.

У случају Рутаганда Међународни кривични суд за Руанду је приликом дефинисања групе указао на следеће: „Појмови националне, етничке, расне или верске групе веома се широко изучавају и за сада не постоје опште и међународно прихваћене прецизне дефиниције. Сваки од тих појмова мора се процењивати у светлу конкретног политичког, социјалног и културног миљеа. Претресно већа сматра да је у циљу примене Конвенције припадност групи пре субјективни, него објективни појам. Извршилац геноцида схвата жртву као некога ко је предодређен за уништење. У неким случајевима чак и жртва може сама себе да види као припадника такве групе“.

У теоријском смислу било је више значајних покушаја да се дефинише група као објекат заштите код дела геноцида. Тако Јовашевић и Ђурђић указују да „... иако се ово дело врши уништавањем појединаца, његов циљ није да се ти појединци ликвидирају као одређене личности, као појединци, већ управо као припадници групе. Циљ је предузимање радње овог кривичног дела, уништење групе при чему је ликвидација појединаца само

[295] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији1945-1945, 1991... - II део*, op.cit., стр.73.

[296] В. Ђурђић, Д.Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 76.

начин или средство за остваривање овог циља.[297]“. Касезе указује да се израз „национална група“ може означити као „скупина људи који осећају да деле правну везу заједничког држављанства пропраћену реципрочним правима и обавезама, док „расну групу“ дефинише као „ групу засновану на наследним физичким обележјима која се често идентификује са географском облашћу без обзира на језичке, културне, националне или верске факторе“, да би „верску групу“ означио као групу „чији чланови имају исто верско убеђење, назив вере или начин вршења верских обреда[298]“.

И судска пракса је покушала да одреди дефиницију заштићене групе. У спору Босна и Херцеговина против Републике Србије, држава тужилац је покушала да да тзв. „негативни појам“ заштићене групе, јер су као заштићену групу навели „несрпску националну етничку или верску групу у оквиру Босне и Херцеговине, која се међутим не ограничава на ту територију у коју је посебно укључено муслиманско становништво[299]“. Међународни суд правде је одбио овакав покушај да се дефинише појам заштићене групе, образлажући то чињеницом да Конвенција прописује тзв. „позитивну дефиницију“ заштићене групе са наводима да: „Историјат израде Конвенције потврђује да се мора користити позитивна дефиниција[300]“.

Од посебног значаја је став који је изнет пред Међународним кривичним судом за Руанду у случају Акајешу[301] у коме је Претресно веће дефинисало израз „група “ и истакло да се под групом сматрају: „...групе створене на стабилним основама и са сталним члановима, предодређеним рођењем, искључујући мобилније групе којима се појединци добровољно придружују, као што су политичке или економске групе. Због тога је заједнички критеријум за све четири групе заштићене Конвенцијом о генодицу то што њихови чланови обично не оспоравају припадност групи којој припадају аутоматски, рођењем, припадност која је стална и често се не може изменити!“.

И Међународни кривични суд за Руанду у случају Кајишема и Рузиндана је изнео став: „Етничка група је она, чије припаднике везују заједнички језик и култура: или група која се сама препознаје као таква (самоидентификација); или група коју као такву идентификују други, укључујући и извршиоце злочина (идентификација коју врше други). Расна група се занива на наследним физичким обележјима и често се повезује са припадношћу неком географском подручју. Верску групу означава назив вере, начин вршења верских обреда или група која дели заједничка верска осећања[302]“.

Схватања претресних већа могу ићи толико далеко да се као геноцид може означити и предузимање „забрањених радњи према једном припаднику групе[303]“, што представља директну супротност одредбама Конвенције о спречавању и кажњавању

---

[297] В. Ђурђић, Д.Јовашевић, *Међународно кривично право*, ibid., стр.77.

[298] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit.,стр. 116.

[299]Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 191.

[300] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 194.

[301] Пресуда Претресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Акајешу, од 02. септембра 1998, параграф 511, (www.unictr.org. приступ 22.12.2013.године).

[302] Пресуда Претресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Кајишема и Рузиндана, од 21. маја 1999.године, параграф 98, (www.unictr.org. приступ 22.12.2013.године).

[303] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 118.

злочина геноцида, али и супротност геноциду као најтежем од свих дела или геноциду као „архезлочину[304]“.

Питање идентификације групе као објекта поставило се и приликом доношења пресуде у предмету Крстић. Претресно веће је заузело став да се у конкретном случају радило о групи босанских Муслимана, а да су босански Муслимани Сребренице представљали део заштићене групе према одредбама Конвенције о геноциду. То је образложено на следећи начин: „У конкретном случају за дефинисање групе посебно је значајна чињеница да је у поступку доказано да су предмет убистава представљали „само мушкарци способни за војску“. Разматрајући ово питање, које је од несумњивог значаја за дефинисање „групе“ Претресно веће је заузело став да су „починиоци знали да ће убиство мушкараца имати последице по целу групу. Њихова смрт онемогућила је било какав ефикасан покушај босанских Муслимана да поврате ту територију... У време када су одлучиле да убију све мушкарце способне за војску, снаге босанских Срба су знале да ће комбинација тих убистава и присилно премештање жена, деце и старих лица неминовно довести до физичког ишчезавања босанских Муслимана у Сребреници“.

У конретном случају судеће веће је заузело став да је за постојање субјективног елемента дела довољна и намера да се уништи или уништење „дела групе“ без обзира на својство дела групе. Питање бројности групе схваћене као објекат заштите заслужује посебну пажњу. Имајући у виду да се одредбе Конвенције које се односе на бројност групе једино може употребити у оквиру термина „група као таква“ може се закључити да је неопходно да се заузме став о томе колики део групе, или дела групе који је изложен радњама дела може представљати објект радње геноцида. Ово из разлога што је веома тешко утврдити да ли уништење дела групе може довести до уништења групе „као такве“. Рафаел Лемкин указује да „делимично уништење групе мора имати за циљ толико знатан део, да то угрожава целу групу[305]“. На истом становишту је и Питер Дрост који наводи: „Није неопходно имати намеру да се оствари потпуно затирање групе у сваком кутку земљине кугле. Ипак, злочин геноцида, самом својом природом захтева намеру да се уништи барем знатан део одређене групе[306]“.

Предмет расправе може да представља и географски ограничен геноцид у вези са идентификацијом групе. Наведени критеријум представља још једну разлику између теорије и судске праксе у третирању групе као заштићеног објекта. Док судска пракса дозвољава да се посебна намера простире на мање ограничен географски простор као што је „територија општине[307]“, теорија стоји на другачијем становишту. Тако Шабас наводи: „Иако изгледа да је концепт геноцида на географски ограниченој лествици у савршеној сагласности са предметом и циљем Конвенције, он намеће питања која су повезана са планом или са политичким циљем. Локализовање геноцида може да нагиње ка одсуству плана или политике на националном нивоу и мада може да доведе до пресуда против нижих функционера у општинама или регионима, оно исто тако може створити претпоставку да злочин у ствари није био организован на ширем плану: “да ли је у Босни и Херцеговини почињен геноцид?“.

[304] А. Игњатовић, *Геноцид у међународном и националним кривичном праву*, op.cit., стр.35.

[305] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 583.

[306] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 583.

[307] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 589.

Имајући у виду изнете дилеме указујемо да је Резолуцијом Генералне скупштине ОУН од 16.12.1982. године утврђено да масакр у избегличким камповима Шатили и Сабри представља злочин геноцида који је почињен на ограниченом географском подручју[308]. На основу наведеног, јасно је да битно обележје кривичног дела геноцид подразумева да су радње усмерене ка елиеминицији групе, и то групе схваћене *stricto sensu* у значењу Конвенције. Наведено је од значаја не само ради утврђивања објективног елемента дела, у овом случају у виду дефинисања заштићеног објекта у виду групе, већ и због дефинисања субјективног елемента дела - посебне намере без које нема ни дела геноцида.

На основу наведених теоријских ставова и ставова судске праксе, може се закључити да одредбе Конвеције не дају прецизан одговор на питање да ли бројност групе над којом је извршен или покушан злочин геноцида утиче на постојање дела. Напротив, остају многа отворена питања. У том смислу се указује да је неопходно да се прецизно одреде поједини термини као што су: део групе и да ли се последице на део групе могу или морају одразити на целину групе. Ово из разлога што се може поставити питање у односу на који критеријум се има посматрати део групе у сваком конкретном случају, полазећи од чињенице да Конвенција не предвиђа бројчани праг за постојање дела. Зато је потребно утврдити да ли се критеријум заштићене групе посматра у односу на целину групе или у односу на сам део групе, имајући у виду последице геноцида које су наступиле или могле да наступе, те да ли је потребно да су последице геноцида који је предузет према делу групе наступиле у односу на сам део групе (укључујући и географски фактор) или у односу на целину групе.

Имајући у виду праксу Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду претресна већа су за разлику од теорије заузела став да је за постојање дела геноцида потребно- довољно да су радње предузете према делу групе. У наведеним случајевима судске праксе део групе је прихваћен као ентитет сам по себи и заштићени објекат је довољан за постојање геноцида. Наведено јасно указује на потребу да се „група“ или „део групе“ у смислу заштићеног објекта прецизно дефинишу, пре свега, од стране теорије. У супротном, судска пракса омогућиће да се тако важна питања која представљају супстинцијални део дела геноцида уђу у сферу слободног судијског уверења. О различитим становиштима у погледу утврђивања бројности групе као заштићеног објекта сведоче и наводи Претресног већа у предмету Крстић[309]: „Намера да се уништи група, макар и делимично, значи настојање да се уништи један одређени део те групе, за разлику до скупа изолованих појединаца унутар ње. Иако, извршиоци геноцида не морају тежити уништењу целе групе, они морају посматрати део групе коју желе да униште као одређени ентитет који мора бити елиминсан као такав.

Операција која доводи до убијања у различитим местима раштрканим по широкој географској области или одређеног броја припадника заштићене групе упркос великом броју жртава не мора да представља геноцид, зато што то не би представљало намеру извршиоца да уништи групу као такву. Насупрот томе, убијање свих чланова дела групе смештене у малој географској области, иако би за последицу имало мањи број жртава, представљало би геноцид, ако би било извршено са намером да се уништи део групе која је смештена у тој малој географској области. Физичко уништење може бити управљено само на део географски ограниченог дела веће групе, због тога што извршиоци геноцида сматрају намеравано уништавање довољним да би се уништила група као одређени

[308] UN Doc.AG/Res.37/123D (16.12.1982.).

[309] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 590.

ентитет у односној географској области. У том погледу важно је имати на уму контекст у коме је извршено физичко уништавање“.

Наведена пресуда у предмету Крстић отворила је више питања него што је понудила одговоре. Полазећи од чињенице да је појам групе у самој Конвенцији одређен на један општи начин, без утврђивања прецизних критеријумима шта све спада под групу као такву, те да ли свака група у смислу множине појединаца може да представља издвојен и засебан ентитет, Хашки трибунал чак идентификацију групе врши употребом и географског критеријума, одређујући и диференцирање чланова групе управо по географском критеријуму[310]. Из оваквог одређења групе проистекли су и закључци о радњама дела које су биле усмерене не само на физичку ликвидацију чланова групе, већ и на уништавање основа културног идентитета као других облика „нефизичког уништења групе[311]“. На другој страни је Став Комисије за међународно право из 1996.године: „....Уништење о коме је реч јесте материјално уништење групе, физичким или биолошким путем, а не уништење националног, језичког, верског, културног или другог идентитета појединe групе. Национални или верски елемент, као ни расни или ентички елемент, нису узети у обзир у дефиницији речи уништење које мора да се схвати само у свом материјалном , физичком или биолошком значењу[312]“.

Теоријска разматрања и покушаји дефинисања „групе као такве“ представљају константу, не само од усвајања Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, већ и пре тога. Наравно, са експанзионистичким концептом људских права, и појам групе захтевао је нова читања што је изазвало нове дилеме. У том смислу сматрамо да се појам групе у односу на време усвајања Конвенције изменио, тако да је данас могуће идентификовати више различитих облика група које се заснивају на идентитетским основама. Значајну новину представљају становишта да се геноцид у погледу намере може засновати и у односу на једног припадника групе. Ово је додатно усложило иначе комплексан подухват идентификовања групе као такве у сваком случају у коме се расправља о геноциду. Становиште о „људској групи“ као објекту заштите, сматрамо да није погрешно. Али, није ни довољно. У том смислу вредна је разматрања и потреба да се изврши ревизија Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, посебно у делу у коме се врши идентификација групе.

2.4. Намера - *conditio sine qua non* дела геноцида

Сваки поступак утврђивања кривичне одговорности подразумева утврђивање виности. Код кривичног дела геноцида бављење намером представља основни услов утврђивања кривичне одговорности будући да је намера један од израза „психичког односа учиниоца према делу[313]“, она представља услов за дефинисање дела и утврђивања степена одговорности за предвиђено дело. У терији је присутно схватање да је утврђивање и прецизирање намере један од најзначајних елемената сваког поступка којим се одликује позитивно, како унутрашње, тако и међународно право. Тако се истиче закључак „да

[310] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 559-561.

[311] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 577.

[312] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 576.

[313] Д. Јовашевић, *Кривично право- Општи део*, op.cit., стр. 116.

право цивилизованих друштава се можда ничим толико не поноси колико узимањем у обзир субјективног фактора[314]“. Даље утврђивање намере не само да је од значаја за утврђивање дела и односа учиниоца према делу, већ и као основа да се онемогући примена колективне кривице.

Сматрамо сходним да укажемо да се намера код геноцида јавља, како у облику опште намере или општег предумишљаја, тако и у облику посебне намере или посебног предумишљаја која проистиче из општег предумишљаја. Општа намера односи се на сазнање о радњама дела и односу окривљеног према радњама дела у смислу члана 2. Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Посебна намера представља сасвим другачији услов овог кривичног дела. Питање доказивања геноцидне намере је од посебног значаја. Хашки трибунал закључује да је „геноцид јединствено кривично дело у којем се специјални нагласак ставља на посебну намеру. За тај злочин је крактеристичан и специфичан управо тај услов више – одређена намера[315]“. Очигледно је да се значај намере успоставља као услов више, те да се управо на намери граде дела која се квалификују као геноцид, иначе би се такво дело могло у једној мери поистоветити са злочином против човечности. Тога је свестан и Хашки трибунал кад истиче: „дела која се као забрањена наводе у тачкама (а) до (ц) члана 4 (2) Статута прерастају у геноцид када се докаже да починилац не само да је та дела желео починити, него је и имао намеру да циљану групу у целости или делимично уништи као издвојен и одређен ентитет[316]“.

У том смислу се истиче да се геноцидна намера не може утврђивати као опште место у једном догађају. Намеру код дела геноцида можемо третирати као основу бића кривичног дела, које је у једном смислу и значајније од *actus reus*. Ово утолико што се поједини облици *actus reus* геноцида могу срести и код других међународних кривичних дела. Хана Арент наводи да је намера код Ајхмана да реализује „коначно решење“ била толико изражена да су војни команданти Рајха изражавали протесте због деловања Ајнхмана који је заустављао војне транспорте који су ишли у сусрет долазећој совјетској армији како би приоритетно пролазили транспорти Јевреја ка Аушвицу и Треблинки[317].

Имајући у виду да се намера третира као психички однос починиоца према делу, то је неопходно да се намера утврђује за сваког окривљеног понаособ. То значи, утврђивати намеру као стање свести учиниоца из чега проистиче и физички одговор на радње дела. Из тог разлога је важно указати да се геноцидна намера не може утврђивати као намера у оквиру „заједничког злочиначког подухвата“. То пружа могућност да се геноцидна намера утврђује из вршења појединих дела која сама себи, или чак ни заједно са другим делима нужно не представљају дело геноцида. Тако у пресуди Хашког трибунала у предмету Крстић Претресно веће истиче: “… да чињеница премештања иде у прилог констатацији већа да су неки чланови Главног штаба војске Републике Српске намеравали да униште босанске Муслимане у Сребреници. То што присилно премештање само по себи не чини геноцидно дело, не искључује могућност да се Претресно веће на то ослони као на доказ о намери чланова Главног штаба војске Републике Српске. Геноцидна намера може се

[314] Х. Арент, *Ајхман у Јерусалиму- Извештај о баналности зла*, op.cit., стр.249.

[315] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 520.

[316] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 520.

[317] Х. Арент, *Ајхман у Јерусалиму- Извештај о баналности зла*, op.cit., стр. 251.

између осталог, извести и из доказа о извршењу других кажњивих дела која су систематски уперена против исте групе[318]“.

Другачији закључак изнет је у пресуди Хашког трибунала у предмету Стакић[319]: “....Из тих закључака следи да је у општини Приједор 1992. године постојао свеобухватан образац злочина против Муслимана који је доказан ван сваке разумне сумње. Међутим, да би се доказало учешће Стакића у извршењу ових дела у својству саизвршиоца геноцида, Претресно веће мора бити уверено да је он имао тражену намеру. Стога, кључно и првенствено питање јесте да ли је Стакић имао или не *dolus specialis* за геноцид, онај *dolus specialis* који чини суштинско обележје тог кривичног дела“.

Када је реч о субјективном елементу дела, треба указати да је исти наведен у члану 2. став 1. Конвенције дефинисан као „намера потпуног или делимичног уништења једне националне, етничке, расне или верске групе“. То је истакнуто и у Нацрту Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида где је прецизирано да дефиниција геноцида (која се нуди у Конвенцији) „искључује дела која за последицу могу имати потпуно или делимично уништење групе, али која су почињена без намере да се уништи група“. О значају намере указује и Међународни кривични суд за Руанду у случају Жана Камбанде и истиче „злочин геноцида је јединствен због свог елемента *dolus specialis*, због чега се тражи да злочин буде почињен са намером да се уништи у целини или делимично национална, етничка, расна или верска група као таква“. На значај утврђивања намере схваћене као *dolus specialis* указао је и Међународни суд правде у Мишљењу:„Легалност претње или употребе нуклеарног оружја[320]“ у коме је истакао:„забрана геноцида у овом случају била би јасна, онда када би посезање за нуклеарним оружјем заиста укључивало елеменат намере према групи као таквој“.

Имајући у виду, да је објект дела група**,** а радња дела је дефинисана као потпуно или делимично уништење групе, јасно је да се у случају геноцида ради о посебној или специфичној намери. Таква намера представља посебан умишљај или *dolus specialis.* То је у основи и разлог за разликовање између убиства схваћеног као одузимање живота (као елеменат дела) и убиства схваћеног као изазвана смрт или „опортунистичко убиство[321]“ и „неселективно убијање[322]“ у смислу одредби Конвенције.

Намера као посебан умишљај представља постојање вољног елемента схваћеног као облик виности. За утврђивање виности тј. посебне геноцидне намере потребно је у сваком случају утврдити интензитет вољног елемента, тј. да ли је вољни елеменат од почетка обухватио радње које се предузимају. Рафаел Лемкин[323] истиче да термин геноцид „подразумева координирани план различитих акција са циљем уништења групе. Тај план се остварује дезинтеграцијом политичких и социјалних институција, разарањем културних институција, језика, религије, економске егзистенције групе, па онда завршава физичким уништењем. Серија тих аката представља структуралну и фунционалну претпоставку за сам завршни чин - физичко уништење групе“. Наведено је од посебног значаја, јер

[318] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крстић, параграф 33.

[319] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 546.

[320] ICJ Reports **(**1996), p.240.

[321] Оптужница тужилаштва у предмету Крстић, параграф 10.

[322] Извештај припремне комисије Сталног међународног кривичног суда од 06. јула 2000. године.

[323] С.Аврамов, *Геноцид у Југославији1945-1945, 1991... - II део*, op.cit., стр.42.

посебна намера која се доказује кроз вољни елеменат високог интензитета јесте „појмовно неспојив са пристајањем, тј. са евентуалним умишљајем[324]“.

Јовашевић указује да је за постојање посебне намере „неопходна искуствена оцена, а не примена теорије о намери[325]“. Намера подразумева успостављање јасних критеријума и у погледу утврђивања намере, односно шта су докази посебне намере да се уништи група као таква. У том смислу, сматрамо да се докази о посебној намери морају утврђивати у односу на околности пре предузимања радњи дела, у односу на околности на лицу места, као и у односу на генералан контекст догађаја. У контексту ових тврдњи спорно је да ли се намера једног починиоца може доказивати намерама других са којима је он деловао. У том смислу указујемо на значај утврђивања разлике између колективне намере која се манифестује кроз геноцидни план или кампању и индивидуалне намере која укључује сазнање о плану појединаца извршиоца[326]“.

Стојановић указује да „геноцидне намере нема у случају када је извршилац свестан да својим радњама може проузроковати делимично или потпуно уништење неке од четири групе па на то пристаје. Потребно је да он то хоће, да је то циљ предузимања његових радњи[327]“. Метро указује да се у сваком случају намера мора одвојити од мотива[328]. Уколико овоме додамо и чињеницу да геноцид подразумева веће географско подручје предузимања радњи, утврђивање појединачне намере представља свакако захтеван процес. Гринвалт нуди упрошћену дефиницију геноцида: „У случају да су учинилац или други одговорни за геноцидни акт, захтев за геноцидну намеру може бити задовољен и на тај начин што учинилац учествује у кампањи против чланова заштићене групе са знањем да ће ефекти кампање значити деструкцију групе у целости или делимично[329]“.

Намера мора бити изражена у виду радњи које се предузимају, јер управо уско схваћена намера код геноцида искључује евентуални умишљај или нехат. Овоме се може додати и чињеница да геноцид, иако је формално одређен кроз радњу извршења, суштински према свом облику нужно подразумева предузимање многобројних радњи које су међусобно повезане у једну целину, које се могу означити као систематичне радње. Јер, геноцид кроз мноштво радњи производи последицу која је означена у члану 4. Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Имајући у виду наведено, извесно је да наведени критеријуми онемогућавају да се намера код дела геноцида јави у форми евентуалног умишљаја или још даље, у виду нехата.

Такође, намера се мора јасно доказати у односу на сам акт уништења заштићене групе. Сваки други облик деструкције групе или дела групе не би се могао прихватити као геноцидна намера. То запажа и Хашки трибунал када закључује: „Депортација групе или дела групе није довољна. Мора бити јасна разлика између физичког уништења и пуког распада групе. Истеривање групе или дела групе само по себи није довољно за геноцид. Како то каже Крес, путем њене фрагментације или асимилације. Разлог је то што се распад

[324] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.126.

[325] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр.260.

[326]R. Cryer, F. Hakan, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*,op.cit., p.185.

[327] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., 126.

[328] G. Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit., p.211.

[329] G. Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, ibid., p.184.

групе не сме изједначавати са физичким уништењем[330]“. На истом становишту је и Стојановић који негира могућност да се принудно пресељење не може третирати као геноцид будући да „постоји суштинска разлика између геноцида и етничког чишћења[331]“. Посебно значајно питање, како са аспекта *mens rea*, тако и са аспекта *actus reus* представља утврђивање да ли свака радња која представља кршење норми међународног кривичног или хуманитарног права представља геноцид уз адекватан облик намере.

Велике полемике водиле су се око тога да ли је етничко чишћење геноцид. Касезе закључује да члан 2. Конвенције о геноциду не обухвата и радње етничког чишћења[332]. Оваквом становишту допринела је свакако и чињеница да је Сирија приликом усвајања Конвенције о геноциду предложила усвајање амандмана којим би се као геноцид означило и предузимање мера са циљем уклањања чланова групе са једне територије, што је одбијено. На становишту смо да се етничко чишћење може схватити као геноцид једино уколико се изводи на начин, тј. уз предузимања радњи које доводе до физичког уништења групе или дела групе као заштићеног објекта[333]. Из таквих радњи јасно произилази намера схваћена као *dolus specialis*. Такав је закључак заузео и Међународни војни суд у Нирнбергу, у делу „Убијање и злостављање цивилног становништва“ када је истакнуто: “Наведени злочини против цивилног становништва довољно показују да је, у сваком случају, на Истоку масовно убијање и свирепост вршена не само у намери уклањања опозиције или отпора против немачких окупационих снага. У Пољској и Совјетском савезу ови злочини су били део једног плана одстрањења целокупног домаћег становништва помоћу прогонства и уништења да би се њихова територија могла употребити за немачку колонизацију[334]“.

Идентичан закључак је присутан и код Међународног суда правде „да се ни намера, нити след операције, које се могу вршити у циљу примене такве политике (мисли се на политику етничког чишћења – прим. аутора) не могу као такве означити као геноцид,. ...док депортовање или расељавање припадника неке групе, чак и да се врши путем силе , није нужно еквивалентно уништавању те групе, нити је то уништење аутоматска последица таквог расељавања ...Другим речима да ли конкретна операција која је оквалификована као етничко чишћење прераста у геноцид зависи од присуства или одсуства дела побројаних у члану 2. Конвенције о геноциду, као и од намере да се уништи група као таква[335]“. О квалитету намере закључак нуди Хана Арент имајући у виду намеру која се у овим случајевима јављала као део државне политике или прворазредни државни задатак[336].

---

[330] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 519.

[331] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 125.

[332] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit.,стр. 113.

[333] Г. Ђорђевић, *Да ли је етничко чишћење геноцид – проблеми правне квалификације дела*, Теме, број 4/2010, Ниш, 2010, стр.1337-1355.

[334] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 119.

[335] Пресуда Међународног суда правде у спору по тужби Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 190.

[336] Х. Арент наводи да је намера код Ајхмана да реализује „коначно решење“ била толико изражена да су војни команданти Рајха изражавали протесте због деловања Ајнхмана који је заустављао војне транспорте који су ишли у сусрет долазећој совјетској армији како би приоритетно пролазили транспорти Јевреја ка

Налазимо за потребним да говорећи о намери укажемо и на следеће. Поред намере која се односи на уништење групе (у потпуности или делимично), намера мора да се у смислу *dolus specialis* односи и према радњама дела, односно према *actus reus* дела геноцида. У том смислу намера мора да буде јасно опредељена и у односу на сваку од радњи дела, без обзира да ли се ради о убијању, тешким повредама физичког или менталног интегритета групе, радњама које се своде на подвргавање групе условима живота који треба да доведу до потпуног или делимичног физичког уништења, радње усмерене на спречавање рађања у оквиру групе или на присилно премештање деце из једне групе у другу. То је показатељ да се и сама посебна намера не може ограничити на уништење групе, већ као таква мора да се односи и према свакој од радњи дела у смислу одредби Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Овакво повезивање *actus reus* и *mens rea* преко намере омогућава симплификовани приступ закључивању постојања геноцида.

Полазећи од наведених мерила и закључака сматрамо да је приликом утврђивања кривичне одговорности за геноцид потребно онемогућити да се друга кривична дела посматрано кроз призму намераване или ненамераване последице, претворе у радњу геноцида. У оваквим потезима предњачи пракса Хашког трибунала. Тако у предмету Купрешкић и остали, Хашки трибунал закључује: „Другим речима, када прогањање ескалира у екстремни облик намерних и смишљених поступака који имају за циљ да се уништи нека група или део те групе, може се сматрати да такво прогањање представља геноцид[337]“. Сличан закључак Хашки трибунал заузима и у предмету Крстић у делу у коме се намера може доказати преко уништавања традиционалних образаца живљења заштићене групе: „За физичко или биолошко уништење групе није неопходна смрт припадника групе. Мада убијање великог броја припадника групе може да буде најдиректније средство за уништење групе, друга дела или низови дела могу такође да доведу до уништења групе. Група се састоји од својих инвидуалних припадника, али исто тако њу чине и њена историја, традиција, односи међу њеним припадницима, односи са другим групама, односи са територијом[338]“. Важно је указати да Међународни кривични суд за Руанду није прихватио закључке Хашког трибунала који омогућавају означавање деструкције културног бића као геноцид[339].

Сматрамо да је у овим случајевима, рекли би смо, граничним случајевима у којима је упитно постојање *mens rea* потребан за геноцид, чак и уз постојање услова *actus reus*, у циљу избегавања могућности да се кроз свако дело које представља кршење норми међународног хуманитарног права тражи и проналази могући геноцид, одступи од квалификације дела геноцида. Таква пракса не само да у значајној мери компликује тежак процес утврђивања кривичне одговорности, већ релативизује геноцид као злочин над злочинима и отежава процесни положај оптуженог за ова дела. Уосталом, тако екстензиван приступ приписивања геноцида неспојив је са више пута истакнутом потребом тумачења и Конвенције *stricto sencu*, како у целини, тако и у појединостима.

Управо, у намери као елементу дела је основ разликовања геноцида и других дела, као и исказивање разлога због чега се геноцид дефинише као „злочин злочина“ и због чега

Аушвицу и Треблинки. Наведено према Х. Арент, *Ајхман у Јерусалиму- Извештај о баналности зла*, самиздат, Београд 1999.година.

[337] Пресуда Претресног већа у предмету Купрешкић и др., параграф 636.

[338] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 666.

[339] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 213.

се и разликује од хомицида, што уједно представља границу између геноцида и других међународних кривичних дела. Имајући у виду да се виност дефинише као психички однос учиноца према делу, јасно је да посебну пажњу управо привлачи утврђивање и доказивање геноцидне намере. Говорећи о намери као вољном елементу дела, пажњу изазива и потреба да се намера сагледа у времену трајања самог дела. Да ли се под геноцидном намером подразумева само намера која је постојала у време извршења дела или каснији приступ намери да се дело прихвати за своје. Ово, изнова отвара питање директног или евентуалног умишљаја.

У пресуди Међународног војног суда у Нирнбергу запажа се закључак: „У неким случајевима ови ратни злочини су били припремани много времена напред. У случају Совјетског савеза, пљачкање територија које треба да се заузму и злостављање цивилног становништва утврђени су у појединостима пре него што је напад и почео. Већ у јесен 1940.године разматрана је инвазија територије Совјетског савеза. Од тог тренутка, непрестано су претресани методи који ће се применити за уништење сваког могућег отпора[340]“. Када је реч о намери у временском трајању дела, пресуда Међународног војног суда иде корак даље и праву разлику на дела пре рата и након почетка рата. Тако се истиче: „Али да би представљали злочине против човечности овакви акти извршени пре рата требало би да су учињени ради извршења или у вези ма ког од злочина за које је надлежан овај суд. Суд је мишљења, да ма колико узбуђујући и гнусни били ови злочини, није довољно доказано да су они били чињени у извршењу или у вези са ма којим од таквих злочина. Суд стога не може дати општу изјаву да су дела извршена пре 1939. године били злочини против човечности у смислу овог Статута, али од почетка рата 1939. године ратни злочини вршени су у великој размери и они су такође били злочини против човечности[341]“.

Исти став Суд је заузео и приликом одлучивања о злочиначком карактеру организација. Међународни војни суд у Нирнбергу закључује: „Основа ових закључака суда јесте учешће организације у разним злочинима и злочинима против човечности у вези са ратом. Услед тога, Суд искључује из воће групе, коју проглашавају злочиначком, она лица која су престала да заузимају положаје набројане у претходном параграфу пре 1. септембра 1939. године[342]“. У пресуди Ајнхману, суд у Јерусалиму је такође ослободио Ајнхмана за дела која су учињена пре 1941. годин, будући да у поступцима окривљеног до августа 1941. године није утврђена намера “да се уништи јеврејски народ[343]“. Говорећи о намери са становишта историјског приступа указује се да приликом одређивања геноцидне намере нацистичког режима у Немачкој, намера уништења Јевреја није отпочела ратом, већ са конференцијом „*Gorssen Wannsee*“ одржаној 20. јануара 1942. године, када је усвојен план о „коначном решењу јеврејског питања“, јер је до тог датума декларативни циљ био исељење Јевреја[344].

---

[340] Љ.Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*,op.cit., стр.110.

[341] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр.135.

[342] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*,ibid., стр.142.

[343] Х. Арент, *Анхман у Јерусалиму – Извештај о баналности зла*, op.cit., стр.220.

[344] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији, 1941-1945,1991... II*, op.cit., стр.42.

У предмету који се водио пред Међународним судом правде, Босна и Херцеговина против Републике Србије, тужилачка страна је истакла да се геноцидна намера схваћена као *dolus specialis* може засновати на „Стратешким циљевима“ из 1992. године[345], те да геноцидна намера постоји још од 1992. године. Међународни суд правде је одбио тезу да се геноцидна намера може утврдити од 1992. године, посебно не из наведеног документа. У предмету Крстић Претресно веће је утврдило да није постајала намера да се изврши геноцид од самог почетка напада на Сребреницу, тј. од самог почетка акције српске војске која је означена као „Кривања 95“, већ да је намера уследила касније након уласка српске војске у Сребреницу, с тим да почетна намера није ни био улазак у Сребреницу, већ је циљ војне акције био прекид комуникације између енклава Сребренице и Жепе[346]. И Међународни суд правде у спору Босна и Херцеговина против Републике Србије је утврдио да „није постојала неопходна намера, до промене војног циља након што је заузета енклава[347]“.

На основу свега наведеног, очиглено је да се утврђивање постојања намере мора тумачити у складу са осталим елементима геноцида. У том смислу се не може пренебрегнути чињеница да геноцид представља једно системско дело, те да се и намера мора утврђивати спрам системске природе злочина геноцида. Значај и комплексност утврђивања намере у сваком конкретном случају огледа се и у потреби да се осуди учиниоца за тако тешко дело као што је то геноцид не приступа олако.

О различитим становиштима у погледу утврђивања намере у односу на квалификатив групе у виду бројности групе као заштићеног објекта сведоче и наводи Претресног већа у предмету Крстић[348]: „Претресно веће је стога мишљења да намера уништења групе, па и само делимично, значи настојање да се уништи неки засебан део групе, а не тек било који скуп припадника те групе. Иако, извршиоци геноцида не морају тежити уништењу целе Конвенцијом заштићене групе, они део групе који желе да униште, морају сматрати засебним ентитетом који мора да се елиминише као такав.

Борбени поход који за последицу има убијање одређеног броја припадника заштићене групе на разним местима широм већег географског подручја не мора се оквалификовати као геноцид, упркос високом укупном броју жртава, јер он није нужно израз намере учиниоца да се устреми на само постојање групе као такве. Напротив, убијање свих припадника дела групе лоциране унутар мањег географског подручја, чак ако и резултира мањим бројем жртава, оквалификоваће се као геноцид, када је изведено са намером да се уништи део групе као такве, лоциран на том мањем географском положају, заиста мета физичког уништења може бити само географски омеђени део веће групе, због тога што учиниоци геноцида намеравано уништење сматрају довољним да затру групу као посебан ентитет на географском подручју које је по среди. У том смислу, важно је имати на уму укупан контекс, у којем је физичко уништавање спроведено“.

Указује се да је и Хашки трибунал у поступку потврђивања друге оптужнице у предмету Караџић и предмету Младић заузео став да се протеривање може у одређеним

[345] Реч је о Одлуци Скупштине Републике Српске која је објављена 12. маја 1992. године у Службеном листу Републике Српске.

[346] Пресуда Претресног већа у случају Крстић, параграф 119-120.

[347] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 295.

[348] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 590.

околностима сматрати за геноцид. Тако се у одлуци о потврђивању друге оптужнице истиче: „По свему судећи, након пада Сребренице под власт српских снага које су је опседале дошло је до масовног убијања муслиманског становништва....Погубљења су вршена у контексту политике „етничког чишћења“, управљене против босанских Муслимана – која је обухватала и депортацију великог броја људи. Та политика имала је за циљ стварање нових граница и то тако што ће се насилно изменити национални и верски састав становништва. Као последица те политике, дошло је до тога да је муслиманско становништво Сребренице потпуно ишчезло из те области...Политика етничког чишћења је у свом крајњем појавном облику карактеристика геноцида[349]“.

Хашки трибунал у једном другом предмету закључује[350]: „За физичко или биолошко уништење није неопходна смрт припадника групе. Мада убијање великог броја чланова групе може да буде најдиректније средство за уништење групе, друга дела или низови дела могу такође да доведу до уништења групе. Група се састоји од својих индивидуалних припадника, али исто тако њу чине и њена историја, традиције, односи међу њеним припадницима са другим групама, односи са територијом. Претресно веће сматра да је физичко или биолошко уништење групе вероватни исход присилног премештања становништва, онда када се то премештање врши на такав начин да група више не може да се поново састави, посебно када то значи међусобно раздвајање њених припадника. У таквим случајевима Претресно веће сматра да принудно премештање индивидуалних лица може да доведе до материјалног уништења групе, јер тако група престаје да постоји као група или у најмању руку као група каква је била“. Указује се и на став Жалбеног већа у предмету Крстић[351]: „...присилно премештање је могло бити само још један начин да се обезбеди физичко уништење заједнице босанских Муслимана Сребренице. Тим премештањем дефинитивно су из Сребренице уклоњени сви босански Муслимани, чиме је елиминисана и најмања могућност обнављања муслиманске заједнице на том подручју“.

Као питање од посебног значаја приликом идентификације групе, појавило се и питање бројности групе која је предмет геноцида. Међутим, питање бројности групе опет се не може посматрати одвојено од доказивања намере, тј. да ли и бројност групе као објекат заштите исходи из намере за вршење дела. У овом случају, намера се јавља као преовлађујући елеменат у односу на бројност групе (уколико апстрахујемо да и бројност групе твори појам заштитног објекта код овог кривичног дела). Ово из разлога што се на крајње хипотетичком нивоу геноцид може доказивати и у условима једног лишења живота, уколико је у односу на ову појединачну радњу присутан и доказив *dolus specialis,* захтеван на геноцид.

Питање намере да се уништи група поставило се и приликом доношења пресуде у предмету Крстић. Претресно веће је заузело став да се намера може доказати и у односу на последицу дела. У конкретном случају намера је доказивана кроз чињеницу да су предмет убистава представљали „само мушкарци способни за војску“. Разматрајући ово питање, које је од несумњивог значаја за дефинисање намере, Претресно веће је заузело став: „Истина, систематски су убијани само војно способни мушкарци, али је значајно то

---

[349] *The prosecutor v. Karadzic and Mladic*, потврђена оптужница IT-95-18-I. (www.icty.org, приступ 12.05.2013.године).

[350] Пресуда Жалбеног већа у Предмету Крстић, параграф 258, IT-98-33. (www.icty.org, приступ 12.05.2013.године).

[351] Пресуда Жалбеног већа у Предмету Крстић, параграф 3, IT-98-33. (www.icty.org, приступ 13.06.2013.године).

што су се ти покољи догодили у јеку присилног премештања остатка босанско-муслиманског становништва. Босанско-српске снаге нису могле не знати, у моменту када је одлучено да се побију сви мушкарци, да ће то селективно уништавање групе имати трајне последице по целу групу. Њихова смрт је унапред онемогућила било какав делотворни покушај босанских Муслимана да врате територију. Надаље, снаге босанских Срба морале су бити свесне катастрофалних последица нестанка две или три генерације мушкараца, за опстанак традиционално патријархалне заједнице-последица**,** које је Веће већ детаљно описало.

Снаге босанских Срба су знале у моменту кад су одлучиле да побију све војно способне мушкарце, да ће та убијања у спрези са присилним премештањем жена, деце и стараца, неизбежно имати за последицу физички нестанак босанско-муслиманског становништва у Сребреници. Даљи доказ, да су снаге босанских Срба намерно циљале сребреничке босанске Муслимане као групу јесте уништавање стамбених објеката босанских Муслимана у Сребреници и Поточарима, као и главне сребреничке џамије, убрзо након напада. На крају, јака индикација намере уништавање групе као такве је сакривање лешева из масовних гробница, тако што су оне откопане, тела при том осакаћена и поново укопана у друге масовне гробнице смештене у још забаченијим деловима...Стратешки положај енклаве, између две српске територије, могуће је објашњење зашто се снаге босанских Срба нису ограничиле на истеривање босанско муслиманског становништва. Побивши све војно способне мушкарце, босанско-српске снаге су ефективно уништиле заједницу босанских Муслимана у Сребреници и тако елиминисале сваку могућност да се она икада на тој територији обнови...Веће закључује да намера да се побију сви војно способни мушкарци представља намеру да се делимично униште босански Муслимани као група, у смислу члана 4, и стога се мора оквалификовати као геноцид[352]“.

И друга својства групе морају да буду обухваћена специфичном намером. У предмету Крстић Хашки трибунал, иако свесно наглашава да иде преко одредби Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, закључује: „Дакле, подухват, усмерен само против културних или социолошких карактеристика људске групе, са циљем да се затру ти елементи који тој групи дају самосвојни идентитет различит од остатка заједнице не би улазио у дефиницију геноцида. Претресно веће, међутим, истиче да су тамо где је на делу физичко или биолошко уништење често присутни истовремени напади на културну и верску баштину, као и на симболе циљане групе, напади који се са пуним правом могу сматрати доказом намере да се група физички уништи. У овом предмету, Претресно веће ће стога, као доказ намере уништења групе узети у обзир смишљено разарање џамија и кућа који припадају припадницима групе[353]“.

На основу наведеног, јасно је да битно обележје кривичног дела геноцид подразумева да су радње усмерене ка елеминацији групе, и то групе схваћене *stricto sensu* у значењу Конвенције. То је од значаја не само ради утврђивања објективног елемента дела, у овом случају у виду дефинисања заштићеног објекта у виду групе, већ и због дефинисања субјективног елемента дела – намере, тј. посебне намере без које нема ни дела геноцида. Утврђивање намере стога представља услов и разграничење између геноцида и прогањања. Тако и Хашки трибунал у предмету „Купрешкић и остали“ наводи: „услов *mens rea* у погледу прогона је оштрији него за обичне злочине против човечности,

[352] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 595-598.

[353] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 580.

иако мање оштар него за геноцид. У том контексту Претресно веће жели да нагласи да прогањање као злочин против човечности представља кривично дело које припада истој категорији кривичних дела као и геноцид.

И прогањање и геноцид су злочини над лицима која припадају одређеној групи, а која су мета управо због такве припадности...Док у случају прогањања, намера дискриминације може да поприми вишеструке нехумане облике и да се манифестује у низу поступака, укључујући убиство, у случају геноцида та намера мора да буде изражена као намера да се уништи у целини или делимично група којој припадају жртве геноцида. Другим речима, када прогањање ескалира у екстремни облик намерних и смишљених поступака који имају за циљ да се уништи нека група или део те групе, може се сматрати да такво прогањање представља геноцид[354]“.

Основна разлика између ова два дела огледа се у чињеници да је код геноцида намера усмерена на уништење групе или колектива, док је код „злочина против човечности“ намера усмерена на појединце. То значи да дистинкцију између она два кривична дела чини управо однос према појединцу, према индивидуи. Уопштено речено Конвенција из 1948. године јасно указује да је услов за постојање геноцида намера која је усмерена ка уништавању групе или дела групе, дакле да се као пасивни субјекат јавља колектив као мноштво. Са друге стране, код „злочина против човечности“ намера је усмерена ка појединцу као индивидуи. За одређивање циља неопходно је позабавити се другим кључним елементом дела - намером као психичким односом учиниоца према делу. Имајући у виду, одредбе дела геноцида и „злочина против човечности“ јасно је да се и једно и друго дело могу учинити само умишљајем. Наравно да је умишљај израженији, и можемо рећи, лакше доказив код дела геноцид, остајући на нивоу радње која подразумева већи број делатности које се предузимају у истом циљу.

Дакле, код кривичног дела геноцида, неопходно је постојање намере да се радње предузимају како би дошло до истребљења групе као такве, групе као колектива, док код кривичног дела „злочина против човечности“ радња је уперена ка уништењу појединаца. Зато се и намера код дела геноцида дефинише као посебна или специфична намера (*dolus specialis*.). Можда је најбољу дефиницију геноцидне намере у пракси кривичних судова дао Међународни суд правде указујући да: „није довољно да припадници групе буду мета зато што припадају тој групи, односно зато што учинилац има намеру дискриминације. Потребно је нешто више. Дела набројана у члану 2. морају бити извршена са намером да се уништи група као таква у целини или делимично. Речи „као таква“ наглашавају ту намеру да се уништи заштићена група[355]“.

2.5.Одговорност државе за кривично дело

Одговорност државе за геноцид представља посебно питање у оквиру разматрања кривичне одговорности. Одговорност државе проистиче, како из обележја самог дела геноцида, тако и са аспекта разматрања геноцида као дела иза кога стоји држава (или

[354] Пресуда Претресног већа у предмету Купрешкић и др., параграф 636.

[355] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 187.

други организовани ентитет) о чему сведочи историјско искуство геноцида. Однос државе и геноцида као кривичног дела можемо посматрати на више поља у контексту одговорности државе за геноцид. Релевантан путоказ и даље представља Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида. У оквиру овог извора права указујемо на два момента који опредељују однос и одговорност државе за геноцид. У члану 2. Конвенције се утврђују обавезе државе да спрече и казне за геноцид. Ограничење индивидуалне кривичне одговорности налазимо и у члану 4. Конвенције усмеравајући одговорност на државне руковоцоце и службенике. Цильним тумачењем долазимо до закључка да се однос државе и геноцида у смислу одговорности исцрпљује кроз обавезу државе ради спречавања дела и кажњавања његовог учиниоца. То проистиче из чињеница да су обавезе у Конвенцији дефинисане као деловање *ex post facto*. Додатну потврду даје и члан 6. Конвенције који такође говори о „лицима која су оптужена за геноцид".

Са друге стране, утврђивање одговорности државе у члану 9. Конвенције стављено је у надлежност Међународног суда правде који се не бави утврђивањем кривичне одговорности. Указујемо да је чланом 6. путем одређења надлежности и прихватања јурисдикције (о чему сведоче одредбе члана у погледу надлежности судова држава чланица), али не и омогућавање једној држави да другу државу казни за злочин геноцида. Полазећи од члана 6. према коме основна улога припада државама и то у односу према појединцима који су оптужени за геноцид, тако и у делу који се односи на поштовање Конвенције у смислу предузимања радњи *ex post facto*, такође јасно произилази да дух Конвенције не омогућава примену закључка о одговорности државе за геноцид.

Треба указати да је и приликом усвајања Конвенције било предлога (који нису прихваћени), а који су ишли за проширење одговорности и на државе. Велика Британија је предложила амандман: „Кривична одговорност за било који акт геноцида, како се прецизира у чл. 2 и 4. преноси се не само на сва приватна лица или удружења, већ и на државе, владе или органе и власти те државе или владе од стране којих су ти акти извршени. Такви акти извршени од стране или у име држава или влада представљају кршење ове Конвенције[356]". На истом трагу био је и предлог Сирије који је ишао за проширењем радње дела геноцида на: „мере које имају за циљ да присиле припаднике групе да напусте своје домове како би избегли опасност од каснијег злостављања[357]".

Међутим, да ли се овај однос овде и завршава. Догађаји након Другог светског рата и након усвајања Конвенције паралелно са развојем међународног кривичног права указали су на нове моменте у разоткривању овог компликованог односа. Ти предлози ишли су руку под руку са новонасталим условима у којима егзистира међународно друштво, а у коме државе одавно нису једини, нити привилеговани субјекти међународног права. Појединац, али и разни облици удруживања појединаца добили су нове димензије, тиме и ново место у теорији и пракси међународног права. Све то исходило је нове предлоге о одговорности држава који су данас на нивоу теоријско упитног разматрања, али и нова читања основних међународних правних аката. Широк дијапазон тумачења одговорности државе за геноцид дошао је до изражаја у пресуди Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, где су насупрот схватањима која су била на линији децидног тумачења Конвенције, стајали и покушаји да се Конвенција овог пута чита и употреби на нови начин.

[356] Doc. UN, No. A/K.6/236.

[357] Doc. UN, No. A/K.6/234.

У том смислу је илустративно издвојено мишљење судије Махијуа, који закључује : „...да Конвенција о геноциду заиста уводи директну одговорност државе за дела геноцида, а не само обавезу спречавања и кажњавања истог од стране појединаца....како закључује Сисилијанос било би апсурдно, наиме, да Конвенција покрива само одговорност која проистиче из неодазивања државе на обавезе спречавања и кажњавања, а не одговорност државе за чин геноцида који се њој самој може приписати; утолико пре што члан 4. Конвенције садржи да ће лица која су починила геноцид...бити кажњена било да су то владе, државни службеници или појединци. Другачији приступ би одузео Конвенцији разлог постојања[358]“ .

Посебно је важан закључак да пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије на један начелан начин остаје на трагу непостојања кривичне одговорности држава. Међународни суд правде закључује: „Суд констатује да обавезе о којима се ради у овом спору, а произилазе из одредби Конвенције, као и одговорност државе која би настала кршењем таквих одредби представљају обавезе и одговорности према међународном праву. Оне нису кривичног карактера[359]“. Разлоге оваквог закључивања можемо тражити најпре у чињеници да Међународни суд правде није кривични суд. Међутим, сама чињеница да се правосудни орган и то главни правосудни орган ОУН (сходно одредбама Повеље УН) упушта у разматрање постојања геноцида као кривичног дела и утврђује носиоце одговорности за ово дело, упућује на својеврсну контрадикторност међународног правног поретка, али и на чињеницу да основни постулати одговорности државе, правних лица или појединаца могу да буду предмет једног експанзионистичког приступа у поступку приписивања одговорности.

У том смислу илустративан је цитат Комисије за међународно право који користи и Међународни суд правде у наведеној пресуди која насупрот општем ставу, оставља и отвара могућност одговорности државе: „Када злочине против међународног права чине државни функционери, често се ради о томе да је сама држава одговорна за такве акте, односно за неспречавање и некажњавање истих...Чак и у том случају питање индивидуалне одговорности је у начелу одвојено од питања одговорности државе. Држава није ослобођена сопствене одговорности за међународне противправне акте тако што ће кривично гонити и кажњавати државне функционере који су их извршили[360]“. Насупрот свим овим тежњама сматрамо да из свеукупног искуства примене, али и интерпретације Конвенције као и других норми међународног кривичног права, можемо да приступимо утврђивању услова приписивања одговорности државе или других организованих ентитета за геноцид.

Тако можемо утврдити постојање више услова који чине основ одговорности државе за геноцид. То су : 1. доказивање извршеног геноцида као кажњивог дела. Ово подразумева доказивање геноцида као таквог, 2. доказивање кривичне одговорности појединаца за кривично дело геноцида, 3. доказивање да су радње извршене од стране физичких лица као представника државе, са потребним *dolus specialis,* 4. доказ да су радње физичка лица предузела као део организованог система државе или другог организованог

[358] Издвојено мишљење судије Махијуа, *Србија пред међународним судом правде*, приредио Радослав Стојановић, Филип Вишњић, Београд, 2007, параграф 45.

[359] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 170.

[360] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 173.

ентитета, 5. доказ да је држава или други организовани ентитет функционално омогућио предузимање радњи дела, 6. доказ да је држава или други организовани ентитет могао да спречи предузимање радњи дела у целости, а не појединачне радње дела, 7. доказ да се радње физичких лица могу приписати држави или другом организованом ентитету и 8. доказ да су други органи државе или другог организованог ентитета путем својих представника били упознати са радњама дела и делили исти *dolus specialis*.

Са друге стране, између дела геноцида и одговорности државе налази се препрека у виду индивидуалне кривичне одговорности. Најпре се мора доказати постојање геноцида, затим утврдити носиоце индивидуалне кривичне одговорности, а тек онда предстоји подједнако тежак посао приписивања одговорности појединаца држави као једном организованом ентитету. Ова дилема стара је колико и бављење геноцидом. Представник Француске у тужилаштву Међународног војног суда у Нирнбергу закључује: „Геноцид, убиство или било који други злочин постаје анониман уколико га почини држава. Нико овде није носилац одговорности. Сви одговорност деле: они који су представљали или подржавали владу, они који су починили злочин и они који су га организовали, као и они који су га наредили[361]“.

Имајући у виду одредбе Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, сматрамо да држава као субјекат не може да буде носилац кривичне одговорности за дело геноцида. Најпре, сама Конвенција утврђује кривичну одговорност појединаца, а не држава. На наведено упућују, како саме одредбе Конвенције, тако и други акти међународног кривичног права закључно са Статутом Међународног кривичног суда који такође не препознаје кривичну одговорност државе. Конвенцијом се обавезују државе само да кажњавају лица одговорна за вршење геноцида. Штавише, сама Конвенција јасно утврђује облик одговорности и у оним случајевима када се оптужени јављају у улози државних званичника или представника државних органа. У овом делу желимо да укажемо и на карактер обавеза које проистичу из саме Конвенције. У пресуди Међународног суда правде наводи се: „потврђује се да су уговорне стране обавезане у складу са Конвенцијом да не врше преко својих органа или лица или група чије се понашање њима може преписати геноцид и друга дела таксативно наведена у члану 3.[362]“.

На основу оваквог закључка, који проистиче из одредби Конвенције, јасно је да се приписивање као радња геноцида односи само на везу која се успоставља између радњи дела и саме групе која врши дело. На основу наведеног, још увек се не може говорити о успостављеној одговорности између државе као такве и геноцида, већ је видљива само веза која се успоставља између државних органа који чине одређена лица или самих лица која немају везе са организованим ентитетом који представља држава и радњи дела геноцида. Даље указујемо да из одредби Конвенције проистиче обавеза спречавања вршења геноцида. Полазећи од радњи дела геноцида и намере потребне за ово дело, јасно је да се мора направити разлика између спречавања и извршења дела. Уосталом, сматрамо да у случају извршења дела, беспредметно је говорити о спречавању дела од стране истог извршиоца.

[361]C. Harding, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility*, Willan publishing, 2007, p.165.

[362] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 179.

На крају закључујемо да се у односу држава – геноцид може говорити о одговорности државе за неспречавање и некажњавање злочина геноцида, као и за вршење злочина геноцида. При томе указујемо на потребу испуњења више услова за утврђивање одговорности за геноцид. На крају, указујемо да део решења овог проблема свакако представља и утврђивање карактера одговорности. Илустративно је да је и Комисија за међународно право приликом израде предлога Кодекса о одговорности држава за међународна противправна дела одустала од употребе термина „међународни злочин државе“ управо са циљем да се укаже на специфичан карактер одговорности држава који се очигледно разликује од карактера одговорности појединца, и то како у погледу услова одговорности, тако и у погледу последица одговорности. У том смислу залажемо се за останак одговорности државе на нивоу деликтне одговорности која има грађанскоправне последице, а не и у облику кривичноправне одговорности.

То проистиче, како из одредби Конвенције која не одређује ни облик одговорности у виду кривичне одговорности или грађанске одговорности државе, чак ни последице у виду облика репарације или накнаде штете, одредби Статута Међународног кривичног суда, тако и из правне природе државе или других организованих ентитета. Излаз би свакако престављао облик одговорности који би био сублимација кривичне и грађанскоправне одговорности. Одговорност за геноцид је непримењива на друге организоване ентитете имајући у виду закључке Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, са аспекта Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Ако је тако, онда важан критеријум представља могућност означавања активног субјекта, јер државу морамо да третирамо са аспекта међународног права (територија, становништво, суверена власт, испуњавање међународних обавеза, зависно од дефиниције државе као субјекта међународног права). Произилази да је Конвенција непримењива у односу на организоване ентитете, сем у домену извршних органа организованих ентитета, на које се у том случају могу применити одредбе о индивидуалној кривичној одговорности.

2.6.Геноцид и друга међународна кривична дела

Однос геноцида и злочина против човечности заслужује посебан осврт из више разлога. Геноцид је све до доношења Конвецније о спречавању и кажњавању злочина геноцида био третиран као подврста злочина против човечности. Иако је сам термин „злочин против човечности“ први пут употребљен 1915. године, у Декларацији којом су владе Француске, Велике Британије и Русије осудиле покољ над Јерменима у Турској, по први пут се „захтеви човечности“ у оружаним сукобима помињу у преамбули Конвенције о законима и обичајима рата на копну (IV Хашка конвенција из 1907.године). Доцније, у Статуту Међународног војног суда и Закону број 10. Контролног савета за Немачку, помиње се злочин против човечности по први пут као кривичноправни појам[363].

За Статут Међународног војног суда је карактеристично што злочин против човечности везује са злочинима против мира (члан 6. став 2.) или са ратним злочинима

[363] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.243.

одређујући их као екстензивно тумачење ратних злочина[364]. Закон број 10. Контролног савета за Немачку отишао је корак даље у односу на Статут Међународног војног суда омогућавајући примену овог дела и на догађаје који су наступили пре почетка рата. Статут Међународног војног суда за Далеки исток је у погледу дефиниције злочина против човечности садржао извесне модификације у погледу изостављања термина „било која цивилна популација“ као објекат заштите, што је послужило тужилаштву да креира став да свако убијање у агресивном рату представља убиство у кривичноправном смислу[365]. Овакво тумачење није прихваћено од стране суда.

Статут Хашког трибунала је на трагу решења из Статута Међународног војног суда са тим што је упадљиво да Статут Хашког трибунала у члану 5. повезује злочин против човечности са оружаним сукобом. Пракса Хашког трибунала је на другачијем становишту. Хашки трибунал закључује: „Што се тиче првог услова да су кривична дела из члана 5. морала да буду почињена у оружаном сукобу, до сада се сматрало да услов постојања оружаног сукоба није материјални услов у овом смислу[366]...Упркос овом преседану, укључивање услова оружаног сукоба одступа од развоја ове доктрине након Нирнбершког статута, почевши од Закона број 10. Контролног савета који више не повезује концепт злочина против човечности са оружаним сукобом... Сходно томе његово постојање се мора доказати, као и веза између деловања или неделовања за које се оптужени терети и оружаног сукоба.[367]“, да би Хашки трибунал закључио: „Данас је опште прихваћено правило међународног обичајног права да злочини против човечности не морају да буду везани за међународни оружани сукоб. У ствари, као што указује тужилац, међународно обичајно право не захтева нужно да постоји веза између злочина против човечности и било каквог оружаног сукоба[368]“. Указујемо да и Статут Међународног кривичног суда за Руанду не повезује злочин против човечности са оружаним сукобом, па се може рећи да је Статут Међународног кривичног суда за Руанду ближи међународном обичајном праву у односу на Хашки трибунал. Сам Статут Међународног кривичног суда за Руанду акценат ставља на прогон на националној, политичкој, етничкој, расној или верској основи.

Са друге стране, Статут Међународног кривичног суда знатно унапређује кодификациони процес утврђујући прецизно радње извршења дела на начин за који можемо рећи да се чак приближавају радњама дела геноцида. Истовремено, повезујући радње дела са „политичким програмом државе“ или „политичким програмом организације“, као и уводећи у појам дела нечињење државе тј. политичке организације у виду ускраћивања уставноправне заштите (став 2. тачка И), Статут Међународног кривичног суда омогућава примену доктрине заједничког злочиначког подухвата имајући у виду одредбе члана 25. Статута Међународног кривичног суда. Зато можемо рећи да Статут Међународног кривичног суда представља по први пут уређен концепт злочина против човечности. Широко одређено дело злочина против човечности према појединим ауторима омогућава да се посредством злочина против човечности суди и за дела тероризма[369].

---

[364] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crime*, op.cit., p.73.

[365] R. Cryer, F. Hakan, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*,op.cit., p.189.

[366] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 682.

[367] Пресуда Претресног већа у предмету Тадић, параграф 627.

[368] Одлука по интерлокуторној жалби одбране на надлежност суда у предмету Тадић, параграф 141.

[369] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p.74.

Без обзира на одмакле подухвате кодификације норми међународног кривичног права, и данас се могу увидети заједничке карактеристике ова два међународна кривична дела. Оне се огледају у чињеници да се ради о најтежим кршењима које у највећој могућој мери угрожавају основне вредности међународне заједнице, затим и чињеници да су карактеристика ових дела масовност и систематичност у извршењу дела, те да се и једно и друго дело не везују за постојање оружаног сукоба. Систематичност и масовност као карактеристике ових дела уједно омогућавају разликовање и злочина против човечности и ратних злочина, квалификујући злочин против човечности тежим делом у односу на ратни злочин. Последња карактеристика омогућава простирање одговорности на највише државне и политичке званичнике који се у односу на ова дела могу јавити у најмању руку као саучесници.

Још једна разлика коју наводимо у прилог диференцијације ових кривичних дела јесте и чињеница да се злочин против човечности предузима према цивилним лицима, док геноцид не чини разлику ове врсте, већ групу као заштићени објекат третира у својој свеукупности[370]. Јасну дистинкцију између геноцида и злочина против човечности даје Хана Арент[371] кроз конкретну радњу: „ Када је нацистички режим изјавио да немачки народ не само што неће да трпи ниједног Јевреја у Немачкој, него жели да читав јеврејски народ нестане са лица земље, тада се појавио један нови злочин, злочин против човечности у смислу злочина против статуса човека, или саме природе човечанства“. На основу изнетих сличности може се рећи да геноцид представља екстремнији вид „злочина против човечности“, те да разлика између геноцида и „злочина против човечности“ постоји само у степеновању, при чему посебно место заузима намера ка уништењу заштићеног објекта.

О односу између геноцида и „злочина против човечности“ може се разматрати са становишта схватања „злочина против човечности“, односно кроз „шире схватање злочина против човечности и ужег схватања концепта геноцида[372]“. Утврђивање намере стога представља услов и разграничење ова два дела. Тако и Хашки трибунал у предмету „Купрешкић и остали“ наводи: „услов *mens rea* у погледу прогона је оштрији него за обичне злочине против човечности, иако мање оштар него за геноцид. У том контексту Претресно веће жели да нагласи да прогањање као злочин против човечности представља кривично дело које припада истој категорији кривичних дела као и геноцид. И прогањање и геноцид су злочини над лицима која припадају одређеној групи, а која су мета управо због такве припадности... Док у случају прогањања намера дискриминације може да поприми вишеструке нехумане облике и да се манифестује у низу поступака, укључујући и убиство, у случају геноцида та намера мора да буде изражена као намера да се уништи у целини или делимично група којој припадају жртве геноцида. Другим речима, када прогањање ескалира у екстремни облик намерних и смишљених поступака који имају за циљ да се уништи група или део те групе, може се сматрати да такво прогањање представља геноцид[373]“.

Следећа разлика између ова два дела огледа се и у чињеници да је код дела геноцида намера усмерена на уништење групе или колектива, док је код „злочина против човечности“ намера усмерена ка појединцима. Имајући у виду напред наведено, јасно је

[370] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.243.

[371] Х. Арент, *Ајхман у Јерусалиму- Извештај о баналности зла*, op.cit., стр.241.

[372] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији, 1941-1945,1991... II*, op.cit., стр.60.

[373] Пресуда Претресног већа у предмету Купрешкић и др., пар. 636.

да дистинкцију између два дела чини управо однос према појединцу, према индивидуи. Уопштено речено, и Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године јасно указује да је услов геноцида намера која је усмерена ка уништавању групе или дела групе, дакле да се као пасивни субјекат јавља колектив као мноштво.

За потпуно утврђивање дистинкције између геноцида и злочина против човечности неопходно је позабавити се другим кључним елементом дела - намером. Управо се у чињеници преовлађујућег значаја субјективног елемента код геноцида могу наћи кључне разлике између ова два дела. Док се геноцид као такав заснива на специфичностима субјективног елемента, дотле злочин против човечности своје упориште има у објективним елементима као што је то „систематски раширени напад". И сам историјски развој ова два појма јасно указује да је злочин против човечности стално проширивао објективним елементима дела, за разлику од геноцида код кога је теоријски и практични акценат стављан на субјективни елеменат.

Имајући у виду одредбе геноцида и „злочина против човечности" јасно је да се и једно и друго дело могу починити само са умишљајем. Код кривичног дела геноцида неопходно је постојање намере да се радње дела предузимају како би дошло до истребљења групе као такве, групе као колектива, док је код „злочина против човечности" радња уперена ка уништењу појединаца. Зато се и намера код дела геноцида одређује као посебна намера или специфична намера (*dolus specialis*). Можда је најбољу дефиницију геноцидне намере у пракси судова дао Међународни суд правде указујући да: „није довољно да припадници групе буду мета зато што припадају тој групи, односно зато што починилац има намеру дискриминације. Потребно је нешто више. Дела набројана у члану 2. морају бити извршена са намером да се уништи група као таква у целини или делимично. Речи „као таква" наглашавају ту намеру да се уништи заштићена група[374]". Управо је у сегменту намере највећа разлика између дела геноцида и „злочина против човечности". Док се код геноцида намера односи на уништење групе или дела групе схваћене као мноштво, дотле се код „злочина против човечности намера ограничава на индивиди која и може припадати некој групи, али не групи која је објекат заштите код геноцида.

У погледу *actus reus* може се рећи да дела геноцида и злочина против човечности имају више заједничких карактеристика које долазе до изражаја у домену *actus reus*. То се односи, пре свега, на дела убиства, наношење тешких повреда физичког или менталног интегритета чланова заштићене групе. Међутим, основну разлику између ова два дела можемо пронаћи у домену *mens rea*. Може се рећи да је на основу дефиниције ових дела јасно да циљ радње геноцида представља потпуно или делимично уништење једне националне, етничке, расне или верске групе. У том делу је важно указати на разлику у домену „ускраћивања права". Код етничког чишћења које сврставамо у злочин против човечности, ускраћују се основна права једној групи, док је код геноцида основни елеменат ускраћивање основних права, али са циљем да се једна група у целини или делимично уништи[375].

[374] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 187.

[375] Супротно схватање довело би до закључка да је етничко чишћење као злочин против човечости по дефиницији обухваћен делом геноцида. Наведени закључак одбацило је Претресно веће Међународног кривичног суда за Руанду у предмету *Кајишема и Рузинанда*, параграф 577-579. Указује се и на закључак

Овде ваља указати на још једну разлику. Код дела злочин против човечности право пружа заштиту жртвама без обзира на њихову националну припадност или неку другу посебност, док код дела геноцида објекат заштите је дефинисан управо на основу критеријума специфичних карактеристика групе (етничке, расне, верске или националне припадности). Иако је код оба дела захтевани облик виности умишљај, у самом умишљају постоје значајне разлике које омогућавају коначно раздвајање геноцида од злочина против човечности. Код убиства које се може јавити, како код дела геноцида, тако и код злочина против човечности присутан је умишљај. Али, разлика се огледа у садржини умишљаја која се у виду *dolus specialis* код геноцида јавља као намера да се уништи у целини или делимично група као објекат заштите.

Дакле, у садржини умишљаја која у односу на геноцид представља уједно и *conditio sine qua non* дела геноцида у виду намере да се уништи једна група, налази се тачка коначног разликовања ова два дела. Иако се многе радње могу пронаћи, како у делу геноцида, тако и у делу злочина против човечности, намера уништења групе као такве представља ослону тачку због које се ова два дела не могу поистоветити, већ могу егзистирати понаособ. Такође, указујемо да поједине радње које се могу везати за злочин против човечности, као што су радње прогона, могу прерасти у геноцид у условима када се исте предузимају са циљем уништења групе као такве. При томе однос према групи заснива се на схватању групе као заштитног објекта код дела геноцида[376], при чему се група код злочина против човечности третира као скуп појединаца, док се код дела геноцид група третира у својој свеукупности, односно као таква тј. „*as such*“.

Још једна разлике између ова два дела огледа се у погледу врсте одговорности. Полазећи од става да се одговорност за злочин против човечности може темељити и на доктрини заједничког злочиначког подухвата (између осталог), геноцид остаје на нивоу саучесништва. Наведеном у прилог иде и чињеница да се радња извршења код злочина против човечности може остварити издавањем наређења и непосредним предузимањем делатности, при чему наређивање код овог дела као облик подстрекивања има карактер посебног начина извршења дела које нема карактер саучесништва[377]. Премда се и овом ставу може приговорити, употреба трећег облика заједничког злочиначког подухвата за злочин против човечности, полазећи од могућности да се за једно дело које карактерише масовност и систематичност, може одговорност заснивати на критеријуму предвидљивости и природности.

Код дела геноцида саучесништво је утврђено као облик извршења дела, а не као облик одговорности (члан 3. став 1. тачка е) Конвенције о геноциду). Ово из разлога што је на геноцид непримењив било какав облик виности који иде испод нивоа *dolus specialis*, чак и када би се свео на ниво умишљаја. Посебно је неприхватљива примена трећег облика заједничког злочиначког подухвата који се темељи на нехату. У том смислу је илустративан закључак Хашког трибунала: „Према мишљењу овог Претресног већа примена неког вида одговорности не може заменити темељно обележје кривичног дела. Оптужба брка видове одговорности и сама кривична дела. Мешање треће варијанте

Претресног већа Хашког трибунала у предмету *Крстић* које није прихватило наводе оптужнице да се генерал Крстић осуди и за прогон путем насилног премештања и за друга нехумана дела (у оквиру којих је опет присилно премештање), како би се казнио за исто понашање, већ је заузело став да окривљени може одговарати само за прогон , параграф 676.

[376] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.153.

[377] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.246.

удруженог злочиначког подухвата и злочина геноцида довело би до тога да се *dolus specialis* у толикој мери разводни да би потпуно нестао. Стога Претресно веће констатује да за почињење геноцида морају бити задовољена обележја тог кривичног дела укључујући и *dolus specialis*. Идеја прерастања дела у геноцид као природне и предвидљиве последице неког подухвата који није усмерен конкретно на геноцид, није спојива са дефиницијом геноцида према члану 4(3)(а)[378]".

Закључујемо да без обзира на извесне заједничке елементе, дело геноцида и злочин против човечности остају различити. Наравно, поставља се питање у ком правцу ће се кретати теорија кривичног права у третирању ова два дела, имајући у виду нарасле потребе за значајним кодификационим захватима који ће унапредити одређивање ових кривичних дела. Злочин против човечности у постојећем облику такође је предмет преиспитивања. Ово посебно имајући у виду да су све гласнији захтеви да се међународни тероризам третира као облик злочина против човечности[379]. Нарастајућа опасност од терористичких аката посебно након напада 11. септембра 2001.године у САД, затим терористички напад на Малију од 11. марта 2002.године, напади на метро у Мадриду и Лондону, те напад на позориште Дубравка у Москви, изнедрили су покушаје да се тероризам третира као облик злочина против човечности. Тероризам је дуго сврставан у ред ратних злочина. На наведено указују одредбе садржане у Првом Допунском протоколу[380] (члан 51. став 2.) и Другом Допунском протоколу (члан 2. тачка д) и члан 13. став 2.)[381].

О намерама да се тероризам третира као део злочина против човечности сведоче и предлози да се у јурисдикцију Специјаног Трибунала за Либан у оквиру злочина против човечности разматра и акт тероризма - напад на бившег председника Владе Рафика Харирија[382]. Сматрамо да иако међународно обичајно право пружа основ да се акти тероризма сврстају у ред злочина против човечности, обележја самог дела и даље захтевају јасну дистинкцију између тероризма и злочина против човечности. Уосталом, и Статут Међународног кривичног суда не пружа основ за поистовећивање тероризма и злочина против човечности, иако дело тероризма пружа могућности већег броја радњи извршења. Такође, ни критеријуми систематичности или масовности, те напад на цивилну популацију не пружају довољно основа за третирање тероризма као злочина против човечности, већ тероризам треба да егзистира као самостално кривично дело.

Кратак приказ односа злочина против човечности према тероризму указује да је реч о делу које има велику амплитуду, тј. може се кретати од повезивања са геноцидом, преко ратних злочина, до поистовећивања са делом тероризма. Наведено сведочи о крајње комплексном карактеру дела злочина против човечности. Све то указује на потребу даљег раздвајања злочина против човечности од дела геноцида у будућности у смислу утврђивања јасних и прецизних критеријума који би омогућавали ускраћивање могућности преклапања појединих кривичних дела. Из ових разматрања јасно се може утврдити и однос између геноцида и ратних злочина. Имајући у виду карактеристике ових

[378] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 530.

[379] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p.74.

[380] Допунски протокол уз Женевске конвенције од 12. августа 1949.године о заштити жртава међународних оружаних сукоба, од 8. јуна 1977.године, Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, број 16/78.

[381] Допунски протокол уз женевске конвенције од 12. августа 1949.године о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба, од 8. јуна 1977.године, Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, број 16/78.

[382] C.Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p.377.

дела, релативно је лако успоставити дистинкцију између ових дела, а која се огледа кроз намеру уништења заштићене групе у виду *dolus specialis*. Код ратног злочина основна карактеристика у виду постојања нексуса између ратног злочина и оружаног сукоба, чини још видљивијом границу између ова два кажњива дела.

2.7.Закључна разматрања

Нема сумње да геноцид не само као кривично дело, већ и као социошки феномен представља појам који је деценијама привлачио пажњу великог броја теоретичара. У том смислу бројни аутори су са разних полазних тачака покушавали да објасне овај „архезлочин[383]“ или „злочин злочина“. Поједини аутори су закључили да геноцид као облик масовног уништења води порекло из теорија о расној и етничкој чистоти, као и да је хладноратовска борба за сировине заснована у доброј мери на етничкој припадности супротстављених група, те да етничка припадност представља поуздано средство за дневно политичку употребу ради остваривања, пре свега, економских интереса. Таквим схватањима следиле су теоријске поставке да се трагови геноцида могу потражити од национализма до западњачког модернизма[384]. Имајући у виду искуства из XX века може се закључити да правна теорија, као ни судска пракса до сада нису дали адекватне одговоре у виду правне и друштвене реакције на дело као што је геноцид.

На основу свега напред наведеног, утврђивање намере учиниоца представља не само основни елеменат кривичне одговорности за кривично дело, већ и прецизну могућност за утврђивање јасне разлике између геноцида и других кривичних дела. Имајући у виду став судске праксе и теорије, посебно у делу намере која је потребна за утврђивање постојања дела геноцида (која се увек своди на посебни умишљај, односно *dolus specialis*, са изричитим искључењем евентуалног умишљаја или нехата), јасно је да се у делу намере види основ разликовања између геноцида и других дела, те да намера уништења групе представља основно својство геноцида што га уједно и чини „злочином над злочинима“ или „архезлочином[385]“.

Апсолутна специфичност кривичног дела геноцида у погледу утврђивања кривичне одговорности огледа се управо у утврђивању намере која у тој мери представља *defferentia specifica* овог дела, да једноставно представља конститутивни елемент кривичног дела геноцида. Али уколико бисмо намеру задржали на нивоу самодовољног *dolus specialis*, наш одговор не би био потпун. У том смислу указујемо да геноцид представља такав облик дела у коме посебна намера мора да се одрази (тиме и докаже) у односу на све елементе који творе дело геноцида, што значи и на групу схваћену као такву, на бројност групе, идентитет групе, идентификацију групе, уништавање у делу или целости, друге критеријуме који се односе на групу као такву, али и на околности објективне природе који представљају основ егзистенције групе као такве, с тим што је управо и на те објективне околности усмерена намера у смислу дела геноцида.

---

[383] А. Игњатовић, *Геноцид у међународном и националним кривичном праву*, op.cit., стр.35.

[384] C.Daniele, *Genocide, Ethnic Cleansing and Nationalism,* The Sage Handbook of nation and nationalism, Edit by Gerard Delanty, Krishan Kumar, Sage Publication London, UK, 2006, p. 329.

[385]А. Игњатовић. *Геноцид у међународном и националним кривичном праву*, op.cit., стр.25.

Зато се и посебна намера може разложити на различите елементе које са посебним захтевом да она обухвати сваки од елемената које означавамо као уништење заштићене групе као такве, потпуно или делимично. Дакле, намера не може да се манифестује као апстрактна намера да се уништи једна група, већ намера уништења мора да обухвати карактеристике групе, затим уништење у целости или делимично. О наведеном сведочи и закључак Хашког трибунала: „Примена неког вида одговорности не може заменити обележје кривичног дела. Оптужба брка видове одговорности и сама кривична дела. Мешање треће варијанте удруженог злочиначког подухвата и злочина геноцида довело би до тога да се *dolus specialis* у толикој мери разводни да би потпуно нестао... Идеја прерастања дела у геноцид као природне и предвидиве последице неког подухвата који није усмерен конкретно на геноцид није спојива са дефиницијом геноцида према члану 4(3)(a)[386]“.

Досадашња судска пракса (имајући у виду како праксу Хашког трибунала, тако и праксу Међународног суда правде) није дала одговор на ова питања. Слободни смо да укажемо да закључци Хашког трибунала и Међународног суда правде немају толико потребан универзалан и ванвременски карактер у погледу могуће примене на случајеве у будућности. У томе је највећи недостатак судске праксе што су закључци о постојању геноцида удаљени од одредби Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида до мере да се не могу ни пронаћи у одредбама Конвенције (посебно не у радовима који су претходили доношењу Конвенције). Један од релативизирајућих примера Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида представља закључак Хашког трибунала у предмету Крстић који занемарује основне елементе Конвенције и закључак о заштићеном објекту тј. „групи као таквој“ заснива на критеријуму „географске локације[387]“, а не критеријумима које је Конвенција имала у виду.

Судска пракса у схватању *dolus specialis* у односу на постојање намере да се изврши уништење групе иде далеко до граница које се задржавају на „етничком чишћењу“. У том смислу је илустративан пример из пресуде Хашког трибунала у случају Крстић, која поред физичког или биолошког уништења уводи и доказе о тзв. „културној и социјалној деструкцији групе“. Хашки трибунал закључује: „Претресно веће, међутим, истиче да су тамо где је на делу физичко или биолошко уништење често присутни истовремени напади на културну и верску баштину, као и на симболе циљане групе, напади који се са пуним правом могу сматрати доказом намере да се група физички уништи. У овом предмету, Претресно веће ће стога као доказ намере уништења групе узети у озбир смишљено разарање џамија и кућа које припадају одређеној групи[388]“. Овакво широко, у много чему неограничено посезање за геноцидом имајући у виду закључке судске праксе, омогућава да се готово свако кршење норми међународног кривичног права и међународног хуманитарног права третира као геноцид што представља својеврсну банализацију овог „злочина над злочинима“.

Указујемо да без обзира на чињеницу да се геноцид темељи на индивидуалној кривичној одговорности веома је лако повезив са државом или другим организованим ентитетима. На овом месту не споримо теоријску могућност да дело геноцида може да изврши и једна особа, као и да дело геноцида буде извршено према једној особи (иако је Статут Међународног кривичног суда изричит када утврђује плурализам припадника

[386] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 530.

[387] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 558

[388] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 580.

заштићене групе), али са аспекта историјског искуства, као и полазећи од критеријума масовности и систематичности, сматрамо да геноцид омогућава успостављање везе са државама, квази државним ентитетима и другим облицима деловања организованих ентитета. На истом трагу је и Хашки трибунал када закључује: „Убиства која је починио оптужени су довољна како би се утврдио *actus reus* злочина геноцида и *a priori* је могуће замислити да је оптужени негде у себи неговао план да истреби читаву групу, а да при томе његову намеру није подржавала ниједна организација у којој су учествовали други појединци...

Аутори Конвенције нису сматрали да је постојање неке организације или система у служби остваривања геноцидног циља правни елемент тог злочина. При томе, нису одбацили могућност да неки појединац сам жели да уништи неку групу као такву. Претресно веће, међутим, примећује да ће у пракси бити веома тешко изнети доказе о геноцидној намери појединца уколико учињени злочини нису распрострањени и уколико дело за које се терети није подржавно од стране неке организације или система[389]“. Овакав став не само да релативизује индивидуалну кривичну одговорност појединца - извршиоца дела, већ на имплицитан начин геноцид чини зависним од других субјеката одговорности као што су организовани ентитети, удаљавајући и могућност разматрања одговорности појединца у виду намере, без успостављања везе са организованим ентитетима.

Наведена разматрања о геноциду, при чему смо посебан акценат ставили на намеру, јасно опредељују и облик кривичне одговорности. Сви међународноправни акти, као и судска пракса (у претежном делу) и даље су на становишту индивидуалне кривичне одговорности, сматрајући да овај облик одговорности у сасвим довољној мери покрива све могуће учиниоце овог дела независно од начина и нивоа деловања. Имајући у виду одредбе Конвенције сматрамо да држава као субјекат не може да буде носилац кривичне одговорности за дело геноцида. Најпре, сама Конвенција утврђује кривичну одговорност појединаца, а не држава. На наведено упућују, како одредбе Конвенције, тако и други акти које означавамо као изворе међународног кривичног права, закључно са Статутом Међународног кривичног суда који такође не препознаје кривичну одговорност државе.

Конвенцијом се обавезују државе само да кажњавају лица одговорна за вршење геноцида. Штавише, сама Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида јасно утврђује облик одговорности и у оним случајевима када се оптужени јављају у улози државних званичника или представника државних органа. У том смислу илустративна су тумачења Конвенције у погледу дефинисања обавеза које проистичу из саме Конвенције. У пресуди Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије суд: „потврђује да су уговорне стране обавезане у складу са Конвенцијом да не врше преко својих органа или лица или група чије се понашање њима може приписати геноцид и друга дела таксативно наведена у члану 3.[390]“

На основу оваквог закључка који проистиче из одредби Конвенције, јасно је да се приписивање као радња односи само на везу која се успоставља између радњи дела и саме групе која врши дело. При томе, још увек се не може говорити о успостављеној одговорности између државе као такве и геноцида, већ је видљива само веза која се успоставља између државних органа који чине одређена лица или самих лица која немају

[389] Пресуда Претресног већа у предмету Јелисић, параграф 100-101.

[390] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 179.

везе са организованим ентитетом који представља држава и радњи дела геноцида. Даље указујемо да из одредби Конвенције проистиче обавеза спречавања вршења геноцида. Полазећи од радњи дела геноцида и намере потребне за ово дело, јасно је да се мора направити разлика између спречавања и извршења дела.

Све то указује колико је важно да се на свеобухватан начин утврде основна обележја геноцида, не само у контексту постојећих извора међународног кривичног права, већ и са становишта искуства масовних убистава и уништења читавих колективитета. То је могуће учинити саму уз примену мултидисциплинарног метода, како би се утврдила феноменологија геноцида, али у исто време и садржински задржала основна обележја дела геноцида и спречило неограничено ширење овог појма, мимо сагледавања објекта заштите и објекта радње, све у склопу *mens rea* и *actus reus*. У том циљу посебно осетљиво подручје представља доказивање радњи геноцида. У поступку доказивања геноцида радње се морају утврђивати од случаја до случаја, полазећи од критеријума договореног обрасца једног понашања примењеног у виду широке или систематске праксе вршења злочина која не представља изоловани или спорадични догађај. Наравно, други услов тиче се постојања *dolus specialis*, односно намере да се тешке повреде физичког или менталног интегритета чланова групе предузимају умишљајно са циљем уништења групе или дела групе.

3. АГРЕСИЈА

3.1.Појам кривичног дела

Агресија као кривично дело представља вероватно најкомплекснији појам у теорији међународног кривичног права. Сама чињеница да је појам агресије утврђен тек 2010.године, на Ревизионој конференцији у Кампали[391] (не спорећи покушаје дефинисања агресије из 1974.године), са још увек неизвесним исходом стварне кодификације[392], говори да појам агресије уз појмове као што су геноцид или тероризам представља најкомплекснији појам међународног кривичног права. Наведеном у прилог јесу и запажања да се агресија као чин или радња не исцрпљује кроз синоним оружаног напада, већ се одвија кроз више различитих радњи[393], као и чињеница да агресија као дело у највећој мери угрожава међународни мир и безбедност, па као таква представља основу за примену принудних мера од стране ОУН[394]. Уосталом, читав систем ОУН као најзначајније међународне организације постављен је у односу на агресију као дело које у највећој мери угрожава заједничке интересе чланица међународног друштва.

[391] М. Миловановић, *Кривично дело агресије између консензуса и оспоравања*, Међународни проблеми, број 1/2011, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2011, стр. 45.

[392] Међународни кривични суд надлежност за кривична дела агресије заснива само у односу на она дела која буду почињена у року од годину дана од дана ратификације најмање 30 држава, са одређењем рока од 01.01.2017.године, пре ког рока неће бити примене овог дела.

[393] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 625.

[394] А.А. Лупу, И. Ио. Ослјкина, *Международное уголонвое право*, op.cit., стр. 228.

Колики је значај овог појма у савременом свету указује и чињеница да без обзира на бројне оружане сукобе у којима је учествовало на разне начине већи број држава, агресија до данашњих дана није добила своју опште прихваћену правну дефиницију, која би истовремено била и опште обавезујућа. Управо је агресија била повод за доношење резолуције „Уједињени за мир“ која је представљала својеврсну прву ревизију Повеље ОУН[395]. Усталом, члан 39. Повеље ОУН напад одређује као довољну основу за покретање мера колективне безбедности и примену принудних мера.

У том смислу готово су сви аутори који су се бавили феноменом рата, теоријом међународног кривичног права или међународног јавног права, почев од Платона, Аристотела, преко суђења Конрадину 1268.године[396], закључивања Франциска де Виторије и Хуга Гроцијуса и активности међународних организација, пресуде Нирнбершког суда и оснивања ОУН, до данашњих дана бавили покушајем дефиниције агресије и утврђивања природе одговорности за ово дело. Дефинисање агресије по правилу је отежавао „дух епохе“ у коме се ово питање постављало, будући да не постоји кривично дело чије је дефинисање или инкриминисање више зависило од ванправних чинилаца него што је то агресија. У том смислу илустративан је закључак судије Међународног војног суда Роберта Џексона који 1945.године који резигнирано закључује: „Вероватно је слабост овог Статута да у њему није дефинисан агресивни рат. Уопштено, тај појам је препун потешкоћа и различите врсте проблематичних, хипотетичких случајева који могу да се нађу у њему. То је појам због кога, уколико одбрани буде дозвољено да изађе изван веома уског оквира датог у оптужници, ово суђење може да оде у недоглед и укључи Трибунал у нерешива политичка питања[397]“.

У таквим условима тек је крај Првог светског рата омогућио поновно бављење питањем агресије када је према појединим ауторима агресија у одредбама члана 231[398]. Версајског мировног уговора имплицитно поменута у једном међународноправном акту[399]. Париска мировна конференција је установила комисију која је утврђујући кривицу немачког цара Виљема II закључила: „Рат су изазвале и то са предумишљајем Централне силе и њихови савезници Турска и Бугарска. Немачка је, договорно с Аустро-Угарском и хотимично одбијала сва помирљива средства предложена од сила споразума[400]“. Међутим, одређени аутори оваквом помињању агресије не дају правни карактер у материјалном смислу, већ само у формалном смислу[401]. Током 1919.године усваја се Повеља Друштва народа која утврђује обавезе да: „државе чланице предузму кораке којима ће од спољашње

[395] Надлежност Генералне скупштине ОУН за доношење „Резолуције за мир“ заснована је управо на акту агресије, у условима када Савет безбедности због употребе права вета није у могућности да изврши своје обавезе одређене Повељом ОУН.

[396] В.Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit, стр. 197.

[397] Д. Жарић, *Индивидуална кривична одговорност за злочин агресије*, op.cit., 2009, стр. 4.

[398] У члану 231. се утврђује: „Одговорност Немачке и њених савезника за узроковане губитке и учињену штету Силама савезницама и њиховим грађанима који су претрпели последице рата наметног агресијом од стране Немачке и њених савезника“, цитирано према Д. Жарић, *Индивидуална кривична одговорност за злочин агресије*, стр. 21.

[399] М. Миловановић, *Кривично дело агресије између консензуса и оспоравања*, op.cit., стр. 26.

[400] Ј. М. Јовановић, *Суђење Виљему II као кривцу за светски рат*, објављено у Међународно кривично право, уредио Ђорђе Лопичић, op.cit., стр. 411.

[401] R. Cryer, F. Hakan, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*,op.cit., 262.

агресије поштовати и очувати територијални интегритет...У случају такве агресије или у случајевима претње, односно опасности од такве агресије, Савет ће дати савет о мерама које треба да буду испуњене.“ Женевски Протокол из 1924.године у члану 10. по први пут поступање државе које крше принципе забране употребе силе и прибегавање рату одређује као државе агресоре.

Указујемо и на захвате из 1925.године у виду Локарнског споразума који је агресију одредило као „неиспровоцирани напад“ или Брајан Келогов пакт из 1928.године, који иако не даје дефиницију агресије, свој значај заснива на стављању ван снаге употребу и прибегавање рату ради решења међународних спорова. Још је током Париске мировне конференције указано на неопходност утврђивања злочина агресије као међународног злочина и процесуирање државних званичника као лично одговорни за овај злочин[402]. Међутим, разлике међу савезницима биле су непремостиве. Тако је у оквиру Париске мировне конференције Комисија за утврђивање одговорности за рат донела закључак (након бројних неслагања унутар саме комисије) да „агресорски рат као међународни злочин подразумева личну одговорност државних лидера[403]“. Већ 1925.године Лига народа усваја резолуцију којом се агресија сматра међународним злочином. Ову тенденцију следиле су и друге међународне организације. Панамеричка Конференција у Хавани 1928.године проглашава агресију „међународним злочином против људске врсте[404]“.

Једно од детаљнијих одређења агресије садржано је у предлогу СССР-а из 1933.године. Овај предлог одређује да се „агресором сматра држава која почини једно од следећих дела: 1) објави рат другој држави; 2) изврши инвазију територије друге државе оружаним снагама, са или без објаве рата; 3) нападне својим сувоземним, поморским или ваздушним снагама, са или без објаве рата, територију друге државе, њене бродове или ваздухоплове; 4) изврши блокаду обала или лука друге државе и 5) потпомаже оружане банде формиране на њеној територији које имају за циљ да нападну територију друге државе или одбије без обзира на захтев нападнуте државе да на својој територији предузме мере како би лишила ове банде помоћи и заштите;[405]“. Треба рећи, да иако овај предлог није прихваћен, иста одређења агресије нашла су своје место у неким двостраним и вишестраним уговорима.

Следећа повољна прилика јавила се на крају Другог светског рата током суђења у Нирнбергу. Колико је дефинисање агресије било комплексно, чак и у хомогеним условима победе над нацистичком Немачком, говори и чињеница да је само дело агресије на различит начин дефинисано у Статуту Међународног војног суда у Нирнбергу у односу на Закон број 10. Контролног савета за Немачку. У Статуту Међународног војног суда агресија се одређује кроз „злочин против мира“ и то као: „планирање, припремање, започињање или вођење агресорског рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције или учествовање у неком заједничком плану или завери за извршење ма ког од наведених дела[406]“.

---

[402] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, Oxford University Press, 2005, p.5.

[403] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, ibid., p.5.

[404] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, ibid., p.14.

[405] С. Аврамов, М. Кreћа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 627.

[406] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 39.

Чланом 2. Закона број 10. агресија је одређена (опет као злочин против мира) као: „Започињање инвазије других земаља и агресивних ратова којима се крше међународно право и уговори, укључујући, али не ограничавајући се на њих, планирање, припрему, започињање и вођење агресорског рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције или учествовање у заједничком плану или завери за извршење било ког наведеног дела[407]“.

Имајући у виду одређење обима лица која се имају сматрати одговорним у ставу 2. члана 2. Закона број 10. видљиво је да Закон број 10. агресију дефинише на шири начин у односу на Статут Међународног војног суда. Међународни војни трибунал за Далеки Исток такође у члану 5(а) одређује дефиницију агресије кроз злочин против мира и то као: „поименично планирање, припремање, започињање или вођење објављеног или необјављеног агресорског рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције или учествовање у заједничком плану или завери за извршење било ког од горе наведених дела[408]“. Значајно је указати да се већ у пресуди Међународног војног суда у Нирнбергу наглашава разлика између агресије и других дела. У пресуди овог суда се истиче: „...то није само међународни злочин; то је највиши међународни злочин различит од ратних злочина који у себи акумулира зло само по себи[409]“.

Међународни војни суд је одвојено разматрао питање постојања заједничког плана и питање агресорског рата, тако да је кривично дело агресије разматрао, како у оквиру заједничког плана за извршење дела, тако и у односу на агресију саму[410]. Полазећи од одредби Статута, Међународни војни суд је за кривично дело агресије осудио дванаест лица (Геринг, Хес, Рибентроп, Кајтел, Резенберг, Редер, Јодл, Фон Нојрат, Фрик, Функ, Дениц и Сејс Инкварт)[411]. Међународни војни суд за Далеки Исток је оптужбе за агресију разматрао кроз четри врсте радњи, и то: „а) заједнички план или заверу за учињење злочина агресије, б) планирање и припрему за агресивни рат, б) започињање агресорског рата и г) вођење агресорског рата[412]“. Овај суд је укупно двадесет четири лица осудио за кривично дело агресије (Садао Араки, Дохихара, Хашимото, Хата, Хиранума, Хорота, Хишино, Итагаки, Каја, Кидо, Кимура, Матсуи, Минами, Муто, Ока, Ошима, Сато, Шигемитсу, Пимада, Ширатори, Сузуки, Того, Тојо, Умезу).

Повеља ОУН већ у члану 2. обавезује чланице да се „уздрже од претње силом или од употребе силе против територијалног интегритета или политичке независности ма које државе или која би на ма који други начин била у супротности са циљевима Уједињених нација[413]“. Касније је током 1950.године захтевано од Комисије за међународно право да

---

[407] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid.,стр. 48.

[408] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, оп.цит., стр.78.

[409] R. Cryer, F. Hakan, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*,op.cit., p.267.

[410] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 7.

[411] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid,, стр. 73-230.

[412] Д. Жарић, *Индивидуална одговорност за злочин агресије*, op.cit., стр. 124.

[413] Службени лист ДФЈ, број 69/45.

утврди дефиницију агресије, али рад ове комисије није уродио плодом, као ни каснији покушаји 1952. и 1954.године[414].

Од значаја је и дефиниција агресије (која се у великој мери одразила на одређење агресије на Ревизионој конференцији у Кампали 2010.године) коју је консензусом усвојила Генерална Скупштина ОУН Резолуцијом ОУН број 3314 од 14. децембра 1974.године. У наведеној Резолуцији у члану 1. агресија се дефинише као : „употреба оружане силе од стране једне државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе или на било који други начин који је несагласан са Повељом ОУН, као што стоји у овој дефиницији". Члан 5. Резолуције прописује да агресија „повлачи међународну одговорност". На наведени члан указујемо са аспекта одређивања субјекта одговорности полазећи од самог текста Резолуције која не нуди одговор на питање да ли овако одређење агресије подразумева само индивидуалну одговорност или и одговорност државе. Дефиниција из 1974.године је агресију означавала искључиво као употребу оружане силе.

Са друге стране, чланом 4. Резолуције пружена је значајна могућност дискреционе оцене Савета безбедности кроз одређење „горе наведене радње нису исцрпне и Савет безбедности може одлучити да у складу са Повељом и друге радње представљају агресију." Наведено решење, уз чињеницу да нису прецизно одређени елементи *actus reus* и *mens rea* овој дефиницији даје ограничени карактер, будући да није укључила и друге облике напада који нису оружане природе, већ је та могућност стављена у надлежност Савета безбедности. Знатно касније, током 1991.године, Комисија за међународно право је усвојила Предлог Закона о кривичним делима против мира и безбедности човечанства, који у члану 15. утврђује: "1) Појединац који као вођа или организатор планира, чини или наређује радњу агресије, биће по осуди осуђен...; 2) Агресија је употреба оружане силе од стране државе против суверености, територијалног интегритета и политичке независности друге државе или на други начин супротан Повељи Уједињених нација". Оваква решења су готово идентична са решењима из Резолуције из 1974.године са истим недостацима и нејасноћама.

Предлог Закона о кривичним делима против мира и безбедности човечанства из 1996.године у члану 16. одређује агресију на другачији начин: „појединац који као вођа или организатор активно учествује или наређује планирање, припрему, започињање или вођење агресивног рата учињеног од стране државе биће одговоран за чињење злочина агресије[415]". Евидентно је да ова решења акценат стављају на појединачну кривичну одговорност за дело агресије, чиме се у знатној мери одступа од до тада понуђених решења која су агресију одређивала углавном у односу на одговорност државе.

[414] R. Cryer, F. Hakan, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*,op.cit., p.264.

[415] R. Cryer, F. Hakan, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, ibid., p.265.

3.2. Обележја кривичног дела

Усвајање Статута Међународног кривчног суда у Риму јула 1998.године у домену агресије означило је велико разочарање. Статут Међународног кривичног суда није садржао дефиницију агресије (као ни статути Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду из 1993.године који нису садржали ово кривично дело у смислу *ratione materie*). Без обзира на чињеницу да је чланом 5. Статута Међународног кривичног суда надлежност суда одређена у односу на геноцид, злочин против човечности и ратне злочине, као и злочин агресије, у ставу 2. овог члана утврђено је: „Суд је надлежан за кривично дело агресије након што се прописима донетим у смислу чл. 121. и 123. установе елементи бића овог кривичног дела и тако испуне претходни услови за установљење належности Суда[416]“.

Након неуспеха или половичних успеха Ревизиона конференција у Кампали је 2010. године усвојила решење за кривично дело агресије под којим подразумева: „планирање, припремање, започињање или вршење неког акта агресије који по својој природи, тежини и обиму представља очигледно кршење Повеље ОУН од стране лица које је у позицији да наређује (усмерава) политичке или војне операције неке државе или да врши стварну контролу над њима. Акт агресије је употреба оружане силе од стране једне државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе или се то чини на било који други начин који није у сагласности са Повељом УН[417]“. Указујемо и на одредбе става 4.: „починилац је свестан чињеничних околности које установљавају да је таква употреба оружане силе у супротности са Повељом УН“, као и на став 6.: „починилац је свестан чињеничних околности коју успостављају тако манифестна кршења Повеље УН[418]“.

Према одредбама члана 8 бис Статута Међународног кривичног суда дело агресије представљају следеће радње[419]: „1) Инвазија или напад оружаних снага једне државе на територију друге државе, као и свака војна окупација, макар и привремена која произађе из такве инвазије или напада или анексија територије или дела територије друге државе употребом силе, 2) бомбардовање територије неке државе од стране оружаних снага друге државе или употреба било ког оружја од стране једне државе против територије друге државе, 3) блокада лука или обала једне државе од стране оружаних снага друге државе, 4) напад оружаних снага једне државе на копнене, поморске или ваздухопловне снаге, поморску или ваздушну флоту друге државе, 5) употреба оружаних снага једне државе које се са пристанком државе пријема налазе у њеној територији противно условима предвиђеним у споразуму, односно остајање тих снага на територији државе пријема и после истека споразума, 6) радња једне државе која своју територију стави на располагање другој држави да би је ова искористила за извршење акта агресије против неке треће државе и 7) упућивање од стране, односно у име једне државе оружаних банди, група, нерегуларних војника или најамника који против друге државе врше акте оружане силе,

[416] Закон о потврђивању Римског Статута Међународног кривичног суда, Службени лист СРЈ-Међународни уговори, број 5/2001 од 27.06.2001.године.

[417] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 226.

[418] www.icc.cpi/int (приступ 01.09.2013.године).

[419] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 227.

толико озбиљно да се они изједначују са напред наведеним актима, односно представљају значајно учешће једне државе у томе“.

Овакво одређење агресије несумњиво представља напредак. Оно садржи одређење и радње дела, *actus reus* и *mens rea* и усмеравање на инвидуалну кривичну одговорност. Парадоксално је да највећи проблем увођења овог дела лежи у одредбама Статута Међународног кривичног суда које су везане за ратификацију амандмана у смислу члана 121. Статута, што значи да у односу на ово дело суд неће вршити своју надлежност до 2017.године, са неизвесним исходом коначне ратификације. О ограниченим дометима примене овог амандмана, поред напред наведеног услова у погледу ратификације Амандмана, указујемо и на чињеницу да Међународни кривични суд своју надлежност може засновати сходно чл. 15 бис. и 15 тер. тек после 1. јануара 2017.године, као и чињеницу да Међународни кривични суд своју надлежност за дело агресије заснива само у односу на дела која су извршена годину дана након испуњења услова ратификације. Овоме додајемо и чињеницу да један значајан број земаља, између осталог сталних чланица Савета безбедности, још увек није прихватио Статут Међународног кривичног суда, тако да се на оптужене из ових земаља новоусвојени амандман неће примењивати.

Међународноправни акти који су се бавили утврђивањем појма агресије пружају довољан основ за утврђивање објективних елемената дела агресије. У одредбама Резолуције 3314. из 1974.године као објективни елементи дела се утврђују: „а) инвазија или оружани напад једне државе на територију друге државе, или било која војна окупација, неважно колико дуготрајна, која је настала из такве инвазије или напада, или било која анексија узрокована употребом силе на територији државе, односно њеном делу, б) бомбардовање оружаним снагама једне државе на територију друге државе или употреба било каквог наоружања од стране државе на територију друге државе, в) блокада лука и обала једне државе оружаним силама друге државе, г) напад оружаних снага једне државе на копнене, поморске или ваздухопловне снаге, поморску или ваздушну флоту друге државе, д) употреба оружаних снага једне државе које се са пристанком државе пријема налазе на њеној територији противно условима предвиђеним у споразуму, односно остајање тих снага на територији државе пријема и после истека споразума, ђ) радња једне државе која своју територију стави на располагање другој држави да би је ова искористила за извршење акта агресије против неке треће државе и е) упућивање од стране, односно у име једне државе оружаних банди, група, нерегуларних војника или најамника који против друге државе врше акте оружане силе толико озбиљно да се они изједначују са напред наведеним актима, односно представљају значајано учешће једне државе у томе[420]“.

Субјективни елеменат дела одређен је као директан умишљај што посебно долази до изражаја у решењима Амандмана из Кампале 2010.године. Субјективни однос изграђује се у односу појединца (који има одређена својства која проистичу из статуса појединца у оквиру групе или у односу на заједнички план, те у односу на учешће појединца у планирању и припремању дела) у односу на радње дела, али и у односу на радње других појединаца. Тај однос се огледа у постојању изражене свести чињеничних околности које се односе, како на саму употребу оружане силе у контексту Повеље ОУН, тако и у односу на „радње планирања, припремања, започињања акта агресије и употребе оружане силе“. У односу на ова решења указујемо и на извесну релативизацију субјективног елемента који је присутан у ставу 7. члана 8 бис. (Амандмана из Кампале),

[420] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, ibid., стр. 225.

који омогућава субјективну процену о упућивању оружаних банди, група или најамника, који „представљају значајно учешће једне државе у томе“.

Ово решење на трагу је закључка Међународног суда правде у предмету САД против Никарагве. Међународни суд правде под агресијом сматра ситуацију када нека држава: „ упућује у другу државу оружане банде или је суштински укључена у њихово слање са задатком да против те државе врше оружане нападе који су толико озбиљни да се могу сматрати агресијом...Овај опис...одражава међународно обичајно право. Суд не види никакав разлог да одбаци тврдњу да се, према обичајном праву, забрана оружаног напада може односити на случај када држава шаље оружане банде на територију друге државе уколико се та операција због њеног обима и последица може пре квалификовати као оружани напад, а не као обични гранични инцидент у коме су учествовале редовне оружане снаге[421]“.

Овакво решење представља увођење релативизоване свести појединца у односу на опсег радње агресије које су таксативно одређене, захтевајући од суда доказивање свести појединца о постојању „значајног учешћа“ у радњи агресије. Овакво утврђивање агресије путем критеријума „значајног учешћа“ у великој мери отежава доказивање агресије, имајући у виду непостојање критеријума који би утврђивали „значајно учешће“ као основ агресије и потенцијално уводи потребу бављења утврђивањем разлике између агресије и агресивног рата. Овакви ставови омогућили су различито сагледавање агресије као такве и агресорског рата. И дефиниција из 1974.године одређује агресорски рат као злочин по себи. Јоргенсен такође указује на разлику између агресорског рата и агресије[422]. Говорећи о субјективним елементима указујемо на следеће услове који представљају специфичност агресије као дела, а који се огледају у посебним својствима појединца учиниоца дела: „1) мора да има својство вође (у смислу положаја, знања, намере и значајног учешћа у стварању идеје учињења агресије) и 2) мора да делује у заједништву са другим лицима која имају својства вође[423]“.

Аврамов одређује да: „Агресија представља међународно кривично дело: То је насилна акција једне или више држава против територијалног интегритета или политичке независности друге државе предузета са намером да се оспори право на опстанак државе, измени њен друштвено - економски систем, отцепи део њене територије и томе слично. Према томе два су битна елемента овог појма: 1) објективни, тј. конкретне радње, као што је нпр. оружани напад, бомбардовање градова итд. и 2) субјективни, тј. намера агресора да тим путем оствари свој циљ, свестан противправног карактера своје акције[424]“. Јовашевић указује на другу димензију агресије: „По својој природи ово је кривично дело *delicta communia*, иако у пракси учинилац дела мора да има одређени политички, државни, службени или војни положај, својство или утицај да би уопште могао да предузме радњу извршења[425]“.

Говорећи о потребном *mens rea* свакако да отежавајућу околност представља историјски развој појма агресије који до данашњих дана није дао довољно прецизан

[421] В.Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit, стр. 195.

[422] N. H.B. Jorgensen,. *The Reponsibility of states for international crimes*, op. cit., p.113.

[423] Д. Жарић, *Индивидуална одговорност за злочин агресије*, op.cit., стр. 121.

[424] С. Аврамов, М.Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 625.

[425] Д.Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 227.

одговор на ово питање. Ту имамо у виду и последње кодификаторске захвате из Кампале 2010.године. У том смислу релевантан показатељ представља члан 30. Статута Међународног кривичног суда који у ставу 2. јасно одређује да „лице поступа вољно уколико воља постоји у односу на: а) радњу извршења-лице жели извршење кривичног дела и б) последицу- лице жели наступање последице кривичног дела или је свесно да услед његовог чињења или нечињења забрањена последица може наступити, па пристаје на њено наступање".

Са друге стране, Амандман из Кампале из 2010.године још је прицизнији у погледу одређивања виности за дело агресије кроз одређење: „починилац је свестан чињеничних околности које установљава да је таква употреба оружане силе у супротности са Повељом УН" у члану 8. став 4., „починилац је свестан чињеничних околности коју успостављају тако манифестна кршења Повеље УН", као и одређења која ослобађају суд обавезе доказивања свести о противправности дела: „Не постоји обавеза да се докаже да је починилац направио правну оцену као да ли употреба оружане силе није у складу са Повељом Уједињених нације"(став 2. Увода), „Не постоји обавеза да се докаже да је починилац направио правну оцену као на очигледне повреде Повеље УН"(став 4. Увода).

Све ово јасно опредељује директан умишљај као облик виности за дело агресије, полазећи од обележја дела која јасно указују да „нема агресије из нехата[426]". У циљу утврђивања кривичне одговорности за ово дело, мора се доказати да је извршилац намеравао да учествује у агресији, као и да је био свестан свих радњи дела, карактера, систематичности и масовности радњи, учешћа организоване групе у извршењу разних аспеката радњи дела, те значаја радњи и последица дела. Закључку о директном умишљају који сврставамо у *dolus specialis* код овог облика дела доприносе решења из Кампале из 2010.године која не утврђују обавезу суда да се бави свешћу окривљеног о противправном понашању у односу на Повељу УН.

О значају *mens rea* указује се и у пресуди Међународног војног суда у Нирнбергу: „Рат против Пољске није дошао изненада, као гром из ведра неба; докази су јасно потврдили да су овај агресорски рат, као и приграбљивање Аустрије и Чехословачке били унапред планирани и брижљиво припремани и да нису били предузети све док се није сматрало да је дошао погодан тренутак да се они изведу, као одређени део једне унапред припремљене шеме и плана. Агресорске намере нацистичке владе нису биле догађаји који су произилазили непосредно из политичке ситуације у Европи и свету: оне су биле смишљене и биле су део нацистичке спољне политике[427]".

У том смислу илустративан је закључак суда у предмету Фарбен (*IG Farben Case*) у коме суд инсистира на директном умишљају код доказивања овог дела: „Да би оптужени (више особље или руководиоци немачке компаније, специјалисти у области израде синтетичке гуме, бензина, нитрогена, лаких метала и експлозива, или било који од њих, били криви по првој (планирање, припрема, отпочињање или вођење агресорског рата) или петој тачки отужнице (разрада и спровођење заједничког плана или завере за вршење злочина против мира) или на основу и једног и другог, учествовали у планирању, припреми и отпочињању агресорског рата или инвазије, мора се доказати да су били

[426] М. Сукијасовић, *Међународна кривична одговорност за агресију*, објављено у Међународно кривично право, op.cit., стр.375.

[427] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 72.

учесници плана или завере или да су знајући за такав план учествујући у припреми агресорског рата доприносили остварењу његовог циља...Једино стварно питање које преостаје јесте да ли је то пропраћено стањем свести које право захтева да би се утврдила индивидуална и лична одговорност[428]".

При свему наведеном свест о делу не ограничава се само на радње дела у смислу вођења агресивног рата на једном апстрактном нивоу, већ свест о агресивном рату која обухвата свест о агресији као територијалним добицима или другим користима које се остварују за починиоца овог дела. На том трагу је Међународни војни суд када закључује: „планови за економску експлоатацију СССР-а, за масовно расељавање становништва, за убијање комесара и политичких вођа, били су сви део припремљеног заједничког плана чије је остварење почело 22. јуна без икакве опомене и без сенке легалног оправдања. То је била у најпотпунијем смислу агресија[429]".

Постојање групе представља важан елеменат овог кривичног дела. И то групе схваћене као скуп јединки, као плуралитет лица који употребом свог положаја и предузимањем радњи дела у складу са својим положајем омогућавају предузимање радње дела, при чему свако од њих поседује директан умишљај у погледу самог дела. У овом случају група преноси конкретне радње дела на ниже нивое извршиоца или саизвршиоца дела. Посебан куриозитет код дела агресије представља чињеница да се у овом случају одговорност утврђује кречући се одозго надоле, за разлику од заједничког злочиначког подухвата у коме се одговорност од непосредних извршилаца путем заједничког плана преноси на више нивое одлучивања или деловања.

Разматрајући одговорност за агресију у односу на постојање групе, сматрамо сходним да направимо кратак ескурс у односу на заверу и постојање заједничког плана, те припрему и планирање овог дела. У том смислу активна је пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу. Иако Статут Међународног војног суда у члану 6. злочин против мира, као и Закон број 10. Контролног савета за Немачку у члану 2. (став а.) дело постовећује као „планирање, припремање, започињање или вођење агресорског рата...или учествовање у неком заједничком плану или завери за извршење ма ког од наведених дела", пресуда Међународног војног суда је у великој мери недоречена, можемо рећи и контрадикторна. Међународни војни суд истиче: „Планирање и припрема за рат су битни елементи рата. По мишљењу Суда агресорски рат је злочин по међународном праву.

Статут дефинише овај злочин као планирање за отпочињање или вођење агресорског рата, или учествовање у заједничком плану или завери, ради извршења...напред наведених дела. ..У тачки 1. се ставља на терет заједнички план или завера. Тачка 2. ставља на терет планирање и вођење рата[430]". Пратећи наводе из оптужнице Међународни војни суд раздваја заверу од планирања агресорског рата: „Завера није дефинисана у Статуту, али по мишљењу Суда завера мора јасно бити оцртана у својој злочиначкој намери. Она не сме да се сувише удаљи од одлуке и акције. Планирање, да би било злочиначко, не сме се заснивати само на изјавама партијског програма, као што су оне изражене у двадесет пет тачака програма нацистичке партије

[428] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 132.

[429] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 99.

[430] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 10.

објављеног 1920.године или у политичким поставкама изнетим у књизи *Main Kampf* у каснијим годинама. Суд мора испитати да ли је постајао конкретан план за вођење рата и утврдити учеснике у том конкретном плану[431]". Можемо рећи да Међународни војни суд поставља алтернативно основ одговорности за заверу и планирање, омогућавајући примену одговорности у односу на различите оптужене. Међународни војни суд закључује: „Није од битне важности испитати да ли је једна посебна завера, у обиму и времену изнетом у Оптужници несумњиво доказана. Изван сваке сумње, утврђено је непрестано планирање, са агресорским ратом као циљем[432]".

Овакво закључивање омогућило је суду да поједине оптужене нпр. Хеса или Кајтела огласе одговорним на основу чињенице да су потписивали документа која се односе на агресију. Очигледно је да је Међународни војни суд успоставио релативно невидљиву границу између завере и припремања и планирања, што и данас представља предмет критика[433]. Овим критикама се придружујемо из разлога што сваком планирању, посебно агресије или агресивног рата, претходи постојање завере у којој може учествовати и мањи број људи у односу на акте планирања и припремања. У том смислу ближи смо закључку који даје Међународни војни суд за Далеки Исток: „Завера да се започне рат, агресија или незаконити рат настаје када две или више особа уђу у договор да учине такав злочин. Тада у наставку развоја завере настаје планирање и припрема за такав рат[434]". Дистинкција у погледу завере и припреме и планирања завере, на трагу је значају постојања групе која је од утицаја за утврђивање одговорности.

Субјективни и објективни елеменат дела агресије најпожељније је утврдити са аспекта објекта заштите. Полазећи од одређења да је „објект заштите друштвено добро или интерес коме се пружа кривичноправна заштита од свих облика повређивања или угрожавања вршењем друштвено опасних и противправних делатности[435]", овакав полазни основ представља поуздан темељ за утврђивање објективних елемената дела агресије, које у својој свеукупности између радње дела и објекта заштите пружају одговор и на питање субјективног елемента дела агресије. Објекат заштите код овог дела представљају територијални интегритет, суверенитет и политичка независност државе субјекта међународног права. Кроз угрожавање ових објеката заштите преламају се све вредности савременог међународног друштва. Несумњиво је да је од доношења Повеље ОУН, преко Завршног акта у Хелсинкију 1975. године, све до преамбуле Римског Статута Међународног кривичног суда, вредности као што су територијални интегритет, суверенитет и политичка независност представљају опште место. Сматрамо да кроз инкриминацију дела агресије заштита ових вредности постаје несумњива.

Наведено је потврђено и Резолуцијама ОУН. Указујемо на Резолуцију Генералне скупштине ОУН број 2131 од 21. децембра 1965. године у којој се одређује: „Ниједна држава нема право да интервенише, непосредно или посредно, без обзира на разлог, у унутрашње или спољне послове било које државе. Стога се осуђује војна интервенција,

---

[431] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 108.

[432] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 109.

[433] В.Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit, стр. 201.

[434] Д. Жарић, *Индивидуална одговорност за злочин агресије*, op.cit., стр. 130.

[435] Д. Јовашевић, В. Ђурђић, *Међународно кривично право*, op.cit., 2003, стр. 54.

као и сви други облици мешања или покушаја угрожавања међународноправног субјективитета државе или њених политичких, економских и културних елемената[436]“. Наведени став је потврђен и приликом усвајања Декларације о приниципима пријатељских односа и сарадње међу државама у складу са Повељом ОУН из 1970.године: „Ниједна држава или група држава нема право да интервенише, непосредно или посредно, у унутрашње или спољне послове било које државе. Стога војна интервенција, као и сви други облици мешања или покушаја угрожавања међународноправног субјективитета државе или њених политичких, економских и културних елемената представљају повреду међународног права[437]“. Кроз прецизно наведене објекте заштите лако је приступити утврђивању субјективних и објективних елемената дела агресије.

3.3. Облици кривичне одговорности за кривично дело

Суштина агресије огледа се у деловању појединца, али не у смислу деловања појединца само за себе, већ у оквиру одређене групе која поседује могућности и средства за извршење дела имајући у виду системски карактер дела, а коме претходи заједнички план за извршење дела или радње попут припреме или планирања дела. При томе указујемо да историјско искуство јасно одређује да се одговорност за агресију може засновати на једном широком дијапазону радњи дела. Почев од предузимања радње дела агресије, као и на планирању дела агресије, тако и на предузимању других радњи. Међународни војни суд је одговорност Геринга засновао на „положајима које је заузимао, конференцијама којима је присуствовао и јавних речи које је изговарао, не може бити сумње да је Геринг представљао покретача агресорског рата, одмах за Хитлером. Он је стварао све планове и био први покретач у војној и дипломатској припреми за рат који је Немачка водила[438]“.

У односу на оптуженог Хеса индивидуална одговорност за агресију утврђена је на основу потписивања докумената о Анексији тј. Закона о присаједињењу Аустрије Немачком Рајху[439]. Код Кајтела је кривична одговорност заснована у односу на више различитих радњи као што су: присуство састанцима на којима су доношене одлуке о отпочињању агресорских ратова, потписивање наређења за напад на Чехословачку, потписивање наредбе за напад на Белгију и Холандију, потписивање наредбе за напад на СССР, као и кроз постављање представника одговорних за „Источне територије“[440]. У односу на Розенберга кривична одговорност за агресију заснована је на основу различитих радњи, пре свега, политичког карактера, као и на основу чињенице да је „сносио главну одговорност за састављање и спровођење окупационе политике у окупираним Источним

[436] М. Митић, *Агресија НАТО на Југославију – Негација међународног права*, Југословенска ревија за међународно право, Југословенско удружење за међународно право, Службени гласник, Београд, 1999, стр. 79.

[437]М. Митић, *Агресија НАТО на Југославију – Негација међународног права*, ibid., стр. 79.

[438] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 162.

[439]Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 164.

[440] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 170.

територијама[441]“. За разлику од претходно наведених, у случају Функа кривична одговорност за агресију је заснована на посредан начин. Међународни војни суд закључује: „Функ је сарађивао на привредним плановима који су претходили нападу на СССР...Функ је лично учествовао у припремама за штампање рубаља у Немачкој, пре напада које су имале служити као окупациона навчаница у СССР...Функ није био једна од водећих личности у изради нацистичких планова за вођење агресорског рата...Он је додуше, учествовао у економском припремању за поједине од агресорских ратова, нарочито ратова против Пољске и Совјетског Савеза, па се његова кривица може подвести под другу тачку оптужнице[442]“.

Интересантно је закључивање Међународног војног суда у погледу одговорности Деница за дело агресије: „..доказни поступак не утврђује да је он био учесник у завери за вођење агресорских ратова или да је припремао или започињао такве ратове... Дениц је, додуше, водио агресорски рат у оном смислу, како ову реч употребљава Статут. Подморнички рат који је почео одмах после избијања рата био је у потпуности вођен у вези са осталим гранама *Wehrmahta*...Подморничко оружје било је главни део немачке флоте, а Дениц је био њен командант...Од 1943.године Дениц је готово непрестано питан за савет од Хитлера. Доказано је да су о поморским проблемима расправљали око стодвадесет пута у току рата. Још априла 1945.године када је најзад- као што сам каже- схватио да је борба била безнадежна, Дениц је као главни командант позивао морнарицу да настави борбу. Он је 1. маја 1945.године постао поглавар државе и као такав наредио је снагама *Wehrmahta* да наставе рат на Истоку све до капитулације 9. маја 1945.године...По мишљењу суда доказано је да је Дениц активно учествовао у вођењу агресорског рата[443]“.

Све то указује да је Међународни војни суд одговорност за дело агресије заснивао најпре на основу односа са осталим учесницима, потом и путем искључиве личне одговорности лица чије радње нису имале директних веза са осталим припадницима групе. Управо се у овом односу индивидуалне кривичне одговорности и организоване групе могу наћи кључни елементи кривичне одговорности за агресију. У чињеници да постоји индивидуална кривична одговорност појединца, али и кроз директну везу са деловањем организоване групе која своју кривичноправну егзистенцију такође заснива на појединачним одговорностима чланова групе. У том смислу јасно је да појединац - обичан војник не може да буде одговоран за дело агресије. Кривична одговорност код овог дела пребачена је на ниво утврђивања индивидуалне кривичне одговорности појединца који делује на нивоу организације или групе. Зато се често агресија поистовећује са злочином вођства, па сматрамо да је кривична одговорност за агресију уско повезана са постојањем групе.

Са друге стране, јасно је да је Међународни војни суд у великој мери приближио одговорност за заверу за вођење агресорског рата, са планирањем и припремањем агресорског рата. О наведеном сведоче изнети примери који указују да је и само учешће у планирању одређених радњи, које чак нису од суштинског значаја за остваривање радње дела агресије били довољан основ за утврђивање кривичне одговорности.

---

[441]Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 176.

[442] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 188.

[443] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 194.

Агресија се често повезује са одговорношћу државе, полазећи до става да иза сваке агресије стоји једна државна политика, као и учешће државних органа и других структура који омогућавају вршење агресије. И сумарни преглед историјског развоја појма агресија јасно указује на чињеницу да је појам државе неодвојиво везан за дело агресије. О наведеном сведоче дефиниција агресије из 1974.године и Амандман из Кампале из 2010.године.

И Међународни суд правде је на становишту индивидуалне кривичне одговорности за агресију. У предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, Међународни суд правде позивајући се на коментар Комисије за међународно право на члан 58. Нацрта Кодификације о одговорности држва за међународне противправне акте, истиче: „Када су злочини противни међународном праву учињени од стране државника једне државе, то ће најчешће бити случај да је држава одговорна за дела у питању или пропуст да их спречи и казни. У одређеним случајевима, конкретно везано за агресију, држава ће по дефиницији бити укључена. Чак и тада, питање индивидуалне одговорности за агресију је у начелу друкчије од одговорности државе. Држава није ослобођена одговорности за међународно скривљена дела да процесуира и казни државнике који су дате радње учинили[444]“.

Можемо рећи да индивидуална кривична одговорност за агресију онемогућава кривичну одговорност државе. У том смислу сматрамо да агресија у односу на државу може да успостави једну врсту политичке и облигационе одговорности, али не и кривичну одговорност држава. Амандман из Кампале у том смислу не даје одговор на питање кривичноправне природе одговорности за агресију у контексту одговорности државе. Овакав преглед неминовно нас води установљењу разлике између одговорности државе и одговорности појединца за дело агресије, те закључку да држава не може да буде одговорна за злочин агресије, већ одговорност иако скуп индивидуалних одговорности, ипак остаје на нивоу групе, као збир индивидуалних кривичних одговорности. То, не утиче на могућност и потребу приписивања аката агресије држави или организованом ентитету полазећи од индивидуалне кривичне одговорности појединаца.

3.4.Закључна разматрања

На основу прегледа историјских одређења појма агресије, укључујући и последњи чин из Кампале 2010.године, јасно је да међународно кривично право, поседује сасвим довољно елемената на основу којих би се могле утврдити карактеристике одговорности за агресију. Сама суштина инкриминације овог дела изгубила би смисао уколико би обично учествовање у агресорском рату представљало основ одговорности[445] тако да сам учинилац мора да има посебна својства у погледу могућности предузимања радње дела[446].

Агресија као појам суочена је са великим бројем дефиниција. У том смислу сматрамо да међународно кривично право још увек није окончало своје бављење

[444] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 173.

[445] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 158.

[446] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 227.

агресијом. Све наведене дефиниције које су понудиле међународне организације, као и правна теорија, јасно указују на чињеницу да се радња дела агресија не може исцрпети само у оружаном нападу. Преостало је да и носиоци кодификаторских процеса то прихвате. Историјски догађаји са којима се суочава међународно друштво, јасно намећу потребу да се радња агресије „обогати" и другим видовима деловања, тј. радњама као што су: економска агресија, пропагандна агресија и свим другим видовима угрожавања објекта заштите који дефинишемо као људска права, независност, суверенитет и територијални интегритет.

Наведена теоријска разматрања и практична примена нормативних решења јасно указују на објективне елементе дела агресије. Под објективним елементима дела у смислу дефиниције из 1974.године и Амандмана из Кампале из 2010.године подразумева се употреба оружане силе која може имати различите облике који су одређени у члану 8 бис. Амандмана из Кампале и члану 3. Резолуције Генералне скупштине ОУН број 3314. Генерална замерка оваквим решењима јесте чињеница да је агресија одређена као употреба оружане силе, онемогућавајући или удаљавајући агресију од других активности и радњи које имају исти циљ или исте последице по објекат заштите код овог кривичног дела. Оваква ограничавајућа дефинисања агресије не само да нису у складу са искуственим посматрањем међународних конфликата (у којима се циљеви оружане агресије не морају нужно остваривати употребом оружане силе, већ и употребом „индиректне агресије"), онемогућавају примену овог дела на велики дијапазон радњи којима се остварују циљеви агресије по објекат заштите.

Мали, али недовољан искорак видимо у ставу 1. члана 8 бис. Амандмана из Кампале који кроз одговорност лица које је у позицији да наређује, уводи и „усмеравање политичких акција" (поред војних акција), као и задржано решење из 1974.године, које као радњу агресије третира и „остајање снага на територији државе пријема", те „стављање на располагање територије". Ово решење заслужује похвалу јер представља увођење на мала врата и других радњи, ван радњи оружаних акција, и то на нивоу координације политичких акција које немају оружани карактер, као и кроз радње нечињења, посебно у виду „стављања на располагање територије" са које се предузима агресија, с тим што сама агресија (став 6. члана 8 бис. Амандмана из Кампале) није везана искључиво за оружане акције.

Полазећи од карактеристика међународних кривичних дела у ужем смислу, агресија се по својим каректеристикама значајно разликује од других дела. Ту, пре свега, имамо у виду чињеницу да се дело агресија, по правилу, предузима као део свеукупне политике зарад остваривања заједничког циља иза кога по правилу стоји држава или други организовани ентитет нпр. војни савез. Из ове посебности проистичу специфичности које се односе на одговорност за агресију, имајући у виду да једну од карактеристика агресиеа представља чињеница да се често означава као „злочин вођства[447]".

Један од проблема утврђивања одговорности за агресију видимо и у чињеници да је Повеља ОУН (чл. 1, 24 и 39.) питање бављења агресијом пребацила у искључиву надлежност Савета безбедности као једном ипак политичком телу. О томе сведочи и чињеница да су ОУН свега у два случаја поједине догађаје назвале агресијом и то напад

[447] В.Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр.194.

Северне Кореје на Јужну Кореју и каснију кинеску интервенцију[448]. Овоме додајемо и чињеницу да је Савет безбедности Резолуцијом број 573 од 4. октобра 1985.године и Резолуцијом број 577 од 6. децембра 1985.године, као дела „агресије“ окарактерисао „неке нападе“ које су извршили Јужна Африка и Израел. Други проблем огледа се у чињеници да се одговорност за агресију и даље утврђује у „парничном поступку“ пред Међународним судом правде на захтев једне од страна. У том смислу и Статут Међународног кривичног суда не представља изузетак, имајући у виду преовлађујући значај и улогу Савета безбедности.

Све наведено указује на величину проблема утврђивања одговорности за агресију на данашњем степену развоја међународног кривичног права. У том смислу сматрамо да тек останком агресије на нивоу индивидуалне кривичне одговорности, уз претходну ратификацију Амандмана из Кампале из 2010.године, омогућила би се адекватна реакција на дело агресије. Међутим, друга страна „медаље“ одсликава се у одредбама Статута Међународног кривичног суда који може бити условљен поступањем Савета безбедности. У том смислу тешко је замислити конфликт између Савета безбедности и Међународног кривичног суда[449] имајући у виду да се ради ипак о „неравноправним суверенима“.

Посебан изазов за даљи развој појма агресије на конкретан случај, представља политика „хуманитарних интервенција“. Овај изум постхладноратовског периода прети да у великој мери компромитује све напоре који су усмерени, не само ка инкриминацији дела агресије, већ и ка очувању темељних вредности међународног друштва. У том смислу, имајући у виду деловање Савета безбедности, који се у више наврата поставио као својеврстан конвалидатор „хуманитарних интервенција“ (о чему сведоче Резолуција Савета безбедности број 1244 од 10. јуна 1999.године, Резолуција Савета безбедности од 17. марта 2011.године, Резолуција Савета безбедности од 09.новембра 2002.године) које не само да су предузете противно Повељи ОУН, већ и без сагласности Савета безбедности. Очекивања да Савет безбедности буде ослона тачка у иницирању кривичних поступака за утврђивање одговорности за дело агресије не пружају основ за било какав оптимизам.

Кривична одговорност за дело агресије се заснива на индивидуалној кривичној одговорности. Међутим, овакав закључак не пружа довољан основ за сагледавање простора у коме се креће кривична одговорност код овог дела. Још један услов који истичемо у прилог успостављања кривичне одговорности за ово дело огледа се у чињеници да се кривична одговорност појединца креће у оквиру организоване групе, па се овај вид кривичне одговорности може тражити само у оквиру групе, али не и ван ње. У том смислу само утврђење кривичне одговорности појединца која се посматра ван групе, не даје одговор на питање кривичне одговорности за агресију. Једино у оквиру групе кроз плурализам учиниоца и системски организовано деловање групе можемо доћи до утврђивања одговорних и установљења кривичне одговорности за ово дело. При томе, разматрајући ово питање не треба поистовећивати овај вид одговорности са одговорношћу по основу заједничког злочиначког подухвата или уопште криминалног удруживања. Агресија подразумева предузимање конкретних радњи системског карактера, док се криминално удруживање може засновати и на простој чињеници удруживања за вршење дела без предузимања конкретних радњи дела.

[448] М.Волзнер, *Морал и прљаве руке, Филозофија, политка и рат*, op.cit., стр. 127.

[449] Д. Жарић, *Индивидуална одговорност за злочин агресије*, op.cit., стр. 38.

Облик виности код дела агресије заслужује посебну пажњу. Статут Међународног кривичног суда јаснији је у одређењу намере у односу на дело геноцида, па и злочин против човечности. У том смислу се указује на члан 30. Статута Међународног кривичног суда. Са друге стране, ни у Статуту, као ни Амандману из Кампале из 2010.године питање намере није прецизно одређено, упоређујући га са начином одређења агресије у односу на геноцид или злочин против човечности. Имајући у виду комплексност дела агресије, требало би размислити о увођењу посебне намере код дела агресије. Ово има своје оправдање управо кроз чињеницу да свест учиниоца у конкретном случају мора да обухвати не само објективне елементе дела који су карактеристични по масовности и систематичности радњи, већ и свест о радњама које се предузимају у виду планирања или учешћа у заједничком плану, свест о циљевима агресије и свест о радњама које проистичу из саме радње дела.

Следећи сегмент намере представља свест о плурализму учинилаца, тј. свест да појединац-оптужени делује као део једне групе у оквиру које свако има своје подељене улоге у односу на радње дела агресије, а иза чијих активности стоје по правилу организовани ентитети, тако да се и поступци држаних органа јављају као збир организованих људских радњи. Тек на другом нивоу јесте однос свести према противправности дела и друштвеној опасности. У том смислу наш предлог односи се на један вид подизања нивоа умишљаја код кривичног дела агресије на ниво посебне намере. Сматрамо да посебна намера неће отежати утврђивање кривичне одговорности. Штавише, полазећи од одређења радњи извршења дела, које су доста широко постављене, наравно не и довољно широко, посебна намера у односу на овако широко постављен дијапазон радњи (бомбардовање територије, блокада лука, напад оружаних снага, стављање на располагање територије другим државама, упућивање банди и оружаних група), заједно са свешћу о противправном предузимању радњи, представљаће предмет релативно лаког доказивања, посебно имајући у виду тежину доказивања специјалне намере код дела геноцида.

4. ЗЛОЧИН ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ

4.1. Појам кривичног дела

Кривично дело злочин против човечности основ своје егзистенције заснива на начелима хуманости и човечности. Ова карактеристика чини га најстаријим нормираним међународним кривичним делом иза којег су уследила сва остала одређења међународних кривичних дела. Не треба занемарити да је геноцид на Нирнбершком суђењу третиран као подврста злочина против човечности. У том смислу злочин против човечности прешао је дуг пут, од нивоа концепта, потом начела, све до конкретизовања радњи кривичног дела, тако да ово дело одликује најпотпунији каталог радњи дела. Уједно злочин против човечности на почетку свог нормативног уређења у виду суђења пред Међународним војним судом у Нирнбергу представљао је поље суочавања између позитивистичког схватања права и природноправног схватања. Победу је однело природноправно схватање кроз одлуку суда на приговор легитимитета оптужнице у делу злочин против човечности, да свој легимитет овог дело црпи из неотуђивих, ванвремених права која спадају у корпус природних права. Истовремено, управо, је ово дело било предмет честих свођатања између

међународног јавног права и међународног кривичног права, будући да су обе гране права тражиле и налазиле разлоге за бављење овим делом. На почетку злочин против човечности преставља концепт[450] који обухвата широк дијапазон крећући се од принципа хуманости, човечности и захтева јавне савести, који воде порекло још од хуманитарних конвенција XIX века, до заштите учесника у оружаним суковима. Тек са Статутом Међународног војног суда у Нирнбергу, концепт прераста у кривично дело.

Сам термин „злочин против човечности“ први пут је употребљен у преамбули Хашке конвенције из 1907. године. Приликом кодификације обичајног права током оружаног сукоба усвојена је Де Мартенсова клаузула која гласи: „У очекивању да се усвоји један потпунији кодекс закона рата, високе уговорне стране сматрају корисним да утврде да у случајевима који нису обухваћени правилима од њих усвојених, становништво и борци остају под заштитом и на њих ће се примењивати начела међународног права која произилазе из обичаја установљених између цивилизованих народа, закона човечности и захтева јавне савести“. Касније, након окончања Првог светског рата Комисија за испитивање ратних злочина (коју су основале земље победнице) је утврдила да су немачке и турске власти током рата починиле злочине против „закона човечности“. До тада је овај термин коришћен на уопштени начин у смислу „закона човечности“ како се истиче у преамбули Прве Хашке конвенције. Током 1915.године владе Француске, Британије и Русије су у заједничкој декларацији изјавиле: „Имајући у виду нове злочине Турске против човечанства и цивилизације, Савезничке владе јавно објављују Високој порти да ће се сматрати лично одговорном за злочине чланова Отоманске владе и они њихови агенти који су повезани са масакрима[451]“.

Током Другог светског рада на Московској конференцији донета је „Декларација о зверствима“ у којој се на самом почетку истиче запажање које у својој основи представља зачетке дефинисања дела „злочин против човечности“. Тако се истиче да су: „Уједињено краљевство, Сједињене државе и Совјетски Савез примили из многих извора доказе о зверствима, покољима и хладнокрвним масовним погубљењима која се врше од стране хитлеровских снага у многим земљама од њих прегажених из којих се сада оне постојано истерују![452]“. Слична уопштена формулација садржана је и у Лондонском споразуму.

Међутим, тек након окончања Другог светског рата дата је дефиниција дела „злочин против човечности“. То је учињено Споразумом о гоњењу и кажњавању главних ратних злочинаца Осовине и Повељом Међународног војног суда са седиштем у Нирнбергу. Чланом 6 (Ц) је утврђено: „Злочини против човечности јесу: убиство, истребљивање, поробљавање, депортовање и друго нехумано поступање према цивилима пре и за време рата; прогон на политичкој, расној или верској основи почињен у извршењу неких злочина или у вези са било којим злочином у оквиру надлежности Суда, без обзира на то да ли су таква дела кажњива по закону земље у којој су извршена[453]“. И Закон број 10. Контролног савета за Немачку садржи дефиницију злочина против човечности с тим што је она шире одређена као: „зверства и повреде, укључујући, али не ограничавајући се

[450] Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*, op.cit., стр.208.

[451] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 76.

[452] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*,op.cit., стр. 33.

[453] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 39.

на њих, убиство, истребљење, поробљавање, депортовање, затварање, мучење, разбојништво или друга нечовечна дела извршена против било ког цивилног становништва или прогањања на политичкој, расној или верској основи, без обзира да ли тиме врше или не врше повреде домаћих закона земље где су злочини вршени[454]".

Међународни војни трибунал за Далеки Исток изоставља религијски елеменат из злочина против човечности. Злочин је одређен као: „убиство, истребљење, поробљавање, депортација и други нехумани акти почињени пре или током рата или прогањање на политичкој или расној основи у спровођењу или у вези са другим злочинима из надлежности суда, без обзира на то да ли представљају повреду унутрашњих закона државе у којој су извршени. Вође, организатори, инспиратори и саучесници који су учествовали у осмишљавању или спровођењу заједничког плана или завере за извршење иједног од наведених аката одговорни су за акте извршене од стране било које особе у смислу спровођења плана". Ни у овом Статуту нема одредби о одговорности државе, нити одредби о цивилном становништву као објекту заштите.

Комисија за међународно право ОУН је током 1950.године представила: „Начела међународног права призната Статутом и пресудом Нирнбершког суда", наводећи: „за следеће злочине кажњава се као за злочине по међународном праву:...в) злочини против човечности: убиства, истребљење, поробљавање, протеривање и друга нечовечна дела извршена против било којег цивилног становништва или прогони на политичкој, расној или верској основи где су таква дела учињена или такви прогони остварени у извршењу било којег злочина против мира или било којег ратног злочина[455]".

Комисија је 1954. године израдила нацрт „Законика злочина против мира и безбедности човечанства" у коме се злочини против човечности одређују као: „Нечовечна дела као што су: убиства, истребљења, поробљавања, протеривања или прогони извршени против било којег цивилног становништва на друштвеним, политичким, расним, верским или културним основама од стране државне власти или појединаца који делују на подстрек или са допуштењем таквих власти[456]". Нацрт Законика злочина против мира и безбедности човечанства из 1991. године одређује злочин против човечности на следећи начин: „Ко изврши или нареди извршење било које од следећих кршења људских права: убиство, мучење; установљавање или одржавање робовског положаја, принудног служења или принудног рада; прогон на друштвеној, политичкој, расној, верској или културној основи, систематски или бројно, или протеривање, или принудно пресељење становништва, биће по осуди кажњен[457]".

Дефиниције злочина против човечности налазе се и у статутима међународних кривичних судова. Статут Хашког трибунала у члану 5. злочин против човечности одређује као: „убиство, истребљење, поробљавање, депортовање, заточење, мучење, силовање, прогањање на политичкој, расној или верској основи и остали нечовечни поступци[458]". Статут Међународног кривичног суда за Руанду одређује злочине против

---

[454]Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду* ,ibid., стр. 48.

[455] Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела I део*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011, стр.10.

[456] Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела I део*, ibid., стр.11.

[457] Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела I део*, ibid., стр.14.

[458] Д.Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.211.

човечности на другачији начин у односу на Хашки трибунал: „Међународни трибунал за Руанду ће имати надлежност да гони особе одговорне за следећа дела када су извршена као део свеприсутног и систематског напада усмереног против било којег цивилног становништва на националним, политичким, ентичким, расним или верским основама: а) убиство; б) истребљење; в) поробљавање; г) протеривање; д) затварање; ђ) мучење; ж) силовање; з) прогон на политичкој, расној или верској основи и) друга нечовечна дела[459]“.

У члану 7. Статута Међународног кривичног суда дати су основни елементи „злочина против човечности“. Злочином против човечности се сматра предузимање радњи под условом да су оне предузете као део ширег или систематског напада упереног против било којег цивилног становништва. То су следеће радње: убиство, истребљење, поробљавање, депортација или присилно премештање становништва, затварање и други облици лишавања слободе који се предузимају уз кршење основних правила међународног права, мучење, силовање, сексуално ропство, присилна проституција, присилна трудноћа, присилно стерилисање и сваки други облик сексуалног злостављања овакве или сличне природе.

Радњом извршења злочина против човечности сматра се: прогањање било које групе или заједнице на политичкој, верској, расној, националној, етничкој, културној и полној основи или по другим основама који су међународним правом универзално признати као недозвољени, у вези са било којом претходно наведеном радњом или у вези са било којим кривичним делом у надлежности међународног кривичног суда; нестанак лица; апартхејд, као и други нехумани поступци сличног карактера којима се намерно проузрокују тешке патње или озбиљно угрожавање физичког или менталног здравља. Упадљиво је да Статут Међународног кривичног суда уводи апархтејд и присилно нестајање лица чиме је каталог злочина против човечности значајно обогаћен. Међутим, истинску посебност регулисања овог дела у Статуту Међународног кривичног суда видимо у члану 7. став 2. тачка А) и тачка И) Статута. Ово из разлога што је овим одредбама напад на цивилно становништво везан за постојање политичког програма државе или какве друге организације.

Упадљиво је различито одређивање овог дела у односу на постојање оружаног сукоба. Док Статут Међународног војног суда ово дело везује за период „пре или за време трајања рата“, Закон број 10. Контролног савета за Немачку и Статут Међународног кривичног суда не садрже одређење да се злочини против човечности могу учинити само у време оружаног сукоба, без обзира да ли је оружани сукоб унутрашњег или међународног карактера. Пракса Хашког трибунала стоји насупрот Статуту Хашког трибунала и закључује: „Данас је опште прихваћено правило међународног обичајног права да злочини против човечности не морају да буду везани за међународни оружани сукоб. У ствари, као што указује тужилац, међународно обичајно право не захтева нужно да постоји веза између злочина против човечности и било каквог оружаног сукоба. Тако је, постављајући захтев да злочини против човечности буду извршени у оквиру, било унутрашњег, било међународног оружаног сукоба, Савет безбедности можда дао ужу дефиницију злочина у члану 5. него што је то неопходно у складу са међународним обичајним правом.[460]“, као и „што се тиче првог услова да су кривична дела из члана 5. (злочини против човечности – прим аутора) морала бити почињена у оружаном сукобу, до сада се сматрало да услов постојања оружаног сукоба није материјални услов у овом

[459] Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела I део*, op.cit., стр.15.

[460] Одлука по интерлокуторној жалби одбране на надлежност суда у предмету Тадић, параграф 141.

смислу[461]“. Статут хибридног суда за Сиера Леоне од 16. јануара 2002.године садржи уобичајену дефиницију злочина против човечности. Упадљиво је одсуство одредби о постојању државног плана или политике.

О утицају друштвених и историјских околности на одређивање овог дела сведочи управо и чињеница да теорија људских права долази до пуног изражаја управо код овог дела. Такође још 1954.године, у Нацрту Законика злочина против мира и безбедности уводи се као основ диференцијације цивилног становништва у виду „културног“ основа. Статути Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду уводе као дело злочина против човечности и „силовање“ и „мучење“, док Статут Међународног кривичног суда злочине против човечности проширује и на „апархејд“ и „присилно нестајање физичких лица“, чиме се знатно проширује и подручје приписивања кривичне одговорности. У том смислу илустративни су напори који се могу препознати још од 1954.године који омогућавају утврђивање одговорности државне власти или у најмању руку приписивање одговорности државним властима. Сви каснији предлози злочина против човечности задржали су овај правац који води ка објективизацији кривичне одговорности.

Очигледно да је злочин против човечности током историјског развоја доживео већи број допуна и измена, као ниједно друго међународно кривично дело, нпр. геноцид који постоји у једној дефиницији како је то учињено Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Злочин против човечности био је под већим утицајем свих друштвених, историјских и политичких околности због чега се „каталог“ дела која потпадају под злочин против човечности непрекидно допуњавао. Било да се радило методом генералног одређивања дела или методом такстативне нумерације, данас злочин против човечности представља дело које је нормативно најшире одређено. Међутим, све наведене дефиниције (према Басиониј постоји укупно једанаест међународних текстова који дефинишу злочине против човечности[462]) и даље остављају много простора за суочавања и преиспитивања.

4.2.Обележја кривичног дела

На основу изнетих дефиниција може се приступити одређењу објективних и субјективних елемената злочина против човечности. Ово утврђивање субјективних и објективних елемената дела значајно је не само ради препознавања овог дела *in concreto,* већ и у циљу разликовања злочина против човечности и других кажњивих дела и одређивање прецизних правила када поједина кривична дела прерастају у злочин против човечности. Видели смо да постоји већи број текстова који дефинишу злочин против човечности. Из наведених дефиниција[463] се може закључити да „злочин против човечности“ представљају: 1) дела насиља према појединцима без обзира на њихову националност и без обзира на то да ли су дела почињена у време рата или мира и 2) та дела морају бити израз прогањања групе људи која се може идентификовати, без обзира

[461] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 682.

[462] Р. Гатман, Д. Риф, *Лексикон ратних злочина,* op.cit., стр.536.

[463] М. Ч. Басиуни, наведено према *Лексикон ратних злочина*, Р. Гатман, Д. Риф, Самиздтат, Београд, 1999, стр.536.

на састав те групе или сврху прогањања. Сматрамо да се ово одређење треба допунити суштинским обележјем овог кривичног дела, а то је да су радње као израз „ширег или систематског напада упереног против цивилног становништва“, као и да је умишљај једини облик виности. Као радње дела одређују се: убиство, истребљивање, поробљавање, депортација или присилно премештање становништва, затварање и други облици лишавања слободе, мучење, силовање, протеривање на политичкој, верској, расној и другој основи, нестанак лица, апартхејд, други нехумани поступци.

Основни објективни елеменат злочина против човечности огледа се у карактеру распрострањеног или систематског напада на објекат заштите. Сматрамо да ово одређење заслужује посебну пажњу јер управо у карактеру „систематичног напада“ или „распрострањеног“ напада налазимо есенцију овог кривичног дела. Без овог одређења саме радње дела могле би своје место да пронађу у општем криминалитету. Дакле, на првом месту присутан је напад, систематски или распрострањен и цивилно становништво. При томе, не треба занемарити чињеницу да се сегмент „распрострањеног“ напада у разним тумачењима јавља и као „свеприсутан[464]“ или шири напад. У енглеској редакцији текста одређен је као „*widespread attack*[465]“. На наведено, указујемо јер се ради о константним кагеторијама у свим фазама развоја појма злочина против човечности. Одредбе о радњама кривичних дела су, са друге стране, предмет константног сагледавања и допуна.

Наведени објективни елементи пружају довољно основа за закључак да напад код овог кривичног дела мора да има системски карактер у смислу постојања једног организованог или договореног обрасца понашања, а не као спорадичан догађај. Управо се у квалификативу распрострањеног напада или системског напада налази основна карактеристика овог дела, која га чини различитим од осталих кажњивих дела. Из категорије „распрострањеног напада“ у теорији се јављају одређења која се рефлектују и на сам начин извршења дела. Тако „шири напад треба схватити као напад против великог броја жртава на једном ширем подручју који се врши у одређеном временском периоду који траје извесно време[466]“. Указујемо да сам појам „распрострањени напад“ не одређује прецизно критеријуме на основу којих би се утврдило постојање овако одређеног напада. Без обзира што ниједан правни акт не може да предвиди разноликост коју живот носи са собом, па и врсте и начине вршења кривичних дела, сматрамо да су термини систематични и системски превише општег карактера и превише неодређени. Басиони им чак негира и правни карактер[467]. Имајући у виду да ови услови представљају *conditio sine qua non* предметног кривичног дела, сматрамо да будући кодификаторни захвати морају да изврше конкретизацију ових појмова и омогуће њихову адекватну процесну операционализацију.

Да ли се распрострањени напад односи на бројност цивилног становништва, површину територије на којој се напад предузима или број учесника у нападу. Први Допунски протокол[468] у члану 43. напад дефинише као акт насиља против противника који може да буде офанзивни, али и дефанзивни. Будући да извори права не дају одговор на ово питање, оно се мора решавати у оквиру сваког конкретног случаја. Могући проблем

[464] Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела I део*, op.cit, стр.48.

[465] www.icc-cpi.int; (приступ 05.09.2013).

[466] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 153.

[467] Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*, op.cit., стр.264.

[468] Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 16/78.

видимо што се утврђивање ових конкретних чињеница, а које су, пре свега, објективног карактера ставља у домен слободне судијске оцене. Хашки трибунал покушава да да одговор на ово питање и утврђује критеријуме на основу којих један напад добија карактер системског: „постојање политичког циља, односно плана у складу са којим се изводи напад или идеологије у ширем смислу те речи која иде за тим да се уништи, прогони или ослаби нека заједница, чињење кривичног дела широких размера против групе цивила или стално чињење међусобно повезаних нечовечних дела, припрема и коришћење јавних или приватних ресурса, било војних или других, умешаност високих политичких или војних власти у дефинисање и формулисање осмишљеног плана[469]“. Због недостатка прецизних критеријума на основу којих би се утврђивало постојања плана, политике, те систематског или распрострањеног напада наводимо закључак Хашког трибунала: „У време трајања оружаног сукоба у бившој Југославији злочин против човечности могао је бити почињен и у оним државама и подручјима на том простору у којима никаквог оружаног сукоба није било. Тако су злочини против човечности могли бити почињени у Војводини, под условима да је постојала довољна веза између сукоба који се водио у другим деловима бивше Југославије и наводних злочина у Војводини[470]“. Овакво закључивање које се своди на „довољну везу“ избацује постојање плана или потребу доказивања систематског или распрострањеног напада у односу на део територије на којој су учињена кажњива дела.

Нема сумње да овако формулисани критеријуми не одговарају бићу кривичног дела злочина против човечности. Ово из разлога што се исти готово и не баве обележјима дела, већ се напад потпуно неосновано шири и доказује путем категорија као што су: идеологија, слабљење заједнице, употреба јавних или приватних ресурса, те умешаност високих војних или политичких власти. Уз наведено, напад се карактерише и као уништавање неке заједнице, што ово одређење приближава геноциду занемарујући разлике између ова два дела.

Хашки трибунал у настојању да се напад докаже путем плана у критеријум за утврђивање напада закључује: „Тај план, међутим, не мора нужно бити изричито декларисан, нити јасно и прецизно изнешен. Он се може извести из постојања скупа чињеница: општих историјских околности и глобалног политичког оквира у који се уклапају кривична дела; успоставе и деловања на одређеној територији аутономних политичких структура, без обзира о ком нивоу власти је реч; општег садржаја политичког програма који се може извести из натписа његових аутора и њихових говора; пропаганде у медијима; формирања и организације аутономних војних структура; мобилизације оружаних снага; предузетих војних офанзива које су временски и географски координиране; веза између војне хијерархије и политичке структуре и њеног програма; промена у етничком саставу становништва; административних и других мера дискриминације (банковних ограничења, дозвола за слободан пролаз...); широких размера учињеног насиља, а нарочито из убистава и другог физичког насиља, силовања, самовољног затварања, депортација и протеривања, те уништавања имовине која није војног карактера, нарочито верских објеката[471]“.

---

[469] Пресуда Претресног већа у предмету Блашкић, параграф 203.

[470] Одлука Жалбеног већа о интерлокуторној жалби о надлежности донета у предмету Шешељ, параграф 14; Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*, op.cit., стр.225.

[471] Пресуда Претресног већа у предмету Блашкић, параграф 204.

Ово представља илустративан пример колико далеко у одсуству прецизних регула и норми може ићи закључивање о постојању објективног елемента дела које се на крају претвара у доказивање радњи путем непрепознатих, али кажњивих радњи (у наведеном цитату видљиво је да се план за вршење напада као елеменат злочина против човечности из којег исходе радње дела као што су то убистсво, силовање, самовољно затварање, депортације и сл. доказује, између осталог, и на основу убиства, силовања, самовољног затварања, депортације и сл.).

И саме радње дела као што су то убиство, мучење, силовање, протеривање, истребљење и други нељудски акти морају да имају системски карактер и као такви да буду део шире или распрострањене праксе како би се означили злочинима против човечности. У супротном, спорадичан карактер ових дела представља кршењ људских права, али још увек не и злочине против човечности. На основу наведеног извесно је да се под појмом систематски напад подразумева не једна радња, већ више пута поновљена радња која има за циљ угрожавање објекта заштите, у овом случају цивилног становништва, тако да се радње извршења јављају као вишеструка извршења. Супротно овом ставу је пракса Хашког трибунала која злочин против човечности прихвата и када се предузме једна радња уколико се уклапа у контекстуални елеменат. Хашки трибунал закључује: „Очито појединачно дело неког учиниоца предузето у контексту распрострањеног или систематског напада против цивилног становништва за собом повлачи појединачну кривичну одговорност и појединачни учинилац не мора учинити бројна кривична дела да би био одговоран. Иако је тачно да изолована, насумична дела не треба да буду укључена у дефиницију злочина против човечности, то је сврха захтева да дела буду усмерена против цивилног становништва, и стога чак и изоловано дело може да представља злочин против човечности ако је производ политичког система заснованог на терору или прогону[472]“.

Без обзира да ли се ради о распрострањеном нападу или систематском нападу, реч је о објективним чињеницама које се доказују у сваком конкретном случају, а потом се успоставља веза између конкретне радње учиниоца дела са овим објективним чињеницама. Радња појединца мора да се јави као „део напада[473]“. Међутим, остаје отворено питање када један злочин постаје злочин против човечности. Док је код ратних злочина успостављање ове везе олакшано довођењем у везу самог дела и оружаног сукоба, код злочина против човечности, услови одређивања дела као злочина против човечности нису баш најјаснији. Иако је неспорна “горња граница везе“ између конкретног дела и самог напада, до сада правна теорија, као ни судска пракса нису одредили праг постојања злочина против човечности[474]. У том смислу указујемо на теорију омогућавања[475].

Имајући у виду наведено, сматрамо да се доња граница постојања кривичног дела, односно услов означавања једног дела као злочина против човечности може да сведе, не само на постојање, већ и употребу окружења тј. околности које карактеришу постојање ширег или систематског напада. Управо је оно омогућило појединцу предузимање радње дела, уз свест да је дело извршено у оквиру ширег или систематског напада, и то као део

[472] Пресуда Претресног већа у предмету Тадић, параграф 649.

[473] G.Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit.,p.161.

[474] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 174.

[475] Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела I део*, op.cit., стр.63.

напада, као и уз свест да је дело предузето у односу на цивилно становништво као објекат заштите. У супротном, уколико само дело нема додирних веза са постојањем ширег или систематског напада, нити се може доказати веза између сазнања учиниоца и постојања ових околности чијом употребом је извршио дело, у том случају конкретна радња не би се могла означити као злочин против човечности.

Сам напад не повлачи за собом нужно и оружани напад. У смислу одредби члана 7. Статута Међународног кривичног суда акценат је на систематском карактеру напада које нужно не повлачи употребу силе, већ је акценат на нападу као систематским радњама којима се остварују радње као: убиство, истребљење, мучење, поробљавање, депортација, силовање, апартхејд итд. Посебну пажњу привлачи одређење напада које се у ставу 2. члана 7. Статута Међународног кривичног суда представља као деловање „проистекло на основу или поводом политичког програма државе или какве друге организације која је својим програмом подстрекавала да се такво дело изврши“. Увођење у појам напада деловање које је повезано са политичким програмом државе, не само да суштински отежава доказивање напада, већ проширује поље кривичне одговорности на већи број лица, и не само на лица, већ ствара претпоставке и за увођење одговорности државе и других организованих ентитета, што у међународном кривичном праву представља крајње контроверзно питање.

Међународни кривични суд за Руанду закључује: „Веће сматра да „распрострањено“ као елеменат злочина против човечности представља масовну учесталу акцију великих размера, која се спроводи колективно са високом озбиљношћу и уперено против великог броја жртава, док „систематско“ конституише организовану акцију која прати успостављени образац, заснован на заједничкој политици и који инволвира значајне приватне и јавне ресурсе. Није од суштинског значаја да политика буде усвојена у званичној форми као политика државе. Ипак, мора постојати нека форма унапред осмишљеног плана или политике[476]“, као и: „Концепт распрострањеног може се дефинисати као масован, учестао, акција великих размера која се спроводи колективно са значајном озбиљношћу, уперена према великом броју жртава. Концепт систематског може се дефинисати као детаљно припремљен уз поштовање устаљеног обрасца понашања заснованог на усвојеној политици која инволвира јавне и приватне ресурсе. Не тражи се постојање формално усвојене политике као државне политике. Ипак, мора постојати нека форма унапред осмишљеног плана или политике[477]“, те да: „напад мора садржати неки од алтернативних захтева да је распрострањен или систематски. Распрострањени напад је онај који је уперен према великом броју жртава. Систематски је онај напад који је спроведен сходно унапред конципираном плану или политтици. Оба услова имају задатак да искључе изоловане или спорадичне нехумане радње почињене из чисто личних мотива[478]“.

Насупрот овим дефиницијама сматрамо да треба суштински раздвојити појмове плана и политике (без намере детаљнијег осврта на конкректне предмете који су се водили пред Међународним кривичним судом за Руанду, стиче се утисак да су наведена тумачења вршена у очигледном сагласју са чињеничним стањем). План представља конкретну разраду вршења кривичног дела са конкретно одређеним задацима и подељеним улогама.

[476] Пресуда Претресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Мусема, параграф, 203.

[477] Пресуда Претресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Акајешу, параграф 580.

[478] Пресуда Претресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Кашијема и Рузинанда, параграф 123.

Политика као таква (чак и када се сведе на политику за извршење кривичних дела као средство да се дође до циља) не може се поистоветити са планом за извршење кривичних дела.

4.3. Објект заштите кривичног дела

У оквиру објективних елемената злочина против човечности посебну пажњу заслужује цивилно становништво као објекат заштите. Појам цивилног становништва је одређен у теорији и пракси међународног кривичног права. У том смислу указујемо на одредбе члана 50. Првог Допунског протокола уз женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба[479]. Указивање на овај квалификатив представља одређење заштићене групе код овог кривичног дела у намери да се расправи потребан *mens rea* за ово кривично дело. Уочљиво је да се у члану 6. Статута Међународног војног суда користи термин „било које цивилно становништво“, што је основу имало у намери савезника да се као објекат заштите равноправно третира и домицилно становништво.

Статут Међународног војног суда за Далеки Исток није садржао одредбе о „било ком цивилном становништву“, као и прогон на основу „расне“ или „верске“ основе. Наведено, отвара питање шта се сматра цивилним становништвом, те да ли се може прихватити теза појединих аутора[480] који сматрају да се под овај појам могу подвести и припадници оружаних снага, односно „непријатељски борци“. Аутори попут Касезеа и Шабаса сматрају да и војно особље може бити изложено злочинима против човечности[481]. Међународни кривични суд за Руанду је такође на ставу поистовећивања цивилног становништва и других лица: “Веће сматра да акт мора бити уперен против цивилног становнштва да би конституисао злочин против човечности. Припадници цивилног становништва су она лица која не узимају активно учешће у непријатељствима, укључујући и припаднике оружаних снага који су положили оружје, као и особе које су задобиле статус *hors de combat*, услед болести, рањавања, притвора или неког другог разлога[482]“.

На истом становишту је и Хашки трибунал који закључује: „Исто тако, могућност да се припадници оружаних снага сматрају жртвама злочина против човечности призната је још 1946. Године. Комисија експерата основана Резолуцијом број 780. Савета безбедности приметила је: „Чини се очигледним да се члан 5. примењује прво и пре свега на цивиле, што значи лица која нису борци. Ово, међутим, не треба да доведе до пребрзих закључака о лицима која су у неком одређеном тренутку носила оружје.“ Комисија експерата је затим навела пример заснован на ситуацији у бившој Југославији и закључила: „Глава породице која под таквим околностима покуша да заштити своју породицу са пушком у руци тиме не губи статус цивила. Можда се то исто може применити на случај када један полицајац или стражар локалне одбране учине то исто, па

[479] Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, број 16/78.

[480] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 73.

[481] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 104, Т. Фурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*, op.cit., стр. 292.

[482] Пресуда Претресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Акајешу, параграф 582.

чак и ако се удруже да би покушали да спрече катаклизму[483]", као и: „...Жалбено веће закључује да је Претресно веће у параграфима 462. и 463. првостепене пресуде погрешило у примени права када је закључило да, за сврхе члана 5. Статута, жртве кривичног дела у основу морају да буду цивили и, сходно томе, погрешно поставило додатни услов на основу члана 5. Статута.[484]"

Генерално, може се поставити питање да ли се борци могу сматрати цивилним становништвом у контексту злочина против човечности. Сматрамо да је одговор на ово питање негативан. На првом месту, неминовно је указати да је историјски развој међународног кривичног права и права оружаних сукоба, од својих почетака ишао за диференцијацијом између бораца и небораца и поштовање ових статуса поставио као приоритетни задатак. Друго, у оквиру категорије бораца такође постоји даље раслојавање на рањенике, заробљенике, болеснике. Треће, о толико потребној граници између бораца и цивилног становништва сведоче и одредбе члана 5. Четврте Женевске конвенције из 1949.године и члана 48. Првог Допунског протокола. То потврђује и Хашки трибунал[485] који не омогућава поистовећивање ових заштићених категорија. На крају указујемо да обележја бића кривичног дела ратни злочини у највећој мери покривају све радње злочина против човечности. Шта више олакшавају приступ радњама будући да су изостављени услови у виду систематског или распрострањеног деловања. Сама чињеница да ратни злочини подразумевају доказивање нексуса са оружаним сукобом је још један разлог одвојеног сагледавања „бораца".

Имајући у виду напред наведене ставове, илустративно је одређење из члана 7. Статута Међународног кривичног суда који користи термин „цивилно становништво као такво[486]". Полазећи од чињенице да је у пракси одбачен покушај да се заштићена група дефинише на негативан начин[487], као и имајући у виду да заштићену групу „као такву" чини „скуп људи који имају конкретан групни идентитет[488]", извесно је да појам „цивилно становништво" представља објективну чињеницу која не зависи од субјективних критеријума на којима се заснива појам групе код дела геноцида. У том правцу је и одређење „као такво". Полазећи од чињенице да овакво одређење сусрећемо и код појма заштићене групе код дела геноцида, сматрамо сходним да укажемо да се и код геноцида под одређењем „као такво" захтева доказивање групе „као издвојеног и засебног ентитета[489]".

У том смислу нисмо склони генерализацијама појма цивилно становништво. Извесну релативизацију представљају предлози који иду са захтевом за постојањем становништва „са предоминантним присуством цивила[490]". Једино преостаје да се

---

[483] Пресуда Претресног већа у предмету Тадић, параграф 640.

[484] Пресуда Жалбеног већа у предмету Мркшић и др., параграф 33.

[485] Пресуда Претресног већа у предмету Кунарац и др., параграф 425.

[486] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 219.

[487] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 191.

[488] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 193.

[489] Појашњење Секретаријата Генералне скупштине ОУН изнето у Резолуцији број 96(1), UN Doc. A/96(1) (1946), 11. децембар 1946.године.

[490] R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., p.193.

цивилно становништво одреди у складу са категоризацијом на коју упућују норме одредбе члана 50. Првог Допунског протокола у смислу да: „Цивил је свако лице које не припада једној од категорија лица наведених у члану 4. А(1) (2) (3) и (6) III Конвенције и у члану 43. овог Протокола. У случају сумње да ли је неко лице цивил, то лице ће се сматрати за цивила[491]“. Све ово указује да је упитно да ли се појам цивилно лице може проширивати, већ се има сматрати да овако одређен објекат заштите представља коначно одређење. Наведена пракса Хашког трибунала указује да је у оквиру овог дела могуће утврђивати нови појам цивилног становништва који се може проширивати и на друге категорије које обухватају и лица која носе или су носила оружје.

Са друге стране, пракса Међународног кривичног суда за Руанду је омогућила третирање злочина против човечности који може бити почињен „на националном, политичком, етничком, расном или религијском пољу[492]“, што свакако представља један нови поглед на заштитни објекат код овог дела. Извесно је да говорећи о објективним условима овог дела, можемо закључити да се објективне околности дела могу свести на вршење таквих дела која представљају тешко кршење људског достојанства. Реч је о догађајима који не представљају изоловане радње или ексцесе, већ се јављају као широка или систаматска пракса вршења ових дела иза којих услед величине систематичности радњи дела може да стоји и одређени организовани ентитет.

4.4.Субјективни елементи кривичног дела

Субјективни елеменат злочина против човечности огледа се у успостављању јасне и недвосмислене везе између поступања појединца и његовог сазнања да радње дела представљају део ширег или систематског напада на цивилно становништво. Дакле, ради се о умишљају као облику виности. Умишљај код овог дела огледа се у чињеници да обухвата сазнање о постојању систематског или ширег напада, затим сазнања да се ради о нападу на цивилно становништво, те да конкретна радња представља део систематског или ширег напада као део усвојеног обрасца поступања према објекту заштите.

Хашки трибунал закључује: „Жалбено веће се слаже са Тужилаштвом да ништа у члану 5. не упућује на постојање услова да злочини против човечности не смеју бити учињени из чисто личних побуда. Жалбено веће се слаже да се из речи „усмерена против било којег цивилног становништва“ у члану 5. Статута може извести закључак да дела оптуженог морају бити део обрасца распрострањених или систематских злочина против цивилног становништва и да је оптужени морао знати да се његова дела уклапају у тај образац. Међутим, у Статуту нема ничег што би захтевало постављање додатног услова да дела не смеју бити извршена из чисто личних побуда, осим у оној мери у којој је тај услов последица или потврђивање друга два поменута услова[493]“.

У погледу квалитета везе Хашки трибунал иде даље и успоставља још постојанију и чвршћу везу између општег контекста и дела, у погледу односа између свести о предузетој радњи дела и општег контекста који чини систематски и раширени напад:

[491] Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 16/78.

[492] G.Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*,op.cit., p.153.

[493] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 248.

„Одредбе члана 3. Статута Међународног суда за Руанду, односно члана 5. Међународног суда за бившу Југославију не дефинишу прецизно природу субјективног елемента злочина против човечности. Једино члан 7. Статута сталног Међународног кривичног суда предвиђа да кривична дела морају бити учињена „са знањем“ о распрострањеном или систематском нападу. Такође, у сврху овог предмета, ваља размотрити три аспекта субјективног елемента који произилазе из међународне и националне судске праксе и познавање контекста. Оптужени мора, прво, познавати општи контекст у који се уклапају његова дела и, друго, бити свестан нексуса између свог дела и тог контекста[494]“.

Члан 7. став 1. Статута садржи сазнање које је директно ослања на напад (*with the knowledge of the attack*) кумулативно са радњом дела која се третира као део распрострањеног или систематског напада. Поставља се, између осталог, и питање времена предузимања радње. Да ли се радња простире у време када су већ почели напади против цивилног становништва или је могуће да се радње предузимају и након што су започети напади као део плана. У овом сегменту ступа на дело чин сазнања. Уколико код учиниоца постоји сазнање о нападима против цивилног становништва који су у току, свака радња која у себи садржи обележја дела уз присутно сазнање, може се третирати као злочин против човечности. Следеће питање од значаја за утврђивање *mens rea* представља доказивање постојећег напада у односу на сазнање учиниоца. У овом делу сматрамо довољним сазнање да су напади вишеструки и распрострањени. Овакво сазнање омогућава учиниоцу свест о томе да се и његово појединачно дело врши у постојећем контексту распрострањених напада, као и да је на делу образац поступања према цивилном становништву без потребе да се доказује однос између сазнања учиниоца и плана или политике.

То нам омогућава да облик виности код овог дела, не само задржимо на нивоу директног умишљаја, већ да исти приближимо и посебном злочиначком умишљају *dolus specialis*, у смислу изграђеног психичког односа учиниоца према самом чину као што је напад на цивилно становништво, те широком и систематичном карактеру напада. Наведеном у прилог, јесу и бројне радње кривичних дела које се крећу од убиства, до присилног нестајања и апартхејда, у оквиру којих су укључени и појмови као што су државна политика или политички програм. Из наведених разлога виност подразумева постојање свести о распрострањеном обрасцу понашања која се предузимају према већем броју лица, на ширем подручују и то у оквиру знања о систематском и раширеном пољу предузимања радњи. У супротном, у одсуству свести у односу на наведене елементе, алтернатива је оптужба за ратне злочине, наравно под условом доказивања нексуса са оружаним сукобом. Постоје и разматрања која омогућавају одговорност за злочине против човечности путем „кажњивог нехата[495]. Са тим што исте сматрамо делом велике и нејасне доктрине заједничког злочиначког подухвата.

Још једна карактеристика злочина против човечности огледа се у постојању тј. доказивању дискриминаторске намере приликом вршења појединих радњи овог кривичног дела. У том смислу уочљива је тенденција да се дискриминаторска намера постави као обавезни елемент бића овог кривичног дела[496]. Упадљиво је да се дискриминаторски основи злочина против човечности не појављују равномерно у поступцима дефинисања овог дела. Историјски развој појма овог кривичног дела указује да је још у Статуту

[494] Пресуда Претресног већа у предмету Блашкић, параграф 245-247.

[495] А.Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 95.

[496] Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела I део*, op.cit., стр. 46.

Међународног војног суда у Нирнбергу, у члану 6. став 2. тачка Ц, дискриминаторска намера уведена у односу на дела прогона. Штавише, одредбе Статута Међународног војног суда креирају две категорије злочина против човечности. То су „убиства, истребљење, поробљавање, депортација и остала нечовечна дела“ код којих није присутна дискриминаторска намера, те „прогањање на политичкој, расној или верској основи[497]“. Исто се наводи у члану 5. тачка Ц. Статута Међународног трибунала за Далеки Исток, као и у члану 2. тачка Ц. Закона број 10. Контролног савета за Немачку.

Статут Хашког трибунала у члану 5. такође познаје дискриминаторску основу за дела прогона. На истом становишту је и члан 3. Статута Међународног кривичног суда за Руанду. Коначну одлуку о наведеном дао је и Статут Међународног кривичног суда, који у члану 7. став 1. тачка Х. у оквиру „протеривања“ такође усваја дискриминацију као основу овог дела. Интересантно је одређење у Статуту Међународног кривичног суда, у коме у ставу 2. члана 7. можемо препознати дискриминаторску намеру и у односу на „присилну трудноћу“ (радња се предузима са циљем да се утиче на промену етничког састава становништва), потом код дела прогона, с тим што дискриминаторску намеру у виду „доминације једне расне групе над другом расном групом“ примењује и у односу на апартхејд са тим што се овде дискриминаторска намера изражава у односу на појам расне групе.

Упадљива је разлика у приступу у нормирању злочина против човечности имајући у виду Статут Међународног кривичног суда, који у ставу 1. као објекат заштите одређује „цивилно становништво као такво“, да би се дела прогона изричито везала за дискриминаторску намеру. Постојање дискриминаторске намере код појединих дела у оквиру злочина против човечности ствара могућност диференцијације два облика злочина против човечности. Један који се врши предузимањем радњи на општи начин, дакле систематски или шири напад, усмерен против цивилног становништва, док се други јавља код прогона, у чијој основи лежи дискриминаторска намера, с тим што ту намеру препознајемо и код радње дела „апартхејд“. Иако је на почетку деловања Хашког трибунала дискриминаторска намера означена као обавезан елеменат злочина против човечности, Жалбено веће Хашког трибунала, није прихватило овај став ,па је закључило да се дискриминаторска намера јавља као елеменат дела само код тзв. прогонских кривичних дела[498].

И члан 7. Статута Међународног кривичног суда, као и члан 5. Статута Хашког трибунала, јасно праве разлику у погледу захтева дискриминаторске намере само код „прогонских“ кривичних дела. Оваква подела погодује становишту да се и код злочина против човечности одговорност заснива на умишљају на један генералан начин, с тим што се код појединих облика овог дела може утврдити постојање посебне намере у оквиру умишљаја који иде изнад директног умишљаја. Предузимање радњи дела у виду систематског или ширег напада против цивилног становништва, чини да је окривљени свестан да се радња предузима у виду великог броја радњи дела на систематичан начин и уз широко распрострањени образац радњи дела, да је исти усмерен против цивилног становништва и **у** „обогаћен“ дискриминаторском намером у односу на одређене групе цивилног становништва, што даје основа за размишљање о увођењу једног облика *dolus specialis*. Уколико се дискриминаторска намера препознаје и у делу апартхејда, онда и

[497] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit, стр. 40.

[498] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 273-277.

наводи о учешћу државе или организованог ентитета („а који поступци уживају подршку одређеног режима, а намењени су његовом даљем одржавању“) добијају сасвим другачију основу.

При томе поставља се питање да ли се дискриминаторска намера односи на све злочине против човечности или само на поједина дела у оквиру злочина против човечности. У пракси је било предлога да се дискриминаторска намера утврђује код свих злочина против човечности. Међутим, овакво тумачење је одбачено[499]. Тумачење циља норми Статута Међународног кривичног суда јасно указује да се дискриминаторска намера захтева само код појединих дела у оквиру злочина против човечности, док остала дела остају о широко одређеним категоријама цивилног становништва, те ширег или систематског напада. Сматрамо да дискриминаторска намера мора да буде јасно препозната и доказана у оквиру појмова систематски и распрострањени напад, те план о извршењу напада. У противном, уколико се она јави само код појединих радњи дела (прогонског карактера) од стране појединаца који предузимају радње дела са дискриминаторским побудама, онда се отвара питање постојања злочина против човечности у конкретном случају. Дискриминаторска намера код овог дела разликује се у односу на друга дела. Код овог дела дискриминаторска намера заснива се на односу према цивилном становништву као таквом, које уз то има одређене карактеристике које могу бити верске, расне, националне, етничке, културне и полног карактера.

4.5.Злочин против човечности и друга кривична дела

Имајући у виду да смо се односом између геноцида и злочина против човечности већ бавили у оквиру дела геноцида, указујемо на однос између ратних злочина и злочина против човечности. Злочини против човечности у основи су иницирани како би се решило питање преклапања ратних злочина и злочина против човечности[500]. Сам појам цивилно становништво на начин на који је одређен у члану 48. Првог Допунског протокола суштински је везан за ратне злочине. Полазећи од обележја дела уочљива је велика могућност преклапања између ова два дела која су присутна у условима предузимања радње дела у оквиру оружаног сукоба.

Разлике између ова два дела огледају се у чињеници да се злочини против човечности не везују за постојање оружаног сукоба, потом, у чињеници да злочини против човечности настају у оквиру ширег или систематског напада, док ратни злочин обухвата и појединачну радњу. Следеће битно место раздвајања огледа се у објекту заштите. Суштина инкриминације ратних злочина огледа се у заштити и пружању права на правну заштиту лица која не учествују или су престала да учествују у оружаним сукобима. Дакле, ради се о појединцу или појединцима који нису одређени као група. У том смислу група није објекат заштите код овог дела. Злочини против човечности круг заштићених лица постављају знатно шире везујући објекат за цивилно становништво „као такво“. Уосталом, код ратних злочина је видљива сврха инкриминације у смислу *ius in bello,* док злочини

[499] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, парагараф 305.

[500] R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., p. 187.

против човечности као објекат заштите имају у ширем смислу захтеве хуманости, човечности и јавне савести.

4.6. Закључна разматрања

Злочини против човечности у односу на друга међународна кривична дела у ужем смислу представљају најодређеније дело, са аспекта радњи кривичног дела, као и у односу на принципе одговорности за ова дела. Наведена карактеристика представља резултанту историјског развоја злочина против човечности, имајући у виду да ово дело представља (у смислу историјског нормирања) најстарије дело, полазећи од чињеница да покушаји дефинисања овог дела сежу још од почетка XX века, чак и раније уколико у нормама хуманитарног права које су ишле за тим да се у ратним сукобима ублаже патње цивилног становништва, налазимо претече овог дела. Дуга историја бављења овим делом омогућила је креирање једног широког каталога радњи извршења закључно са Статутом Међународног кривичног суда. Међутим, без обзира на наведено, сматрамо да нормирање злочина против човечности и данас садржи значајне недостатке, тако да се још увек не може говорити о стабилности и коначности у дефинисању појма злочина против човечности посебно са аспекта *pro futuro*.

У инкриминацији злочина против човечности препознајемо не само захтеве човечности, већ на првом месту захтеве хуманости. Иако, хуманост представља сама по себи категорију која припада етичким вредностима, па је као таква подједнако блиска и теорији људских права[501], она иако представља апстрактну категорију, има своје место и у злочинима против човечности. Са друге стране, човечност као појам у историји више је употребљаван као начин да се изрази одијум због учињених кривичних дела, него што представља довољно јасну категорију која би сама по себи представљала заштитни објекат, па се јавља као „квалитативни збир вредности које се штите злочинима против човечности[502]“. Историјски развој злочина против човечности јасно упућује да је суштина инкриминације овог дела заштита принципа хуманости и човечанства кроз заштиту цивилног становништва од свирепости и нехуманих поступака, односно како закључује Хана Арент „злочин против човечности представља злочин против статуса човека или против природе човечанства[503]“.

Полазећи од објективних елемената овог дела који се огледају у алтернативно одређеном карактеру систематског или распрострањеног напада, склони смо да у овако алтернативно одређеном облику дела, видимо недостатак у појмовном одређењу објективних елемената. Имајући у виду есенцију овог дела, као и *raison d`etre* инкриминације, сматрамо да овом делу више одговара кумулативно постављање карактера систематског и распрострањеног напада. Ово из разлога што је у пракси могуће да се систематски напад одвија и од стране појединаца, док шири напад подразумева учешће већег броја лица иза којег стоји по правилу одређени план за вршење ових дела. Наведеном у прилог, јесте и телеолошко тумачење појма напад који је у Статуту одређен

[501] Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*,op.cit., стр. 118.

[502] Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела I део*, op.cit., стр. 38.

[503] Х. Арент, *Ајхман у Јерусалиму – Извештај о баналности зла*, op.cit., стр. 241.

(члан 7. став 2. тачка а)) као „деловање које се заснива на извршењу више радњи прецизираних у ставу 1. овог члана, а које се предузимају против цивилног становништва као таквог, при чему је овакво деловање проистекло на основу или поводом политичког програма државе или какве друге организације која је својим програмом подстрекавала да се такво дело изврши. На основу наведеног, извесно је да је напад у својој суштини подједнако и распрострањен и систематичан.

Такође, указујемо да начин на који је одређено ово дело оставља могућност да се као објекат заштите представе и борци, а не само цивилно становништво. Ово, из разлога што каталог радњи уз начин њиховог вршења одступа од одређења ратних злочина у које улази категорија „бораца“. Упориште за овакав поглед налазимо у чињеници да се дела као што је прогон, не односе стриктно на цивилна лица, већ се омогућава њихова примена и на припаднике оружаних снага или ратне заробљенике[504]. Наведеном у прилог, јесте и одговарајући *mens rea* који у вези са карактеристикама систематичности или распрострањености, није примењив на ратне злочине, нити на геноцид. У том смислу, указујемо на предлоге за третирање тероризма као злочина против човечности, уколико испуне услове да су радње тероризма: 1. део распрострањене или систематичне праксе уперене против цивила и да 2. извршиоци знају да су њихова криминална дела део општег или систематског обрасца понашања[505]. Без обзира на ширину у третирању појма цивилно становништво сматрамо да приликом одређења заштићеног објекта појам цивилно становнштво треба тумачити *stricto sensu.* Овакав приступ олакшава доказивање постојања овог дела и уједно онемогућава лицитирање са објектом заштите у смислу увођења нових категорија лица која би заузела статус цивилног становништва.

Одређивање овог кривичног дела у Статуту Међународног кривичног суда омогућило је увођење деловања државе или другог организованог ентитета у његово извршење. Поставља се питање да ли се учешће државе у смислу „напада“ који је одређен као „деловање проистекло на основу или поводом политичког програма државе или какве друге организације...“ може свести на ниво услова постојања овог дела. У том смислу, сматрамо да је увођење државе у смислу носиоца планова или активности, посебно увођење категорије као што је „политички програм“ државе или организације непотребно отежало доказивање постојања овог дела. Ово одређење утиче и на појам утврђивања сазнања код учиниоца будући да омогућава да се као захтев (поред сазнања и свести о ширем и систематском нападу, цивилном становништву, постојећи образац радњи дела) утврди и сазнање учиниоца да напад проистиче из политичког програма државе или организације. Ова одредба у Статуту Међународног кривичног суда била је уједно предмет значајних полемика[506]. Разлоге оваквом приступу видимо у компромису између кривичног права и међународног права[507].

Сагласни смо са ставом да есенцију овог дела чини систематски и распрострањени карактер напада на цивилно становништво, као и чињеница да се такво деловање јавља као резултат постојања плана. Имајући у виду да сваки план не подразумева уједно и државни план, сматрамо да је потребно направити отклон од учешћа државе као елемента овог дела, остављајући то као могућност, а не као неминовност. У том смислу упитно је

[504] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.99.

[505] А. Касезе, *Међународно кривично право,* ibid., стр.147.

[506] Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву***,** op.cit., стр. 249.

[507] Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву***,** ibid., стр. 251.

становиште које у нирнбершком суђењу виде потврду тезе о суштинској одговорности државе за злочине против човечности[508]. Уосталом, уколико почетке инкриминације злочина против човечности налазимо у Статуту Међународног војног суда, јасно је да читав концепт Статута Међународног војног суда у Нирнбергу и Статута Међународног војног трибунала за Далеки Исток, па и потоње праксе, у суштини представљају велику реконструкцију државе као субјекта одговорности, имајући у виду да је одговорност Статутом Међународног војног суда у Нирнбергу ограничена на појединце и политичке организације, па у том контексту треба третирати појам плана и политике код злочина против човечности.

Указујемо на потенцијални проблем који не захтева прецизније одређење општег контекста.... али и на чињеницу да Статут Међународног кривичног суда уводи одређење „и друге нехумане радње". Овакво одређење, са једне стране, омогућава проширење каталога радњи овог дела, али са друге стране упитан је са становишта принципа законитости у смислу *nullum crimen nulla poena sine lege*, као и кроз чињеницу да отвара могућност примене аналогије коју сам Статут Међународног кривичног суда у члану 22. изричито забрањује.

Могуће је да злочине против човечности врше изоловане групе појединаца. У таквим условима је упитна могућност доказивања постојања плана државе или политичке организације. Овакво одређење које се може свести и на ниво услова постојања овог дела отвара питање да ли се злочин против човечности разматра у релацији држава (организација) – појединац - цивилно становништво или се једноставно природа злочина против човечности креће на релацији појединац-цивилно становништво. Улога државе као адресата одговорности за дела као што су држање у заточеништву, поробљавање, депортација, присилно премештање становништва, затварање и други облици лишавања слободе, протеривање, нестанак лица, апартхејд и сл. најпре је утврђена актима као што су Универзална декларација о правима човека[509], Међународни пакт о грађанским и политичким правима[510], Конвенција о спречавању и кажњавању злочина апартхејда[511], Конвенција о заштити од присилног нестајања лица[512]. Истина, овим актима није утврђен облик одговорности државе за поштовање наведених права, али одговорност државе, нити облик те одговорности није утврђен ни актима којима се врши инкриминација злочина против човечности закључно са Статутом Међународног кривичног суда.

У којој мери овакво одређење представља одступање у односу на теоријска становишта међународног кривичног права указује и Коментар на Нацрт Законика злочина против мира и безбедности човечанства из 1991.године који експлицитно прихвата могућност да и недржавни фактори могу да се јаве као учиниоци злочина против човечности. У коментару на Нацрт Комисија за међународно право истиче: "да је важно истаћи да нацрт члана не ограничава могуће учиниоце злочина против човечности само на јавне званичнике или представнике. Члан 7. Статута Међународног кривичног суда не искључује могућност да приватна лица која имају *de facto* власт или су организована у банде или групе криминалаца могу такође починити онаква систематска или масовна

[508] Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*, ibid., стр.208.

[509] В.Василијевић, *Права човека- зборник докумената*, op.cit., стр.36.

[510] В.Василијевић, *Права човека- зборник докумената*, ibid., стр.50.

[511] В.Василијевић, *Права човека- зборник докумената*, ibid., стр.96.

[512] Закон о потврђивању Међународне конвенције о заштити свих лица од присилих нестанака, Службени гласник РС- Међународни уговори, број 1/2011.

кршења људских права која су обухваћена тим чланом. У том случају би њихова дела потпадала под нацрт Кодекса[513]".

Уосталом, и пракса Хашког трибунала одступила је од оваквог широког схватања злочина против човечности прихватајући да држава не може бити носилац плана или политике, већ да то може бити и група која контролоше *de facto* одређену територију наводећи то као резултат развоја међународног права: „Мада је ово можда био случај у току Другог светског рата и отуда правна наука коју су примењивали судови када су доносили пресуде по оптужбама за злочине против човечности на основу догађаја, за које је наведено да су се догодили за време тог периода, ово више није случај...У овом погледу се право у вези са злочинима против човечности развило тако да узима у обзир снаге, које иако нису снаге легитимне владе, имају *de facto* контролу над одређеном територијом или су у могућности да се крећу слободно унутар ње[514]". Шире гледано извесно је да су креатори Статута Међународног кривичног суда наступали, како са аспекта међународног јавног права, тако и са позиција кривичног права. Из наведеног се може уочити извесно преимућство међународног јавног права у односу на кривично право.

Наглашено учешће државе у злочинима против човечности проистиче управо из недефинисаног односа између међународног кривичног права и међународног јавног права што је омогућило да злочини против човечности егзистирају и као институт међународног јавног права[515]. Одредбе о учешћу државе кроз државни програм или програм организације представљају утицај друштвених околности које владају у међународном друштву, а које карактерише изражена антиплуралистичка тенденција у нормирању међународних односа. Склони смо да укажемо да овако широко одређење злочина против човечности у домену међународног кривичног права представља плодно тло за легализацију доктрине заједнички злочиначки подухват, а шире посматрано иде руку под руку са настојањима да се политика хуманитарних интервенција легитимише позивањем на учешће државе у злочинима против човечности, на шта није имуна ни ОУН, о чему сведочи и Резолуција број 1973 од 17. марта 2011.године[516].

Само одређење ширег и систематског напада представља довољно поуздан основ за утврђивање постојања организованог деловања и постојања планова који омогућавају да се путем саучесништва обухвате и лица која нису учествовала директно у радњама дела, али која су омогућила извршење истих. Склони смо да закључимо да су услови у погледу постојања ширег и систематског напада, уз радње дела и умишљај учиниоца сасвим довољни за опредељивање постојања овог дела и диференцирање у односу на друга дела из корупса *core crimes*. Иако Статут Међународног кривичног суда остаје на принципима индивидуалне кривичне одговорности код злочина против човечности, стиче се утисак да се кроз ово дело уводе два облика одговорности: појединачна кривична одговорност и одговорност државе или другог организованог ентитета. При томе не нуди се одговор о врстама и облицима одговорности државе или другог организованог ентитета.

---

[513] Комисија за међународно право, Извештај број 226- 1991.

[514] Пресуда Претресног већа у предмету Тадић, параграф 654.

[515] Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*, op.cit.,стр. 284.

[516] Наведеном резолуцијом је ситуација у Либији описана као масовно и систематско кршење људских права, укључујући самовољно притварање, присилни нестанак, тортуру, као и постојање масовног и систематског напада на цивилно становништво које се карактерише као злочин против човечности.

Имајући у виду одређење овог кривичног дела, као и одредбе Статута Међународног кривичног суда, извесно је да је појединачна кривична одговорност, највидљивија код кривичног дела злочина против човечности, посебно имајући у виду комплексан карактер дела као што су геноцид или агресија. Обележја дела као што су систематски карактер напада или распострањеност напада, те дела као што су апартхејд или присилно премештање, присилни нестанак лица, уједно представљају путоказ да одговорне за ова дела треба тражити на високим нивоима индивидуалне одговорности. У том смислу и одређења овог дела која у ово дело уводе појмове државни план или програм организације, не може да буде основа за утврђивање одговорности државе или других организованих ентитета, већ оваква одређења, иако им дајемо статус контроверзних, представљају путоказ ка одговорним лицима виших нивоа. Управо се на овом нивоу могу приметити извесни конфликти између кривичног права и међународног јавног права. Док међународно кривично право нема разлога (нити потребе) да одступа од принципа индивидуалне кривичне одговорности, међународно јавно право у овом случају је заинтересовано да се путем кривичне одговорности појединца дође до државе као адресата одговорности.

С обзиром на подељена схватања о томе да ли поред цивилног становништва може и војно особље да се јави као заштићени објекат код овог кривичног дела, поставља се питање преимућства конститутивних појмова злочина против човечности. Шта је *ratio legis* инкриминације овог дела. Да ли је то заштита у време мира или рата од најгнуснијих радњи које се спроводе на систематски и распрострањен начин или је то заштита цивилног становништва од ових дела. И да ли у случају преимућства заштите, сама начела хуманости и човечности треба да устукну у корист заштите која је на данашњем нормативном нивоу у односу на злочин против човечности ипак ограничена. У оквиру одговорности за злочин против човечности, карактеристично је да се као извршилац јавља појединац, док се као објекат заштите јавља плурализам лица, оличен у појму цивилно становништво.

Све наведено упућује на умишљај као захтеван облик виности. На овом месту може се размотрити и карактер односа између сазнања и радње дела, при чему сазнање о постојању ширег или систематског напада, уз сазнање да се радње дела предузимају према цивилним лицима, уз присутну дискриминаторску намеру (која је нарочито изражена код прогона), на један шире примењени образац вршења дела, могу исходити и умишљај који се удаљава од евентуалног умишљаја и приближава се категорији изнад директног умишљаја коју можемо да означимо и као *dolus specialis*. Овом ставу погодују наводи о систематском нападу који се у сваком конкретном случају мора доказивати. При томе, у међународном кривичном праву не постоје одређени критеријуми на основу којих се један напад има одређивати као систематски или шири напад[517], али свакако да закључивање о постојању систематског напада подразумева свеобухватну анализу не само радњи, већ и контекста у коме су предузете радње, те бројност радњи, учешће државних или квази државних органа итд. Наведено се посебно односи на наредбодавце који учествују у креирању образаца вршења дела на једном вишем нивоу и на ширем подручју предузимања дела, посебно у условима када су радње дела предузете једино у сврху остварења државне политике или програма политичке организације. Напомињемо, да овако уже креирање умишљаја јесте примењиво на учиниоце који се налазе на вишим нивоима одлучивања.

[517] G. Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*,op.cit., p.171.

5.РАТНИ ЗЛОЧИНИ

5.1.Појам кривичног дела

Нећемо погрешити ако закључимо да ратни злочини представљају најстарија међународна кривична дела. Ова дела настала су као резултат потребе да се хуманизују правила рата и оружаних сукоба, па у том смислу ратни злочини представљају први израз деловања *ius in bello*. Из ратних злочина су проистекла сва остала међународна кривична дела у ужем смислу кроз надоградњу елемената кривичних дела, тако да су се почев од ратних злочина кроз критеријуме као што су намера, заштићене групе, радње дела, развила друга кривична дела као што су геноцид или злочин против човечности.

У том смислу ратни злочини са свим својим специфичностима представљају базично међународно кривично делу у ужем смислу. Ратни злочини на једном апстрактнијем нивоу представљају моралну категорију у рату која има за циљ да спречи најпре неморална, а потом и противправна поступања која нису оправдана војном потребом у смислу *ius in bello*. У том смислу Јован Бакић закључује: „Ратни злочин је стварно злочин ако је у питању поступак који спада у злочине или одредба „ратни“ том одређењу ништа не додаје, нити одузима у моралном смислу[518]“. Наведено указује да су се ратни злочини као кажњива дела у својој суштини развили из опште идеје права која је имала своје далекосежне последице на читаво међународно кривично право и међународно право уопште, које су потом имале своје импликације и на домицилна кривична законодавства.

О наведеном сведочи чињеница да је забрана кршења правила рата присутна још од античких времена. У том смислу готово да не постоји писани акт од универзалног значаја који није посебну пажњу поклањао хуманизовању права рата управо кроз заштиту учесника у оружаном сукобу. Даљи историјски развој људског друштва пратила је и изражена тежња ка ограничавању средстава и начина рата, те заштита одређених категорија учесника у рату. Тек један од сликовитих примера представљају Петроградска декларација о забрани употребе одређених пројектила у раду из 1868.године[519] и *Instructions for the Government of the Armies of the United Statesin the Field* из 1863.године познатији као *General Order No.100* или Либеров кодекс[520]. И каснији документи карактеристични су по томе што је приоритетни циљ стављен на заштиту учесника у оружаним сукобима, тако да се право рата суштински свело на право на заштиту и ограничења у рату. Директан израз ове тежње представљају норме хашког права из 1899. и 1907.године с тим што посебан значај придајемо Правилнику о законима и обичајима рата на копну (Прилог уз Конвенцију о законима и обичајима рата на копну) који представља први акт којим су кодификовани објекти заштите у оружаним сукобима.

---

[518] Ј. Бакић, *Ратни злочин као злочин пораза*, Зборник радова, *Јагње божје и звер из бездана: Философија рата*, уредили Јеромонах Ј. Ђулибрк, Р. М. Младеновић, Светигора, Цетиње, 1996, стр. 82.

[519] М. Старчевић, *Извори међународног хуманитарног права*, op.cit., 2002, стр.333.

[520] L.P. Rockwood, *Walknig Away from Nuremberg – Just war and the doctrine of command responsibility,* op.cit., p. 11.

Међународни војни суд у Нирнбергу управо у хашким конвенцијама из 1907.године експлицитно налази предвиђеност ратних злочина[521]. Први и Други светски рат су потребу за даљим хуманизовањем рата још више оголили. У каснијем периоду усвојени су најважнији документи уговорног типа који се односе на оружане сукобе. У том смислу указујемо на Прву Женевску конвенцију за побољшање положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату од 12. августа 1949.године[522], Другу Женевску конвенција за побољшање положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору[523], Трећу Женевску конвенција о поступању са ратним заробљеницима[524] и Четврту Женевску конвенција о заштити грађанских лица за време рата[525].

Наведене конвенције значајне су из разлога, што не само да одређују заштићене објекте у оружаним сукобима, већ и из разлога што јасно и недвосмислено прописују кривичну одговорност за кршења конвенција, односно за тешка кршења конвенција, са одређењем шта се сматра тешким кршењима конвенција. Такође, наведене конвенције утврђују обавезу процесуирања директних извршилаца, као и лица која су наредила извршење тешких повреда конвенција. Каснији развој међународног хуманитарног права, резултирао је усвајањем Првог Допунског протокола уз женевске конвенције од 12. августа 1949.године о заштити жртава међународних оружаних сукоба[526] и Другог Допунског протокола уз Женевске конвенције од 12. августа 1949.године о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба[527]. Наведени протоколи представљају даље прецизирање објеката заштите и пасивних субјеката. Протоколи су посебно значајни јер уводе нове радње које представљају тешка кршења норми женевског права, као и што указују на облик виности који се заснива на намери (члан 85. Првог Допунског протокола), те увођењу командне одговорности (чл. 86. и 87. Првог Допунског протокола).

5.2. Обележја кривичног дела

У одређивању појма и карактеристика ратних злочина посебан значај представља Статут Међународног војног суда у Нирнбергу. У члану 6. став 2. тачка б. Статут по први пут набраја дела која се третирају као ратни злочини, и то најпре на општији начин у форми „повреде ратних закона и ратних обичаја“, али и као „убиство, злостављање или одвођење на принудни рад или за који други циљ цивилног становништва окупиране територије или у окупирану територију, убиство или злостављање ратних заробљеника или лица на мору, убијање талаца, пљачкање јавне или приватне имовине, намерно

[521] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*,op.cit., стр. 134.

[522] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[523] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[524] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[525] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[526] Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 16/78.

[527] Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 16/78.

разарање градова, вароши или села или пустошење неоправдано војном потребом[528]“. Закон број 10. Контролног савета за Немачку садржи готово идентичну дефиницију ратних злочина[529]. Међународни војни трибунал за Далеки Исток је на крајње начелан начин определио ратне злочине и одредио их као кршење закона и обичаја рата.

Статут Хашког трибунала је у два своја члана одредио надлежност за дела која иако нису именована као ратни злочини представљају управо ова кривична дела. Статут Хашког трибунала их одређује као: 1) Тешке повреде Женевских конвенција од 1949.године и 2) Кршење закона и обичаја ратовања. У овим оквирима Статут Хашког трибунала проширује каталог радњи ратних злочина. Статут Међународног кривичног суда за Руанду на другачији начин утврђује надлежност за дело које означава као „злочин који се састоји у тешком кршењу члана 3. Женевских конвенција и Другог Допунског протокола из 1977.године[530]“. Статут Међународног кривичног суда за Руанду као радње ратних злочина наводи и колективно кажњавање, акт тероризма или претњу извршењем било кога од напред наведених аката, што свакако представља новину у односу на Статут Хашког трибунала. Посебан значај има увођење аката тероризма у оквире ратних злочина. Иако ово решење своју основу може да пронађе у члану 33. став 1. Четврте Женевске конвенције, тероризам као кажњиво дело у време усвајања Статута Међународног кривичног суда за Руанду још увек не улази у домен међународних кривичних дела. Ово одређење у складу је са тенденцијама да се у међународна кривична дела у ужем смислу подведе и тероризам[531].

Наравно, посебну пажњу заслужује Статут Међународног кривичног суда. Овај Статут у члану 8. нуди најпотпунији каталог радњи које се квалификују као ратни злочини. Посебно указујемо да су радње попут силовања, сексуалног насиља, сексуалног ропства, присиљавање на проституцију, присилна трудноћа по први пут прецизно одређене као радње ратних злочина. Основне карактеристике Статута Међународног кривичног суда огледају се у ставу 1. у коме се надлежност суда утврђује у погледу ратних злочина у случајевима „када су ови почињени као део плана или политике или ако је ово кривично дело почињено у великом броју случајева“.

Разлог овако збуњујућег ограничавања ратних злочина на дела која се јављају као део плана или политике треба тражити у другом делу Статута, у коме је надлежност овог Суда ограничена поступањем Савета безбедности (члан 16. Статута), као и у најављеним ставовима да ће се Суд бавити само најзначајнијим кривичним делима. Указујемо да Статут у члану 8. прави разлику у погледу одређивања радњи дела у односу на оружане сукобе који нису међународног карактера. Стојановић примећује да је у одређивању појединих радњи Статут код неких облика радње извршења кривичних дела унео и елементе умишљаја, што је изостало у оквиру члана 8. Статута[532]. Најилустративнији и уједно најзначајнији допринос овог Статута видимо у исцрпном одређивању радњи ратних злочина.

---

[528] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 39.

[529] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 48.

[530] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 233.

[531] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 148.

[532] З.Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 149.

Полазећи до става да није сваки злочин у рату ратни злочин, поставља се питање каква је природа везе између злочина и оружаног сукоба, како би се тај злочин могао окарактерисати као ратни злочин, као и начин доказивања постојања оружаног сукоба. Веза између кажњивог дела и оружаног сукоба је од суштинске важности за утврђивање постојања ратног злочина. При томе, поједине радње дела ратних злочина нису увек, нити нужно војне природе. У контексту утврђивања кривичне одговорности за ратне злочине сматрамо да није од значаја чињеница да ли се ради о унутрашњем или међународном сукобу. Такође, сматрамо да није довољно да је злочин почињен у контексту оружаног сукоба, већ је потребно да злочин (или кажњиво део) може да успостави јасну и недвосмислену везу са околностима које проистичу из оружаног сукоба, као и да се злочин ослања на оружани сукоб или на употребу оружаног сукоба, те да само кривично дело омогућава успостављање везе између радње кривичног дела и оружаног сукоба. Наведено питање заслужује пажњу јер представља и израз потребе да се направи разлика између општег криминалитета и међународних кривичних дела у ужем смислу.

Најексплицитнији је суд у Нирнбергу који јасно успоставља везу између ратних злочина и тоталног рата, и закључује да су ратни злочини били директно повезани са циљем оружаног сукоба[533]. И Хашки трибунал наглашава ову разлику: „...кршење мора бити тешко и мора представљати повреду права које штити важне вредности и та повреда мора укључити и тешке последице по жртву. Тако, на пример, чињеница да је борац присвојио векну хлеба у окупираном селу не би представљало тешко кршење међународног хуманитарног права, иако би се могло посматрати као прекршај основних принципа постављених у члану 46. став 1. хашких прописа.“

Веза између кривичног дела и оружаног сукоба мора бити успостављена као директна веза између радње кривичног дела ратни злочин и оружаног сукоба. При томе, ова веза не трпи преширока одређења. У том смислу критички однос заслужује став Хашког трибунала: „У сваком случају дела оптуженог су везана за оружани сукоб на два различита начина... С обзиром на природу оружаног сукоба као етничког рата и стратешке циљеве Републике Српске да створи чисто српску државу, дела оптуженог током оружаног преузимања и етничког чишћења муслиманских и хрватских подручја општине Приједор била су директно повезана са оружаним сукобом[534]“. Сматрамо да овај начин утврђивање везе између оружаног сукоба и деловања окривљеног није у складу са природом захтеваног нексуса. У конкретном случају веза се успоставља на нивоу деловања путем преузимања подручја са апстрактном везом са политичким циљевима једне од страна у оружаном сукобу. Ако се овоме дода чињеница да оптужени није заузимао значајне војне или политичке функције, извесно је да се веза између оружаног сукоба и радње дела мора заснивати на конкретним радњама које су инкриминисане нормама међународног кривичног права, односно радњама које се изричито одређују као тешке повреде женевских конвенција из 1949.године у складу са чланом 2. Статута Хашког трибунала. Овако широко постављена веза претвара политички оквир и контекст сукоба у самодовољну везу.

Неспорно је да се мора утврдити веза између кажњивог дела и оружаног сукоба. При томе, није нужно да се на самом месту извршења ратног злочина воде оружани

[533] Љ.Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 110.

[534] Пресуда Претресног већа у предмету Тадић, параграф 574.

сукоби. Овај елеменат се исцрпљује кроз чињеницу да је радња дела предузета у вези са оружаним сукобом, према објекту заштите који овај статус стиче управо на основу постојања оружаног сукоба који имплицира примену норми хуманитарног права. При свему томе није од значаја ни чињеница да ли је оружани сукоб у тренутку извршења дела престао. Везу са оружаним сукобом не тражимо само у односу на објекат заштите, већ и у односу према учиниоцу дела. Учинилац дела се као активан субјект појављује управо на основу чињенице да он своје деловање заснива на чињеници сопственог учешћа у оружаном сукобу (премда овај елеменат није довољан сам по себи, већ само у односу са другим елементима). У том смислу оружани сукоб представља оквир у коме се предузима радња ратних злочина и без кога би се противправно дело третирало као општи криминалитет.

Питање вредно пажње представљају случајеви вршења кажњивих дела код којих оружани сукоб има само делимични значај. То су случајеви у којима сама радња дела није нужно проистекла из оружаног сукоба, али се иста не би предузела ван објективних околности које су узроковане оружаним сукобом. Сматрамо да било каква повреда права заштићених субјеката која свој основ има у оружаном сукобу, представља довољно релевантан показатељ да кривично дело има везе са оружаним сукобом, па се исти треба третирати као ратни злочин. Ту имамо у виду радње припремања или помагања дела. У оваквим случајевима од претежног значаја је стање свести учиниоца које се огледа у чињеници да је учинилац свестан да предузима радњу дела у оквиру постојећег оружаног сукоба, те да се радња дела може одразити на опште услове који су узроковани оружаним сукобом.

Доказивање постојања оружаног сукоба представља претходно питање. Искуство указује да се оружани сукоби не одвијају уз званичну објаву рата или проглашење ратног стања. Сматрамо да се постојање оружаног сукоба доказује кроз чињенично стање у сваком конкретном случају. Као пример погрешног приступа у доказивању постојања оружаног сукоба наводимо пресуду једног домицилног суда који постојање оружаног сукоба (за потребе утврђивање постојања ратног злочина) доказује извештајем органа управе[535]. У том случају (који представља опште место теорије рата) оружани сукоб доказује се применом норми женевских и хашких конвенција које пружају сасвим довољан основ за утврђивање ове чињенице.

Илустративне су одредбе Треће и Четврте женевске конвенције које поистовећују објављени рат са сваким другим оружаним сукобом, укључујући и случај окупације целе територије „чак и ако окупација не наиђе ни на какав војни отпор“. За утврђивање постојања оружаног сукоба употребљив је и стандард који утврђује члан 3. Првог Допунског протокола уз женевске конвенције који престанак примене одређује у односу на „општи завршетак војних операција, а у случају окупираних територија, по престанку окупације“. Статут Хашког трибунала не нуди одговор на ово питање. У овом делу указујемо да је надлежност Хашког трибунала у смислу *ratione temporis* одређена почев од 01.01.1991.године, па је суд сам приступио утврђивању природе оружаног сукоба[536], с тим што је постојање оружаног сукоба у контексту ратних злочина утврђивао од случаја до случаја.

[535] Пресуда Посебног одељења Вишег суда у Београду у предмету Чеда Будисављевић и др., К-ПО2 бр. 17/2011 од 16.03.2012.године.

[536] Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, параграф 153.

Хашки трибунал закључује: „Сматра да оружани сукоб постоји свуда где се прибегло оружаној сили између држава или продуженом оружаном насиљу између власти и организованих наоружаних група или пак између таквих група унутар једне државе.“ Подручје на којем се конкретно одвијају борбе не поклапа се нужно са географском зоном на коју се примењује ратно право. Оно се примењује на читавој територији зараћених држава, односно у случају интерних оружаних сукоба, на читавој територији под контролом једне од страна, независно од тога да ли се на том месту стварно воде борбе, све до закључења мира или у случају унутрашњих сукоба, све док се не пронађе мирно решење. Дакле, кршења закона и обичаја ратовања могу се починити у време и на месту где се не воде никакве борбе. Као што је напоменуло Претресно веће између дела оптужених и оружаног сукоба може постојати тесна веза, чак и ако злочини нису почињени у време актуелних борби или на самом месту њиховог одвијања.

Да би тај услов био задовољен довољно је да су наводни злочини у тесној вези са непријатељствима која су се одвијала на другим деловима територије под контролом страна у сукобу...Стога је закључак да су кривична дела уско повезана са оружаним сукобом довољно ако се утврди, као што је овде случај, да је починилац деловао у служби оружаног сукоба или под окриљем оружаног сукоба. .....Да би се утврдило да је одређено дело у довољној мери повезано са оружаним сукобом, Претресно веће може, између осталог, узети у обзир и следеће факторе: чињеницу да је починилац злочина борац, да жртва није борац, да жртва припада супротстављеној страни, да се може сматрати да је то дело у функцији остваривања крајњег циља војног похода, те да почињење злочина произилази из службених дужности учиниоца или спада у његов оквир[537]“.

При томе, није нужно да оружани сукоби трају или се простиру на подручју на коме су извршена дела која представљају ратне злочине. Ни женевске конвенције не третирају на било који начин географске критеријуме простирања оружаних сукоба. Штавише, Трећа и Четврта женевска конвенција јасно упућују на примену на читавој територији сукобљених страна. Наведеном становишту у прилог наводимо и одредбе Другог Допунског протокола уз женевске конвенције које у погледу персоналног важења упућују да се: „Протокол примењује...на сва лица захваћена оружаним сукобом“. Дакле, и територијални и персонални критеријум одбацују могућност да се ратни злочини одређују зависно од постојања оружаног сукоба на месту извршења дела. У том смислу веза коју захтевамо јесте веза између кривичног дела и оружаног сукоба која се успоставља на вишем нивоу, а не схваћено као веза у смислу чињенице да се кажњиво дело десило услед оружаног сукоба. При томе нисмо сагласни са делом закључка који захтева да се свака радња дела доводи у везу са „функцијом остваривања крајњег циља војног похода[538]“ као крунски доказ потребне везе између дела и оружаног сукоба.

Чак и Статут Међународног кривичног суда застаје на нивоу постојања плана или политике не улазећи у дубоке и мутне воде закључивања о циљу оружаног сукоба. Ово из разлога што се *raison d` etre* ратних злочина не успоставља на нивоу циља оружаног сукоба, већ се исти налази на сасвим другој страни у начелима хуманости и заштите одређених категорија учесника у оружаном сукобу. Овако широко постављена платформа омогућила би да се свака радња доводи у везу са оружаним сукобом и тиме прераста у ратни злочин, што се одсликава на једном другом месту, познатом као одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата. Још једно питање на које указујемо

[537] Пресуда Жалбеног већа у предмету Кунарац, параграф 56-59.

[538] Пресуда Жалбеног већа у предмету Кунарац, параграф 59.

представља трајање оружаног сукоба са којим се успоставља веза. Довољно јасан путоказ представља Први Допунски протокол уз женевске конвенције од 12. августа 1949.године, који у члану 3. одређује крај примене Конвенције до „општег завршетка војних операција, а у случају окупираних територија, по престанку окупације, изузев, у оба случаја, за категорије лица чије коначно ослобођење, репатријација или настањење наступи касније.

На ова лица ће се и даље примењивати одговарајуће одредбе Конвенције и овог Протокола све до потпуног ослобођења, репатријације или настањења[539]“. То указује да се веза са оружаним сукобом не исцрпљује са простим престанком оружаних дејстава, већ се за одређене категорије заштићених лица простире и на мирнодопске услове као што је репатријација или настањење. Посебно проблематично је становиште о окончању окупације, имајући у виду историјско искуство које готово да не познаје усаглашени став сукобљених страна о постојању окупације. Овакво одређење захтева од суда закључивање о природи оружаног сукоба, као и утврђивање кривца за оружани сукоб, што представља за сваки суд веома осетљиво питање.

У српском кривичном законодавству инкриминација ратних злочина прешла је дуг пут док није добила обрисе једне заокружене целине. Кнежевина Србија је још 1876.године ратификовала Женевску конвенцију о побољшању судбине војних рањеника у војскама у рату из 1864.године[540]. Касније током 1877. године Кнежевина Србија је усвојила ратна правила по међународном праву[541]. Већ у Уредби о војним судовима из 1944.године кривична дела ратних злочина стављају се у надлежност војних судова. Законом о кривичним делима против народа и државе из 1945.године утврђују се ратни злочини против цивилног становништва и ратних заробљеника.

Кривичним закоником из 1951.године ратни злочини добијају нове обрисе. У периоду од 1945 - 1949.године за дела ратних злочина осуђена су 1.392 немачка заробљеника[542]. Свакако најилустративнији је предмет Александар Лер и др. Оптужени су осуђени: “Што су као наредбодавци и подстрекачи починили кривична дела масовног убијања цивилног становништва, жена и деце, паљења и уништавања цивилних насеља, интернирања, мучења, силовања, убијања заробљеника и рањеника, масовне пљачке, прописивања колективних казни, поглавито масовних стрељања путем одмазде, предвиђена у члану 3. тачка 3. Закона о кривичним делима против народа и државе, па их је суд, обзиром на члан 4. истог Закона осудио[543]“.

Позитивно српско кривично закнодавство ратне злочине инкриминише у Кривичном законику кроз више дела[544]. То су: ратни злочин против цивилног становништва (члан 372.), ратни злочин против рањеника и болесника (члан 373.), ратни злочин против ратних заробљеника (члан 374.), организовање и подстицање на извршење геноцида и ратних злочина (члан 375.), употреба недозвољених средстава борбе (члан 376.), противправно убијање и рањавање непријатеља (члан 378.), противправно

---

[539] Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, број 16/78.

[540] Ј.Ђ. Лопичић-Јанчић, *Статус рањеника и болесника у међународном и кривичном праву*, Музеј Жртава геноцида, Београд, 2012, стр. 27.

[541] Ј.Ђ. Лопичић-Јанчић, *Статус рањеника и болесника у међународном и кривичном праву*, ibid., стр.29.

[542] Ј. Ђ. Лопичић-Јанчић, *Ратни злочини против ратних заробљеника –судска пракса*, Ваша књига, Београд, 2005, стр. 16.

[543] Ј. Ђ. Лопичић-Јанчић, *Ратни злочини против ратних заробљеника –судска пракса*, ibid., стр.19.

[544] Службени гласник РС, број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009.

одузимање ствари од убијених (члан 379.), повреда парламентара (члан 380.), сурово поступање са рањеницима болесницима и ратним заробљеницима (члан 381.), неоправдано одлагање репатријације ратних заробљеника (члан 382.) и уништавање културних добара (члан 383.).

Разлике између ових дела огледају се у односу на објекат заштите који је послужио као основ за раздвајање ратних злочина у више дела. На овом месту видљива је прва разлика између решења из Кривичног законика и Статута Међународног кривичног суда[545]. Класификација ових дела извршена је према објекту заштите, полазећи од цивилног становништва (ратни злочин против цивилног становништва), до других категорија небораца (ратни злочин против рањеника и болесника, ратни злочин против ратних заробљеника), као и у односу на човечност (организовање и подстицање на извршење геноцида и ратних злочина), те међународно право (употреба недозвољених средстава борбе, неоправдано одлагање репатријације ратих заробљеника, уништавање културних добара). У погледу виности, уочљиво је да се одговорност за ова дела заснива на умишљају[546]. Међутим, Кривични законик чини одређено разликовање унутар умишљаја код појединих ратних злочина у смислу да је омогућена примена и директног умишљаја[547] и евентуалног умишљаја, а у појединим , као што је то став 2. члана 376. Кривичног законика (смрт више лица изазвано употребом недозвољених средстава борбе) и нехат[548].

Генералан преглед радњи дела ратних злочина у српском кривичном законодавству углавном одговара одређењима која се налазе и у Статуту Међународног кривичног суда. Међутим, постоје и значајне разлике. Тако српски законодавац проширује услов у погледу постојања окупације, поред услова постојања оружаног сукоба (међународног или немеђународног карактера). Даље Кривични законик не прави разлику између учиниоца који издаје наређење и непосредног учиниоца дела. Још једна разлика огледа се у чињеници да Статут Међународног кривчног суда ратне злочине везује за постојање „плана или политике“. Уместо тога, српски законодавац даје примереније решење кроз члан 375. којим се кажњава организовање и подстицање на извршење геноцида и ратних злочина. Овакво решење омогућава кажњавање учиниоца ових дела на вишем нивоу који су предузимањем радњи организовања и подстицања учествовали у извршењу дела. За разлику од овог становишта, Статут Међународног кривичног суда биће суочен са великим тешкоћама у погледу интерпретације и тумачења члана 25. Статута.

Законик Србије познаје посебно решење у члану 376. Кривичног законика - употреба недозвољених средстава борбе. У том смислу се указује на чињеницу да сами међународноправни акти нису у потпуности регулисали нити санкционисали ову материју, нити постоје потпуно универзално прихваћена решења која би идентификовала и санкционисала употребу ових средстава. На овај проблем није имун ни Статут Међународног кривичног суда. У таквим околностима правила међународног права као конститутивни елемент овог дела завршавају се на Де Мартенсовој клаузули, међународним обичајима или на захтевима човечности и јавне савести. Поред наведеног значајан облик овог дела представља и став 3. овог члана који инкриминише и позивање

[545] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 128.

[546] Д. Јовашевић, В.Ђурђић, *Кривично право, Посебни део*, НОМОС, Београд, 2006, стр. 325.

[547] Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног Законика Републике Србије* , op.cit., стр.929.

[548] З.Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 137.

на употребу или припрема за употребу оружја које се сврстава у недозвољена средства борбе.

Још један потенцијални проблем огледа се у чињеници да српски Кривични законик у оквиру дела ратни злочин против цивилног становништва у оквиру радње дела присиљавање на службу у оружаним формацијама као пасивни субјект третира лица млађа од осамнаест година, док Статут Међународног кривичног суда у члан 8. став 2. тачка Ф. код ове радње дела узраст пасивног субјекта ограничава на „децу испод петнаест година старости“. Премда нам се решење из српског Кривичног законика чини бољим јер представља потпуно адекватан приступ у заштити малолетника као пасивних субјеката, у практичној примени овог члана видљива су ограничења која проистичу из Устава Републике Србије која преимућство у конкретном случају дају Статуту Међународног кривичног суда (члан 16. Устава Републике Србије).

Извесно је да материја ратних злочина у српском кривчном закодонавству садржи решења која сматрамо квалитетнијим у односу на Статут Међународног кривичног суда. Међутим, питање је да ли је (у условима када је Статут Међународног кривичног суда ратификован) могућа паралелна егзистенција два акта који на различит начин уређују материју ратних злочина. У том смислу српском кривичном законодавству предстоји усклађивање са одредбама Статута Међународног кривичног суда.

5.3.Објективни елементи кривичног дела

Радње извршења ратних злочина могу се класификовати у три групе. На првом месту то су озбиљна кршења женевских конвенција од 12. августа 1949.године, потом друге озбиљне повреде закона и ратних обичаја који се примењују у међународном оружаном сукобу, озбиљна кршења члана 3. заједничког за четири женевске конвенције од 12. августа 1949.године и у случајевима оружаног сукоба који није међународног карактера. Још један основ за класификацију представљају радње које су усмерене за заштићена лица, односно против лица која не учествују или више не учествују у оружаним непријатељствима, радње усмерене за забрањене циљеве и радње усмерене на имовину, те забрањена средства и методе ратовања, те радње које се чине непрописним коришћењем заштитних знакова и амблема.

Каталог радњи ратних злочина који је последњи пут употпуњен усвајањем Статута Међународног кривичног суда јасно указује да се објективни елементи дела, иако прописани, не могу једноставно исцрпљивати у постојећим нормативним оквирима. Илустративан пример представљају женевске конвенције из 1949.године и Први Допунски протокол из 1977.године који остају на стандарду „тешка кршења“. Са друге стране, овакав став чини нас изложеним приговору *nullum crimen nulla poena sine lege.* На данашњем развоју међународног кривичног права у погледу одређивања објективних елемената дела, Статут Међународног кривичног суда и међународно обичајно право, налазе се у латентном сукобу.

Полазимо од става да није могуће да се у оквиру једног акта, макар он био и Статут Међународног кривичног суда, исцрпе објективни елементи ратног злочина. Разлоге томе налазимо у трансформацији рата, технолошком напретку, самоограничењима Статута

Међународног кривичног суда, немогућности искључивања политичких и других ванправних момената у процесу кодификације или ревизије Статута, као и у несавршености права уосталом. У том смислу, међународно кривично право нема потребу да се исцрпљује у сталним напорима ка увођењу нових објективних елемената ратних злочина, са неизвесним исходом крајње кодификације и ратификације. Имајући у виду да ратни злочини представљају базично међународно кривично дело, довољан стандард доказивања објективног елемента дела представљају сва тешка кршења постојећих норми међународног хуманитарног права. Уосталом и сам Статут Међународног кривичног суда путем члана 8. став 2. тачка Б и Е. врши упућивање на међународно право.

5.4. Субјективни елементи кривичног дела

Суђење у Нирнбергу успоставило је стандард одговорности по основу директног умишљаја за ратне злочине[549]. У члану 130. Треће женевске конвенције из 1949.године опредељење је ка „намерном убиству, мучењу и нечовечном поступању, подразумевајући ту и биолошке експерименте“, као и „намерно проузроковање великих патњи“. Члан 85. став 3. Првог Допунског протокола уз женевске конвенције из 1977.године такође одређује поступање као „намерно“ у извршењу напада на цивилно становништво или предузимање напада без избора циљева. Директан умишљај посебно проистиче из става д) истог члана у коме се поред намере захтева и сазнање учиниоца у смислу „узимање за предмет напада лица са знањем да је оно онеспособљено за борбу“. И каснији каталог радњи у оквиру тешких кршења заснива се на намери. Имајући у виду ескплицитан карактер ових чланова сматрамо да се одговорност у наведеним случајевима заснива, како на намери, тако и на знању, што упућује на директан умишљај.

Полазећи од Статута Међународног кривичног суда извесно је да ратни злочин представља умишљајне злочине. О наведеном сведочи, како каталог радњи дела из члана 8. Статута, тако и одредбе члана 30. Статута. Појачани закључак о умишљају доприноси и одређење из става 1. члана 8. Статута да се ратни злочини предузимају као део плана или политике. Ово одређење у складу је са захтевом из члана 30. у коме се захтева свест о последици предузете радње и спознаје свих посебних обележја кривичног дела. Неисцрпан број радњи извршења ратних злочина омогућио је и релативизацију умишљаја као захтеваног облика виности. На наведено упућује пракса Хашког трибунала који заједнички злочиначки подухват као облик кривичне одговорности омогућава кроз примену и тзв. трећег облика (који се заснива на нехату) и одговорности по основу умишљаја.

Указујемо и на закључак Хашког трибунала: „У вези са *mens rea* потребном за уништавање или пустошење имовине према члану 3 (д), пракса овог Међународног суда је доследна утолико што наводи да *mens rea* која се тражи јесте постојање умишљаја (*dolus directus*). Претресно већа сматра да, пошто верске установе уживају барем минимум заштите прописан за цивилне објекте, *mens rea* потребна за ово кривично дело треба да буде истоветна оној која је потребна за разарање или пустошење имовине из члана 3 (б).

[549] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 160-226.

Стога је мишљење Претресног већа да уништавање или хотимично наношење штете установама намењеним религији треба да буде извршено, било намерно са знањем и хтењем у погледу забрањене последице, било из безобзирног занемаривања знатне могућности да ће они бити уништени или оштећени[550]".

Овај закључак не само да одступа од директног умишљаја, већ уводи и евентуални умишљај који се услед недостатка у одређивању можемо рећи да се приближава и нехату. Наведено указује да су стандарди у погледу виности које је успоставио Статут Међународног кривичног суда знатно строжији од оних на којима је заснована пракса Хашког трибунала. У погледу утврђивања кривичне одговорности за ово дело, сматрамо да код оптуженог мора да постоји свест о радњи дела, као и свест о пасивном субјекту као заштићеној категорији у оружаним сукобима, али и о томе да се радња дела предузима у вези са оружаним сукобом, односно да је радња дела на било који начин у функцији оружаног сукоба. При томе веза између радње дела и самог оружаног сукоба не мора да прати и свест о томе да ли се ради о унутрашњем или међународном сукобу, као и да ли су на месту извршења дела у току оружани сукоби. Овакав приступ искључује заснивање кривичне одговорност за ратне злочине из нехата и задржава их на нивоу директног умишљаја и, као изузетком, на нивоу евентуалног умишљаја.

5.5.Закључна разматрања

Наведени прикази јасно указују на значај ратних злочина као међународног кривичног дела које је исходило друга међународна кривична дела као што су геноцид или злочин против човечности. У односу на геноцид, агресију или злочин против човечности, ратни злочин се јавља као најнеполитичније дело, које у знатној мери олакшава доказивање кривичне одговорности. Код овог дела нагласак је на самом злочину, док веза која се утврђује са оружаним сукобом представља успостављање оквира у коме се врши дело, док у моралном смислу не утиче на сам злочин. На данашњем степену развоја међународног кривичног права, ипак ратни злочини не представљају заокружену целину која не пружа поводе за полемичка разматрања.

У том смислу као недостатак постојећег нивоа уређења овог кривичног дела, сматрамо раздвојеност појединих категорија заштићених лица. Ту имамо у виду чињеницу да се под ратним злочинима не сматрају злочини који су извршени према категоријама заштићених лица која не припадају супарничког страни у односу на учиниоце дела. Сматрамо да ратни злочини могу постојати и у односу на припаднике сопствених заштићених група лица (бораца и небораца). У том смислу исти квалитет везе између злочина и оружаног сукоба може се успоставити не прелазећи том приликом границу између ратних злочина и општег криминалитета.

Уколико је један од основних циљева хашких и женевских конвенција онемогућавање прављења разлика између бораца и небораца, те ратних заробљеника или болесника као објеката заштите, у духу развоја хуманитарног права јесте и одсуство било какве дискриминације и у погледу припадности цивилног становништва једној од сукобљених страна. Надовезујемо се на закључак Хашког трибунала и дајемо му шири

[550] Пресуда Претресног већа у предмету Брђанин, параграф 599.

значај: „Због чега штитити цивиле од насиља зарађених страна или забранити силовање, мучење или безобзирно рушење болница, цркава, музеја или приватне имовине и забранити оружја која наносе непотребне патње када две суверене државе воде рат, а уздржати се од наметања истих забрана или пружања исте заштите када је до насиља дошло само у оквиру територије неке суверене државе? Уколико међународно право штити и легитимне интересе држава, мора постепено да се окрене заштити људских бића[551] “.

Насупрот ставовима да злочини које припадници једне оружане силе предузму према припадницима сопствених снага не представљају ратне злочине[552], сматрамо да ратни злочини морају да буду кодификовани и примењивани у сваком случају (уз испуњење основних елемената). Припадност страни у оружаном сукобу у односу са истом припадношћу учиниоца дела не може да негира постојање ратног злочина. Наведеном у прилог је и одређење из Кривичног законика Републике Србије који поред оружаних сукоба, омогућава ово кривично дело и на стање окупације. Имајући у виду да и у току окупације дело може да изврши и лице које није припадник окупационих снага, већ и лице које служи окупационим снагама[553], као и да се подстицање на извршење ових дела врши према индивидуално неодређеном броју лица, у овом одређењу може се наћи упориште за наш став да припадност једној од страна не може представљати основ за непримењивање дела ратних злочина. У том смислу се предлог односи и на категорију небораца. Још један закључак односи се на примену ових норми на све оружане сукобе без разлике. У том смислу сматрамо да код ратних злочина не треба чинити било какву разлику у погледу примењивости између оружаних сукоба међународног и немеђународног карактера, јер оваква диференцијација онемогућава примену инкриминација ратних злочина на поједине категорије становништва[554].

---

[551] Одлука по интерлокуторној жалби на надлежност суда у предмету Тадић, параграф 97.

[552] А.Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 54.

[553] Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног Законика Републике Србије*, op.cit., стр. 929.

[554] Илустративан је закључак Хашког трибунала: „Из аргумента *reduction ad absurdum* произлази да се Савет безбедности намерно уздржао од класификовања оружаних сукоба у бившој Југославији било као унутрашњих или међународних и, посебно, да није имао намеру обавезати Међународни суд класификацијом сукоба као међународних. Да је Савет безбедности сукоб окарактерисао као искључиво међународни, и, додатно, одлучио на тај начин обавезати Међународни суд, из тога би следило да Међународни суд сукоб између босанских Срба и централних власти у Босни и Херцеговини треба да сматра међународним. С обзиром да се не може тврдити да босански Срби творе државу, могло би се спорити да би управо споменута класификација била базирана на имплицитној претпоставци да се босански Срби не понашају као побуњенички ентитет, него као органи или заступници друге државе, Савезне Републике Југославије (Србија - Црна Гора). Као резултат тога, тешке повреде међународног хуманитарног права почињене од стране војске Босне и Херцеговине против цивила босанских Срба под њиховом контролом не би се сматрале “тешким повредама” јер се такви цивили, с обзиром да су држављани Босне и Херцеговине не би сматрали “заштићеним особама” по члану 4, параграф 1 IV Женевске конвенције. Насупрот томе, злочини почињени од стране босанских Срба против босанских цивила у њиховим рукамаби се тумачили као “тешке повреде” јер би ти цивили били “заштићене особе” по Конвенцији, с тим да би се босански Срби понашали као органи или представници друге државе, Савезне Републике Југославије (Србија - Црна Гора), чији Босанци нису држављани. Овакав би резултат наравно био апсурдан, јер би босанске Србе ставио у правно знатно неповољнији положај у односу на централне власти у Босни и Херцеговини. Овај апсурд указује на погрешно расуђивање аргумента који је тужилац изнео пред Жалбеним већем.“. Одлука Жалбеног већа по интерлокуторној жалби на надлежност суда, у предмету Тадић, параграф 77.

Из напред изнетих ставова и Статут Међународног кривичног суда није без недостатака. Ту имамо у виду рестриктиван приступ (само) у делу у коме се утврђују забрањена средства и методи ратовања, одступања од до сада уређених инкриминација радњи које се односе за заштиту животне средине, као и у делу у коме се насупрот јасној израженој склоности Статута ка директном умишљају (у смислу члана 8. и члана 30.), омогућава дистрибуција кривичне одговорности кроз увођење радње дела као дела плана или политике. Једна од предности Статута Међународног кривичног суда свакако представља широк каталог радњи извршења ратних злочина. Међутим, и овакав широк приступ није без недостатака. Ту, пре свега, имамо у виду чињеницу да је у погледу употребе средстава ратовања заузет крајње рестриктиван приступ који инкриминише „коришћење отрова и средстава која у себи садрже отровне супстанце, коришћење загушљиваца, отровних и других гасова, као и сличних течности, материја или изума, коришћење муниције која се лако распрксава у људском телу, као што су меци са чврстом чауром која не покрива у потпуности средину метка или је покривена, али са засецима, коришћење оружја, пројектила, материјала и метода ратовања који су такве природе да могу узроковати тешке повреде или непотребне патње или се истим крши међународно право оружаног сукоба, под условом да су таква оружја, пројектили, материјали и методи ратовања забрањени и укључени у анекс овог Статута амандманом, а у складу са одговарајућим одредбама прецизираним у чл. 121. и чл. 122. Статута“.

На овај начин Статут готово да је негирао целокупну историју забране употребе средстава борбе који изазивају непотребне патње, а који датирају још из средине XIX века, односно од времена усвајања Петроградске декларације. Овим одређењем Статут се ставља изнад постојећих норми међународног обичајног права, условљавајући доказивање да употребљена средства представљају „кршење међународног права оружаног сукоба“ укључивањем у Анекс овог Статута. Касезе примећује да употреба бактериолошког оружја није обухваћена чланом 8. Статута (будући да се у члану 8. став 2. ради о хемијском оружју), иако је исто забрањено у међународном праву[555]. Указујемо на још једну недоследност у овом Статуту. У члану 8. став 2. тачка IV као радња ратних злочина одређује се као „намерно започињање напада, знајући да ће такав напад проузроковати ...велика, дуготрајна и озбиљна оштећења животне природе, што би било чигледно несразмерно у односу на очекивани, конкретан и непосредан војни учинак“.

Ово решење у великој мери одступа од стандарда постављеног у члану 55. Првог Допунског протокола који одређује: „У ратовању се мора обратити пажња да се природна околина заштити од обимног, дуготрајног и озбиљног оштећења. Ова заштита обухвата и забрану коришћења метода или средстава ратовања и чији је циљ или од којих се може очекивати да проузрокује такво оштећење природне околине и да тиме штете здрављу или опстанку становништва“. На први поглед јасно је да Статут у погледу средстава ратовања описаних у каталогу забрањених средстава борбе ограничава средства које Први Допунски протокол на општи начин уређује, док Статут ограничава средства на она која су укључена у Статут амандманом. Са друге стране, Статут у погледу заштите животне средине уводи употребу термина „очекивани, конкретан и непосредан војни учинак“, критеријум војне потребе (за разлику од Првог Допунског протокола) као релевантан за процену да ли је напад на животну средину ратни злочин у сваком конкретном случају.

[555] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 69.

Глава четврта

КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ОРГАНИЗОВАНИХ ЕНТИТЕТА

„Узгред буди речено, то сам, без обзира на све оптужбе и похвале, учинила и ја. Јер, као што су судије настојале да истакну, у судници на оптуженичкој клупи не седи систем, ни историја или неки историјски тренд, никакав „изам“, на пример антисемитизам, већ само један човек. А ако је тај човек неким случајем функционер, он је оптужен управо зато што је и функционер само људско биће, коме се, као таквом, суди. Стога је питање које суд упућује оптуженом следеће: да ли сте ви, тај и тај, појединац, с именом датумом и местом рођења, јединствен, према томе незаменљив, учинили злочин за који сте оптужени и зашто сте то урадили? Ако оптужени одговори: „ То нисам учинио ја као личност, ја нисам поседовао ни вољу, ни моћ да учиним било шта на своју руку, ја сам био обичан шраф, био сам заменљив, свако би на мом месту учинио исто, а што сам пред овим судом ја, пука је случајност“ - тај одговор ће бити проглашен небитним. Јер на одговор: “То нисам учинио ја, већ систем у којем сам ја био само шраф“, суд одмах поставља следеће питање: „А зашто сте постали шраф и под тим условима наставили да то будете.“ Ако би оптуженом било дозвољено да се о својој кривици или невиности изјасни као представник система, он би доиста постао „жртвени јарац“....[556]“.

Хана Арент

1.УВОД

Питање кривичне одговорности правних лица, присутно је од најранијих дана, једновремено са разматрањем кривичне одговорности физичких лица, али за разлику од одговорности физичких лица, правна лица као субјекат кривичне одговорности и данас представљају предмет значајних полемика. Изворе ове полемике можемо тражити у широком дијапазону научних дисциплина које се баве овим проблемом од социологије, преко филозофије, до међународног кривичног права и међународног јавног права у делу у коме се утврђује статус субјекта међународног кривичног права. Питање одговорности правних лица, укључујући и државу, узроковано је успостављањем привредних и финансијских веза које је носио развој капиталистичког друштва. У првим тренуцима питање одговорности односило се на положај странаца, о чему сведоче принципи одговорности који су утврђени у Конвенцији о правима странаца из Мексико Ситија из 1901.године, да би се потом трансформисало у одговорност држава због разних облика штете, још увек не на нивоу деликта. У том периоду одговорност се јавила у неколико облика. К. Обрадовић наводи следеће облике: „Грађанско правни деликт (одговорност по

[556] Х. Арент, *Лична одговорност под диктатуром,Заточеници зла: завештање Хане Арент*, Београдски круг, Београд, 2002, стр. 11.

основу кривице или субјективна одговорност), квази деликт (одговорност за штетне радње другог) и неделиктна одговорност (одговорност без кривице или објективна одговорност)[557]".

Хуго Гроцијус је у свом делу *„De iure belli ac pacis*" развио општу теорију о одговорности државе. Прокламовао је субјективно одређење одговорности, тј. као радњу особе чије се деловање може приписати држави. У каснијем историјском развоју позитивистичка школа је кренула другим правцем и одговорност је тражила кроз теорију аутолимитације државних воља. К. Обрадовић наводи да се тек почетком XX века из волунтаристичко позитивистичке школе ствара теорија о објективној одговорности или теорија о противправном чину, чији је креатор Дионизио Анзилоти[558]. За ово схватање одговорности карактеристична је поновна актуелизација принципа приписивања одговорности, која се овог пута јавља као последица међународног противправног чина (*fait illicite international*). Противправна радња сада представља основ одговорности која се проширује и на област кривице. Кривица постаје основни услов приписивања противправног чина држави, а тиме и њене одговорности.

Међутим, и у овом схватању налазимо примесе *stricto sensu* схватања приликом приписивања одговорности. О наведеном сведочи закључак Анзилотија: „Обичан догађај који је проузроковао штету, уколико није последица повреде дужности која проистиче из одређеног обавезивања, није довољан да се конституише у противправан чин, било зато што - имајући у виду још увек строго индивидуализирани карактер међународних односа – државе нису дужне да се уздрже од аката подобних да нанесу штету другим државама, сем у мери у којој су на то обавезне, било, зато што међународне дужности, по правилу, немају садржину економске природе и што правно релевантна штета не може отуда да се издвоји од прекршаја неког одређеног права[559]". Знатно касније, са кодификацијама и идејама које су се развиле у крилу ОУН са Амадором креће процес раздвајања одговорности државе по основу противправног чина и одговорности по основу кажњивог дела кривичноправне природе.

За потребе овог рада, у циљу означавања кривичне одговорности организованих група, правних лица и осталих облика удруживања користићемо генерички појам „организовани ентитети". Овакво означавање не умањује значај разлика између организација, држава, политичких странака, правних лица, квазидржавних ентитета све до облика организовања лукративног карактера као што су: мултинационалне корпорације које имају обележја међусобног разликовања до непрепознавања, посебно са аспекта кривичне одговорности. Из тих разлога у нашем раду у употреби је термин организовани ентитет, с тим што ћемо се позабавити и појединим од организованих ентитета понаособ, а кривичном одговорношћу државе посебно.

Принцип индивидуалне кривичне одговорности данас представља опште место у теорији међународног кривичног права који је последњи пут потврђен у предмету Тадић: „Нико се не може сматрати кривично одговорним за радње или послове у којима се није лично ангажовао или на неки други начин учествовао. У међународном праву, као и националним правним системима, основна претпоставка за постојање кривичне

[557] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, Београдски Центар за људска права, Београд, 2000, стр. 23.

[558] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, ibid., стр. 37.

[559] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, ibid., стр. 45.

одговорности је начело индивидуалне кривице: нико не може бити кривично одговоран за радње или послове у којима није лично учествовао или се на неки други начин ангажовао[560]“. Одредбе Статута Међународног кривичног суда на истом су трагу, имајући у виду да поједина обележја кривичних дела дају повода за релативизацију закључка о индивидуалној кривичној одговорности, као општем месту Статута Међународног кривичног суда.

2.ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ

КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ ОРГАНИЗОВАНИХ ЕНТИТЕТА

Прва одступања од познатих кривичноправних принципа видљива су у поступку утврђивања одговорности правних лица. Можемо рећи да се питање одговорности правних лица јавља као основа свих каснијих теоријских и практичних разматрања о одговорности организованих ентитета. Иако се ово питање постављало још у нормама „римског права[561]“, оно заузима значајно место тек са развојем капиталитичког начина производње упоредо са превлашћу рационалистичких и либералних идеја у свим сферама друштвеног организовања, почев од теорије државе и права до међународног права и коначно кривичног права. У циљу указивања на историјски развој идеје о кривичној одговорности правних лица указујемо да је још током Средњег века било покушаја да се уведе одговорност правних лица о чему сведочи Конситуција Фридриха II из 1235.године или Уговор Стефана Немањића са Дубровником између 1215. и 1217.године[562], те касније Ордонанса Луја XIV из 1760. године, који су уводили извесне облике колективне одговорности градова, корпорације или удружења[563]. Тек на крају XX века у велики број националних легислатура уведена је кривична одговорност и кажњивост правних лица[564].

Уопштено, одговорност правних лица има своје корене, пре свега, у англосаксонском правосуђу, имајући у виду да је овде први пут дошло до утврђивања одговорности и изрицања санкција правним лицима. У том смислу указујемо на Интерпретациони акт из 1889.године који је базиран на схватању да и правна лица могу да изврше кривична дела, осим оних која су личног карактера[565]. Апелациони суд у Њујорку је 1928.године, изрекао пресуду против корпорација због кривичног дела злоупотребе поверења[566].

Историјски развој одговорности правних лица пратио је сукоб између две теорије: теорије фикције и теорије реалности који је резултирао компромисном теоријом према

---

[560] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 186.

[561] Д. Јовашевић, *Кривично право*, *Општи део*, op.cit., стр.84.

[562] Љ. Ј. Георгијевска, *Стефан Првовенчани и његово дело*, www.rastko.rs (приступ 03. 01.2014.); Т. Тарановски у свом делу *Историја српског права у немањићкој држави*, (Лирика, 2002, стр.282.) наводи да је уговор са Дубровником закључен 1205.године.

[563] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, Службени лист СРЈ, Београд, 1999, стр. 60.

[564] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр.85.

[565] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр.61.

[566] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, ibid., стр.42.

којој се правном лицу изузетно признаје својство активног субјекта кривичног дела[567]. Схватању о компромисној теорији допринела су излагања изражена на Другом међународном конгресу за кривично право у Букурешту из 1929. године, као и схватања на Седмом конгресу Међународног удружења за кривично право у Атини 1937. године, која су била на становишту да се правном лицу само изузетно може признати својство субјекта кривичног дела, и то у односу на кривична дела из области своје делатности[568].

Одговорност правних лица заснива се на теорији идентификације и приписивања. Теорија идентификације полази од чињенице да „физичка лица која делују у име правног лица омогућавају одговорност правног лица[569]". Теорија приписивања, заснива се, између осталог, на колективном сазнању. Ово схватање заснива се на чињеници сазнања већег броја лица о противправном делу које је почињено и које се у таквим условима може приписати правном лицу. Очигледно је да се теорија приписивања суочава са тешкоћама доказивања потребног *mens rea*. Два различита приступа нашла су своје место у законодавствима већег броја земаља. Док су Немачка , Велика Британија и Канада своја законска решења засновала на теорији идентификације, дотле је Француска задржала рестриктивнији приступ захтевајући у виду услова учешће легалних представника органа правног лица[570].

Прве поставке о индивидуалној кривичној одговорности по основу чланства у организацијама срећемо у Статуту Међународног војног суда из 1945 године. Овај Статут у чл. 9. и 10. предвиђа: „Приликом суђења ма ком поједином члану групе или организације, суд може прогласити (у вези са било којим делом за које појединац може бити оглашен кривим) да је група или организација којој је појединац припадао као члан била злочиначка организација.....У случајевима кад је Суд неку групу или организацију прогласио за злочиначку, надлежна државна власт сваке од потписница имаће право да изведе појединца због чланства у тој организацији пред грађански, војни или окупациони суд. У таквом случају, злочиначки карактер групе или организације сматра се доказаним и не може бити оспораван[571]". Овоме је блиско и решење из члана 11. Статута: „Свако лице које је Суд осудио може бити оптужено пред грађанским, војним или окупационим судом, наведеним у члану 10. овог Статута за какав други злочин, осим чланства у некој злочиначкој групи или организацији и такав суд може, пошто га прогласи кривим, изрећи му казну независно и поред оне коју му је суд изрекао ради учествовања у злочиначкој активности такве групе или организације".

Као сваком нормативном акту, и овом је претходио став, пре свега, идеолошке природе. У том смислу указујемо на документ познат као „Бернијев меморандум" од 15. септембра 1944. године. Успостављени дискурс тежио је да помири два основа кривичне одговорности: одговорност по основу завере за извршење дела и одговорност по основу чланства, с тим што је нескривени циљ представљала намера да се дође до „брзе" осуде

---

[567] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр.84; З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр. 56; А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право СФРЈ - Општи део*, стр. 136-137.

[568] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр. 59.

[569] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p.75.

[570] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, ibid., p.76.

[571] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, Op.cit., стр. 41.

главних нацистичких вођа. Пуковник Берни закључује у свом Меморандуму: „Постоји више хиљада ратних злочинаца којима треба бити суђено за ратне злочине. Неки су криви као извршиоци, неки као саучесници. У многим случајевима биће тешко успоставити појединачни идентитет или везу са оптужбама.... Неће бити могуће ухватити и осудити сваког ратног злочинца са старим концептима и процедурама. ...Овај приступ уклања светло са природе индивидуалне кривичне одговорности која не зависи од учињења специфичног криминалног акта, већ се креће ка чињеници чланства у организацији која је починила такав акт[572]“.

Управо овај Меморандум је предвидео утврђивање кривичне одговорности вођства нацистичке партије и државних органа као што су СС, СА и Гестапо. Овакав приступ од почетка је имао статус контроверзног правног мишљења и наишао је на значајна оспоравања. Међутим, откриће убиства седамдесет америчких заробљеника представљало је очигледно преломну тачку за прихватање овог става са предлогом за увођење концепта „заједничког учешћа у криминалном удруживању[573]“ који ће касније постати познат као доктрина о „Удруженом злочиначком подухвату“, која своје отелотворење добија педесет година касније у пракси Хашког трибунала.

Закон број 10. Контролног савета за Немачку, у члану 2. став 2. са извршиоцем дела поистовећује у тачки е) члана организације или групе повезане са извршењем ратног злочина[574]. На основу наведеног, Међународни војни суд је чланство у организацији за коју је утврђен злочиначки карактер, свео на аутоматски и довољно поуздан основ за појединачну кривичну одговорност. Овакве одредбе представљале су значајну новину, али и тенденцију која је изазвала велику пажњу и најављивала последице, па је већ у пресуди Међународног војног суда уследило релативизовање овако широко постављене објективне одговорности кроз увођење одређених ограничења. Тако Међународни војни суд у погледу злочиначке организације истиче: „злочиначка организација је слична криминалној завери у том смислу што се обе у суштини своде на сарадњу ради постизања злочиначког циља. Потребно је да постоји група чији су чланови узајамно повезани и организовани једним заједничким циљем. Група мора бити формирана или употребљавана у вези са извршењем злочина које је Статут предвидео[575]“.

Зато је и Међународни војни суд право да утврди злочиначки карактер једне организације третирао као дискреционо право које захтева додатне правне гаранције. Штавише и овај поступак подразумева, као претходни основ, утврђивање индивидуалне кривичне одговорности, па и Суд закључује: „ Оно мора да се врши по утврђеним правним начелима од којих је најважнији приницип личне одговорности који искључује колективно кажњавање[576]“. То је и потврђено пресудом Међународног војног суда у делу у коме Суд закључује: „ ...мора се имати у виду елементарни принцип да нити према Закону број 10. Контролног савета за Немачку, нити према било којем познатом систему

---

[572] C. Damagard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p.132.

[573] C. Damagard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, ibid., p.134.

[574] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 48.

[575] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр.136.

[576]Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 136.

кривичног права, кривица за убиство није ограничена на човека који повуче обарач или закопа леш. У складу са признатим принципима који су заједнички свим цивилизованим правним системима, став 2. члана 11. Закона број 10. Контролног савета за Немачку одређује више веза са злочином које су довољне да се установи кривица. Према томе, нису криви само главни учиниоци, него и саучесници који са пристанком учествују у учињењу злочина или су повезани са плановима и подухватима повезаним за учињење или они који наређе или подрже злочин и они који припадају организацији или групи укљученој у учињење злочина. Ове одредбе не отелотворују никакве драконске или нове принципе кривичне одговорности[577]".

Овакав закључак у суштини не нуди одговор, већ поставља питање које се односи на круг лица која могу бити повезана са злочином, и ту не стаје, већ се захтева давање одговора на питање каква веза мора постајати и бити доказана да би се овако широк круг лица повезао са злочином и са кривичном одговорношћу у крајњем? Након свега организације као што су Вођство нацистичке партије, Гестапо (*Die Geheimestaatspolizei*), СД (*Der Sicherheitsdienst des Reichfuhrerss*), СС (Die Schutzstaffeln der Nationalsozialischen Deutschen Arbeiterpartei) и СА (*Die Sturmableitungen der Nacionalsocialistischen Arbeitenpartei*) утврђене су као злочиначке што је имало последице по кривичну одговорност њихових чланова.

Међутим, и сам Међународни војни суд је закључио да се пуко чланство у организацијама не може третирати као основ кривичне одговорности по аутоматизму. Зато се приступило утврђивању посебних критеријума који су били засновани на утврђивању места и улоге појединаца у самој организацији, од места доношења одлука до самог извршења дела. На овај начин се овако широко утврђена одговорност приближила традиционалном концепту завере. Међународни војни суд закључује: „Злочиначка организација слична је злочиначкој завери у томе што је суштина обеју у сарадњи са злочиначким циљевима. Потребно је да постоји група чији су чланови узајамно повезани и организовани са једним заједничким циљем. Група мора бити формирана или употребљавана у вези са извршењем злочина које је Статут предвидео. Будући да проглашењем злочиначког карактера, организација и група опредељује кривичну одговорност чланова, ова дефиниција треба да искључи лица која нису знала за злочиначке циљеве или акте организације. Она треба, исто тако, да искључи и оне који су од стране државе одређени за чланове, осим ако нису лично умешани у својству чланова организације у извршењу дела означених као злочиначка у члану 6. Статута. Само формално чланство у организацији није довољно за установљење одговорности у горњем смислу![578]".

На овај начин је Међународни војни суд у пракси извршио релативизацију одредби Статута Међународног војног суда. Наредна релативизација одговорности по основу чланства уследила је препоруком Међународног војног суда да изврши измену Закона број 10. Контролног савета за Немачку у погледу висине казни за окривљене по основу чланства у организацијама, како би исте биле мање од казни које предвиђа Закон о денацификацији. Међународни војни суд је осуђујући као злочиначку организацију Вођство нацистичке партије, Гестапо (*Die Geheimestaatspolizei*), СД (*Der Sicherheitsdienst*

[577] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 200.

[578] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 136.

des Reichfuhrerss), СС (*Die Schutzstaffeln der Nationalsozialischen Deutschen Arbeiterpartei*) и СА (*Die Sturmableitungen der Nacionalsocialistischen Arbeitenpartei*) изузео из одговорности чланове организације који су престали да заузимају положаје у организацији пре 1.септембра 1939.године. Исти приступ следио је и суд у Јерусалему на суђењу Адолфу Ајнхману 1961.године. У пресуди Ајнхману, суд у Јерусалему је ослободио оптуженог за дела која су учињена пре 1941. године будући да у поступцима окривљеног до августа 1941. године није утврђена намера "да се уништи јеврејски народ[579]".

Важно је напоменути да Међународни војни суд није осудио као злочиначку организацију Владу Рајха (*Die Reihsregrung*) са образложењем да није испуњен услов у смислу постојања и деловања у оквиру „групе" или „организације", као и из разлога малобројности чиме је испуњен услов да чланови Владе одговарају и појединачно[580]. Такође Међународни војни суд у Нирнбергу није огласио злочиначком организацијом ни Генералштаб, ни Врховну команду немачке војске са истим образложењем, као и у случају Владе Рајха[581]. Овакав приступ отвара питање сврсисходности утврђивања кривичне одговорности организованих ентитета уопште, полазећи од чињеница да је претходно већ утврђена кривична одговорност појединаца - чланова организованих ентитета.

Статут Међународног војног трибунала за Далеки Исток усвојен је посебним прогласом, односно Извршном наредбом врховног команданта савезничких снага генерала Дагласа Мекартура 19. јануара 1946.године[582]. Истим актом именовани су чланови суда. Иако у Повељи није предвиђена надлежност Трибунала да прогласи злочиначком организацију или групу, појединци су у смислу члана 5. Статута могли одговарати и као чланови организације. Иако је и овај Трибунал био на позицијама индивидуалне кривичне одговорности, указујемо да су се међу оптуженима нашли бивши премијери, министри рата, министри ратне морнарице, начелници Главног штаба и поједини амбасадори[583].

Овај Трибунал се није бавио утврђивањем злочиначког карактера организација које су деловале на Далеком Истоку. Статутом Међународног војног суда за Далеки Исток од 19. јануара 1946.године утврђена је надлежност суда која се заснива на индивидуалној кривичној одговорности, али и одговорности по основу чланства у организацијама. Члан 5. Статута одређује: „Суд је овлашћен да покуша и казни ратне злочинце са Далеког Истока који су као појединци или као чланови организација отпужени за дела која укључују и злочин против мира". У члану 5. у делу који утврђује *ratione materie* овај Трибунал прати поставке одговорности за злочин против мира као одговорност за планирање, припремање, учешће у заједничком плану или завери, на начин који је

[579] Х. Арент, *Ајхман у Јерусалиму- Извештај о баналности зла*, op.cit., стр.220.

[580] Међународни војни суд у Нирнбергу закључује: „ Ако се нека организација са великим бројем чланова употребљава за злочиначке циљеве, проглашење њеног злочиначког карактера ослобађа од утврђивања таквог карактера на каснијем суђењу њеним члановима и тако се уштеди много времена и тешкоћа", Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 157.

[581] Међународни војни суд у Нирнбергу закључује „Општи напор Врховне команде са циљем координације и руковођења био је сличан ако не и идентичан, форми организације у другим савезничким снагама, као што су англо амерички комбиновани шефови штабова", Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 158.

[582] В. Ђ. Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр.458.

[583] В. Ђ. Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, ibid., стр.458.

постављен и у Статуту Међународног војног суда у Нирнбергу. У члану 6. Статута одговорност оптуженог се одређује независно од његовог службеног положаја.

Сам Статут Међународног војног суда за Далеки Исток не садржи одредбе о условима под којима се може утврдити злочиначки карактер организације што представља одступање од Статута Међународног војног суда у Нирнбергу. Иако је пракса овог Суда значајна са аспекта увођења командне одговорности о чему сведочи предмет Јамашита, са аспекта одговорности државних службеника указујемо да је овај суд заузео став да „суд сматра да су војни командант и министар одбране једнако одговорни за ратне заробљенике[584]“. У погледу носиоца одговорности суд је утврдио круг лица која имају обавезе према заробљеницима обухвативши и „чланове владе, пешадијске или морнаричке официре у јединицама или командама које имају заробљенике, службенике у министарствима која су се бринула за добробит заробљеника, службенике било цивилне, пешадијске или морнаричкекоји су вршили непосредан надзор над заробљеницима[585]“.

Тема којом се бавимо захтева да укажемо на још један моменат у поступку утврђивања кривичне одговорности. То је однос између физичког лица који предузима радњу дела, али се интимно не слаже са самом радњом дела, али ипак прихвата да је предузима. Реч је о оним ситуацијама у којима учешће у неком систему подразумева корелат права и обавеза у којима појединац делује у циљу реализације циљева организованог енитета. При томе, појединац не мора нужно да дели заједнички циљ, али због односа субординације или хијерархије приступа предузимању радњи дела.

У оквиру разматрања о кривичној одговорности организованих ентитета желимо да укажемо на познати случај Ернста Фон Вајцзекера (*Ernst von Weizsaecker*), државног секретара у Министарству спољних послова од 1938. до 1943. године. Фон Вајцзекер је у хијерархији Министарства спољних послова заузимао место одмах иза министра Фон Рибентропа[586]. У поступку пред Апелационим судом ослобођен је за дело планирања агресорског рата из разлога што је утврђено да се противио немачким плановима за вођење агресорског рата, иако је активно учествовао у свим мерама које су предузимане у циљу вођења рата. Иако је суд утврдио да је учествовао у припремању агресорског рата, истовремено се противио истом, па је такав став представљао основ за доношење ослобађајуће пресуде.

Овај случај интересантан је и са другог аспекта. Често се поставља питање односа појединца који делује у систему организованог ентитета према самим радњама и циљевима које предузима за рачун организованог ентитета. У случају да се сам појединац не слаже са тим радњама, да ли супротстављање тим радњама треба да добије неке материјалне облике у виду конкретних радњи супротстављања? У наведеном случају тужилац је истакао да је Вајцзекер планове са којима је био упознат требао да открије другој страни, те да би то представљало прихватљив акт супротстављања. Апелациони суд у одбијању оваквог закључка тужилаштва заузима значајан став: „Може се спорити са тиранином чији програми значе пропаст нечије земље и супротставити му се до тачке насиља и атентата. Али још није дошло време када би било који човек задовољно

[584] Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност* , op.cit., стр. 95.

[585] Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност* , ibid., стр. 96.

[586] М. Волзнер, *Праведни и неправедни ратови*, op.cit., стр. 358.

посматрао уништење свог сопственог народа и губитак његових младих људи. Применити било који други стандард понашања значило би поставити тест који још никада није био предложен као прикладан и који сигурно нисмо спремни да прихватимо као мудар или добар[587]“.

Овакав став сматрамо проблематичним. Уважавајући околности у којима је заузет овај став, судска пракса креира став о прихватљивости односа према самом делу који се заснива према осећају дужности или лојалности према организованом ентитету. Тиме и кривична одговорност постаје искључена у условима када однос између окривљеног физичког лица и организованог ентитета онемогућава успостављање основних елемената кривичне одговорности. Односно да ли било какво супротстављање кривичном делу (макар оно било и вербално) може и треба да представља основ за искључивање кривичне одговорности?

Одговорност по основу чланства у организацији није прихватио ни Хашки трибунал приликом бројних тумачења Статута Хашког трибунала[588]. У члану 7. Статута утврђује се појединачна кривична одговорност, с тим што се у ставу 1. овог члана појединачна кривична одговорност као „лична одговорност“ проширује и на радње планирања, подстицања, наређивања, учињења или учешћа у планирању и припреми кажњивих дела. Став 2. Статута Хашког трибунала следећи наслеђе Статута Међународног војног суда у Нирнбергу проширује личну одговорност путем службеног положаја и на шефа државе, члана владе или одговорног државног функционера. Одредбе Статута Хашког трибунала нису представљаје препреку да се овим питањем Трибунал бави кроз институт „заједнички злочиначки подухват“ о чему сведоче следећи примери.

На примедбе да заједнички злочиначки подухват представља вид одговорности по основу чланства, Хашки трибунал одговара: „...Као што је истакла Комисија ОУН за ратне злочине, кажњава се не обично удруживање ради чињења кривичног дела, него свесно и вољно чланство у организацијама које су учиниле кривична дела, и то широких размера...Генерални секретар је веома јасно истакао да одговорности на основу Статута Међународног суда подлежу само физичка лица (дакле, не правна лица) и да само чланство у некој злочиначкој организацији не би било довољно за утврђивање индивидуалне кривичне одговорности....Кривична одговорност на основу удруженог злочиначког подухвата није одговорност за пуко чланство, нити за удруживање ради чињења кривичног дела; реч је о виду одговорности који се односи на учествовање у чињењу кривичног дела у склопу удруженог злочиначког подухвата што је сасвим друга ствар[589]“.

У својој пракси Хашки трибунал је нашао за потребно да укаже на разлике између кривичне одговорности по основу чланства у организацијама и кривичне одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата. У предмету Ојданић, овај Трибунал је покушао да објасни разлику између ова два вида одговорности: „Кривично дело је остварено када се докаже чланство у некој организацији коју је идентификовао надлежни орган и тада само чланство у идентификованој организацији представља кривично дело. У другом случају није идентификована никаква организација. Самим доказом о припадности

[587] М. Волзнер, *Праведни и неправедни ратови*, ibid., стр. 358.

[588] Резолуција Савета безбедности број 827 од 25. маја 1993.године.

[589] Одлука по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност – удружени злочиначки подухват од 21.05.2003.године, параграф 25-26.

групи, криминалност није потпуна. Мора постојати и доказ о заједничкој намери да се учини кривично дело и о учешћу, путем механизма групе, у чињењу тог кривичног дела". Одговорности по основу чланства Хашки трибунал се приближио и у предмету Стакић у коме као саизвршиоце кривичних дела набраја: „Међу сарадницима оптуженог били су носиоци власти самопроглашене Скупштине српског народа општине Приједор, Српске демократске странке, приједорски Кризни штаб, Територијална одбрана, те полиција и војска[590]".

Сличну формулацију налазимо у пракси овог Суда у предмету Крајишник: „ Спровођење политике Српске демократске странке и државне политике босанских Срба која је за сврху имала остварење циља удруженог злочиначког подухвата; Горњи навод је доказан: (б) учешћем у оснивању, подршци или одржавању органа Српске демократске странке и државних органа босанских Срба на републичком, регионалном, општинском и локалном нивоу, укључујући кризне штабове, ратна председништва, ратна повереништва (у даљем тексту: политички и државни органи босанских Срба), те Војска Републике Српске, територијална одбрана и Министарство унутрашњих послова (у даљем тексту: снаге босанских Срба), преко којих су могли постићи циљ удруженог злочиначког подухвата[591]".

Овакво схватање представља одступање од критеријума који је поставио Међународни војни суд у Нирнбергу. Већ смо указали да је Међународни војни суд ретерирао у односу на одредбе Статута прихвативши тезу да само чланство није довољно за кривичну одговорност без доказивања других услова. У овом делу Хашки трибунал одвајајући одговорност по основу чланства у организацији од заједничког злочиначког подухвата захтева само један услов и то у виду чињенице чланства у идентификованој организацији. На основу наведеног, извесно је да Хашки трибунал не прихвата кривичну одговорност појединаца на основу чланства у организацији. Међутим, став Хашког трибунала не заснива се на теоријским импликацијама и поставкама, већ искључиво полазећи од Статута који не предвиђа одговорност правних лица, нити одговорност по основу чланства. Разлоге овако површног поимања одговорности по основу чланства (чак и у широким оквирима заједничког злочиначког подухвата) од стране Хашког трибунала треба тражити у чињеници да је овај суд током читавог периода свог деловања био суочаван са приговором легитимитета и легалитета, па у оваквим оправдањима треба тражити и разлоге оваквог закључивања.

Статут Међународног кривичног суда за Руанду[592] у претежном делу следио је одредбе Статута Хашког трибунала, али са разликом која се може видети у погледу одређивања злочина против човечности и геноцида[593]. У погледу одговорности по основу чланства, Статут Међународног кривичног суда за Руанду садржи иста решења као и Статут Хашког трибунала. У члану 6. Статута Међународног кривичног суда за Руанду утврђује се појединачна кривична одговорност за планирање, подстицање, наређивање, припремање или извршавање кажњивих дела која су утврђена чл. 2-4. Статута. У ставу 2. овог члана утврђује се да „службени положај било које оптужене особе без обзира да ли се ради о шефу државе или владе или о одговорном државном функционеру" не представља основ за ослобођење од кривичне одговорности.

---

[590] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 469.

[591] Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник, параграф 1121.

[592] Резолуција Савета безбедности број 955(1994) од 8.новембра 1994.године.

[593] R. Cryer, F. Hakan, R. Darryl, E. Wilmshurts, *An introduction to International Criminal Law*, op.cit., p. 113.

Разлика у погледу *ratione materie* у односу на Хашки трибунал огледа се и у чињеници да Међународни кривични суд за Руанду није надлежан за кривична дела која се састоје у „тешком кршењу женевских конвенција из 1949. године“, као ни „за кршења закона и обичаја рата“, јер је Савет безбедности ОУН заузео став да у конкретном случају нису испуњени услови у погледу постојања међународног оружаног сукоба[594]. Уз одређене разлике у погледу одређења геноцида у односу на Хашки трибунал, још једна специфичност Међународног кривичног суда за Руанду у контексту одговорности државе огледа се и у делу злочина против човечности. Суд за Руанду је примењујући одредбе члана 3. Статута утврдио да систематичан напад као начин извршења дела злочина против човечности може бити и ненасилан „у облику наметања одређеног политичког система или положаја[595]“.

Један од основних принципа Статута Међународног кривичног суда представља принцип индивидуалне кривичне одговорности који се заснива на умишљају[596]. Једна од такође изражених карактеристика овог Статута јесте и „ирелевантност јавних фунција“[597]. Овакво решење у члану 27. омогућава кривичну одговорност шефа државе или владе, члана владе или парламента, изабраног представника или владиног службеника, док је чланом 28. утврђено решење о одговорности команданата и осталих војних заповедника. Иако Статут Међународног кривичног суда стоји на становишту индивидуалне кривичне одговорности коју истиче у чл. 1, 22. и 25. који изричито утврђује да ниједна одредба овог Статута не утиче на одговорност државе, сам Статут представља плодно тло за ширење и објективизацију индивидуалне кривичне одговорности о чему сведочи одређење злочина против човечности у члану 7. став 2. тачка Х) и тачка И) који државу или политичку организацију дефинишу као извршиоце кривичног дела.

Иако Статутом Међународног кривичног суда није предвиђена одговорност по основу чланства у организацији, члан 25. Статута пружа основ за утврђивање одговорности за извршење кривичног дела „иза кога стоји група лица која делује са заједничким циљем...када активност и циљ те групе имају за последицу и вршење кривичног дела из надлежности суда“. Имајући у виду чињеницу да Међународни кривични суд још увек није изрекао правноснажну пресуду, илустративне су потврђене оптужнице. У том смислу указујемо на потврђену оптужницу против Омара Ал Башира (*Omar – al Bashir*) који је оптужен на основу члана 25. став 3. тачка А) Статута као „индиректни саизвршилац“ због злочина против човечности и ратних злочина са образложењем да је као „председник Судана користећи државну полицију и употребом државног апарата (војске, полиције, безбедоносних снага) нападао популације које живе у Судану, те да је наређивао убиства, силовања и тортуру[598]“.

Вилијам Самонеи Руто (*William Samoei Ruto*)[599] је оптужен за злочине против човечности као индиректни саизвршилац сходно члану 25. став 3. тачка А) Статута иако је у време извршења дела обављао функцију заменика председника Кеније. Ухуру Кенијата

---

[594] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 233.

[595] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 214.

[596] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 115.

[597] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела, Одговорност и кажњивост*, ibid., стр. 115.

[598] Предмет *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09www.icc-cpi.int/ (приступ 15.08.2013.године).

[599] Предмет *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, www.icc-cpi.int/ (приступ 15.08.2013.године).

(*Uhuru Muigai Kenyatta*)[600] је оптужен за злочине против човечности као индиректни саизвршилац сходно члану 25. став 3. тачка А) Статута, иако је у време извршења дела обављао функцију председника Кеније, док је Лорен Габо (*Laurent Gbagbo*)[601] оптужен за злочине против човечности као индиректни саизвршилац сходно члану 25. став 3. тачка А) Статута иако је у време извршења дела обављао функцију председника Обале Слоноваче. То указује на иницијално прихватање одговорности највиших државних службеника и функционера.

Анализа међународноправних аката даје нам могућност за одређивање места кривичне одговорности у односу са организацијама или у односу на кривичну одговорност организација. На првом месту указујемо на одредбе Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида[602] која у члану 3. у потпуности поистовећује извршиоца појединца и извршиоце када се они јаве у својству државних руководилаца или службеника. Међународна конвенција о уклањању и кажњавању злочина апратхејда[603] у члану 1. став 2. јасно за злочинце проглашава „организације, установе и појединце...“. У члану 3. Конвенција иде корак даље и утврђује да се сматрају „кривично одговорним на међународном плану, без обзира на побуде, лица чланови организације и установа и представници државе без обзира на то да бораве на територији државе.....који а) учине дела поменута у члану 2. ове Конвенције, учествују у тим делима, непосредно их подстичу или припремају њихово извршење и б) непосредно помажу или подстрекавају на вршење злочина апартхејда или у томе непосредно сарађују“. Декларација ОУН о укидању свих облика расне дискриминације[604] у члану 9. став 2. као кривично дело утврђује „свако подстрекавање на насиље или чин насиља било да долази од појединца или организације“.

Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма[605] се на нови начин бави утврђивањем кривичне одговорности организација. У члану 5. одређује: „1) Свака држава потписница ће у складу са својим домаћим законским принципима предузети неопходне мере да омогући да правно лице смештено на њеној територији или организовано по њеним законима буде позвано на одговорност када је лице одговорно за управљање или руковођење тим правним лицем у том својству учинило кривично дело одређено у члану 2. Таква одговорност може бити кривична, грађанска или административна, 2) Таквој одговорности се подлеже без утицаја на кривичну одговорност појединаца који су учинили кривично дело и 3) Свака држава потписница ће обезбедити да, нарочито, правна лица која су одговорна у складу са горњим ставом подлежу ефикасним, сразмерним и одговарајућим кривичним, грађанским или административним санкцијама. Такве санкције могу укључити новчане санкције.“

Нацрт Резолуције о међународној одговорности држава који је усвојила Комисија за међународно право новембра 2001.године[606] у чл. 4. и 5. утврђује могућност приписивања акта појединца држави као организованом ентитету. У том смислу се указује

---

[600] Предмет *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, www.icc-cpi.int/ (приступ 15.08.2013.године).

[601] Предмет *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, www.icc-cpi.int/ (приступ 15.08.2013.године).

[602] Службени весник Президијума народне скупштине ФНРЈ, број 2/50.

[603] В. Василијевић, *Права Човека-Зборник докумената*, Прометеј, Београд, 1991, стр.96.

[604] Резолуција Генералне скупштине ОУН 1904 (XVIII) од 20. новембра 1963.године.

[605] Службени лист СРЈ- Међународни уговори, број 7/2002.

[606] В. Х. Видановић, М. Милановић, *Међународно јавно право – збирка докумената,* Београдски центар за људска права, Београд, 2005, стр. 210.

да је чланом 5. прихваћено да се радња лица која не представља орган државе, али су по праву те државе овлашћени да врше елементе државе власти сматраће се актом те државе по међународном праву, ако су у датом случају то лице или тело поступали у свом званичном својству. У овом делу видљиво је да међународно право заузима општи став о приписивости радње појединца организованом ентитету, с тим што се треба приступити доказивању једино чињенице поступања у званичном својству. У том смислу изнова указујемо на одговорност по основу чланства које може да буде вишеструко уколико се посматра на генералан начин што изискује утврђивње прецизних критеријума.

Током 1998.године Европска Унија је покушала да да смернице за утврђивање кривичне одговорности по основу учешћа у криминалним организацијама. Наведени су услови за утврђивање постојања „криминалне организације" на основу следећих услова: постојање структурисаног удружења основано за одређени временски период који чине више од две особе које делују у циљу вршења дела за која су предвиђена казне затвора од најмање четири године или тежа казна, када су таква дела предмет удруживања или средство за добијање материјалне користи и која се могу извршити путем непримереног вршења утицаја на рад државних органа[607].

Указујемо да се и ОУН у својој активности бавила одређивањем криминалних организација. Тако у члану 2. Конвенције УН о транснационалном организованом криминалу из Палерма 2000.године[608] истиче се да се под „организованом криминалном групом" сматра група од три или више лица која постоји један временски период и врши кривична дела...директно или индиректно у циљу стицања финансијских или материјалних користи...група не мора да буде формирана са очигледним намерама за вршење дела, нити је неопходно да формално буду дефинисане улоге чланова, континуитет чланства или развој структуре групе". Комисија за међународно право дефинисала је противправни чин на следећи начин: „Постајаће међународни противправни чин државе: А) када се понашање које се састоји у чињењу или нечињењу може на основу међународног права приписати држави и Б) када то понашање представља прекршај међународне обавезе такве државе[609]".

3.ПРАВНА ПРИРОДА

КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ ОРГАНИЗОВАНИХ ЕНТИТЕТА

Утврђивање одговорности организованих ентитета представља утврђивање свих околности под којима је лице одговорно за поступак, али није подесно сматрати га одговорном за само дело. Одговорност правних лица се може посматрати као „права", „посредна" или „заступничка" одговорност. Опенхајм прави разлику између праве и

---

[607] *Joint Action, on making it a criminal offence to participate in a criminal organisation in the Memer States of the Europian Union, 21. December 1998*, OJ 1998, L 351/1, article 1, цитирано према Chrisopher Harding, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility,* op.cit.,p. 198.

[608] V. Mitsilegas, *Defining Organiyed Crime in the European Union: The limits of European Criminal Law in and Area of Freedom, Security and Justice*, European Law Review, 2001, p. 565.

[609] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, op.cit., стр.97.

заступничке одговорности. Сматрамо да је за утврђивање одговорности неопходно разрадити критеријуме приписивости радњи који могу да представљају везу између правних лица као апстрактних ентитета и радњи кривичног дела. Даље одговорност правних лица у условима када је заснивамо на кривици представља поље које зависи и од чињенице да ли су повреде извршене са умишљајем или из нехата.

Имајући у виду природу међународних кривичних дела, ова подела је од посебног значаја зато што утиче на само постојање одговорности. Мек Наир (*McNair*) указује да појединац не може да буде одговоран за дело као што је агресивни рат јер држава као таква не може да буде кривично одговорна[610]. На овај начин Мек Наир негира утврђивање индивидуалне кривичне одговорности користећи немогућност утврђивања кривичне одговорности у односу на државу. Очигледно је да Мек Наир кроз онемогућавање примене инвивидуалне кривичне одговорности у односу на државу негира могућност примене инвивидуалне кривичне одговорности и у односу на појединца. Сматрамо да овако селективан приступ који негира кривичну одговорност појединца кроз негирање кривичне одговорности државе (или другог организованог ентитета) не може да трпи критику суштине кривичне одговорности, односно директно онемогућава било какво утврђивање кривичне одговорности. Фисе (*Fisse)* и Брајтвајт (*Braithwaite*) су међу првима јасно указали да правна лица имају свој субјективитет, те да „представљају посебан систем који има свој посебан процес доношења одлука и деловања....који се изражава кроз политику и стратегију правног лица[611]“.

Као један од критеријума на основу којих се заснива одговорност правних лица може да послужи критеријум правно утврђеног односа. Келсен истиче: „...субјект деликта и објект санкције су идентични. Али у једном случају та идентичност је реална физичка идентичност, а у другом случају то је само правна фиктивна идентичност. У једном случају санкција је уперена против лица које је било непосредни извршилац деликта, делинквент, у другом случају против лица или лица које има или која имају известан правно одређен однос према делинквенту[612]“. Сматрамо да овај критеријум треба проширити у смислу да је потребно да се „утврђивање односа“ прошири са односа према делинквенту и на однос према деликту самом. Сматрамо да продубљивање овог примарног односа може довести до могућности проширења одговорности са непосредног извршиоца.

Основна карактеристика ове одговорности јесте да се одговорност физичких лица заснива преко односа који физичка лица имају са правним лицем. Тај однос може бити вишеструк и стога веома комплексан. Веза коју успостављају физичка лица може бити нормативна у односу на само правно лице, као и у односу између физичких лица унутар правног лица. Од посебног значаја је веза између самог правног лица са правним поретком из кога проистиче пак други однос права и обавеза која има и правно лице и физичка лица унутар правног лица.

Враћамо се закључку Келсена: „Када је санкција уперена против лица која припадају истој правној заједници као и лице које је као орган те заједнице извршило

[610] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p. 152.

[611] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, ibid., p.74.

[612] Х. Келсен, *Општа теорија права и државе*, op.cit., стр.136.

деликт, кад се однос између делинквента и лица која су одговорна за деликт састоји у томе што делинквент и они који су одговорни за деликт припадају истој правној заједници, онда се говори о колективној одговорности[613]". Овде се веза успоставља не преко правног поретка, већ преко припадности истој правној заједници. Међутим, ова подела не искључује проблем преклапања идентитета у случају када појединци делују у име правног лица или органа правног лица, као и у случају када појединци злоупотребљавају правно лице у чије име делују. Зато се као основно питање поставља како разграничити акте појединаца који остају на нивоу појединачних аката физичких лица од аката појединаца који физичке акте предузимају као извршење одлуке (прећутне или изричите) правног лица. Односно како утврдити аутономност физичког лица у односу на устројство и системски карактер правног лица. Једно од круцијалних питања које представља суштинску разлику између правних и физичких лица у домену кривичне одговорности представља чињеница да основ кривичне одговорности представља радња кривичног дела која се предузима кроз телесну радњу физичког лица схваћену као радњу правног лица и посебно значајан проблем налазимо у виду креирања воље и интерпретације воље правног лица.

Као прво питање које се поставља и као претходно јесте питање односа људске радње и кривичног дела посматрано кроз призму деловања човека као интегративног дела правног лица, односно деловања у име и за рачун правног лица или другог организованог ентитета. Тек на другом месту јавља се проблемско поље које захтева сагледавање воље као пратиоца сваке људске радње, посебно код радњи кривичног дела. То нас води путем од онтолошког индивидуализма до методолошког индивидуализма и ту не стаје, већ захтева утврђивање прецизних критеријума у погледу могућности приписивања радњи. Овде можемо говорити о деривативном статусу појединца који предузима радњу правног лица. При томе појединац иако поступа као људско биће у погледу предузимања радње дела ипак има специфичан *mens rea* у односу на биће кривичног дела који је замењен одлуком правног лица. Управо се у карактеру „субјективног односа" учиниоца према делу и транспортовању овог односа на само правно лице налази највећи проблем кривичне одговорности организованих ентитета имајући у виду да субјективни однос учиниоца према делу представља есенцију кривичне одговорности посебно изражену код дела геноцида. И Хана Арент закључује „да се право цивилизованих друштава можда ничим толико не поноси колико узимањем у обзир субјективног фактора[614]".

Полазећи од утврђивања постојања *mens rea* и *actus reus* за потпуно успостављање кривичне одговорности правних лица следи искорак на терен приписивања или урачунавања наведених *mens rea* и *actus reus* правном лицу које Келсен одређује као „правну фикцију" која као таква излази из реалности. У суочавању са оваквим одређењем колектива, посебно значајан и нерешив проблем представља сваки покушај третирања одговорности организованих ентитета, као и колективне одговорности уосталом кроз појам *mens rea.* Уколико би се за *actus reus* и пронашла могућа објашњења, одређивање *mens rea* у оквиру организованих ентитета представља непремостиву препреку. Уколико се прихвати да *mens rea* у суштини представља начин да се искаже сва разноликост психолошких услова на којима закон заснива обавезност у понашању, па и комплекс права и обавеза, како ову категорију пренети на одговорност правних лица или других „апстрактних или формалних ентитета".

[613] Х. Келсен, *Општа теорија права и државе*, ibid., стр. 150.

[614] Х. Арент, *Ајхман у Јерусалиму- Извештај о баналности зла*, op.cit., стр.249.

Где су границе постојања тј. деловања организованих ентитета у сваком конкретном случају и када појединци који творе правно лице престају да делају као припадници правног лица и почињу да делују као неорганизована група или скуп појединаца које везује само радња кажњивог дела? Ово посебно може доћи до изражаја у оружаним сукобима у којима у појединим хаотичним условима (који прате сваки оружани сукоб) припадници војне јединице више не поступају као делови организоване групе или јединице која има своју хијерархију и свој организациони минимум, већ наступају као појединци без контроле, као „случајна група“ која би проистицала из организације као што је оружана формација, али и без индивидуалне или колективне контроле. Да ли се и у таквим случајевима може употребити колективна одговорност или одговорност правног лица.

Једино на овим критеријумима који морају да се крећу од структуре организоване групе, метода доношења одлука, начина извршења одлука, обрасца утврђивања одговорности за поступање или непоступање, места сваког појединца који се јавља у својству окривљеног, може се тражити начин утврђивања кривичне одговорности правног лица. Пракса Међународног војног суда је омогућила утврђивање облика кривичне одговорности који би се разликовао од до тада познатих облика кривичне одговорности заснованих на индивидуалној кривичној одговорности. Због проблема легитимитета закључено је да овај облик кривичне одговорности не представља нови правни концепт, већ концепт који је познат у појединим земљама које су учествовале у нирнбершком суђењу[615].

Судија Џексон утврдио је пет карактеристика сваког колективног криминалитета: 1) група или организација мора да буде повезана особама које се налазе у одређеном односу са колективом, општом сврхом колектива или заједничким планом деловања. Утврђивање групе или организације није техничког карактера, 2) чланство у таквој групи или организацији треба да буде претежно добровољно, односно „чланство у целини, без обзира на одређене случајеве принуде против појединаца или група унутар организације мора да је без правне принуде“, 3) циљеви организације морају да буду криминални и утврђени у циљу вршења аката који су денунцирани чланом 6. Статута, тј. као злочини против цивилног становништва, ратни злочини или злочини против мира, 4) Циљеви организације морају да буду таквог карактера да чињеница чланства генерално омогућава упознавање са криминалним актима и 5) поједини чланови организације морају да буду осуђени за поједина дела за која је оптужена организација.

Пракса Међународног војног суда са аспекта кривичне одговорности правних лица значајна је и због чињенице да је поставила основе кривичне одговорности предузећа или привредних друштава који су својим чињењем учествовали у кривичним делима. Хардинг наводи да је у предмету „Фарбен“ (*Farben trial*)[616] по први пут постављено питање кривичне одговорности корпорације. Међутим, суд је остао на становишту да корпорација није кривичноправни субјект, те да је корпорација деловала преко индивидуа, тако да није могуће да се одговорност преноси са појединаца на компанију.

За третирање индивидуалне кривичне одговорности у оквиру међународне кривичне одговорности на крају XX века значајно је указати и на Извештај Генералног секретара ОУН: „ Генерални секретар верује да сва лица која су учествовала у планирању,

[615] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p.61.

[616] C. Harding, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility*, op.cit., p.18.

припреми или извршењу озбиљних кршења хуманитарног права на територији бивше Југославије и дала допринос почињењу дела су индивидуално одговорни. Сви писани коментари које су примљени од стране генералног секретара сугеришу да Статут Хашког трибунала треба да садржи и индивидуалну кривичну одговорност шефова држава, владиних званичника и лица која имају званичан капацитет. Ова сугестија проистиче из преседана који су проистекли из Другог светског рата. Статут такође треба да садржи одређења да службени положај било које оптужене особе, без обзира да ли се ради о шефу државе или владе или одговорном државном функционеру такву особу не ослобађа кривичне одговорности, нити ће јој због тога бити ублажена казна[617]“

Овакви ставови које можемо назвати и идеолошким (полазећи од тзв. Бернијеве теорије колективног криминалитета) имали су своје опредмећење и у међународно правним актима којима се развијало међународно кривично право. Ту, се пре свега, мисли на Статут Хашког трибунала, а посебно на Статут Међународног кривичног суда. Иако је јасна тенденција о поштовању постојећег концепта међународног кривичног права о индивидуалној кривичној одговорности, управо је овакво тумачење послужило касније као основ за усвајање и примену доктрине заједничког злочиначког подухвата од стране Хашког трибунала које је нашло своје место и у Статуту Међународног кривичног суда.

4.КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ПОЈЕДИНИХ ОРГАНИЗОВАНИХ ЕНТИТЕТА

Историјски развој оставио је недвосмислени печат на људско организовање које оправдава диференцирање између организованих ентитета, како у погледу обављања делатности из свог домена, тако и у односу на вршење деликта. Свако правно лице и сваки облик организације који проистиче из организованог деловања представљају својеврстан апстрактни ентитет будући да своје деловање не врше непосредно, већ преко физичких лица. Овакав став проистиче из чињенице што правно лице нема своју вољу, па тиме и кривичну одговорност која се заснива на вољном елементу који твори виност, постаје упитна категорија. На оваквим премисама је конструисана дуго времена владајућа теза *societas non potest delinquere* (друштво не може учинити кривично дело). На основу одлика које творе правни субјективитет правних лица, питање је како утврдити, потом уредити однос између радњи појединаца и последице тих радњи у односу према правном лицу. То представља посебно тешко питање у правној теорији уопште, с тим што ово питање посебно долази до изражаја у погледу утврђивања кривичне одговорности за међународна кривична дела.

Ту се комплекс питања не завршава. Напротив, отварају се бројна питања у погледу односа разних правних лица који имају различите облике организације који се одражавају и на субјективитет правних лица, а тиме и на одговорност разних организованих ентитета. У том смислу указујемо на разлике у погледу организованих ентитета као што су: држава, међународне организације, политичке партије, мултинационалне корпорације, невладине организације итд. Куриозитет у смислу организованих ентитета представљају

[617] *Report od the UN Secretary*-General Pursuant to Paragraph 2 ofSecurity Council Resolution 808 (1993), 3 may, UN Doc. S/25704 at paras 54-5.

међународна предузећа створена међународним уговором или одлуком међународне организације тзв. *public international companies*. Наравно, посебно питање које историјско искуство намеће јесте и питање кривичне одговорности верских заједница за међународна кривична дела које се такође може разматрати, али не и поистоветити са постојећим организацијама.

У том смислу свака расправа о одговорности организација или правних лица захтева утврђивање постојања великог броја разноразних облика организовања који су међусобно веома различити, а чија се разноликост са аспекта односа људске радње може заснивати на бројним критеријумима као што су: елементи, структура, улога и представљање, начин доношења одлука, природа чланства. Претходни закључак указује да разноврсност облика криминалног организовања у великој мери отежава било какав легислативни одговор на поступак упостављања и утврђивања кривичне одговорности криминалних организација. Ако се овоме додају и недржавни или квазидржавни ентитети који представљају облике организовања између држава, политичких организација, мултинационалних корпорација, укључујући и ентитете који су најближи држави, али немају макар једно од обележја државе (суверену власт, територију, становништво[618]), јасно је да се на све облике криминалног удруживања могу примењивати норме о индивидуалној кривичној одговорности.

Управо, то омогућавају извори међународног кривичног права који још од Другог светског рата указују да „службени положај оптужених, било као шефова држава или као одговорних службеника у државним надлештвима неће се сматрати као разлог за ослобађање од одговорности или за ублажавање казне“, те „чињеница да је окривљени радио по наређењу своје владе или свог претпостављеног, неће га ослободити од одговорности, али се може сматрати као разлог за ублажавање казне...[619]“. И судска пракса је омогућила проширење приписивања кривичне одговорности за дела извршена од стране оружаних формација и на цивилна лица. При том Мекинтош (*McIntosh*) наводи постојање шест различитих историјски потврђених типова криминалних организација[620].

Иако правни системи већег броја земаља познају кривичну одговорност правних лица, утисак је да законска решења још увек не дају одговоре на питања суштине њихове одговорности. Један детаљнији приступ налазимо у законодавству Босне и Херцеговине у коме се истиче: „за кривично дело које је учинитељ учинио у име, за рачун или корист правне особе под следећим увјетима: 1) када смисао учињеног кривичног дјела произилази из закључка, налога или одобрења руководећих или надзорних органа правне особе или 2) када су руководећи или надзорни органи правне особе утицали на учинитеља или су му омогућили да учини кривично дјело или 3) када правна особа располаже са противправно оствареном имовинском користи или користи предмете настале кривичним дјелом или 4) када су руководећи или надзорни органи правне особе пропустили дужни надзор над законитошћу рада радника[621]“.

---

[618] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 75.

[619] Члан 7. и 8. Статута Међународног војног суда у Нирнбергу.

[620] C. Harding, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility*, op.cit., p.201.

[621] Б. Петровић, Д. Јовашевић, *Кривично/Казнено право Босне и Херцеговине, Општи део*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2005, стр. 124-125.

Веома рано дошла је до изражаја потреба да се и поједини облици организовања као што су корпорације поставе као субјект кривичне одговорности. Иако корпорације представљају облик организованих ентитета које у највећој мери одступају од државе као организованог ентитета, све замерке на увођење одговорности корпорација, заснивале су се на истим премисама о правном лицу као фикцији иза које стоје појединци који доносе одлуке, као и појединци који одлуке спроводе вршећи на тај начин и кажњива дела. Одговорност ових организованих ентитета заснивана је управо на употреби читавог облика удруживања који је својим деловањем омогућавао остваривање циљева организованих ентитета који нису били у складу са законом. Илустративни правни акти који су инкриминисали поступање корпорација су „Шерманов акт“ (*Sherman Act*) из 1890.године, потом и „*Comeptition Act*“ из 1998.године, те „*Enterprise Act*“ из 2002.године[622]. Можемо рећи да је процес инкриминисања поступања корпорација као организованих ентитета стар колико су стари и покушаји утврђивања кривичне одговорности појединаца.

Два су теоријска принципа присутна код утврђивања кривичне одговорности корпорација. То су теорија идентификације и теорија импутације[623]. Идентификациона теорија основ одговорности заснива на схватању да се акт појединаца третира као акт корпорације, полазећи од чињенице да кривица појединаца из корпорације представља кривицу корпорације. Теорија импутације одговорност корпорације заснива на делу и намери запослених који делују иза корпорације, а који се могу приписати (импутирати) корпорацији. Овај приступ једноставно омогућава приписивање корпорацији радње предузете од стране појединаца, руководећи се принципом „сазнања“[624]. Уочавамо сличности између теорије импутације одговорности корпорација и правног основа на којима се темељи одговорност држава. Овакав приступ изазвао је поделе и у националним кодификацијама. Тако су Француска, Немачка, Енглеска и Канада прихватиле теорију идентификације, док су САД прихватиле теорију импутације и на тој основи утврдиле основ одговорности корпорација.

Одговорност политичких организације заснива се на сасвим другачијим премисама. Те премисе односе се на истакнуте и јавно прокламоване циљеве, као и на основу конкретно предузетих радњи ради остваривања тих циљева. У том смислу илустративна је пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу који је поједине организације огласио „злочиначким“. Наравно, сматрамо неподобним покушаје да се принципи одговорности корпорација примене на друге организоване ентитете као што је држава. Данас опште место у разматрању одговорности организованих ентитета, у овом случају корпорација, представља став из предмета *Tesco Supermarkets v. Nattrass* из 1971.године да: „Корпорације...морају да делују кроз живе појединце и увек и само кроз појединце. Акт појединца је акт компаније. Он предузима радњу за компанију и његове мисли су у ствари мисли компаније[625]“. Иако се оваквом закључивању о одговорности компаније може приговорити доста тога, овај пример наводимо као илустрацију на којој се заснива и кривична одговорност организованих ентитета.

[622] C. Harding, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility* ,op.cit., p.128.

[623] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p. 75.

[624] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, ibid., p. 75.

[625] C. Harding, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility* , op.cit., p.142.

У поступку утврђивања кривичне одговорности организованих ентитета основно полазиште које представља и круцијални проблем теорије кривичног права представља потреба да се начини дистинкција између појединачне криминалне активности и организоване криминалне активности, односно разлика између криминалне активности појединца и криминалне активности више лица. Поставља се питање да ли је природа криминалног акта другачија када се предузима од стране појединца у односу на криминални акт који се предузима од стране организованог ентитета, наравно преко појединаца. Код међународних кривичних дела одговор на ово питање има посебну тежину.

Указујемо да један од основних елемената дела геноцида или злочина против човечности представља масовност и систематичност, док се дело агресије управо одликује особеностима које ово дело сврставају у „ексклузивитет правних лица“ у смислу активног субјекта, полазећи од чињенице да је тешко замислити дело агресије у коме не учествују разноразни облици организованих ентитета. Имајући у виду да предмет нашег бављења представљају међународна кривична дела, полазећи од основних критеријума која творе природу међународних кривичних дела, јасно је да се већи број међународних кривичних дела по правилу предузима као израз политике или политичке одлуке или одлуке иза које стоји више или мање организован ентитет.

О степену разуђености организованих ентитета као потенцијалних носилаца кривичне одговорности сведочи и могућност да се поједини државни или квази државни ентитети нађу „у рукама“ криминалних или терористичких организација. У таквим случајевима питање кривичне одговорности државе добија сасвим нове димензије. Недржавни ентитети представљају облике организовања између држава, територијалних и политичких организација, мултинационалних корпорација. У ову категорију подразумевамо и ентитете који су најближи држави, па се на њих примењују позната правила о индивидуалној кривичној одговорности.

До сада међународно кривично право није имало прилике да се у пракси суочава са оваквим дилемама. Међународни војни суд јесте утврдио криминални карактер најважнијих државних тела и органа у немачком Рајху, али у конкретном случају Међународни војни суд је деловао *ex post facto*. Највише се овом проблему приближио Хашки трибунал у предметима у којима је омогућавао приписивање командне одговорности и одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата цивилним лидерима који нису обављали делатности команданата или било каквог облика руковођења оружаним јединицама, али су иступали као носиоци локалне власти на одређеном подручју. У том смислу је илустративан предмет Стакић у коме се кривична одговорност заснива на чињеници обављања функције председника општине, председника кризног штаба и председника Савета за народну одбрану у општини Приједор и сарадње овог тела са оружаним формацијама, при чему се ова одговорност не заснива на саизвршилаштву (насупрот утврђеном критеријуму доприноса и ефективне контроле), већ на заједничком злочиначком подухвату[626].

[626] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 482; Пресуда Жалбеног већа у предмету Стакић, параграф 62.

Са друге стране, поједине међународне организације биле су обазривије у односу на постављени проблем. Тако је Савет безбедности ОУН Резолуцијом број 1267[627] из 1999.године јасно стао на становиште одвајања између Авганистана као државе и „режима Талибана“ у Авганистану указујући чак на потребу поштовања територијалног суверенитета и интегритета Авганистана као државе. Пошто је успео да раздвоји одговорност државе од одговорности режима, Савет безбедности је дозволио предузимање акција против режима позивајући се на члан 39. Повеље ОУН[628]. Међутим, због свог неконзистентног поступања у истим случајевима, одлуке Савета безбедности не могу се третирати као релевантан показатељ кривичноправног схватања кривичне одговорности.

4.1.Одговорност извршних органа ентитета

Историјски развој идеје кривичне одговорности организованих ентитета омогућава расправу о одговорности извршних органа правних лица. У том смислу се указује да одређени критеријуми пружају јасну могућност да се одговорност правних лица или одговорност по основу чланства одбаци као недовољно прецизна категорија која уводи у замке објективне, а тиме и колективне одговорности. Са друге стране, критеријуми дају могућност да се учини фокус утврђивања кривичне одговорности у условима деловања правних лица тј. да се вршење кажњивих дела од стране правних лица усмери на извршне органе или доносиоце одлука. Ова могућност побеђује аргументе о апстрактном карактеру правних лица, поједностављује процес идентификовања кривично одговорних лица, омогућава избегавање расправа о карактеру правних лица и могуће оптужбе о колективној одговорности.

У том смислу подсећамо на закључак Међународног војног суда који није утврдио злочиначки карактер Владе Рајха са образложењем да су исти већ оптужени као појединци и да се против истих већ води поступак у својству појединаца који су учествовали у доношењу одлука и њиховом спровођењу. Ово представља доказ о могућностима утврђивања кривичне одговорности извршних органа који су у својим рукама имали могућност контроле, могућност издавања наредби и могућност ефективног поступања. Полазећи од наведеног, Међународни војни суд у Нирнбергу је одбио да утврди злочиначки карактер Владе Рајха са образложењем да је иста била сачињена од малог броја лица, која су иначе већ оптужена по основу индивидуалне кривичне одговорности.

Један од протагониста одговорности владе као извршног органа био је Опенхајм. Он предлаже еквивалентан однос између објекта одговорности: „Једна интерпретација кривичне одговорности државе може, дакле, бити да видите појам као еквивалент кривичне одговорности владе. Док држава може бити аморални ентитет, владине организације чине препознатљивим појединце који имају моћ да чине зло у великим размерама остављајући народ потиснут или неинформисан...Ово би имало исти ефекат као осуда државе, полазећи од чињенице да влада више нема легитимитет, избегавајући ризик осуде целокупног народа, чиме се омогућава да легитимна влада започне процес обнове.

[627] UN SC RES. 1267 (1999), 15. oktober 1999, 38 (2000) ILM 235.

[628] UN SC Res. 1368 (2001), 28. septembeer 2001, 40 (2001) ILM 1278.

Санкције такође могу бити усмерене ка самој влади као ентитету који представља државу[629]". На истом трагу је и Дрост који прихвата кривичну одговорност владе: „Криминогена држава је правно говорећи нелогична; криминогена влада, с друге стране, је правна реалност и изазов првог реда. Држава је аморална; влада је у многоме неморална. Кажњавање државе је истовремено легално и практично немогуће. Владе могу и треба да буду кажњене уколико међународни поредак обезбеди могућност примене казнене политике[630]".

Опенхајм описује акте који су приписиви државама преко владиних акција или који су предузети од званичника или приватних лица који делују под контролом или наређењем владе наводећи као пример апартхејд. Овом решењу можемо замерити што одговорност државе и владе доживљава као еквивалент, иако се истичу значајне разлике у погледу субјективитета полазећи од чињенице на коју указује Опенхајм да држава ипак представља „аморалан ентитет". Сматрамо да се ова два ентитета као потенцијални носиоци одговорности разликују до мере да се може прихватити кривична одговорност само владе, али не и државе и у том смислу се придружујемо оваквим ставовима.

Не заборавимо да се и у оквиру одговорности правних лица може правити разлика између одговорности државе и одговорности владе. Уколико се вратимо на критеријуме и принципе одговорности на којима се темељи одговорност правних лица, видећемо да је ова подела потребна и пожељна. На ово нас упућује и Статут Међународног кривичног суда који подразумева одговорност за злочине против човечности (члан 7.), између осталог, и за нападе на цивилно становништво као деловање које је проистекло на основу или поводом политичког програма државе или какве друге организације која је својим програмом подстрекавала да се такво дело изврши" (став 2. тачка а)), или код дела апартхејд (члан 7. став х.) као „поступци који уживају подршку одређеног режима, а намењени су његовом даљем одржавању" и код дела „присилно нестајање физичких лица" (став 2. тачка и)) који подразумева „хапшење, затварање или отмицу лица од стране државе или политичке организације, односно предузетих са њиховим одобрењем, односно уз њихову подршку, при чему држава, односно политичка организација одбија да да информације о лишењу слободе или информације о судбини или боравишту тих лица...".

Дакле, ми можемо раздвојити државу и владу као носиоце одговорности. На оправданост овог решења указује и чињеница да се ради о два различита ентитета, при чему влада свакако није у тој мери апстрактан ентитет као држава (не заборавимо држава представља збир територије, становништва и суверене власти, а по некима и способност да се буде одговоран за међународне обавезе). У том смислу влада је конкретнији ентитет, па је и лакше деловање правосудних органа (као дела система државе) против извршног органа као што је то влада. У циљу оправдања овог разликовања указујемо и на одговорност за кривична дела која се предузимају против сопствених грађана. Имајући у виду наведену чињеницу јасно је да се одговорност за ова дела може (и треба) приписати влади као извршном органу. Овоме додајемо и чињеницу да се делегитимизација у случајевима тешких кривичних дела према цивилном становништву приписује влади, а не и држави као таквој.

---

[629] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p.70.

[630] P. N. Drost, *The crime of state: penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples 1: Humanicide- international governmental crime against individual human rights*, Leyden, 1959, p. 305.

Управо се у подвајању одговорности државе и владе могу наћи путокази ка разрешењу овог чвора. У том смислу се одговорност владе приближава и јасније одсликава у индивидуалног кривичној одговорности у смислу постојања организоване групе која је употребом државних ресурса предузела радње за остваривање свог плана у виду вршења кажњивих дела, док држава као таква остаје нетакнута. Овде се на ради о одговорности по основу завере или заједничког злочиначког подухвата јер се у конкретном случају мора приступити утврђивању појединачних одговорности коју чине индивидуе са конкретним субјективитетима.

Говорећи о одговорности државе указујемо на још једно проблемско поље. То је случај одговорности државе у условима када држава не функционише или нема контролу над својим субјектима без обзира да ли је реч о територији, делу територије, становништву или у условима подела, грађанског рата и сл. На првом месту се поставља питање легимититета такве државе да буде носилац суверене власти, па и кривичне одговорности. На овом месту указујемо да норме међународног кривичног права захтевају већи степен функционалног доприноса да би се стекло својство одговорног лица, док међународно јавно право не иде тако далеко. И овде се решење нуди кроз разликовање између државе и владе. Са друге стране, историјско искуство указује да се у овим условима често из крајње лукративних разлога прибегава и непризнавању државе као ентитета. У таквим условима не може се говорити о одговорности државе, већ само о одговорности владе коју увек доживљавамо као скуп појединаца.

Држава као субјект међународног права свој субјективитет заснива на више критеријума. То су: способност да учествује у правним односима (правна способност), способност да у међународном праву производи одређене правне последице (пословна способност), одговорност за кршења права (деликтна способност), способност покретања поступка и учешћа у поступцима ради заштите својих права (процесна способност). Међутим, у реалном животу посебно у условима оружаних сукоба, који по правилу, представљалу плодно тло за вршење међународних кривичних дела, често се као активни субјекти, могу јавити и квази државни ентитети или „субјекти слични државама“ којима међународно право признаје известан међународноправни субјективитет[631]. Ту имамо у виду разне облике организовања који укључују критеријуме као што су: територија, власт, становништво, чак и критеријум могућност ступања у односе са другим државама (које је по правилу резултанта политичке одлуке) као што су то непризнати режими, устанички и ослободилачки покрети, али и „пропале или недовршене државе[632]“.

Полазећи од наведених чињеница, поставља се питање у којој мери се овакве *de facto* творевине могу јавити као субјект кривичне одговорности полазећи од чињенице да још увек не представљају државу, али су подједнако далеко и од других облика организованих ентитета. Чак и у случајевима када се ради о устаничким покретима којима се признаје статус зараћене стране, са напоменама о неопходности поштовања норми међународног хуманитарног права, неминован је закључак да се овде једино могу применити правила о индивидуалној кривичној одговорности. Наведени закључак указује на релативност границе између индивидуалне кривичне одговорности и одговорности држава, до мере да се индивидуална кривична одговорност јавља као шира категорија од

[631] Б. Кривокапић, *Државе као субјекти међународног права*, Правни живот, Београд број 13/2008, стр. 603-611.

[632] Б. Кривокапић, *Државе као субјекти међународног права*, ibid., стр. 603-611.

одговорности државе. Можда у оваквим разматрањима можемо тражити и одговор на питање кривичне одговорности држава.

4.2. Одговорност државе

Сами почеци кодификације међународног ратног права у оквиру Института за међународно право у виду доношења Приручника о законима сувоземног рата из 1880. године чврсто су опредељени ка индивидуалној кривичној одговорности[633]. Четврта Хашка конвенција о законима и обичајима рата на копну из 1907.године, у члану 3. утврђује обавезу државе (у виду зарађене стране) на накнаду штете у случају повреде Правилника о законима и обичајима рата на копну. У односу на наведене акте који представљају израз оновременог стања у међународном праву, истински изузетак представља резолуција о криминалитету нападачког рата и о организацији међународне репресије усвојена од стране Интерпарламентарне уније 1925. године која уводи кривичну одговорност држава[634].

Први светски рат био је први оружани сукоб великих размера који је оставио последице у свим сегментима друштава. По први пут предмет организованих напада и егзекуција представљају читаве популације. У првим данима рата немачки цар Вилхелм II јасно је објавио услове рата[635]. У периоду након Првог светског рата на више нивоа разматрана је одговорност Немачке и њених савезника за бројна кршења норми „хашког права". По први пут одговорност држава, појединаца, влада, организација и државних службеника постаје опште место у новоствореном дискурсу утврђивања одговорности. Прва објава о потреби кажњавања за извршена дела учињена је од стране савезника маја 1915.године у виду декларације којом се захтева кажњавање званичника Турске због геноцида над Јерменима.

Париска мировна конференција није остала имуна на зверства и злочине који су у Првом светском рату добили колосалне размере. Члановима 228 и 229. Версајског мировног уговора утврђено је право савезника да пред националне или међународне судове изведу све који су оптужени за кршења закона и обичаја рата. Процеси против одговорних познатији као „Лајпцишка суђења" доживела су фијаско. Ни суђења пред судовима у Француској и Белгији нису одговорила задацима. Услед различитих ставова савезника узрокованих, пре свега, политичким разлозима, у Француској је процесуирано око хиљаду двеста немачких официра и војника до децембра 1924.године, док је у Белгији одржано укупно осам суђења[636]. Истовремено полазећи од члана 231. Версајског мировног уговора, утврђена је финансијска обавеза накнаде штете коју су савезницима причиниле Немачка са својим савезницима услед аката агресије. Интересантан куриозитет

[633] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр.42.

[634] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, ibid., стр. 39.

[635] У писму Аустријском цару Францу Јосефу, Вилхелм II објављује: „Све мора нестати у ватри и крви. Суштински је важно убити људе и жене, децу и старце, не остављајући ни једну кућу, нити једно дрво....Путем ових терористичких метода, рат ће бити завршен за мање од два месеца; уколико узимамо у обзир хуманост, рат ће трајати неколико година". Наведено према Nina H.B. Jorgensen, *The responsibility of States for International Crimes*, op.cit., p.4.

[636] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p.9.

представља став Немачке која је нотом од 20. маја 1919.године обавестила савезнике да је за Немачку једино прихватљива обавеза путем репарација независно од питања одговорности за рат[637].

У току Другог светског рата одлуке савезника које су претходиле установљењу Међународног војног суда у Нирнбергу нису садржале примесе кривичне одговорности држава. У том смислу и Декларација Уједињених нација из Лондона из јануара 1942.године, Декларација о зверствима донета на Московској конференцији октобра 1943.године, као и Споразум између Владе САД, привремене Владе Француске републике, Владе Уједињеног краљевства Велике Британије и Северне Ирске и Владе СССР-а са циљем гоњења и кажњавања главних ратних злочичнаца Европске Осовине из августа 1945.године остају на границама инвидуалне кривичне одговорности[638]. Тек Статут Међународног војног суда у Нирнбергу чини корак даље, који поред инвидидуалне кривичне одговорности, уводи и одговорност организација или група по основу чланства.

Сам Статут Међународног војног суда у Нирнбергу је изричито на позицијама индивидуалне кривичне одговорности. У члану 6. се прописује: „Суд установљен Споразумом наведеним у члану 1, као суд за суђење и кажњавање главних ратних злочинаца земаља Европске осовине надлежан је да суди и кажњава лица која су било као појединци, било као чланови организације извршили ма који од следећих злочина...[639]“. Сама пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу је децидна: „Злочине против међународног права врше људи, а не апстрактна бића и само кажњавањем појединаца који овакве злочине врше могу да се спроведу одредбе међународних закона[640]“. Закон број 10. Контролног савета за Немачку такође остаје на принципима индивидуалне кривичне одговорности разрађујући одговорност службених лица и организација којима се утврђује злочиначки карактер. Међународни војни суд за Далеки Исток такође се задржава на принципу индивидуалне кривичне одговорности са одређеним специфичностима.

И касније током разматрања предлога Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида било је предлога (који су долазили од британских и француских представника) да се уместо владара или јавних службеника, установи кривична одговорност државе за акте геноцида[641]. Усвојени текст Конвенције остао је на позицијама индивидуалне кривичне одговорности, са тим што је у члану 4. изричито утврђена одговорност државних руководилаца, службеника или појединаца, да би у члану 9. у делу који се односи на тумачење, примену и извршење Конвенције била прихваћена одговорност државе, с тим што се у смислу члана 9. одговорност државе односи на примену одредби Конвенције, али не и на кривичну одговорност државе за саме акте геноцида.

---

[637] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, ibid., p.10.

[638] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, Op.cit., стр. 33-38.

[639] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 39.

[640] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 58.

[641] *Official Records of the General Assembly*, Third session, Part I, Sixth Committee, Annexes, Doc. A/C.6/236.

Јасно је да суђења у Нирнбергу, насупрот теоријским залагањима у периоду између два светска рата у коме се активно разматрала кривична одговорност државе, и каснија Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида, престављају својеврсну рехабилитацију државе као могућег субјекта кривичне одговорности. Каснији захвати у виду Женевске конвенције о заштити жртава међународних оружаних сукоба од 12. августа 1949.године[642] и Први Допунски протокол о заштити жртава међународних оружаних сукоба[643] у члану 91. утврђујући обавезу државе на накнаду штете остају на нивоу грађанске одговорности држава за повреду женевских норми. Конвенција о незастаревању ратних злочина и злочина против човечности из 1968.године[644] такође се чланом 2. ограничава на појединце. Као још један од значајних подухвата наводимо и Нацрт одредби о одговорности државе из 1966.године који иако није ступио на снагу, представља вредан покушај одређивања кривичног дела државе. У члану 19. став 2. дефинше се кривично дело као повреда обавезе која је у тој мери битна за заштиту фундаменталних интереса међународне заједнице да се њена повреда сматра кривичним делом".

За утврђивање историјског развоја појма кривичне одговорности сматрамо значајним указивање и на одредбе предлога Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства из 1954.године који је такође карактеристичан по наглашеном принципу индивидуалне кривичне одговорности, иако се тематски предлог Кодекса односи на инкриминацију оних преступа који се означавају као злочини против мира и безбедности човечанства, с тим што исти обухватају и дело агресије. И каснији акти које су усвајале међународне огранизације карактеристични су по израженој одговорности државе као субјекта међународног злочина. У том смислу указујемо на Резолуцију број 3314 из 1974.године која се превасходно бавила агресијом као међународним злочином, затим Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације из 1965.године, Међународна конвенција о уклањању и кажњавању злочина апартхејда из 1973.године, те Нацрт правила о одговорности држава који утврђује државу као субјект одговорности за међународни злочин.

Крајем XX века статути *ad hoc* судова за бившу СФРЈ и Руанду изричити су у свом опредељењу непрепознавању кривичне одговорности држава. Статут Хашког трибунала у члану 6. прецизно одређује да: „Међународни суд има надлежност над физичким лицима у складу са одредбама овог Статута", док се у члану 7. став 1. такође разрађује појединачна кривична одговорност. Хашки трибунал и Међународни кривични суд за Руанду следе традицију Међународног војног суда прихватајући индивидуалну кривичну одговорност „шефа владе или одговорног државног функционера". Куриозитет представља чињеница да саме одредбе Статута Хашког трибунала нису спречиле овај Трибунал да у појединим случајевима утврђује приписивост противправних радњи државама[645] о чему сведочи поступање Хашког трибунала у предмету Тадић.

Статут Међународног кривичног суда такође остаје чврсто на линији индивидуалне кривичне одговорности с тим што у члану 25. став 4. изричито наглашава да: „Ниједна одредба овог Статута која се односи на индивидуалну кривичну одговорност не утиче на одговорност државе по међународном праву". Извесну релативизацију у погледу

[642] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[643] Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, број 16/78.

[644] Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, број 50/70.

[645] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 146-162.

одговорности примећујемо у члану 7. – злочин против човечности (члан 7. став 2. тачка и) који „присилно нестајање физичких лица“ одређује као радњу која се предузима од стране државе или политичке организације, чиме се ипак шири круг субјеката одговорности и на државу и друге организоване ентитете.

Последњи покушај конституисања одговорности државе вредан пажње представља Нацрт чланова о одговорности држава за међународно противправне акте из 2001. године. Значај овог документа огледа се у дефинисању међународног противправног акта државе, затим у погледу приписивости одређене радње држави, одређивању околности које искључују протиправност, као и у погледу санкција које се намећу „одговорној“ држави. Међутим, указујемо да и овај акт не употребљава термин као „кривично дело“, већ користи термине као што су „тешке и систематске повреде“ или „озбиљне повреде фундаменталних интереса[646]“.

Постоји више извора одговорности државе. Они могу потицати из разних извора и то, како из појединачног, тако из уговорног односа, кривичне делатности, јавне активности влада или њених органа или чак и због лошег функционисања јавних и државних служби[647]. При томе не представља свако противправно поступање државе уједно и кривично дело које за собом захтева разматрање кривичне одговорности држава. По природи ствари утврђивање овог облика кривичне одговорности подразумева постојање злочина који по свом обиму или последицама може да проузрокује одговорност државе. Теоријска схватања крећу се од тежине повреде међународног правног поретка самог по себи (Пела, Гласер, Јешек, Лист, Траинин, Марковић, Васиљевић)[648] до степена друштвене опасности који носи за собом међународни злочин државе. Запажамо да вредност људске јединке као преовлађујући критеријум још увек није тако изражен будући да је присутан у оквиру критеријума степена друштвене опасности.

Увођење противправног карактера државног чина представља несумњиво утицај позитивистичког схватања одговорности који шири појам одговорности и на кривицу. Као први пример одговорности државе по основу кривице можемо навести Версајски мировни уговор из 1919.године којим је утврђена одговорност Немачке за рат управо по основу кривице. То проистиче из потребе да се објективна чињеница наступеле штете веже за противправну радњу која се може приписати држави. Пошто виност „остаје“ проблемска категорија, код одговорности државе иде се на објективизацију појма деликта кроз проширење одговорности на принцип *culpae*. У правној теорији тек у крилу ОУН наглашава се потреба да се повуче разлика између обичног противправног чина и кажњивог дела кривичноправне природе.

Са настанком модерног међународног права, упоредо са деловањем ОУН, међународноправни поредак представља вредност по себи у односу на коју се опредељују и противправни акти државе у смислу постојања деликта који узрокује одговорност државе. Код међународних кривичних дела опште вредности међународне заједнице проглашене за универзалне вредности заузимају приоритетно место. Ова тенденција је

---

[646] Нацрт Конвенције усвојила је Комисија за међународно право на 53. седници, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixsth session, Supplement No. 10(A/56/10),* новембар 2001, превод Београдски Центар за људска права, приредио В. Х. Видановић, М. Милановић, *Међународно јавно право – Збирка докумената*, Београд, 2005, стр. 210..

[647] Б. М. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 180.

[648] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр. 11.

посебно дошла до изражаја са усвајањем Универзалне декларације о правима човека, Међународног пакта о грађанским и политичким правима и Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима.

У циљу указивања зависности времена и присутних друштвених околности у међународном друштву, указујемо да се под међународним злочином државе, чак и у периоду након Другог светског рата, насупрот теоријским залагањима, још увек сматра само поступање државе у односу према другим државама. Најсликовитији приказ представља Нацрт Правила о одговорности државе у међународном праву сачињен у оквиру Комисије за међународно право током 1976.године. У члану 19. као међународни злочин и међународни деликт истичу се: „1) акт државе који чини кршење међународне обавезе јесте међународно противправни акт, без обзира на предмет прекршене обавезе, 2) међународно противправни акт који проистиче из кршења од стране државе међународне обавезе тако битне ради заштите основних интереса међународне заједнице да се њено кршење признаје као злочин од стране целе заједнице, чини међународни злочин, 3) сагласно ставу 2. и на основу правила међународног права на снази, међународни злочин може да проистекне, између осталог, из: А) озбиљног кршења међународне обавезе суштинског значаја за одржавање међународног мира и безбедности, такве као што је забрана агресије, Б) озбиљног кришења међународне обавезе суштинског значаја за обезбеђивање права на самоопредељење народа, такве као што је забрана установљавања и одржавања силом колонијалне доминације, В) озбиљног кршења широке скале међународних обавеза које су од суштинског значаја за обезбеђивање људског бића, такве као што су забрана ропства, геноцида, апартхејда и Г) озбиљног кршења међународне обавезе суштинског значаја за обезбеђивање и очување људске околине, такве као што су забрана масовног загађивања атмосфере или мора и 4) сваки међународнопротивправни акт који није међународни злочин сагласно ставу 2. чини међународни деликт[649]“.

Неколико деценија касније, 2001.године Комисија за међународно право је утврдила Нацрт чланова о одговорности држава за међународне противправне акте. Појам и елементи аката државе одређени су у члану 2. као: радња „која се састоји у чињењу и нечињењу: А) приписива тој држави по међународном праву и Б) представља кршење међународних обавеза те државе[650]“. Примећујемо да Нацрт чланова о одговорности државе из 2001.године на знатно шири и неодређенији начин утврђује појам акта државе противног међународном праву. Акценат је стављен на услове приписивости и последице санкције за међународне противправне радње државе. У том смислу изостало је ново дефинисање међународног злочина државе. Очигледно је да су предлагачи Нацрта чланова о одговорности државе из 2001.године кренули од општег појма међународне обавезе државе тако да су се више бавили последицама противправног чина, него дефинисањем самог противправног чина.

[649]З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, ibid., стр.18.

[650] Нацрт Конвенције усвојила је Комисија за међународно право на 53. седници, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixsth session, Supplement No. 10(A/56/10),* новембар 2001, превод Београдски Центар за људска права, приредио В. Х. Видановић, М. Милановић, *Међународно јавно право – Збирка докумената*, Београд, 2005, стр. 210.

4.2.1. Правна природа кривичне одговорности државе

Питање одговорности правних лица, пре свега држава, узроковано је успостављањем привредних, финансијских веза које је носио са собом развој капиталистичког друштва, индустријска револуција и промет роба и услуга. У првим тренуцима питање одговорности односило се на положај физичких лица - странаца о чему сведоче принципи одговорности који су утврђени у Конвенцији о правима странаца из Мексико Ситија из 1901.године, да би се врло брзо трансформисало у одговорност државе због разних облика штете, још увек не на нивоу деликта. У том периоду одговорност државе се јавила у неколико облика. Обрадовић наводи следеће облике: „Грађанскоправни деликт (одговорност по основу кривице или субјективна одговорност), квази деликт (одговорност за штетне радње другог) и неделиктна одговорност (одговорност без кривице или објективна одговорност)[651]“.

Иако су још антички и средњовековни писци (Платон, Цицерон, Августин) разматрали питање одоворности за повреду мира, одговорност држава је остала везана за личност владара. Хуго Гроцијус је у свом делу „*De iure belli ac pacis*“ развио општу теорију о одговорности државе. Одговорност државе успостављена је сходно постојећим грађанскоправним деликтима. Основа Гроцијусове доктрине огледа се у постојању одговорности државе у условима када се утврди узрочна веза између повреде права, наступеле штете и кривице државе. У овом делу прокламовано је субјективно одређење одговорности, тј. као радња лица чије се деловање може приписати држави.

У каснијем историјском развоју позитивистичка школа је кренула другим правцем и одговорност државе тражила кроз теорије аутолимитације државних вољa. Обрадовић наводи да се тек почетком XX века из волунтаристичко позитивистичке школе ствара теорија о објективној одговорности или теорија о противправном чину чији је креатор Дионизио Анзилоти[652]. За ово схватање одговорности државе карактеристична је поновна актуелизација принципа приписивања одговорности, која се овог пута јавља као последица међународног противправног чина (*fait illicite international*). Противправна радња сада представља основ одговорности која се сада проширује и на област кривице. Кривица сада постаје основни услов приписивања противправног чина држави, а тиме и одговорности.

Међутим, и у овом схватању налазимо примесе *stricto sensu* схватања приликом приписивања одговорности. О томе сведочи Анзилоти који закључује: „Обичан догађај који је проузроковао штету, уколико није последица повреде дужности која проистиче из одређеног обавезивања, није довољан да се конституише у противправан чин, било зато што - имајући у виду још увек строго индивидуализирани карактер међународних односа – државе нису дужне да се уздрже од аката подобних да нанесу штету другим државама, сем у мери у којој су на то обавезане, било, пак, зато што међународне дужности по правилу немају садржину економске природе и што правно релевантна штета не може да се издвоји од прекршаја неког одређеног права[653]“.

---

[651] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, op.cit., стр. 23.

[652] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, ibid., стр. 37.

[653] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, ibid., стр. 45.

Знатно касније, тек са кодификацијама и идејама које су се развиле у крилу ОУН са Амадором креће процес раздвајања одговорности државе по основу противправног чина и одговорности по основу кажњивог дела кривичноправне природе. Комисија за међународно право дефинисала је противправни чин на следећи начин: „Постајаће међународни противправни чин државе: А) када се неко понашање које се састоји у чињењу или нечињењу може на основу међународног права приписати држави и Б) када то понашање представља прекршај неке међународне обавезе такве државе[654]“.

Константин Обрадовић проширује услове који омогућавају приписивост: „Да би се међународни противправни чин конституисао потребно је да се стекну два елемента – прво, сам објективни факат прекршаја неке конкретне међународне обавезе која обавезује дату државу и друго, да је до таквог прекршаја дошло понашањем, схваћеним у најширем смислу , као неко чињење или нечињење које се може приписати држави[655]“. Као услове приписивости Обрадовић утврђује: „ Да би се то приписивање могло обавити потребно је држави приступити као субјекту међународног, а не унутрашњег права, са једне стране и, са друге стране, читав поступак приписивања, то јест тражења правне везе између појединца који је извршио противправни чин – обична каузална веза није довољна – и државе мора се обавити са становишта међународног, а не унутрашњег права....једноставно зато што је врло тешко, ако не и немогуће, управо због разлика које, имајући у виду унутрашње устројство, постоје између држава на плану утврђивања ко се све у којим приликама и под којим условима има сматрати органом или агентом државе[656]“.

Сматрамо да овакав приступ представља еманацију норми Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године[657] која уређује поступање у међународним односима појединаца као представника држава. Међутим, у конкретном случају ми имамо у виду радње кривичних дела, па се ова запажања јављају као корисна, али недовољна за приписивост радњи кривичних дела. Аргументација која кривичну одговорност држава заснива на извршењу радње кривичног дела од стране државног чиновника, у условима када не постоји противправна наредба државе, већ само деловање државног службеника, које кривичну одговорност државе „заснива у условима када држава није предузела одговарајуће мере да тако самовољно понашање спречи, дакле, ако је испољила нехат[658]“, не може издржати приговор начина утврђивања виности државе, па је као таква неприхватљива. Овакво закључивање уводи нехат као основ кривичне одговорности који је ипак неприменљив за међународна кривична дела у ужем смислу. Уистину, тешко је замислити одговорност државе за геноцид путем нехата у условима када се радња дела предузима од државних службеника, а држава не предузима ниједну радњу да спречи радње дела, нити има сазнања о таквом поступању.

Питање правне природе одговорности државе старо је колико и питање постојања деликта уопште. Упоредо са разматрањем питања одговорности државе поставило се и питање врсте одговорности и применљивих санкција, полазећи од тога да природа одговорности директно условљава примену и врсту санкција. Анзилоти сматра да се однос одговорности исцрпљује у обавези да се да задовољење. Келсен и Гугенхајм су

[654] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, ibid., стр.97.

[655] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, ibid., стр.81.

[656] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, ibid., стр.84.

[657] Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, број 30/72 од 15.06.1972.године.

[658] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, op.cit., стр.87.

полазећи од принуде као основе међународног поретка на становишту примене санкције путем принуде. У том смислу врста санкције зависи од природе и карактера самог противправног чина[659]. Аутори као што су Луј Ле Фир, Анзилоти или Л.Х. Арехаги остају на становишту да одговорност државе представља, пре свега, одговорност за накнаду штете[660].

У циљу утврђивања правне природе одговорности државе за међународне противправне чине сматрамо илустративним одређене чланове нацрта Нацрта Конвенције о одговорности држава за међународне противправне акте. У том смислу указујемо да је чланом 31. утврђена накнада штете од стране одговорне државе. Посебно је значајан став 2. овог члана који изричито указује да „штета обухвата сву материјалну и моралну штету нанету противправним актима[661]“. У члану 34. врши се разрада облика репатријације и она се своди на накнаду штете у облику враћања у пређашње стање, новчане накнаде или задовољења, појединачног или заједничког. Новчана накнада је дефинисана у члану 36. као сва финансијска процењива штета, укључујући и измаклу добит у оној мери у којој је она доказана, док се задовољење као један вид репатријације у члану 37. одређује као признање учињене повреде, изјава жаљења или формално извињење.

Може се поставити питање у којој мери су одредбе Конвенције примењиве на међународна кривична дела које узрокују кривичну одговорност. Карактеристике појединих кривичних дела као што су геноцид или злочин против човечности у тој мери се врше уз подршку државе, што омогућава закључак да се прелази преко појединаца који врше дела и указује да светски мир и безбедност човечанства уопште својим ставовима и активностима, у првом реду, угрожавају саме државе, а не појединци[662]. Иако и сама Конвенција представља доказ несавршености међународног права, па и преовлађујућих друштвених и политичких околности у време њеног настанка, сматрамо да су одређене одредбе ове Конвенције примењиве и са становишта кривичне одговорности. У том смислу указујемо на везу коју успоставља Конвенција и са међународним кривичним делима, а која омогућава примену исте и на расправе о кривичној одговорности. У члану 49. одређене су одговарајуће противмере које оштећена држава може предузимати у односу на одговорну државу.

Илустративан је члан 50. који одређује да противмере не могу утицати на: “а) обавезу државе да се уздржи од претње или употребе силе према Повељи ОУН, б) на обавезу поштовања основних људских права, в) обавезу хуманитарног карактера која забрањују репресалије и г) друге обавезе према императивним нормама општег међународног права[663]“. О природи одговорности држава сведочи и члан 45. који утврђује да само „право оштећене државе да добије сатисфакцију не укључује захтеве који би

[659] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, ibid., стр.75.

[660] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр. 24.

[661] Нацрт Конвенције усвојила је комисија за међународно право на 53. седници, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixsth session, Supplement No. 10(A/56/10), новембар 2001, превод Београдски Центар за људска права, приредио В. Х. Видановић, М. Милановић, *Међународно јавно право – Збирка докумената*, op.cit., стр. 214.

[662] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., 2011, стр. 156.

[663] Нацрт Конвенција усвојила је комисија за међународно право на 53. седници, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixsth session, Supplement No. 10(A/56/10), новембар 2001, превод Београдски Центар за људска права, приредио В. Х. Видановић, М. Милановић, *Међународно јавно право – Збирка докумената*, op.cit., стр. 217.

нарушили достојанство државе која је извршила повреду међународног права“. У таквим условима сматрамо да потребна каузална веза не може да се заснује на чињеницама као што су сазнање о чину, непредузимање радњи да се спречи чин или чак непроцесуирање оптужених. Сматрамо да та веза мора бити истински каузална у виду доказивог саучесништва тј. у виду предузимања радњи од разнородних државних органа, које све заједно у односу на целину кривичног дела представљају *conditio sine qua non* кривичног дела у конкретном случају.

Иако је карактеристика међународног права дуализам у погледу одговорности државе, почев од Анцилотија који је прокламовао став о искључиво грађанској одговорности у виду обештећења за противправне чине, до Келсена и Гугенхајма који правни, па и међународноправни однос заснивају на санкцији, до данас нема одговора на питање какав облик одговорности се може приписати држави, односно да ли је та одговорност грађанскоправна или кривичноправна. Наравно, на овом месту умесно је поставити питање каква би била кривичноправна санкција и ко би исту спроводио на данашњем степену развоја међународног друштва.

У циљу утврђивања постојања виности, посебно виности државе, као неминовност се јавља питање државне воље. Појам државне воље не само да је значајан са аспекта утврђивања виности, већ је од значаја и за утврђивање државне личности. Келсен истиче да државна личност представља „супстрат државне воље[664]“. Са друге стране, утврђивање државне воље подразумева постојање државе као личности. Сматрамо да држава поседује субјективитет. Међутим, питање субјективитета државе не само да се не може изједначити са личношћу државе у смислу виности као основа кривичне одговорности, већ се може поставити питање постојања државне личности уопште. Ендрју Винсент истиче: „Погрешно је посматрати државу као личност која постоји по себи. То је правни мистицизам. Држава нема властито унутрашње биће, него је оруђе које се може употребити у одговарајућим ситуацијама[665]“. Полазећи од оваквог става можемо приступити приписивању радњи дела држави што по себи не значи и кривичну одговорност државе, већ сматрамо да се иста задржава на одговорности за деликт који своје последице има у виду разнородних облика репатријације који не искључују кривичну одговорност појединаца.

Разматрајући појам државне воље сваки закључак води нас психичкој вољи оних који репрезентују државу или вољама појединаца којима је поверено стварање државне воље. Поставља се питање тренутка када можемо говорити о постојању државне воље, полазећи од конкретних радњи великог броја државних органа који учествују у креирању државне воље и то законодавних, извршних или судских органа. Полазећи од наведеног, тешко је уопште говорити о постојању државне воље, пре него што буде остварена реализација физичких аката индивидуалне воље, будући да се „као државна воља спознаје инвидуална психичка воља оних људи који својим вољним актима опскрбљују сврху државе, то јест државни органи[666]“. На другој страни, су схватања која деловање свих државних органа без обзира на принципе поделе власти сматрају као деловање државе[667].

---

[664] Х. Келсен, *Главни проблеми теорије државног права*, ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 151.

[665] Е. Винсент, *Теорије државе*, Службени гласник, Београд, 2009, стр.19.

[666] Х. Келсен, *Главни проблеми теорије државног права*, op.cit., стр. 158.

[667] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 107.

Наведена схватања свој израз добила су у Нацрту Конвенције о одговорности државе за међународне противправне акте[668].

Сва теоријска схватања која иду у прилог кривичној одговорности државе полазе од чињенице да државна власт предузима радње као такве које се могу приписати држави, те у основи одговорности државе стоји јединство државних органа и институција, као и физичких лица која у својству државних органа или репрезентативних представника државе предузимају радњу кривичног дела. Сва наведена схватања проблем државне воље своде на индивидуалне воље појединаца који делују у својству државних органа или представника државе. Међутим, наведена схватања не дају одговор на питање како се индивидуалне воље појединаца тј. физичких лица транспортују на државу и које омогућавају виност државе као субјекта одговорности за кривична дела.

Једини критеријум који наведена схватања нуде јесте да се ради о државним службеницима, другим релевантним представницима државе или лицима који *de facto* представљају државу. Овом критеријуму често се додаје и чињеница да је сама радња дела предузета употребом механизама моћи којима располаже држава. Са једне стране, постоји индивидуална воља и појединачна радња физичког лица који припада државном механизму, а, са друге стране, је држава као таква коју са радњом физичког лица повезује само чињеница да је радња дела предузета уз помоћ или уз употребу државних механизама силе или моћи. Повезивањем ове две ослоне тачке одговорност државе се тражи у приписивању радње дела држави путем којих се инвивидуалне воље третирају у основи као еменација државне воље, а потом (уз доказано приписивање) и државна воља сама по себи.

На овом месту истичемо потребу да веза између ова два пола мора да буде још јаснија и видљивија како би се не само разматрала могућност приписивања, већ како би се уопште дошло на терен кривичне одговорности државе и то путем традиционалних принципа кривичне одговорности. У условима, раздвојености индивидуалних воља појединаца и државне воље, како се и може говорити о „свести“ државе према самом кривичном делу или о односу државе према последици, а да се не ради о деловању државе *ex post facto* као што упућује Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида.

Проблем државне воље у домену извршења кривичних дела постаје значајан са аспекта питања да ли воља појединаца који предузимају радњу дела може да се поистовети са вољом државе у тренутку предузимања радње дела. Ово отвара низ дилема које захтевају одговоре на питања као што су однос појединаца који врше кривична дела и државне воље, али и могућност приписивања деловања појединаца држави. Имајући у виду раније наводе и искуства, можемо да прихватимо да се радња физичког лица може одредити као радња органа једино уколико се она јавља као остварење воље државе, односно као егзекутива државне воље, али не ван постојећих нормативних оквира у којима делује држава.

Келсен чак прави разлику у погледу утврђивања државне воље између законодавних активности (који за последицу имају стварање државне воље) и активности извршних органа, јер се воља извршних органа мора кретати у оквиру државне воље која је омеђена законодавном активношћу. У том смислу се поставља питање да ли се поступање извршних органа, не само појединаца, може сматрати реализацијом државне

[668] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр.18.

воље. Ово поткрепљујемо једним примером. У предмету Ојданић и др., Хашки трибунал је утврдио постојање заједничког злочиначког подухвата у коме су учествовали сви окривљени користећи државне механизме. Кршење закона и обичаја рата представљало је део заједничког плана уклањања цивилног становништва. Са аспекта приписивости указујемо на чињеницу да је у исто време од стране правосудних органа (цивилних или војних судова) покренуто више стотина кривичних поступака због разних прекршаја и кривичних дела против одговорних лица због кршења закона и обичаја рата[669]. То доказује да и разни државни органи могу поступати различито у погледу односа према радњи дела, што свакако релативизујеу, додаћемо и компромитују, сва теоријска и нормативна решења која сваку радњу било ког државног органа сматрају довољном за приписивање одговорности држави.

4.2.2. Карактеристике кривичне одговорности државе

Једно од суштински спорних питања у поступку разматрања могућности утврђивања кривичне одговорности организованих ентитета, представља основ њихове одговорности, односно питање могућности приписивања радње кривичног дела организованим ентитетима, у овом случају државе. У условима када организовани ентитети представљају у довољној мери апстрактан ентитет, као и полазећи од чињенице да физички радњу кривичних дела предузимају физичка лица, чак и када делују као званичници или представници државе или других организованих ентитета, питање могућности приписивања радње јавља се као основ кривичне одговорности. То проистиче из нормативних извора међународног кривичног права полазећи од женевских конвенција из 1949.године које као последицу „тешких кршења конвенција утврђују и одговорност држава, страна уговорница (чл. 129, 130 и 131. Женевске Кконвенције о поступању са ратним заробљеницима)[670]“.

Како би дошло до конституисања одговорности државе за међународни противправни чин неопходно је присуство: 1) елемента који се своди на чињеницу постојања међународног противправног чина и 2) елемента који се своди на услов да је до наступања међународног противправног чина дошло чињењем или нечињењем државе на начин који подразумева могућност приписивања ових аката држави. У теорији су присутна схватања која захтевају и трећи елемент, а то је штета као последица претходна два елемента. Сматрамо да штета као последица противправног чина није нужан елемент за утврђивање одговорности државе. Ово из разлога што се одговорност државе може темељити на чињењу и нечињењу, а код међународних кривичних дела и покушај кривичног дела представља основ за утврђивање одговорности. Први елемент представља елемент објективне природе, док се други елемент представља као субјективни елемент који се разматра у односу на државу као субјект одговорности.

Утврђивање субјективног елемента подразумева утврђивање припадности чина држави, тј. утврђивање да ли се противправни чин може третирати као чин државе или као

[669] И. Марковић, *Војска Југославије и Косово и Метохија 1998-1999 – примена правила међународног права оружаних сукоба*, Војска, Београд, 2001, стр.117-122.

[670] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

акт државе. Н. Јоргенсен полазећи од природе међународних кривичних дела о основу одговорности државе закључује: „Основна црта која разграничава међународна кривична дела која учини држава од међународних кривичних дела које учини појединац и даје им посебну категорију озбиљности, је учешће целокупног бирократског апарата одређене државе у чињењу одређеног злочина. Широки основ предузимања радњи кривичних дела заснованих на експлицитној или имплицитној политици одређене државе и спровођење датих радњи од државне бирократије и администрације, као и подређених јесте основ кривичне одговорности државе. У циљу да злочин буде стављен на одговорност државе, он мора да буде осмишљен и започет од стране државе. Другим речима, дело мора да буде систематично[671]“.

У теорији међународног права спорно је како се један акт који је противправан у својој суштини може приписати државама као субјектима међународног права. У овом раду ми ширимо проблемско поље са државе и на друге организоване ентитете. Указујемо на квалитативно значајан предлог Комисије за међународно право у виду Кодекса о одговорности државе. У том смислу истичемо члан 4. који гласи: „1) Радња неког државног органа ће се сматрати актом државе по међународном праву, независно од тога да ли тај орган обавља законодавну, извршну, судску или неку другу функцију, независно од положаја који тај орган заузима у организацији државе и независно до тога да ли је у питању орган централне власти или неке територијалне јединице државе и 2) Органом ће се сматрати свако лице или тело које има тај статус по унутрашњем праву државе“.

На основу наведеног, очигледно је да се као један од услова приписивања јавља статус органа који је предузео радњу. Под статусом се подразумева однос између органа који предузима радњу дела и саме државе. Сматрамо да овакво решење представља широко одређење, имајући у виду да без обзира на испуњеност претходног услова у виду статуса органа који предузима радњу, саму радњу опет предузимају одређена физичка лица. Стога, сматрамо да претходно питање представља утврђивање односа између физичких лица која предузимају радњу и самог органа, а тек потом однос тј. статус самог органа у односу на могућу оцену да се ради о акту државе у смислу члана 4. Кодекса. Додатну дилему ствара одлука Међународног суда правде који закључује да: „израз државни орган онако како се користи у међународном обичајном праву и у члану 4. Кодификације Комисије за међународно право, означава једног или више појединаца или заједничких тела који представљају организацију државе и делују у њено име[672]“.

Оваквом приступу се може замерити да снижава услов у виду нормативног статуса једног органа у устројству државе, избегавајући одређење које користи Конвенција као што је статус законодавног, извршног или судског органа, већ га поједностављено означава као појединца или заједничко тело које представља државу. При томе се не означавају критеријуме на основу којих би се један орган могао јавити у својству „представљача државе“. Ово образлажемо практичним разлозима полазећи од искуства које показује да група лица која предузима радњу, чак и када имају својство овлашћених лица неког државног органа или органа који делује у оквиру организованог ентитета, не наступају нужно увек у име и за рачун органа, већ могу иступати и предузимати радње независно од самог организованог ентитета, често злоупотребљавајући статус, нормативна

[671] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p.112.

[672] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 388.

овлашћења, па и средства органа коме припадају, а која се употребљавају приликом вршења деликта.

Указујемо и на члан 8. Кодекса међународних злочина који уводи још једну могућност према којој: „Радња лица или групе лица ће се сматрати актом државе по међународном праву ако то лице или група лица поступају по упутствима државе или су под њеним руководством или контролом“. Ово представља увођење алтернативног приписивања радње дела путем критеријума руководства или контроле. Овакав приступ нужно отвара потребу да се у сваком конкретном случају утврђује као чињенично стање карактер „руководства“ или „контроле“. У том смислу указујемо да сама радња контроле треба да буде уздигнута на ниво ефективне контроле. Ефективна контрола, посебно код међународних кривичних дела, подразумева не само контролу над предузимањем радњи у виду давања наредби, већ и контролу над спровођењем наредби, као и контролу која би подразумевала могућност спречавања предузимања радњи дела.

Даље, истичемо да дефинисање радње у члану 8. Кодекса не одређује да ли се ради о више појединачних радњи или се радња третира на генерички начин као целокупан процес вршења дела, која посебно код међународних кривичних дела подразумева предузимање више различитих радњи у времену и простору. Одговор на ово питање дао је и Међународни суд правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије: „Правила приписивости некој држави наводног међународног противправног дела, не мењају се са природом противправног дела у питању, у одсуству јасно изнетог *lex specialis*-а. Сматраће се да је геноцид приписив некој држави уколико су, и у оној мери колико су, физичка дела која чине геноцид која су извршили органи или лица која нису агенти те државе била извршена, у целини или делимично, по инструкцијама те државе или под њеним руководством или под њеном ефективном контролом[673]“.

Оваквом схватању може се замерити алтернативно постављање услова. Наиме, имајући у виду природу међународних кривичних дела сматрамо да су услови требали да буду постављени кумулативно. Овакво закључивање приближава се принципу „опште контроле“. Наведена дилема отвара питање могућности државе или организованог ентиетета да контролишу поступање органа, односно поступање физичких лица која предузимају радње дела уз употребу формалног легитимитета државног органа. Сама чињеница да држава или други организовани ентитети не контролишу фактички или формално поступање једног органа, утиче на могућност приписивања радњи ових органа у односу на државу. Уколико ипак постоје могућности утицаја на поступање ових органа, онда се непредузимање радњи јавља као нечињење што нас уводи у воде нехата који се код кривичне одговорности за међународна кривична дела примењује у делу командне одговорности и стандардима типа „знао“ или „био у прилици да зна“.

У пракси је присутан став да се одговорност државе може заснивати на карактеру незаконитог акта који је остварен на територији државе. У пресуди у предмету између Велике Британије и Албаније од 09. априла 1949.године, Међународни суд правде закључује: „Да се знање о постојању минских поља не може приписивати албанској влади на основу просте чињенице да су мине откривене у албанским територијалним водама... не може се закључити из просте чињенице контроле коју држава врши над својим територијалним водама да је та држва нужно знала или требало да зна о било ком

[673] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 401.

незаконитом акту извршеном овде“. Без обзира на наведени став суд је одлуку о одговорности засновао на чињеници да се ради о постављању мина „које није могло бити обављено без знања албанске владе[674]“.

На основу наведеног, извесно је да приписивост радњи органа једној држави зависи од чињенице сазнања и чињенице могућности да спречи поступање органа или појединаца који иступају у име органа. Зато је питање деловања или могућности деловања државе или другог организованог ентитета више него реторичко и захтева процес доказивања у сваком конкретном случају *per se*. У предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, Република Србија као тужена држава изнела је у одговору на тужбу схватање да се члан 9. Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948.године односи на „одговорност државе која произилази из неиспуњавања њених обавеза о спречавању и кажњавању злочина геноцида предвиђених у чл. 5, 6 и 7. Конвенције, док би, са друге стране, одговорност неке државе за дело геноцида које је починила држава сама била искључена из предмета Конвенције[675]“.

Међународни суд правде није прихватио ову аргументацију са образложењем да члан 4. Конвенције укључује одговорност државе за поступке њених органа. Међутим, образложење Међународног суда правде је у једном делу контроверзно: „Суд, дакле, закључује да су државе уговорнице Конвенције дужне да не врше геноцид кроз поступке својих органа, лица или група лица чији су поступци њима приписиви.... Тачно је да се концепти коришћени у тачкама (б) до (д) члана 3., а посебно концепт саучесништва односе на добро познате категорије кривичног права и да се чини да су они, као такви, добро прилагођени за спровођење кривичних санкција против појединаца. Међутим, не би било у складу са циљем и наменом Конвенције да се оспорава да међународна одговорност државе - иако потпуно различита по свом карактеру од кривичне одговорности – може настати једним од тих дела, осим самог геноцида која су таксативно наведена у члану 3...Суд је потврдио да се уговорне стране Конвенцијом обавезују на невршење преко својих органа, лица или група чији су поступци њима приписиви - геноцида и других дела таксативно наведених у члану 3. Из тих разлога, ако неки орган државе, лице или група чији су поступци легално приписиви тој држави, изврши неко од дела забрањених чланом 3. Конвенције, настаје међународна одговорност државе[676]“.

Овакво резоновање отвара два значајна питања на које сама Пресуда у наведеном предмету не даје одговор. Прво питање односи се на увођење могућности да се геноцид приписује држави не само преко органа или лица која делују у име и за рачун државе, већ и преко лица која врше дело, а чија делатност се може приписати држави. Друго питање представља утврђивање виности државе у односу на геноцид утврђујући однос државе према радњама кривичног дела. У том смислу се указује на одређење „групе лица чији су поступци њима приписиви“ која се доводе у везу са државом и државним поступком. Посебно је интересантно и одређење да се поступци наведене групе лица (која није идентична групи лица која иначе делују у име и за рачун државе) легално приписују држави.

[674] I.C. J. Reports, 1949, pp.18, 22, 23.

[675] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 151.

[676] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 179.

Нејасно је о каквој легалности приписивања се ради у условима када сама група лица очигледно није део организованог система у нормативном смислу имајући у виду истакнуту легалистичку парадигму. Уколико је циљ Међународног суда правде био стварање могућности приписивања радњи групи лица која се јављају као парадржавни или квазидржавни делови система, употреба захтева о легалном приписивању држави радњи ових лица онемогућује приписивање одговорности. Овако диференцирање субјеката који у име и за рачун државе могу извршити дело геноцида доводи до проширења субјеката који могу да изврше дело, а које је могуће приписати држави. Сматрамо да је овакво закључивање супротно тумачењу и примени Конвенције у смислу примене *stricto sensu*, што представља једно од значајнијих обележја геноцида из Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида.

Посебно питање могућности приписивања дела представљају случајеви у којима се веза између органа који врше дело и организованог ентитета коме се дело приписује не заснива на унутрашњем праву или на другом облику унутрашњеправног повезивања. Указујемо да се таквим случајем бавио Међународни суд правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије. Након извођења доказа, насупрот утврђеним чињеницама да су снаге војске Срба у Босни и Херцеговини, биле финансијски и логистички повезане са Војском Савезне Републике Југославије[677], суд је закључио да се у овом случају акти кривичног дела не могу приписати другој држави.

Сличан закључак Међународни суд правде је изнео у предмету Никарагва против САД у коме се инсистира на квалитативном карактеру односа када суд: „мора да утврди ... да ли је или није природа односа контраша са Владом САД представљала однос зависности, са једне стране, и контроле, са друге стране, да би било исправно да се контраши изједначе са правног аспекта са органом Владе САД, односно да су они деловали у име те владе....учешће Сједињених држава, чак и ако је премоћно или одлучујуће у финансирању, организовању, обуци, снабдевању и опремању контри, избору војних или паравојних циљева, планирању операција у целини, је, према доказима којима суд располаже, још увек само по себи недовољно да би се акти које су учиниле формације контре током војних или паравојних операција у Никарагви приписали Сједињеним државама.

Сви ови облици учешћа над снагама које су биле у високом степену зависности од ње, не би сами по себи, без додатних доказа, значили да су САД наредиле или приморале на извршење дела супротних људским правима и хуманитарном праву које наводи држава тужилац. Та дела су припадници контре могли лако учинити изван контроле САД. Да би се говорило о правој одговорности САД требало би у принципу доказати да је та држава имала ефективну контролу над војним и паравојним операцијама током којих су наводне повреде учињене[678]“.

Такође, правна теорија не даје одговор на питање о могућности приписивања одговорности у условима када једна држава (или организовани ентитет) ставља своје органе другим властима, тј. властима друге државе или квазидржавног ентитета на располагање. У овим случајевима органи једне државе, иако припадајући органи те

[677] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 388.

[678] Пресуда Међународног суда правде у предмету Никарагва против САД, Извештаји Међународног суда правде, 1986, параграф 109, 115.

државе, не иступају у име и за рачун државе „уступиоца“, већ у име и за рачун других власти. Овакве хипотезе отварају низ других питања, као што су: контрола, финансирање, могућност утицаја, могућност спречавања дела итд. Сматрамо да у овом случају питање приписивости не зависи од самих органа (или појединаца уколико желимо да останемо на трагу Конвенције), већ би се могућност приписивања морала тражити у сферама односа између саме државе „уступиоца“ или друге јавне власти са нагласком у погледу доказивања потребне намере употребе органа друге државе и евентуалног пристанка државе „уступиоца“ на такву употребу. Овакве празнине отварају велике и подједнако опасне могућности приписивања одговорности државама које не учествују директно у радњама дела.

Из тих разлога сматрамо да је и у случајевима када се приписивање тражи преко критеријума контроле неопходно да се могућност контроле испитује од случаја до случаја и да овај принцип не сме да трпи било какве изузетке. У супротном, уколико се могућност контроле посматра у целини или *an generale*, велике су могућности да се приписивање врши путем интерпретације историјских или геополитичких амбиција или планова. Такав пример налазимо у пракси Хашког трибунала који закључује: „Држава која врши контролу је први сусед држави где се одвијају сукоби који улазе у политику која тежи да оствари експанзионистички план. У овом случају генерална контрола је довољна да тужена страна буде реално и ефикасно умешана у активно дејство различитих српских снага које су оперисале на територији Босне и Херцеговине[679]“.

Овакав закључак омогућава лако приписивање одговорности. На потпуно супротном стандарду закључивања је Међународни суд правде у предмету Никарагва против САД који радње обуке, финансирања, организовања, снабдевања и опремања не сматра довољним основом за приписивање одговорности, већ захтева као стандард приписивања „ефективну контролу над војним и паравојним операцијама током којих су наводне повреде учињене[680]“. Очигледно је да Међународни суд правде захтева услов више за приписивање, а то је ефективна контрола на војним и паравојним операцијама, дакле над целокупним операцијама које се предузимају, у оквиру временског периода у коме се операције предузимају, а које су исходиле повреде правних норми. Уколико узмемо у обзир услов “контроле над војним операцијама“, јасно је какав квалитет ефективне контроле се захтева.

Међународни суд правде је у предмету Никарагва против САД[681] разматрао да ли се поступци побуњеника могу приписати САД на основу чега би САД сносиле одговорност. Суд је направио поделу на три групе побуњеника. Прву групу представљали су представници америчке владе и америчке војске који су учествовали у побуни. Међународни суд правде је заузео став да се њихови поступци могу приписати САД. Другу групу чинили су појединци припадници *Unilaterally Controlled Latino Assets (UCLA).* Међународни суд правде је стао на становиште да се и њихови поступци могу приписати САД полазећи од чињенице да су исти били плаћени од стране САД, као и из разлога што су представници САД учествовали у планирању, командовању или спровођењу оружаних акција. Трећу групу чинили су сами побуњеници. Међународни суд правде је заузео становиште да се њихови поступци могу приписати САД уколико се

[679] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 138-139.

[680] Пресуда Међународног суда правде у предмету Никарагва против САД, Извештаји Међународног суда правде, 1986, параграф 109, 115.

[681] ICJ Reports (1986).

утврди постојање ефективне контроле САД над побуњеницима. Суд је закључио да су САД одговорне за планирање, давање упутства и подршку побуњеницима, али је одбацио одговорност САД за кршење хуманитарног права од стране побуњеника. Овај предмет је значајан зато што је Међународни суд правде одредио критеријуме за приписивост одговорности на три нивоа: 1. да ли су у питању државни органи или 2. да ли су под ефективном контролом државе, односно: а) да ли их држава плаћа и б) да ли њихове акције координише и надгледа држава и в) да ли држава издаје посебна упутства за сваки противвправни акт.

У овом разматрању суд је одредбе о приписивости примењивао *stricto sensu:* „...Учешће (...)Сједињених Држава, чак иако је премоћно или одлучујуће у финансирању, организовању, обуци, снабдевању и опремању Контри, избору војних или паравојних циљева, планирању операција у целини, је, према доказима којима Суд располаже, још увек само по себи недовољно да би се акти које су починиле формације Контре током војних или паравојних операција у Никарагви приписали Сједињеним Државама. Сви горе поменути облици учешћа Сједињених Држава, па чак и општа контрола тужене државе над снагама које су биле у високом степену зависности од ње, не би сами по себи, без додатних доказа, значили да су Сједињене Државе наредиле или приморале на извршење дела супротних људским правима и хуманитарном праву које наводи држава тужилац. Та дела су припадници Контре могли лако починити изван контроле Сједињених Држава. Да би се говорило о правој одговорности Сједињених Држава требало би у принципу доказати да је та држава имала ефективну контролу над војним и паравојним операцијама током којих су наводне повреде почињене[682]“.

Питањима приписивања радње дела држави бавио се и Хашки трибунал који је изнео критички осврт према закључцима Међународног суда правде у предмету Никарагва против САД, заснивајући критике на разликовању (у предмету Никарагва) између инвивидуалне кривичне одговорности и одговорности државе покушавајући да одговорност државе изједначи са индивидуалном кривичном одговорношћу починиоца и одбацујући „тест зависности и контроле“ као неадекватан одговор у односу на постављени тест „агентуре“ и „ефективне контроле[683]“. Хашки трибунал у премету Тадић, разматрајући „услове под којима се може сматрати да оружане снаге које се боре против централних власти исте државе у којој живе и делују, заправо делују у име друге државе[684]“. На овом месту указујемо да куриозитет овог случаја представља деловање оружаних формација у односу на централну власт које имају домицилни карактер, али које делују у име друге државе. Видимо да је Хашки трибунал у овом случају третирао радње оружаних формација као деловање у име друге државе, а не као радња побуњеничког покрета у смислу члана 10. Нацрта чланова о одговорности држава. Касније Хашки трибунал одређује предмет разматрања као одговорност државе по основу „неке мере“ контроле над починиоцима[685] чиме се удаљава од првобитно постављеног питања које се заснива на *de facto* чињењу.

У циљу утврђивања одговорности за радње *de facto* органа Хашки трибунал је могућност приписивања разматрао кроз утврђивање следећих услова: 1) да ли појединци

[682] Наведено према М. Сасоли, А. Бувије, *Како право штити у рату?Случајеви и документа*“, Међународни комитет Црвеног Крста, Београд, 2003, стр. 48.

[683] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 112.

[684] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 91.

[685] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 96.

или неорганизоване војне групе поступају по посебним упутствима државе или по њеном накнадном одобрењу; 2) да ли држава свеукупно контролише оружане групе или неорганизоване војне групе и 3) да ли се појединци понашају као државни органи у оквиру неке структуре државе[686]. Основна тенденција Хашког трибунала јесте да је напуштен принцип ефективне контроле *stricto sensu* који је прихватио Међународни суд правде у предмету Никарагва, уз одбацивање критеријума високог прага контроле. Хашки трибунал закључује: „Степен контроле може, међутим, варирати зависно од чињеница и околности сваког појединог случаја. Жалбено веће не види зашто би у свим замисливим околностима међународно право захтевало високи праг контроле. Напротив, могуће је раздвојити различите ситуације[687]“.

Наведеном релативизовању ставова у предмету Никарагва додатно је допринео закључак Хашког трибунала који захтева само „општу контролу над групом као целином[688]“ не улазећи у однос државе и појединаца- починиоца дела. Хашки трибунал основ за ово тумачење налази у одредбама члана 10. Нацрта одредби о одговорности држава и закључује: „Уопштено говорећи, може се тврдити да је читав корпус међународног права и одговорности држава заснован на прагматичном схватању одговорности, које се не обазире на правне формалности, него му је циљ обезбедити да државе које неке функције повере појединцима или групама појединаца одговарају за њихова дела, чак и када су она супротна упутствима које је издала држава[689]“.

Још један куриозитет вредан критичке пажње јесте и чињеница да се Хашки трибунал у оправдању својих закључака позивао на пресуде националних судова. Тако овај Суд у помоћ позива пресуду немачког суда у Диселдорфу од 26.09.1997.године који је у Предмету Јоргић утврђивао закључке о повезаности једне државе и домицилних оружаних формација које делују на територији друге државе, не наводећи при том чињенице, нити начин закључивања, већ само општи закључак[690] (иако сам Хашки трибунал констатује да суд у Диселдорфу „није испитивао да ли су конкретна дела која је починио оптужени или други босански Срби наредиле власти Савезне Републике Југославије[691]“).

У делу у коме се разматра одговорност за дела појединаца као *de facto* органа државе Хашки трибунал закључује: „ Закључно Жалбено веће сматра да код утврђивања да ли се појединац који по националним законима нема статус државног функционера може сматрати *de facto* органом државе, међународна правила не захтевају увек исти степен контроле. Потребан степен контроле над наоружаним групама или приватним лицима варира. Ако је потребно утврдити да ли је једно приватно лице или група која није војно организована деловала као *de facto* орган државе у извршавању одређеног дела, ваља установити да ли је та држава дотичном појединцу или групи издала конкретна упутства за извршење тог конкретног дела. Алтернативно ваља утврдити да ли је држава *ex post facto* подржала или одобрила противправно дело. Напротив, контрола државе над подређеним војним снагама, милицијама или паравојним јединицама може имати општи

[686] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 98.
[687] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 117.
[688] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 120.
[689] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 121.
[690]Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 128.
[691] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 129.

карактер (и мора обухватати више од пуког пружања финансијске помоћи и војне опреме или обуке).

Тај услов, међутим, не иде тако далеко да захтева издавање конкретних наређења или руковођење сваком поједином операцијом од стране државе. Према међународном праву није потребно да власти које врше контролу и планирају све операције јединица које од њих зависе, да бирају циљеве или дају конкретна упутства за вођење војних операција и евентуалних кршења међународног хуманитарног права за која се тврди да су се догодила. Може се сматрати да постоји контрола какву тражи међународно право кад држава (у контексту оружаног сукоба) игра улогу у организовању, координисању или планирању војних акција војне групе, уз то што групу још и финансира, обучава и опрема или јој пружа оперативну подршку. Дела која је извршила група или њени чланови могу се сматрати делима *de facto* органа државе без обзира да ли је држава која врши контролу издала икаква конкретна упутства за почињење сваког од тих дела[692]".

Видљиво је да Хашки трибунал у утврђивању одговорности појединца који се може сматрати *de facto* органом државе (на основу чега се врши приписивање одговорности држави) поље приписивања одговорности поставља још шире, омогућавајући више облика приписивања. Хашки трибунал се креће широком амплитудом односа државе према појединцу (извршиоцу дела) од издавања конкретних упутства за извршење дела, до контроле државе која се заустављa на општем карактеру контроле, која чак и не мора да подразумева издавање конкретних наређења. Овакво закључивање не само да одступа од одредби Нацрта Конвенције о одговорности држава, већ је и у директној супротности са одредбама Нацрта који (у члану 8.) јасно опредељују да се могућност приписивања односи само на радње лица или групе лица, али не и на целокупне организоване системе, што Хашки трибунал очигледно пренебрегава.

Посебно је споран закључак Хашког трибунала: „Праг се може лакше установити ако је држава која врши контролу уједно суседна држава са територијалним претензијама према држави у којој се одвија сукоб, при чему држава која врши контролу покушава остварити територијално повећање путем оружаних снага које контролише[693]". Оваквим закључивањем Хашки трибунал омогућава да се приписивање одговорности држави заснива на искључиво политичким критеријумима као што су: „територијалне претензије" или „територијално повећање" као политичким циљевима који не морају да буду јавно објављени. Овако широко постављен тест приписивања одговорности захтева од суда, између осталог, да крене у процес утврђивања геополитичких, историјских и политичких циљева државе којој се приписује одговорност[694].

---

[692] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 137.

[693] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 140.

[694] Карикатуралне размере оваквог приступа видљиве су у делу пресуде Жалбеног већа Хашког трибунала у предмету Тадић, у коме се однос зависности подобан за приписивање одговорности доказује улогом органа Савезне Републике Југославије при закључивању Дејтонског и Париског мировног споразума 1995.године, као и каснијим политичким разлазом између политичких вођстава Савезне Републике Југославије и Републике Србије, те саставима делегација и преписком руководства Савезне Републике Југославије са земљама учесницима мировног процеса. Хашки трибунал закључује: „*Ex post facto* потврду чињеница да је кроз више година (у сваком случају између 1992. и 1995. године) Савезна Република Југославија вршила општу контролу над Републиком Српском у политичком и војном домену могуће је наћи у процесу преговора и закључењу Дејтонско-Париског споразума 1995.године. Наравно, склапање Дејтонско-Париског

Још један сегмент у овом контексту је вредан пажње. Односи се на чињеницу постојања и примене интерног закона тј. закона државе за који Сел истиче да не садржи директну, већ потенцијалну одговорност[695]. То је чињеница која се односи на услове функционисања организованог система контроле у једном организованом систему. Ту, пре свега, имамо у виду карактер једног организованог система. Нема сумње да у условима ауторитарних поредака, могућност приписивања одговорности у великој мери одступа од могућности приписивања одговорности у демократским системима у којима функционише систем поделе власти. У условима недемократских режима, приписивање деловања једног органа или дела система нужно води ка појединцу који представља еманацију власти, што нас нужно води на терен индивидуалне кривичне одговорности.

Овакав закључак има своје утемељење не само у разматрању услова и могућности приписивања одговорности државама, већ и у историјском прегледу развоја одговорности. Ту имамо у виду, пре свега, чињеницу да још Хуго Гроцијус закључује да владар који поведе неправедан рат навлачи на себе међународну одговорност. Ова тенденција била је присутна и у време Версајског мировног уговора који је предвиђао одговорност немачког цара када „...савезничке и удружене силе јавно оптужују Вилхелма другог Хохенцолера, цара Немачке због врхунског злочина против међународног морала и савести уговора". Да би извршилац одбио наређење, оно мора бити „очигледно незаконито". Незаконитост „мора да се вије као црна застава, као упозорење на којем пише „Забрањено". Другим речима, што се тиче човека који мора да одлучи хоће ли послушати или не, наређење мора бити јасно обележено као изузетак, а невоља је што се у тоталитарним режимима, а посебно током последњих година Хитлеровог режима, то обележје недвосмислено односило на не-злочиначка наређења...[696]"

Једна од карактеристика држава која је од значаја за утврђивање приписивања радњи држави на данашњем степену развоја међународног права представља и унутрашње устројство државе и карактер државе (демократска, недемократска, либерална држава).

споразума 1995. године не може представљати непосредан доказ о природи везе која је постојала између војске босанских Срба и војске Савезне Републике Југославије након маја 1992. године и стога нипошто нема одлучујућу важност за питање контроле у том периоду. Ипак, Дејтонско-Париски споразум може се посматрати као врхунац дугог процеса. Тај процес је изискивао дијалог са свим политичким и војним снагама које су вршиле стварну власт на терену (било *de facto*, било *de iure*), као и сталну спремност да се реагује на промењиву војну и политичку ситуацију тих снага. Политички процес који је кулминирао Дејтоном почео је убрзо након избијања непријатељстава и трајао је током кључног периода који овде разматрамо. У оној мери у којој је обим тог процеса одраз стварне структуре моћи која је постојала у Босни и Херцеговини током читавог сукоба. Дејтонско-Париски споразум омогућава нарочит увид у политичку, стратешку и војну стварност која је владала у Босни и Херцеговини до 1995. године, укључујући мај 1992. године. Чињеница да је од 04.08.1994. године Савезна Република Југославија, чини се, прекинула подршку Републици Српској јер југословенско вођство није имало поверења у Републику Српску, није без значаја. У ствари, тај „раскид веза" управо наглашава високи степен опште контроле Савезне Републике Југославије над Републиком Српском јер је убрзо након повлачења подршке Савезне Републике Југославије, Република Српска увидела да нема много избора сем да се повинује власти Савезне Републике Југославије. Стога, Дејтонско-Париски споразум може индиректно осветлити стварно стање командовања и руковођење војском босанских Срба која је постојала у време кад је наизглед прекинута веза између Војске Републике Српске и Војске Југославије, а може помоћи и у оцени да ли је након тога Савезна Република Југославија наставила да контролише војску Босанских Срба.", Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 157-160.

[695] Б. М. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, op.cit., стр.182.

[696] Х. Арент, *Лична одговорност под диктатуром,Заточеници зла: завештање Хане Арент*, op.cit., стр.13.

Ту, пре свега, имамо у виду и чињеницу да су бројне државе организоване као сложене државе састављене од једне или више јединица. Те јединице имају и своја изворна овлашћења која су у појединим државама и предмет уставноправне заштите. Зато се поставља питање у којој мери се може говорити о приписивању одговорности државе у условима када је противправни чин почињен од стране федералне јединице. Не треба губити из вида могућност да односи између држве и федералне јединице могу бити организовани на такав начин који не омогућава држави могућност контроле или предузимања делотворних мера против аката или радњи које се предузимају од стране органа федералне јединице. У овим случајевима карактер „унутрашњег правног спора" је од пресудне важности. У том смислу критички осврт захтева став да се и у овим случајевима ради о одговорности савезне државе у случају да федерална јединица нема међународноправни субјективитет[697]. Ово из разлога што би се приписивање у том случају свело на аутоматизам, без потребе да се утврди јасна и недвосмислена узрочно последична веза између радње и противправног чина, независно од тога да ли се деловање државе може посматрати пре, у време извршења дела или *ex post facto*.

Са друге стране, овакав став, иако проистиче из одредбе Нацрта Конвенције о одговорности држава, који у члану 4. изричито не дозвољава овакву врсту диференцијације[698] није у стању да уважи специфичности државног устројства појединих држава које се налазе на граници конфедералног уређења. Овде посебно имамо у виду чињенице да у појединим условима држава субјект међународног права није у могућности да утиче на поступање појединих федералних или других територијалних јединица, што због уставног уређења, што због узрока који представљају фактичко стање у коме држава нема правне могућности, нити фактичке могућности да контролоше федералне или друге територијалне јединице. Зато указујемо да је вредан пажње став у случају Пела (Pela) који је заузет у раду француско мексичке арбитражне комисије да: „је савезна држава одговорна за све поступке држава чланица којима је нанета штета страним држављанима, чак и када устав забрањује да федерална власт надгледа поступке држава чланица или да им наређује да поступе у складу са међународним обавезама[699]".

Сматрамо да се у сваком поступку утврђивања одговорности државе не може заобићи бављење унутрашњим правним поретком. Уосталом, утврђивање чињенице да ли један орган представља орган државе или положај лица који су предузели противправан чин у основи захтева бављење унутрашњим правом једне државе које стоји у основи приписивања одговорности. Сличан проблем се може јавити и са локалним самоуправама. Незаобилазну чињеницу која такође заслужује пажњу у процесу утврђивања одговорности представља и степен децентрализације једне државе са аспекта унутрашњег права. Уопштено, и овакви случајеви несумњиво захтевају разраду и сагледавање унутрашњег правног карактера државе. Карактер државе такође представља незаобилазну чињеницу. Ту имамо у виду карактер демократског одлучивања и доношња одлука од стране легално изабраних тела, те функционисање принципа поделе власти. До Другог светског рата су

---

[697] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, op.cit., стр.100.

[698] „Радња неког државног органа ће се сматрати актом државе по међународном праву, независно од тога да ли тај орган обавља законодавну, извршну, судску или неку другу функцију, независно од тога да ли је у питању орган централне власти или неке територијалне јединице те државе."

[699] В. Димитријевић, О. Рачић, В. Ђерић, Т. Папић, В. Петровић, С. Обрадовић, *Основи међународног јавног права*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005,стр.282.

били гласни предлози да држава одговара само за акте својих управних органа, не и за акте законодавних тела[700].

Један од услова за приписивање радњи дела представља утврђивање својства органа правног или чак и физичког лица. При томе, и Нацрт Конвенције о одговорности држава врши диференцијацију између радње државног органа и радње лица или тела који врше елементе државне власти и радње органа кога је држави на располагање ставила друга држава. Следећи корак представља утврђивање да ли је орган или физичко лице у тренутку извршења дела деловао као орган државе. То што се тренутак оцене деловања правног или физичког лица као органа државе не може ограничити само на тренутак извршења дела, већ подразумева и оцену поступања пре извршења дела (имајући у виду непредузимање радњи спречавања дела) или након дела (имајући у виду непредузимање радњи усмерене ка гоњењу одговорних за извршено дело).

Само питање приписивања радњи дела зависно је од многих фактора. Ти фактори могу проистицати, како из међународног, тако и унутрашњег права. Правна теорија је по овом питању заузимала различите ставове. Посебно указујемо на значај друштвених околности које су пратиле расправу о приписивању радњи дела држави. Обрадовић управо у разлозима друштвене природе тражи исходишта различитих ставова правне теорије о условима приписивања радњи дела држави. Истиче да се схватање суверености или однос унутрашњег и међународног права јавља као једна од чињеница које су имале огроман значај за утврђивање приписивања радњи дела државама. Обрадовић закључује: „Ако се сувереност прихвата као категорија која је по свом карактеру скоро апсолутне природе, као што је то био случај још крајем XIX века, доктрина је склона да унутрашњем праву да много већи значај но данас када природа међународних односа тај појам све више релативизује.

Својеврсно фетишизирање унутрашњег права навешће старије писце да узимају као искључиви критеријум према коме би се утврдило ко је орган државе, унутрашње право којим је утврђена државна организација или заступају тезу према којој нижи органи, ако делују мимо овлашћења и ван својих надлежности, својим актима не обавезују државу, уколико њихову противправну радњу потом не ратификује виши орган, рецимо парламент као носилац суверенитета[701]“. У том смислу су илустративни ставови Дама који сматра да само унутрашње право одређује која лица делују у име државе, те указује да се у унутрашњем праву налазе услови за приписивање аката држави или Левин који захтева да држава мора да оснажи на неки начин противправни чин нижег органа како би постојала одговорност државе.

Посебно питање представља деловање *de facto* појединаца и органа и приписивање њиховог противправног деловања једној држави. Није непозната, нити превише апстрактна могућност да једна држава може да делује преко неформалних група или појединаца. Ово је примећено још у Хашком правилнику о рату на копну уз Четврту Хашку конвенцију из 1907.године која у члану 2. познаје могућност поистовећивања становништва неокупиране територије које се спонтано дигло на оружје са учесником у рату као органе окупиране државе *de facto*. У прилог изнетом наводимо пример тзв. „кризе талаца“ у Ирану поводом које је Међународни суд правде заузео став да се заузимање амбасаде САД и лишавање слободе дипломатског особља од стране појединаца које нису

[700]К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, op.cit., стр.121.

[701] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, ibid., стр.114.

били формално представници државе, ипак може приписати држави с обзиром на стварне везе између ових појединаца и државе, као и случај отмице Ајхмана 1960.године за који је Аргентина оптужила Израел. Израел је прихватио да да задовољење Аргентини због повреде суверенитета иако је противправни чин предузет од стране физичких лица која нису имала доказане формалне везе са државом Израел.

Принцип стварне везе може се поистоветити са принципом ефективитета. Комисија за међународно право је прихватила принцип стварне везе. У тексу Нацрта предлога Конвенције о одговорности држава је примена принципа стварне везе појединаца и државе одредила више модела повезивања или приписивања[702]. У члану 5. као акт државе по међународном праву сматра се радња лица или тела који не представљају орган државе у смису члана 4., али су по праву те државе овлашћена да врше елементе државне власти и ако у су датом случају то лице или тело поступали у том званичном својству. У члану 8. Нацрта Конвенције услов приписивања акта држави представљен је као поступање по упутствима државе или су под управљањем државе или њеном контролом, да би у члану 9. приписивање било нормирано и у односу на *de facto* поступање у смислу наступа групе лица или једног лица у виду фактичког вршења елемената државе власти, у одсуству или због пропуста званичних власти.

Још један пример уважавања начела ефективитета налазимо и у околностима које је изнедрила Повеља ОУН у виду предузимања принудних мера сходно глави 7. Повеље ОУН. Наиме, током рата у Кореји 1950-1951. године поставило се питање титулара одговорности путем приписивања за проузроковану штету. У конкретном случају заузет је став да се одговорност не може приписати ОУН, већ САД које су ефективно руководиле војним операцијама, па су трупе које су деловале формално под заставом ОУН сматране органима САД у смислу приписивања одговорности[703].

У начелу, прихватљив је став Међународног суда правде да се у појединим случајевима радње групе лица или појединаца могу приписати држави или другом организованом ентитету. Међутим, сматрамо да овај процес мора ићи даље и дубље. У том смислу сматрамо да је потребно у сваком конкретном случају доказати везу двоструког карактера. Једна веза се односи на постојање формалноправне везе између деловања групе лица у смислу утврђивања правног карактера везе на којој се темељи њихово заједничко наступање, док се друга веза односи на постојање зависности између деловања појединаца или група лица и организованог ентитета, у смислу да је деловање групе лица у смислу остваривања последице дела, немогуће без помоћи или садејства са организованим ентитетом. При томе, немогућност остваривања радње деликта без помоћи или садејства ентитета постављамо као *condition sine qua non*.

Из наведених разлога свако теоријско решење мора да успостави одговарајуће стандарде доказивања. Искуство указује да је до сада било покушаја да се приписивање радњи кривичног дела организованом ентитету врши употребом одређених доказа које можемо назвати спорним. Ту имамо у виду покушаје да се као докази приписивања радњи изведу поједини политички акти у виду резолуција или декларација. Ту, пре свега, имамо

[702] Нацрт Конвенције усвојила је комисија за међународно право на 53. седници, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixsth session, Supplement No. 10(A/56/10),* новембар 2001, превод Београдски Центар за људска права, приредио В. Х. Видановић, М. Милановић, *Међународно јавно право – Збирка докумената*, op.cit., стр. 210.

[703] К. Обрадовић, *Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела*, op.cit., стр.151.

у виду искуства пред Међународни суд правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије у коме су као докази приписивости одговорности туженој држави нуђене Резолуција Савета безбедности од 8.новембра 1994.године[704] или Декларација Савета министара Србије и Црне Горе од 15. јуна 2005.године које у суштини представљају акте декларативног карактера који као такви не морају да поседују емпиријско покриће. На истом трагу је и употреба навода из оптужница тужилаштва Хашког трибунала. Наш став о потреби нових кодификаторских захвата, који поред одредби о приписивању радњи дела, морају да одреде и адекватне стандарде доказивања, управо се заснива на изнетом искуству.

Реч је о захтевима које поставља теорија, а који се морају поставити као основ доказивања у сваком поступку. На првом месту, то подразумева креирање оквира у коме ће се јасно утврдити веза између појединаца који учествују у раду органа или организованог ентитета и самог организованог ентитета, а која би се могла квалификовати као однос међузависности у смислу да сами појединци без поступања у име организованог ентитета не би били у могућности да изврше деликт који се организованом ентитету ставља на терет. Тек у условима доказане функционалне међузависности која се мора кретати у нормативним оквирима организованог ентитета, може се приступити приписивању последице дела физичких лица организованом ентитету.

Следећи корак подразумевао би одређивање прецизних критеријума у погледу статуса органа који предузимају радњу дела. Полазимо од чињенице да статус свих органа није једнак у погледу права, обавеза, па и могућности контроле. У том смислу, полазећи од члана 4. Нацрта чланова о одговорности држава за међународне противправне акте предлажемо да се утврде засебни критеријуми који би важили одвојено за органе законодавне, извршне, судске или уже територијалне власти у погледу приписивања њихових дела организованом ентитету, у овом случају држави. Код других облика организованих ентитета, то би подразумевало креирање засебних критеријума који би се примењивали у односу на функцију (контролну, извршну, квазинормативну) самих органа организованих ентитета.

Питање које у оквиру разматрања приписивања заслужује пажњу представља и незаконитост радњи које предузимају органи ентитета. Имамо у виду радње које су очигледно незаконите, а предузете су од званичних државних органа (или органа организованих ентитета). Поставља се питање на који начин се ове радње очигледне у својој незаконитости које превазилазе овлашћења органа који их предузимају или чак за које не постоји сагласност других органа, могу приписати организованим ентитетима. За одговор на ово питање позитивно међународно право не нуди одговоре. Јер и приписивање оваквих радњи организованим ентитетима уз испуњење наведених услова нужно доводи до својеврсног озакоњивања незаконитости тј. организованом ентитету се на законит начин приписује очигледна незаконитост и противправност радњи које нису почињене у системским оквирима у којима функционише правно лице.

[704] Опште место представља став да резолуције Савета безбедности ОУН често садрже квалификације које иду ван правних заључака. Тако Генерална скупштина ОУН доноси Резолуцију број 47/121, којом врши квалификацију етничког чишћења, наводећи „стравичну политику етничког чишћења које представља облик геноцида“.

4.2.3. Кривична одговорност државе и санкције

Свака кривична одговорност подразумева изрицање одговарајућих санкција. У разматрању кривичне одговорности држава, питање кривичних санкција представља посебно важно питање. Кривичне санкције одређују се као „мере кривичноправне принуде које суд изриче у законито спроведеном поступку учиниоцу кривичног дела ради заштите друштва од криминалитета, а састоје се у лишавању или ограничавању одређених слобода и права или у упозорењу учиниоцу да ће бити лишен или ограничен слободе и права ако поново учини кривично дело[705]“. Или „кривичне санкције су законом предвиђене мере друштвене реакције које изриче суд у законом спроведеном кривичном поступку према учиниоцу кривичног дела у циљу сузбијања и спречавања вршења кривичних дела[706]“.

Јовашевић указује на опште елементе кривичних санкција: „1. Примена кривичних санкција је везана за постојање кривичног дела, 2. Кривичне санкције морају бити предвиђене у закону, 3. Кривичне санкције изриче суд у законом одређеном поступку, 4. Кривичне санкције су принудне мере и 5. Основ и граница за прописивање кривичних санкција и њихову примену представља заштита човека и других друштвених вредности и то само у оној мери која је нужна и довољна за сузбијање тих дела;[707]“. Међутим, кривичне санкције које се изричу државама поседују своју *differentia specifica* до мере да се готово и не могу пронаћи у класичним кривичним санкцијама које се изричу физичким лицима. Комисија за међународно право ОУН под термином санкције подразумева „реактивне мере које се примењују на основу одлуке међународне организације поводом кршења међународне обавезе која има озбиљне последице за међународну заједницу као целину, ради одржавања међународног мира и безбедности[708]“.

У време након Првог светског рата са установљавањем Лиге народа предузимају се прве радње ка утврђивању мера против оних земаља које прекрше Конвенцију Лиге народа из 1919.године. У Пакту Друштва народа санкције су предвиђене у члану 16: „Ако један члан друштва прибегне рату противно обавезама које је узео на себе по чл. 12, 13 или 15., сматраће се да је он *ipso facto* извршио ратни злочин против свих других чланова Друштва. Ови се обавезују да са њим одмах прекину све трговачке и финансијске везе, да забране све односе између својих држављана и држављана државе која је раскинула овај Пакт и да обуставе сва финансијска, трговачка или лична општења између држављана ма које друге државе, било да је она члан Друштва или не[709]“.

На примену мера није се дуго чекало. Након напада Италије на Етиопију, Координациони комитет Друштва народа је 1935.године предложио примену четири врсте санкција: ембарго оружја и ратног материјала, забрану финансирања и уопште спровођења финанијских трансакција са Италијом, забрану увоза из Италије и забрану извоза у

---

[705] Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право Југославије, Општи део*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 259.

[706] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр. 194.

[707] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, ibid., стр. 194.

[708] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр. 85.

[709] Љ. Аћимовић, *Санкције Уједињених нација: Искуства и дилеме у постхладноратовској ери међународних односа,* Југословенска ревија за међународно право, 1-3/1995, Југословенско удружење за међународно право, Београд, 1995, стр. 44.

Италију одређених врста производа који су могли да олакшају вођење рата[710]. У члану 16. Конвенције указује се на санкције, које у овом документу више фигурирају као мере на готово идентичан начин као и мере из члана 41. Повеље ОУН, а које се односе на употребу војних и ваздушних снага чланова Лиге народа. Иако се и у овом случају водила полемика о томе да ли је реч о кривичним санкцијама[711], сматрамо да се ни у овом случају, као ни у случају мера из члана 41. Повеље ОУН ради, пре свега, о мерама, а не о кривичним санкцијама.

У циљу сагледавања санкција против држава одговорних за међународна кривична дела указујемо да су одговорност Немачке и одговарајуће репарације биле утврђене још на Кримској конференцији. Касније тзв. Потсдамском декларацијом отишло се корак даље и предвиђена је потпуна „денацификација“ Немачке. У том правцу су се кретали и предлози за лишавањем суверенитета Немачке и потпуном окупацијом Немачке, као што је био предлог Донедијеа де Вабреса, француског члана Међународног војног суда у Нирнбергу[712]. Повеља ОУН у члану 41. одређују санкције у виду „потпуног или делимичног прекида привредних односа и железничких, поморских, ваздушних, поштанских, телеграфских, радиографских и других саобраћајних средстава, као и прекид дипломатских односа.“, да би тек у члану 42. била утврђена могућност употребе оружаних снага.

Питање правне природе одговорности државе може се посматрати и са аспекта правне природе санкције. Наведени став представља опште место чак и за Хашки трибунал. У предмету Блашкић Хашки трибунал закључује: „По међународном праву државе не могу бити подвргнуте санкцијама попут оних које предвиђају национални кривичноправни системи[713]“. Имајући у виду појам државе као правног лица са одређеним субјективитетом који је различит од субјективитета свих осталих организованих ентитета, јасно је да су једини примењиви облици санкција накнада штете која не спада у домен кривичноправног кажњавања, као и мере као што су стигматизација државе или ускраћивање јој других права у међународној заједници о чему већ постоје трагови у виду Повеље ОУН (члан 41.).

Симпсон као доказ „кривичних санкција против државе“ наводи мере као што су лишавање права и имунитета, промена статуса, примену санкција и трајан надзор или мере које је донео Савет безбедности према Ираку у виду размештања војних посматрача, надгледању уништавања хемијског и биолошког оружја, неспорна контрола нуклеарних капацитета, па и економске санкције[714]. И аутори као што су Дан (Dahn), као и Милан Бартош мерама које су предвиђене чланом 42. Повеље ОУН такође приписују кривично правни карактер[715]. Са друге стране, Смиља Аврамов сматра да се санкције које се могу предузети од стране ОУН, укључујући и војне мере, не могу подвести под појам кривичне одговорности, јер се ради о мерама које имају за циљ успостављање мира, те да се цео

---

[710] М. Сукијасовић, *Међународна крвична одговорност за агресију*, објављено у Међународно кривично право, Ђорђе Лопичић, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 380.

[711]N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p.12.

[712]N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, ibid., p.26.

[713] Пресуда Претресног већа у предмету Блашкић , параграф 250.

[714] Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе- неравноправни суверени у међународном правном поретку*, op.cit., стр.310.

[715] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр. 36.

поступак изрицања санкција не води пред правосудним органима, већ пред политичким органима као што су Савет безбедности или Генерална скупштина, тако да се ради о политичкој одговорности[716].

Из наведеног Смиља Аврамов сматра да се ради (зависно од чињенице да ли одговорност проистиче из међународног злочина или кршења уговорне обавезе) о политичкој, политичко-правној и грађанској одговорности држава и индивидуалној кривичној одговорности. Наравно, остаје питање да ли је накнада штете једина делотворна санкција за одговорност државе за међународне деликте. Наведене карактеристике кривичних санкција пружају довољан и поуздан основ за сагледавање кривичне одговорности држава. У том смислу јасно је да постоји низ услова који морају бити испуњени како би дошло до предузимања кривичних санкција према држави. Имајући у виду опште елементе кривичних санкција закључујемо да у постојећим нормативним оквирима не можемо да говоримо о кривичним санкцијама против државе као субјекту кривичне одговорности и то како са аспекта органа који изриче кривичне санкције, тако и са аспекта специфичности државе као објекта на који се примењују кривичне санкције.

Са друге стране, остаје јасно да се у постојећим оквирима не може говорити о кривичним санкцима против држава, већ се исте своде на предузимање одређених ретрибутивних мера које нас приближавају грађанскоправној одговорности за међународни деликт. Зато се оне данас јављају искључиво као мере које изриче ОУН[717], које ипак немају атрибуте међународне правосудне институције, иако поједини аутори резолуције Савета безбедности донете након терористичких напада 2001.године виде као реакцију Савета безбедности „која се креће у правцу кривичноправног приступа, а не у правцу колективне безбедности[718]“. Говорећи о санкцијама као изразу и последици кривичне одговорности држава, поред изнетог става о природи могућих кривичних санкција указујемо да је тешко и у начелу прихватити постојеће кривичне санкције као показатељ или пример санкција које би се примењивале према државама.

Уколико занемаримо особеност државе као субјекта кривичне одговорности, кривичне санкције остају питање по себи. На то указује и Милан Шаховић залажући се за санкције у виду колективних мера и закључује: „Само што треба истовремено подвући да се оне неће моћи поклопити са унутрашњим правним санкцијама. Због посебне природе његових субјеката и њихових међусобних веза, међународноправне санкције се не примењују као инструмент неке наддржавне силе. Ово показује и данас, као најсавршенији облик међународних санкција, систем колективних мера Уједињених нација по коме је и по глави VII Повеље ОУН и Резолуцији Уједињени за мир, остављено државама чланицама да саме одлуче желе ли учествовати у примени санкција које је Организација прихватила....Тако се догодило да је одређен број чланица Уједињених

[716] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 106.

[717] ОУН је у својој историји више пута уводила разне облике санкционисања држава: Родезија (1966), Иран (1980), Јужна Африка (1986), Ирак (1990),Савезна Република Југославија (1992), Либија (1992), Либерија (1993).

[718] Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе- неравноправни суверени у међународном правном поретку*, op.cit., стр.351.

нација одмах иступио против акција већине, заступајући отворено интерес стране која је у овом сукобу осуђена од стране већине као агресор[719]".

Уосталом и Нацрт Конвенције о одговорности државе у члану 45. утврђује само „право оштећене државе да добије сатисфакцију што не укључује захтеве који би нарушили достојанство државе која је извршила повреду међународног права". Имајући у виду унутрашњу структуру ОУН и одредбе Повеље ОУН, сматрамо да се мере ОУН (без обзира да ли се ради о колективним мерама) или принудним мерама из чл. 41. и 42. Повеље ОУН не могу третирати као кривичне санкције. У том смислу тешко је прихватљив закључак да се мере блокаде могу поистоветити са класичним кривичноправним санкцијама као што је затвор[720] у смислу лишења слободе.

Постојећа решења не пружају основ за квалификацију система санкција као кривичноправних санкција. Реч је о мерама које се предузимају од стране ОУН, чак и када подразумевају војно ангажовање у смислу одредби чл. 41 и 42. Повеље ОУН или када се ради о колективним мерама ОУН или када се оне предузимају од стране појединих међународних организација у форми тзв. „хуманитарних интервенција" у којима питање легитимитета додатно оптерећује и компромитује, не само поступак утврђивања одговорности (који по правилу изостаје), већ и општу идеју права.

Уопштено говорећи, шта би данас била кривична санкција против државе која је одговорна за међународна кривична дела. Уколико апстрахујемо мере ретрибутивне природе (које се налазе у корпусу грађанскоправне одговорности), као мере које стоје на располагању ОУН као једина делотворна санкција за међународна кривична дела попут геноцида, агресије или злочина против човечности јавила би се делегитимизација државе[721] како истиче Вин Чао Ли. Слободни смо да закључимо да у условима одсуства универзалне јурисдикције сваки приговор легитимитета не само да је основан, већ омогућава да се свако санкционисање одговорне државе може претворити у деловање једне или више држава против „одметничке " државе.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

На основу досадашњих излагања почев од природе међународних кривичних дела, преко историјског развоја индивидуалне кривичне одговорности, можемо да закључимо да се у реалном животу често дешава да се кажњиво дело јавља као резултат неке шире или веће активности, као део ширег плана, при чему радња извршења кривичног дела представља само један од делова мозаика за остваривање циљева који се желе постићи извршењем кривичног дела. У том смислу елементи кривичног дела често могу да буду ван вољног критеријума који би приписали појединцу. Ту, пре свега, мислимо на кривична дела која одликују масовност и систематичност. Уосталом, кривична дела која се предузимају на широком подручју према великом броју заштићених субјеката

[719] М. Шаховић, *Међународно право у међународним односима –Друга половина XX века*, op.cit., стр. 24.

[720] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр. 90.

[721] L. May, Z. Hoskins, *International Criminal Law and philosopshy-ASIL Studies in International Legal Theory*, op.cit., p.13.

превазилазе могућност појединаца на нижим нивоима да схвате значај дела, као и последице свог чињења или нечињења.

Ако се овоме дода и претежан утицај правног лица као облика организовања који стоји иза плана вршења кривичних дела, појединац се у односу на дело још више удаљава, како се удаљава сам појединац у односу центре одлучивања у правном лицу или облику организовања. Одговорност правних лица представља трансформацију индивидуалне кривичне одговорности која се преноси на организовани ентитет путем, пре свега, колективног карактера организовања и деловања организованог ентитета. У том смислу појединачне воље и њихов однос према организованом ентитету и употреби организованог ентитета у већој мери одговарају концепту завере, него што представљају основ за кривичну одговорност организованог ентитета. Посебан проблем представља однос зависности појединца према правном лицу. У том смислу указујемо да овај проблем захтева сагледавање кроз (најмање) три критеријума.

Први критеријум подразумева кривичну одговорност по основу чланства, дакле, једну врсту аутоматске одговорности, како то прописује Статут Међународног војног суда. То представља путоказ ка колективној одговорности посредством објективне одговорности, будући да се заснива на презумпцији кривичне одговорности по основу објективне чињенице чланства у организацији. Већ смо указали да је Међународни војни суд у Нирнбергу брзо ретерирао у свом ставу захтевајући поред чланства и доказивање елемента сазнања о криминалним активностима организације. О наведеном сведочи случај Алстотер (*Alstotter)* у коме је окривљени осуђен на основу чланства будући да је имао сазнања о криминалној сврси „СС-а“ и добровољно се придружио организацији.

Други критеријум заснива се на учешћу појединца у оквиру организације. При томе учешће појединца може да подразумева више разних активности које нису све у подједнакој пропорцији са кривичним делом или криминалним карактером саме организације или делова организације. Дакле, он може да обухвати различите нивое учешћа, утицаја, деловања, које може бити, како на нивоу пуког чланства које не подразумева право, ни обавезу учешћа у предузимању радњи организације које су усмерене ка остваривању зацртаних или договорених циљева, тако и на нивоу учешћа у доношењу одлука и учешћа на егзекутивном нивоу. Ово отвара могућности успостављања кривичне одговорности извршних органа или чак и кривичне одговорности владе.

Трећи критеријум захтева установљење односа између појединца-члана и саме организације тј. да ли се тај однос заснива на волунтаристичкој компоненти или је исти резултат узајамног подржавања у погледу циљева и средстава организације. Овај трећи критеријум представља избалансиран однос првог и другог критеријума.

Овим критеријумима додаћемо и четврти критеријум, будући да наведени критеријуми не могу у довољној мери да дају одговор на овако тешко питање. У том смислу указујемо да један од критеријума може да представља институционална могућност независног деловања. Могућност независног деловања се јавља као врста ексцеса који пружа могућност за утврђивање кривичне одговорности путем приписивања. Овај критеријум заснива се на карактеру добровољности чланства у организацији, будући да организације које искључују добровољно одлучивање о ступању у организацију не могу да представљају основ за утврђивање кривичне одговорности. У том смислу је и образложење судије Џексона на Нирнбершком суђењу који утврђује као критеријум

„претежно добровољни карактер чланства“ што заслужује критички осврт, јер омогућава кривичну одговорност чланова који нису добровољно учествовали у раду организације.

За разматрање одговорности појединца по основу чланства у организацији (ентитету), сматрамо сходним да укажемо на Хартову класификацију одговорности[722]. Харт истиче неколико облика основа одговорности, за које сматрамо да су поједини употребљиви у разматрању утврђивања кривичне одговорности по основу чланства. То су: 1) одговорност према улози, 2) одговорност према узрочности и 3) одговорност према обавезаности.

Сви наведени облици одговорности морају да уважавају концепт деловања и постојања организације који се има утврђивати у сваком конкретном случају *per se*. Одговорност према улози подразумева утврђивање односа између самог окривљеног и кривичног дела тј. однос између члана ентитета и кривичног дела, при чему то чланство представља полазиште за утврђивање тог односа. Одговорност према узрочности се односи на доказивање везе између конкретног окривљеног и самог кривичног дела, с тим што се квалитет везе успоставља по основу узрока, у виду чињења или нечињења самог окривљеног. У овом случају одговорност по основу чланства уступа место вези између чланства и радње кривичност дела. Одговорност према обавезности представља одлику која проистиче из претходног утврђивања положаја, односно статуса окривљеног по основу чланства. Читав комплекс права и обавеза који проистичу из статуса, а статус из чланства, представља предмет доказивања како би се чланство могло третирати као основ кривичне одговорности.

Примедба коју упућујемо теорији одговорности организованих ентитета може се изразити употребом тзв. теорије шрафа. Уколико би се применом ове теорије тражио начин утврђивања одговорности на страни организованих ентитета, онда би се у тим лавиринтима изгубила потпуно индивидуална кривична одговорност. Уколико се пође од теорије шрафа да су сви појединци унутар система организованог ентитета дали свој допринос циљу – кривичном делу, сви сносе одговорност која се преко хомогеног мноштва преноси на организовани ентитет. О томе сведоче и покушаји да се геноцид као дело објасни употребом психоаналитичких теорија о „послушним поданицима[723]“.

Поставља се питање како у таквим условима приступити утврђивању одговорности, која иде од појединаца који делују у име и за рачун организованих ентитета, приписивању одговорности организованим ентитетима, када је организовани ентитет својим деловањем „на доле“ поништио могућност избора или могућност отпора деловању система. Уопштено, оглашавање одговорним организованих ентитета носи са собом латентну опасност од стварања *hostis generis humani* („да тај нови тип злочинца, који је заиста *hostis generis humani*, злочине чини под околностима које му скоро потпуно онемогућавају да зна или осећа да чини нешто погрешно“) који онемогућавају приписивост кривичне одговорности и појединцима.

Нема сумње да се упоредо са овим критеријумима мења и природа кривичне одговорности у смислу да кривична одговорност организованог ентитета не може да

[722] П. Бојанић, П. Крстић, Зборник радова *Одговорност- Индивидуална и колективна*, op.cit., стр. 60; C. Harding, *Criminal Enterprise – individuals, organizations and criminal responsibility*, op.cit., p.103.

[723] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији, 1941-1945,1991... II* , op.cit., стр.144.

представља прост збир индивидуалних кривичних одговорности, већ мора да се тражи (и пронађе) у самом облику организовања, као и у узајамним везама, статусу и могућностима утицања на доношење одлука које творе појединци као саставни део сваког облика организовања. Уосталом, одговорност организација подразумева постојање више нивоа одлучивања, тако да није адекватно свако решење које не би приступало организацији као изразу концепта моћи који унутар себе има одређене или прописане носиоце моћи одлучивања и моћи деловања. Питање ауторства сваке наступеле последице омогућава да се одговорност сагледава као одговорност организованих ентитета или као одговорност појединаца који делују у име и за рачун организованих ентитета. У том смислу свако приписивање одговорности организованим ентитетима слаби директну везу између последице и непосредног предузимача радње дела.

Омогућавање примене кривичне одговорности на сваки организовани ентитет у случају успешног доказивања постојања кривичног дела као таквог уз доказивање било какве везе између организованог ентитета и кривичног дела, одвело би нас у презумпцију да свака кривична одговорност појединаца у одређеним условима и у одређеном контексту може бити истовремено и кривична одговорност организованог ентитета. Нина Јоргенсен прихвата приступ да акт државе може бити идентичан акту појединца који делује у име државе, као и да поједини криминални акти зависе у доброј мери од учешћа државе[724]. Поред наведеног, сматрамо да код одговорности организованих ентитета долази до изражаја подела на кривична дела и друге деликте.

Погрешно је свако полазиште које одговорност организованих ентитета заснива крећући се од самог кривичног дела, не узимајући у обзир начин извршења дела и поступање самих појединаца у оквиру дела и однос појединаца према организованом ентитету. Тај однос можемо да заснивамо на односу који се успоставља код дела геноцида у погледу односа према групи као таквој или „*as sutch*“. Дакле, само у условима када се може успоставити веза између појединаца који предузимају радњу кривичног дела и организованог ентитета, при чему је неопходно успоставити везу између самог организованог ентитета и кривичног дела у погледу циља, сврхе креирања организованог ентитета, деловања организованог ентитета, као и односа појединаца унутар енитета према делу као таквом, може се говорити о организованом ентитету као криминогеном фактору.

Можемо закључити да се одговорност организације може градити на више кумулативно постојећих поља. На првом месту, то је нормативни делокруг организације. Уколико из самих аката организације проистиче намера као зацртан план вршења кривичних дела или нормативни део који омогућава да се из декларативно постављених циљева црпе легитимитет за предузимања физичких радњи дела, у том случају први услов који је на нивоу предуслова бива испуњен. Следећи услов јесте ниво чланства у организацији која врши кривична дела. Уколико је реч о лицу које предузима радњу кривичног дела или саизвршилачку радњу, а који је део органа правног лица или организације који креирају нормативни основ правног лица тј. организације, у том случају испуњени су услови за приписивање радње дела предузетог од физичког лица према организованом ентитету. Трећи услов који постављамо јесте међузависност између физичког лица и саме организације у погледу вољног елемента и у погледу омогућавања извршења конкретне радње кривичног дела и то у смислу *condition sine qua non*.

[724]N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p. 153.

Међутим, наведени услови још увек нису довољни за утврђивање кривичне одговорности организација ван домена завере која се заснива на индивидуалној кривичној одговорности. У овом случају поставља се питање да ли појединац дели кривичну одговорност правног лица, односно да ли се кривична одговорност појединца прелива од организације ка физичком лицу или се кривична одговорност физичког лица заснива на предузетој радњи или саизвршилачкој радњи. Доктрина заједничког злочиначког подухвата не даје одговор на ова питања јер везу између радње дела и кривичне одговорности заснива на општим критеријумима, који релативизују однос између радње и последице. Сматрамо да за утврђивање кривичне одговорности правних лица мора да буде испуњено знатно више уско постављених циљева у односу на кривично дело, као и у односу на радњу кривичног дела.

Говорећи о утицају вољног елемента кривичне одговорности код организованих ентитета указујемо да њихова природа не даје одговор и на питање о одговорности за пропуст тј. нечињење. Уколико пођемо од закључка да се кривична одговорност може заснивати, како на чињењу, тако и нечињењу[725], посебно тешко питање представља питање одговорности организованих ентитета због нечињења. Овоме додајемо и чињеницу да се одговорности на основу нечињења приступа у случајевима када постоји обавеза на чињење. Оваква конструкција знатно сужава простор за одговорност организованих ентитета, посебно оних који своју организацију стављају у функцију активног предузимања радњи кривичног дела.

Посебан проблем представља својеврсна еволуција организованих облика удруживања која прати све сфере напретка људских склоности као организовању. Мекинтош распознаје шест облика криминалних организовања која се јављају кроз историју[726]. У том смислу се огледа и несавршеност права где су услед разнородних и разноврсних облика криминалног удруживања у великој мери отежане могућности утврђивања кривичне одговорности организација и одговорности по основу чланства. У овом случају, поставља се питање да ли појединац дели кривичну одговорност правног лица, односно да ли се кривична одговорност појединца прелива од организације ка физичком лицу или се кривична одговорност физичког лица заснива на предузетој радњи или саизвршилачкој радњи. Доктрина заједничког злочиначког подухвата не даје одговор на ова питања јер везу између радње дела и кривичне одговорности заснива на превише општим критеријумима. Сматрамо да за утврђивање кривичне одговорности правних лица мора да буде испуњено знатно више услова који морају да буду уско постављени у односу на кривично дело, као и у односу на радњу кривичног дела.

У постојећим условима потребна је каузална веза не може да се заснује на чињеницама као што су: сазнање о чину, непредузимање радњи да се спречи чин или чак непроцесуирање оптужених. Сматрамо да та веза мора бити истински каузална у виду доказивог саучесништва, тј. у виду предузимања радњи од разнородних државних органа, које све заједно у односу на целину кривичног дела представљају *conditio sine qua non* кривичног дела у конкретном случају. На нивоу теоријских разматрања код одговорности правних лица и даље остају отворена питања као што је радња кривичног дела коју нужно предузима физичко лице, а не правно лице. Уколико наведеном додамо и проблем виности као психолошку категорију, која је као таква тешко приписива правном лицу, те питање санкција које се могу изрећи правном лицу, јасно је због чега и данас насупрот постојећим

[725] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр. 63.

[726] C. Harding, *Criminal Enterprise – individuals, organizations and criminal responsibility*, op.cit., p. 201.

нормативним захватима одговорност правних лица остаје питање са још увек нерешеним статусом.

Посебно указујемо да је са аспекта историјског развоја кривичне одговорности правних лица карактеристично установљење одговорности правних лица за специфичне облике кривичних дела који се односе углавном на сферу деловања правних лица, дакле у сфери привредног живота. Знатно касније са окончањем Првог и Другог светског рата, питање одговорности правних лица почиње да се разматра и са аспекта међународних кривичних дела. На то указујемо из разлога што сматрамо да специфичности међународних кривичних дела у ужем смислу захтевају посебне поставке кривичне одговорности правних лице, него што је то случај са деликтима из домена привредног живота.

Кривична одговорност се у овом тренутку налази још у рукама појединаца. Указујемо да тек у условима када се докаже постојање свих критеријума кумулативно, можемо говорити о одговорности организованих ентитета. Међутим, дилема овде не престаје јер се отвара питање да ли баш сви облици организовања тј.организовани ентитети заслужују да буду субјект кривичне одговорности. Полазећи од разлика између самих ентитета које могу да буду толико велике и драстичне, сматрамо да приписивање кривичне одговорности остаје примењиво једино код организација и код извршних органа држава или других квазидржавних ентитета. При томе сматрамо да и у овим случајевима предност има утврђивање инвидуалне кривичне одговорности појединаца који доносе или спроводе одлуке на нивоу извршних органа.

Разматрајући идеју кривичне одговорности државе видљиво је да је од почетка XX века присутан својеврстан конфликт између две теоријске школе у погледу схватања о одговорности државе - субјективистички и објективистички[727]. Разлике у схватањима заснивале су се на третирању извора одговорности државе тј. да ли се одговорност заснива на противправном чину или једноставно на чињеници постојања штете која је узрокована противправним чином. Иако су постојали покушаји стварања компромисне теорије[728] можемо рећи да данас објективистички приступ представља опште место макар на теоријском нивоу. Иако је карактеристика међународног права дуализам у погледу одговорности државе, почев од Анзилотија који је прокламовао став о искључиво грађанској одговорности у виду обештећења за противправне чине, до Келсена и Гугенхајма који правни, па и међународноправни однос заснивају на санкцији, до данас нема одговора на питање какав облик одговорности се може приписати држави, односно да ли је одговорност грађанскоправна или кривичноправна.

Наведене очигледне супротности у судској пракси, Међународног суда правде и Хашког трибунала јасно указују на комплексан карактер приписивања одговорности држави. На првом месту оваква диспропорција се дугује владајућим друштвеним и политичким околностима, али и самом још увек недовољно утврђеном карактеру одговорности држава за међународне противправне акте, при чему само приписивање одговорности држава и даље остаје проблемско поље најширих размера. У том смислу и Нацрт Конвенције о одговорности држава из 2001.године, иако представља напредак у кодификацији међународног права, и даље не даје одговоре на суштински значајна питања

[727] И. Јелић, *Основ међународне одговорности држава за противправне акте физичких лица*, Зборник радова Правни живот- Право и међународне интеграције, Београд, бр. 13/2008, стр. 745.

[728] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр.112.

приписивања одговорности држави, као и уосталом о одговорности државе као субјекта међународног права за међународна кривична дела.

Утисак је да је Нацрт Конвенције, у свом ентузијазму ка нормирању ове значајне области права, занемарио сву комплексност не само државе као организованог ентитета, већ и фактичке услове у којима државе као субјекти међународног права функционишу, а који су у време глобализације и десуверенизације знатно другачији, захтевајући филигранску прецизност у установљењу и приписивању одговорности државе. У том смислу одређивање радње државног органа, статуса државног органа, однос појединца и државног органа, радње државног функционера, те радње којом управља или коју контролише држава, уз усвајања специфичности карактера самих држава и унутрашњег уређења захтевају посебну прецизност која у крајњем треба да омогући њихову одговорност, али не по сваку цену. Вучинић, сагледавајући резултате историјског развоја идеје о одговорности државе, закључује да се овај процес завршио неуспехом. Гери Симпсон уопште идеју о кривичној одговорности државе, услед непостојања дефинисане процедуре назива „грешком у категоризацији[729]“, полазећи од закључка да су државе једнаке, а концепт кривичног дела захтева неки облик хијерархије.

Многи теоријски приступи, који афирмативно говоре о идеји кривичне одговорности државе, заснивају се на чињеници да иза великог броја међународних деликата стоји држава. То је препознато и у најзначајнијим међународним правним актима. Сматрамо да овакав закључак јесте неспоран. Штавише, он своју потврду у највећој мери добија управо кроз међународна кривична дела као што су геноцид, агресија или злочин против човечности. Међутим, утврђивање државе као субјекта међународног кривичног дела не омогућава аутоматски и одређивање државе као субјекта кривичне одговорности. Диференцијација између субјекта међународноправног односа и субјекта напада на међународноправни однос[730] представља неминовност. У том смислу сматрамо да у основи треба раздвојити државу као субјекта међународног кривичног дела од саме одговорности државе. Процес сагледавања и утврђивања одговорности државе мора бити супротан и кренути од индивидуалне кривичне одговорности. Тек након тога са утврђеном индивидуалном кривичном одговорношћу, може се сагледати шири контекст, па и могућност приписивања одговорности држави. У овом стадијуму (у условима доказане приписивости одговорности државе) још нису испуњени услови који би омогућили кривичну одговорност државе.

Питање кривичне одговорности државе погрешно је одбацивати позивањем на колективну одговорност као резултанту кривичне одговорности највиших представника државе. Већ смо указали да колективна одговорност представља метафизичку одговорност. Такође смо указали да већина схватања које се залажу за увођење кривичне одговорности држава полазе од става да држава представља израз колективне воље. Ова схватања нису у стању да издрже суочавање са реалношћу да држава као организовани ентитет по свом карактеру не представља израз колективне воље. Томе у прилог иду и теорије о настанку државе које не третирају државу као израз колективне воље[731]. Једнако је погрешно да се кривична одговорност државе заснива на критеријумима као што су степен угрожавања виталних интереса и вредности међународног друштва или начела

[729] Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе - неравноправни суверени у међународном правном поретку* op.cit., стр.304.

[730] Б. М. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 182.

[731] Е. Винсент, *Теорије државе*, op.cit., стр.96.

правде (Комисија за међународно право у члану 19. Нацрта одредби о одговорности државе из 1966.године дефинише кривично дело као „повреду неке обавезе која је у тој мери битна за заштиту фундаменталних интереса међународне заједнице да се њена повреда сматра кривичним делом“).

Кривична одговорност државе је неприхватљива из других разлога. Најпре указујемо да се питање кривичне одговорности држава не може посматрати ван појма међународне заједнице и појма међународног друштва. При том појмови као што су међународна заједница и међународно друштво нису синоними. Међународна заједница је фактичка чињеница, па као таква не представља правни појам, за разлику од појма међународног друштва који представља израз системског организовања и релативно стабилног обрасца деловања држава као субјеката међународног права које у овом систему стичу одређена права и обавезе.

Овоме додајемо и став да се међународна заједница не може поистоветити са међународном судском инстанцом која би се бавила утврђивањем кривичне одговорности држава, а која би поседовала изворно право на *ius puniendi.* Разматрајући могућност успостављања међународних кривичних инстанци које би утврђивале кривичну одговорност држава, не може се заобићи ни питање суверенитета. Иако је реч о појму који је већ дуго изложен приговору застарелости и често доживљаван као суштински споран појам, питање кривичне одговорности држава подразумева у основи бављење и питањем суверенитета чланова међународног друштва, што свакако отежава делотворну расправу о одговорности држава. Можда је у праву Дипије када однос државе и међународног права своди на „квадратуру круга“: „Државе удружене у међународној организацији остају суверене државе. Ова њихова претензија говори о њиховој жељи да дође до стварања квадратуре круга: како помирити реципрочне дужности са очувањем неусловљене слободе[732]“.

Једно од питања вредно пажње је постојање правосудне инстанце која би могла да цени „злочиначки“ карактер једне државе[733]. Поставља се питање да ли данашње међународно право уопште пружа могућност да један број држава (делујући кроз међународне кривичне судске инстанце) утврђује кривичну одговорност других држава. Ова идеја представља израз антиплурализма[734] у међународном праву, који се заснива на „пракси да се успостављају правне разлике између држава на основу њиховог спољашњег понашања или унутрашњих карактеристика[735]“. Слободни смо да закључимо да је и Статут Међународног кривичног суда устројен на овој антиплуралистичкој тенденцији.

Наиме, чињенице као што су напори изражени у Статуту да се обезбеди принцип сагласности и комплементарности, као и сама чињеница да Међународни кривични суд сопствену надлежност за утврђивање кривичне одговорности може да заснује или одбије зависно од одлуке Савета безбедности или да сам одлучи која ће кривична дела

---

[732] М. Шаховић, *Међународно право у међународним односима –Друга половина XX века*, op.cit, стр 46.

[733] Б. М. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 181.

[734] Гари Симпсон под антиплурализмом подразумева: „додељивање благодети суверености појединим државама на основу њиховог прихватања одређених стандарда понашања или на основу њихових моралних особина“. Наведено према Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе - неравноправни суверени у међународном правном поретку* op.cit., стр.345.

[735] Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе - неравноправни суверени у међународном правном поретку*, op.cit., стр. 11.

процесуирати, указују да Статут Међународног кривичног суда није савршен нормативни оквир који гарантује процесуирање одговорних за међународна кривична дела. На једном вишем (апстрактнијем) нивоу нашу пажњу привлачи и питање о врсти кривичних санкција, као и о органу који би спроводио кривичну санкцију. Закључујемо да се на данашњем нивоу развоја међународног кривичног права спор поводом међународних деликата државе још увек одвија пред парничним судом имајући у виду деловање Међународног суда правде, односно по „приватној тужби" једне државе против друге (о чему сведоче предмети Никарагва против САД или Босна и Херцеговина против Републике Србије).

Питање карактера унутрашњег режима једне државе такође представља особеност која је од значаја у процесу утврђивања кривичне одговорности државе. Чињеница је да карактер унутрашњег режима не утиче на правни субјективитет једне државе као члана међународног друштва. На то указује и Слотер: „Либерална теорија омогућује боље разликовање различитих категорија држава према врсти њиховог унутрашњег режима[736]". Јасно је да одговорност држава са различитим унутрашњим карактером представља основ за различито сагледавање и доказивање одговорности државе за међународна кривична дела. Са друге стране, бројни аутори управо у карактеру унутрашњег режима виде могућност за утврђивање одговорности државе, поступајући на један потпуно искључиви начин, тако да се критеријум унутрашњег режима користи за денунцирање одређене државе у међународној заједници, али и као подлога за неку врсту пречице ка утврђивању одговорности државе.

Тако Тесон закључује да „нелибералне владе нису ништа друго до банде одметника и узурпатора", док Џон Ролс дели државе на више категорија: „либералне, пристојни народи, државе изнад закона, друштва оптерећена неповољним условима и добронамерни апсолутизми[737]". Наведена теоријска одређења држава, полазе од идеолошког дискурса као критеријума за утврђивање не само статуса држава, већ и одговорности држава. Наведено је показатељ у којој мери се карактер државе сматра важним не само у квалификацији држава, већ исти свакако долази у обзир и приликом утврђивања одговорности државе. Пластичан пример представља реакција ОУН на апартхејд у Јужној Африци 1966.године, што представља прво успостављање везе између унутрашњег карактера државе и статуса државе у међународној заједници.

Идеји кривичне одговорности држава не иду на руку не само тренутни односи у међународном друштву, већ и функционисање најзначајнијих међународних организација, посебно ОУН у смислу функционисања Савета безбедности, овлашћења Савета безбедности у смислу утицаја не само на Генералну скупштину, већ и кроз могућност да утиче на Међународни кривични суд у погледу процесуирања одговорних за најтежа међународна кривична дела. Још један проблем, на који указујемо, представља све већи утицај ванправних чинилаца не само на деловање међународног друштва, већ и на развој међународног права, почев од принципа политички лукративног деловања преко факторске теорије међународног права до глобализације политичких процеса. Вирали истиче да се „право појављује истовремено и као производ друштвеног живота и фактори који одређују тај исти друштвени живот (којим доминира као што и зависи од њега) - из чега проистиче потреба обраде начина на који стиче свој ауторитет, чиме се бави

[736] Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе - неравноправни суверени у међународном правном поретку,* ibid., стр.102.

[737]Џ. Ролс, *Право народа,* Alexandria Press - НСПМ, Београд, 2003, стр. 86.

социологија само из угла колективног представљања...Другим речима ради се о прихватању права онаквог какво се манифестује (као нормативна целина), али и о његовом премештању у друштвено - историјску средину без које не припада стварности...[738]".

На сличном трагу је и Шаховић када истиче: „Доктрина међународног права одавно је схватила да се његово формирање не може објаснити не водећи рачуна о свим аспектима међународног живота. Још увек се не говори довољно као што смо напоменули, указујући на значај материјалних извора, о факторима као генераторима његовог развоја, али се може приметити како се све више открива међузависност између материјалних као ванправних и формалних фактора који карактеришу специфичну природу међународног права. То је несумњиво последица важности политичког фактора израженог у последње време нарочито у облику „борбе идеологија", што је допринело све већем коришћењу тзв. социолошког приступа[739]". То представља довољно илустративан показатељ да ванправни чиниоци могу утицати не само на међународно право у целини, већ и на питање одговорности држава.

Сматрамо да сваки поступак утврђивања кривичне одговорности (па и кривичне одговорности држава) подразумева примену материјалног права *stricto sensu*. Овакав став додатно је поткрепљен потребом за применом норми кривичног права *in dubio pro reo*, односно *favor rei* који представљају основна начела кривичног права и односа према оптуженом (у нашем случају оптуженој држави). У том смислу, сматрамо да се посебно у поступцима утврђивања кривичне одговорности не може ширити поље примене сазнајних метода ради утврђивања кривичне одговорности, па и у односу на социолошки приступ. Ово из разога што се у тако деликатном поступку као што је поступак утврђивања кривичне одговорности државе одговорност заснива на изразима правних чињеница, а не изразима социолошких чињеница јер социолошка чињеница „не може никада представљати правни појам[740]".

Управо у вези са претходним критеријумима сматрамо да се питање кривичне одговорности држава не може оправдавати ни критеријумом који се заснива на ставу становништва одговорне државе према актима државе који представљају кривична дела. Без обзира на бројне историјске примере у којима је највећи део популације подржавао или заузимао пасиван став према кривичним дела која су предузимана од стране представника државе или државних органа, сматрамо да став становништва једне државе не може да буде опредељујући за утврђивање кривичне одговорности државе. Ово из разлога што колективна воља становништва, не само да не представља основ кривичне одговорности, већ се поставља питање могућности деловања становништва против државних органа. Карактер демократских, ауторитарних или диктаторских држава у овом случају није од помоћи, будући да свака држава као организован систем моћи поседује механизме за очување структуре власти.

Уосталом, остаје отворено питање начина и врсте отпора којим становништво једне државе може да се побуни против деловања државе. На овај начин не само да се поново враћамо колективној одговорности, већ се кривична одговорност од физичких лица

[738] Цитирано према М. Шаховић, *Међународно право у међународним односима –Друга половина XX века*, op.cit., стр. 32.

[739] М. Шаховић, *Међународно право у међународним односима –Друга половина XX века*, ibid., стр. 31.

[740] Х. Келсен, *Главни проблеми теорије државног права*, op.cit., стр. 156.

преноси на становништво, а преко популације и на државу. Друга страна овог приговора односи се на немогућност апсолутног поистовећивања воље државе са вољом народа, имајући у виду да воља народа припада домену психичких категорија. И Келсен истиче да поистовећивање државне воље и воље државног народа представља „једну недопустиву фикцију[741]“. Сматрамо да држава не само да не може да се поистовети са колективном вољом, већ ни са другим појмовима као што су заједница, нација, власт, па и суверенитет. Све друго представљало би недопустиву симплификацију државе као организованог система.

Залагања дела правне теорије о увођењу кривичне одговорности држава заснивају се на оптимистичком схватању стања у међународној заједници, те улози и деловању ОУН. Насупрот томе, сматрамо да се стање у међународној заједници на почетку XXI века у већој мери заснива на равнотежи снага или чак на војним савезима, а не на систему колективне безбедности који је једини у стању, не само да креира механизам који би утврђивао кривичну одговорност држава, већ и извршио кодификацију кривичних дела и субјеката кривичних дела међу којима би се нашла и држава. Штавише, постојећи систем није остварио свој циљ у виду успостављања мира, већ је ограничен на успоставу система равнотеже и (какве такве) стабилности. На овом месту изнова указујемо на аргумент који се односи на овлашћења Савета безбедности, не само у односу на УН, већ и у односу на Међународни кривични суд. Ту имамо у виду крајње спорно решење из члана 16. (одлагање истраге или кривичног гоњења) и члана 13. Статута Међународног кривичног суда (обављање надлежности) који Савету безбедности дају превасходну улогу у поступцима утврђивања кривичне одговорности, уз опаску да један број сталних чланова Савета безбедности није страна уговорница Статута Међународног кривичног суда, што свакако представља својеврсни *reductio ad absurdum.*

Сматрамо да ни предлози који кривичну одговорност државе заснивају на постојању санкција међународних организација, којима неки аутори као што су Гари Симпсон[742] или Милан Бартош[743] дају кривичноправни карактер, не пружају одговор на питање суштине кривичне одговорности држава. Најпре указујемо да је погрешан пут који кривичну одговорност установљава крећући се од санкција преко кривичног дела до одговорног починиоца, јер овакав приступ нарушава узрочно последични низ утврђивања постојања кривичног дела, а тиме и кривичне одговорности. Са друге стране, истичемо аргументацију да и сама Повеља ОУН, као ни Пакт Друштва народа не употребљавају термин „санкција“ или „казна“, већ се употребљава генерички термин „мере“. Посебно указујемо на чињеницу да се мере доносе у циљу спречавања даљег поступања, а не за извршено дело чему следују казне, као и да се изричу од стране политичког органа као што је Савет безбедности, а не од стране правосудне институције. Куриозитет ових мера јесте да имају колективни карактер за разлику од казне која проистиче из индивидуалне кривичне одговорности. Коначно у овим мерама се не налази сврха кривичноправног кажњавања у смислу репресивног деловања казне, већ једноставно на привремени прекид противправног понашања.

Проблемско поље за утврђивање кривичне одговорности држава је веома широко и заснива се на елементарним условима кривичне одговорности које додатно оптерећују

---

[741] Х. Келсен, *Главни проблеми теорије државног права*, ibid., стр. 160.

[742] Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе неравноправни - суверени у међународном правном поретку*, ibid., стр.310.

[743] З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, op.cit., стр. 36.

услови као што су приписивање радње дела, облик виности (са нагласком на умишљај као облик виности код међународних кривичних дела у ужем смислу), активна легитимација за утврђивање кривичне одговорности држава у међународном друштву, те врста кривичних санкција. Кључно питање које омогућава или искључује одговорност државе је питање утврђивања њене виности[744]. Полазећи од чињенице да кривица представља "психички однос учиниоца према свом делу који се изражава у постојању свести и воље у односу на обележја бића кривичног дела, односно свести или дужности и могућности постојања свести о противправности свога дела[745]", јасно је да кривица представља психолошко нормативну категорију[746] (с тим што се нормативни елемент исцрпљује у прекору који се упућује учиниоцу због учињеног дела).

У таквим условима тешко је поистоветити категорије као што су свест, воља, могућност постојања свести, са државом као организованим ентитетом. Оглашавање државе као личности која предузима радњу кривичног дела представља „систематски заваравајуће изразе" који се путем деловања физичких лица претвара у „надлични субјекат[747]". Са друге стране, држава свој субјективитет заснива на критеријумима као што су „постојано становништво, утврђена територија и суверена власт[748]" и способност извршења међународних обавеза. Јасно је да основни постулати државе као субјекта права представљају својеврсни амалгам чињеничног и правног стања, те да психолошке категорије не могу да се поистовете са државом као таквом.

Генерално, питање утврђивања *mens rea* остаје несавладива препрека успостављању кривичне одговорности државе, посебно уколико га прихватимо као субјективно психолошки појам. На питање виности државе ниједна од афирмативних теоријских поставки не даје одговор, нудећи одговор само кроз приписивање радње дела држави. И даље је крајње спорно утврдити намеру државе, однос према радњи дела и очекиваној последици на начин који би био различит од инвивидуалне кривичне одговорности, а који се у случају кривичне одговорности држава јавља као неминовност. Дакле, држава нема своју вољу која би била различита од воље појединаца који креирају, доносе (или намећу) и спроводе одлуке употребом државног апарата као организованог система моћи без обзира да ли се ради о врховној, судској или законодавној власти. Државна воља је еманација воље физичких лица (посебно у лаичким државама) и зашто би се воља физичких лица (која несумњиво представљају основ за утврђивање одговорности) преносила путем теорије „државне воље" на државу омогућавајући кривичну одговорност државе.

Разматрања конвенција и предлога Конвенција о одговорности државе, јасно указују не само колико је тешко извршити приписивање одговорности радње кривичног дела држави, већ је тај процес данас додатно усложен и знатно комплекснији него што је то било пре педесет година. Такође указујемо да поред огромног, рекли би, нерешивог проблемског поља *mens rea* на државу није примењив ни један од познатих облика искључивања кривичне одговорности. Уосталом, може ли међународно кривично право да прескочи индивидуалну кривичну одговорност оних који управљају, руководе или врше контролну функцију над органима или појединцима под чијим окриљем је наступило

[744] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 157.

[745] Д. Јовашевић, *Кривично Право, Општи део*, op.cit., стр. 111.

[746] Д. Јовашевић, *Кривично Право, Општи део*, ibid., стр. 114.

[747] Е. Винсент, *Теорије државе*, op.cit.,стр. 19.

[748] С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, op.cit., стр. 75.

међународно кривично дело и поистовећујући вољу физичких лица (и то физичких лица који врше дело) са вољом државе, па да путем приписивања утврде кривичну одговорност државе.

Поједина схватања оправдање кривичне одговорности државе траже у могућности да извршиоци дела који заузимају значајне државне функције не буду процесуирани. С. Глук (S. Glueck) у прилог оправдања тези о кривичној одговорности државе наводи да би сам принцип неодговорности државе онемогућио вође и службенике државе да се не позивају на кривичну одговорност претварајући међународно право на тај начин у мртво слово на папиру[749]. Овакво схватање заслужује критички осврт. Кривична одговорност државе не може се заснивати на чињеници да је радњу кривичног дела починио званичник државе, макар он био и највиши представник државе. Овакво схватање претвара чињеницу у погледу одговорности у апсолутну претпоставку и даље у аутоматску одговорност. У том смислу одредбе међународноправних аката које не уважавају службени положај председника државе или владе као основ искључивања кривичне одговорности (што представља опште место у теорији међународног кривичног права), не могу се тумачити као основ одговорности државе, већ управо као потврда принципа о индивидуалној кривичној одговорности која не познаје било какве имунитете или лимите без обзира на статус, положај или функцију одговорног лица.

На крају закључујемо да државе не могу да буду кривично одговорне. Сматрамо да кривична одговорност треба да остане на нивоу индивидуалне кривичне одговорности, која је као таква примењива и на државне вође, највише државне представнике или државне службенике. Изузетак који прихватамо односи се на већ постојеће могућности утврђивања криминалног карактера организација о чему сведочи искуство Међународног војног суда.

[749] S. Glueck, *War Criminals - Their Procecution and punishment*, New York, 1944, p. 133.

Глава пета

ИНДИВИДУАЛНА КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ

1. УВОД

Разматрајући питање кривичне одговорности, сматрамо сходним указати на сам појам одговорности који представља егзистенцијални супстрат појма кривична одговорност, а који се даље одређује кроз појам, врсту и тежину деликта, кроз последицу и у крајњем кроз казну.

Говорећи о општим принципима одговорности, они се у међународном кривичном праву могу везати, пре свега, за одговорност државе или организованих ентитета, док се одговорност појединаца заснива на индивидуалној кривичној одговорности. Из самог појма „индивидуална кривична одговорност" могу се утврдити основни постулати у погледу носиоца ове одговорности која се заснива на појединцу као учиниоцу дела. Уосталом, одговорност у међународном кривичном праву креће се широком путањом почев од угрожавања међународног мира и безбедности, до заштите конкретних објеката који су одређени нормама међународног кривичног права.

Један од најзначајних проблема кривичне одговорности (и одговорности уопште) можемо свести на проблем воље. Проблем воље представља једну од најзначајнијих поставки кривичне одговорности. О комплексности појма воље сведочи Келсен: „...та у човековој унутрашњости замишљена конструкција која фингира као крајња тачка урачунавања – и ништа друго – јесте оно што терминологија етике и јуриспруденције означава као вољу[750]". Познати облици кривичне одговорности још увек нису дали одговор на питање како решити проблем воље у поступку утврђивања кривичне одговорности, што питање воље претвара у централно место.

Проблем воље посебно долази до изражаја код кривичног дела геноцида, као и код појединих облика кривичне одговорности у виду командне одговорности и одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата. Указујемо да су управо на проблему воље настала бројна субјективна схватања кривичне одговорности за које је карактеристично давање значаја „одређеним вредностима психичких способности у тренутку када предузима радњу или пропушта одређену дужност[751]". Из преовлађујућег значаја психичког тј. унутрашњег елемента настала је касније и диференцијација на психолошко схватање, нормативно схватање и психолошко нормативно схватање које је представљало увод у објективно - субјективно схватање кривичне одговорности[752].

---

[750] Х. Келсен, *Главни проблеми теорије државног права*, op.cit., стр.138.

[751] Б.Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, Бранислав Ристивојевић, Нови Сад, 2003, стр. 39.

[752] Т. Живановић, *Основни проблеми кривичног права и друге студије*, Службени лист, Београд, 1986, стр. 139; Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, НОМОС, Београд, 2006, стр.113.

Управо се у обележју воље као психичке чињенице, дакле, као унутрашњи елемената који стоји у односу са спољним чињеничним стањем, открива комплексан карактер индивидуалне кривичне одговорности, уједно и могућности приписивања кривичне одговорности на друге ентитете. При томе, како истиче Келсен: „стварно каузално дејство према споља нема значаја за оцењивање унутрашњег психичког феномена воље[753]“. Дакле, воља иако у значајном односу према чињеницама спољног света, ипак остаје самостални сегмент кривичне одговорности, чак и независтан од спољних утицаја, с тим што морамо да укажемо на одступања у оним случајевима у којима спољне чињенице могу утицати на формирање одређене воље, а воља на телесне акте који изазивају последице у спољном свету или пак на компромитацију воље у случајевима када се о вољи услед неурачунљивости не може говорити.

У појединим случајевима индивидуалне кривичне одговорности као што су заједнички злочиначки подухват или командна одговорност, питање виности је од посебног, рекли би смо, од пресудног значај. Ово из разлога што наведени облици одговорности омогућавају сопствено заснивање на нехату, за разлику од претежног броја међународних кривичних дела који подразумевају умишљај. Увођење нехата као релевантног облика виности за међународна кривична дела, омогућио је тријумф нормативног схватања кривице. Чињеница да заједнички злочиначки подухват подразумева одговорност и за дела која се јављају као природна и предвидљива последица заједничког плана, те чињеница да командна одговорност подразумева одговорност за нечињење уз присуство вољног односа који се одређује као „знао или морао да зна“, указује да вољни елеменат у овим случајевима не зависи у претежном делу од унутрашњих психичких процеса, већ од нормативне забране последице која је наступила.

Управо код појединих облика кривичне одговорности долази до изражаја Келсенов закључак да „код нехата не постоји правно релевантан однос између психичког акта и друштвено штетног исхода[754]“ због чега Келсен нехат сврстава у појмове правно-етичке природе. Управо нехат као облик кривице код међународних кривичних дела представља посебно проблемско поље које у себи садржи потенцијал да се кривица креће од психолошког појма до правног конструкта.

Посебан сегмент који представља један од суштинских елемената сваке кривичне одговорности јесте облик виности који се дефинише као „психички однос учиниоца према свом делу који се изражава у постојању свести и воље у односу на обележја бића кривичног дела, односно свести или дужности и могућности постојања свести о противправности свог дела[755]“. Полазећи од предмета нашег бављења, а то је кривична одговорност за међународна кривична дела, сматрамо да утврђивање виности, посебно са аспекта доказивања намере представља посебно важно место у оцени кривичне одговорности за међународна кривична дела.

Воља се може утврдити и на основу везе са *actus reus*, тако да сама чињеница да је код окривљеног присутан *actus reus* представља довољну чињеницу за почетно детерминисање кривичне одговорности окривљеног. Уколико имамо у виду природу и карактеристике међународних кривичних дела, јасно је да вољни елеменат представља централну улогу у поступку утврђивања кривичне одговорности. Често, када воља није у

[753] Х. Келсен, *Главни проблеми теорије државног права*, op.cit., стр. 121.

[754] Х. Келсен, *Главни проблеми теорије државног права*, ibid., стр.131.

[755] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр. 111.

директној вези са *actus reus*, у смислу предузимања радње дела, тешко је остварити не само везу са последицом, већ и утврдити кривичну одговорност. И не само у случајевима односа према последици, већ и у оним случајевима у којима се намера односи на радње припремања или планирања. Управо се специфичност вољног елемента огледа у томе што се исти користи, како кроз успостављање везе са самим делом, тако и приликом успостављања везе са стањем свести које још увек није резултирало делом. Ово се представља као „дескриптиван концепт намере[756]". То указује на тријумф дескриптивног концепта намере, који као такав све мотиве чини нерелевантним[757].

Посебно указујемо на комплексност намере код кривичног дела геноцида. Ово из разлога што се намера у односу на кривично дело може посматрати и кроз аспект „стварне намере". Стварна намера као предмет доказивања долази до изражаја највише код дела геноцида имајући у виду један од кумулативних услова у виду *dolus specialis*. Природа намере даје нам могућност да успоставимо директну везу не само између намере и радње дела, већ и између намере и последице дела. У том смислу се може поставити питање рефлексије овакве везе на кривичну одговорност, јер намера у односу на последицу не мора да створи такву везу какву може између намере и радње дела. Џереми Бентам однос између намере и последице назива „индиректном намером[758]". Овакво одређење које има за циљ посебно третирање намере у односу на последицу има своје оправдање. У предмету *Р Молонеј* утврђено је да „у контексту убиства неизбежне последице дела извршиоца морају бити присутне у уму оптуженог[759]".

У дометима примене намере, једино остаје ван дискурса командна одговорност која се заснива на нехату. Имајући у виду да намера представља строго психолошки елемент који се отелотворује кроз „стање свести", који је као такав везан искључиво за физичко лице, појединца, јасно је да свако разматрање питања намере ствара посебно проблемско поље у домену кривичне одговорности организованих ентитета.

2.ОДГОВОРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Кривична одговорност се одређује као „психички однос учиниоца према свом делу који се изражава у постојању свести и воље у односу на обележја бића кривичног дела, односно свести или дужности и могућности постојања свести о противправности свог дела[760]". Касезе у контексту схватања кривичне одговорности истиче: „да се нико не може сматрати одговорним за дело које није извршио, у чијем извршењу није на неки начин учествовао или у пропуштању које му се не може приписати[761]". Уже схватање кривичне одговорности за међународна кривична дела одређује се као „скуп субјективних

[756] V. Tadros, *Criminal responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 214.

[757] V. Tadros, *Criminal responsibility*, ibid., p. 213.

[758] V. Tadros, *Criminal responsibility*, ibid., p. 217.

[759] V. Tadros, *Criminal responsibility*, ibid., p. 217.

[760] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр. 111.

[761] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 156.

околности које одређују психичко стање учиниоца и његов психички однос према учињеном међународном кривичном делу[762]“

Проблемско поље индивидуалне кривичне одговорности код међународних кривичних дела је знатно шире будући да подразумева највеће и најразноврсније могућности предузимања радњи кривичног дела од непосредног извршења дела, путем учешћа у заједничком злочиначком подухвату, употребу посредног извршиоца, планирање, припремање, учешће у завери, учешће у заједничком плану итд. Полазећи од мештовите (психолошко нормативне) теорије, кривична одговорност представља симбиозу више елемената и то психолошких и нормативних. При томе од психолошких елемената присутни су свест и воља у односу на радњу и последицу, док се нормативни елементи јављају у виду свести о противправности. И Статут Међународног кривичног суда у члану 25. став 1. као основне елементе кривичне одговорности утврђује: 1) узраст од 18 година, 2) урачунљивост и 3) виност. Полазећи од међународних кривичних дела субјективни елеменат се одређује као умишљај, са изузетком командне одговорности и трећег облика заједничког злочиначког подухвата који се темеље на нехату.

Елементи кривичне одговорности за међународна кривична дела могу се одредити као објективни, под којима подразумевамо обележја међународних кривичних дела, противправност, заштиту заштићених објеката ових дела и радњу дела, док се под субјективним елементима подразумева свест учиниоца према радњи дела, последици, која проистиче из психичког односа учиниоца према делу. Објективни елементи кривичне одговорности долазе до изражаја не само кроз норме инкриминације појединих дела, већ и из целокупности сагледавања норме, чак и из преамубле Статута Међународног кривичног суда или преамбуле Статута Међународног војног суда у Нирнбергу.

Под елементима кривичне одговорности за међународна кривична дела подразумевамо урачунљивост и виност. При томе под урачунљивошћу се подразумева „скуп субјективних интелектуалних и вољних елемената који чине учиниоца међународног кривичног дела способним да расуђује (да схвати значај свог дела) и да одлучује (да управља) о својим поступцима[763]“. Виност претпоставља потребу успостављања везе између психичког односа и самог кривичног дела. Лазаревић истиче да: „схватање радње кривичног дела као свесно и вољно понашање човека не значи да је тиме и виност и кривична одговорност „прешла“ у општи појам кривичног дела, јер се виност као психички однос према делу као укупном друштвеном индивидуалном догађају не своди само на однос према радњи извршења[764]“. Све то јасно указује да кривична одговорност путем виности успоставља јасну везу између дела и учиниоца, не ограничавајући се само на успостављање везе између радње дела и учиниоца. Сматрамо да код међународних кривичних дела ова карактеристика добија посебно значење.

Из оваквог одређења (који прихвата и Статут међународног кривичног суда у члану 25.), саставни део виности код ових дела (полазећи од обележја међународних кривичних дела) јесте не само свест о радњи кривичног дела, последици, узрочно последичном односу, већ и свест о сопственом статусу учиниоца у односу на друге извршиоце кривичног дела, као и свест о могућности спречавања кривичног дела. Овакво

[762] Д. Јовашевић, В. Ђурђић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.59.

[763]Д. Јовашевић, В. Ђурђић, *Међународно кривично право*, ibid., стр.59.

[764]Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006, стр. 67.

одређење прецизира умишљај као облик виности, имајући у виду да код појединих међународних кривичних дела умишљај није довољно одређење, односно не само да се захтева директан умишљај, већ се иде и даље до доказивања *dolus specialis* код појединих међународних кривичних дела. Управо код међународних кривичних дела кривична одговорност добија нове обрисе. Ту пре свега имамо у виду могућност да се кривична одговорност заснује на више различитих радњи дела, полазећи од обележја бића кривичних дела које у крајњем омогућавају широко схватање и примену појмова о саучесништву, саизвршилаштву, завери, заједничком плану и другим облицима учешћа у извршењу међународних кривичних дела.

Непостојање прецизних регула омогућило је да се схватање о кривичној одговорности заснива на широкој скали деловања. Илустративни су закључци Хашког трибунала: "У оквиру праксе овог суда у правном је смислу допустиво неку особу прогласити кривом за једно кривично дело и по члану 7(1) и по члану 7(3). Иако је било предмета у којима је осуђујућа пресуда по истој тачки оптужнице изречена и на основу члана 7(1) и члана 7(3), постоје и друге пресуде у којима је претресно веће искористило своје дискрециono овлашћење да осуду изрекне по само једној основи кривичне одговорности, чак и када се уверило да су правни услови за изрицање осуде на темељу друге основе одговорности испуњени[765]". Проблем утврђивања кривичне одговорности присутан је и у закључку Хашког трибунала: „У датим околностима, Претресно веће сматра да је кривично понашање оптуженог боље оквалификовано као понашање помагача и подржаваоца главних учинилаца који су створили и одржавали нехумане животне услове који чине нехумана дела и окрутно поступање према затвореницима....Сходно томе, Претресно веће доноси осуђујући пресуду једино према члану 7(1), али ће узети у обзир надређени положај оптуженог као околност која отежава његов пропуст да предузме неке кораке како би спречио непрекидно одржавање тих услова и то поступање[766]". Наведено доказује како у условима несавршеног система може доћи до својеврсног преклапања кривичне одговорности и утврђивања кривичне одговорности по једном основу, док се други основ не третира као део кривичне одговорности, већ као отежавајућа околност. Наведени пример сликовито указује на потребу да се кривична одговорност за међународна кривична дела утврди на ужи начин, који у највећој мери одсликава обележја бића међународних кривичног дела у ужем смислу.

На самом почетку износимо тезу да, насупрот релативно дугој традицији егзистенције међународног хуманитарног права и међународног ратног права, сам принцип или концепт индивидуалне кривичне одговорности није нов. Иако поштовање правила ратовања, ратног и хуманитарног права постоји од када постоји људско друштво, прве организоване и институционализоване облике бављења положајем појединца као активног објекта у оружаном сукобу налазимо знатно касније. Појединачни примери егзистенције индивидуалне кривичне одговорности датирају према појединим ауторима још из времена античке Грчке, односно од 450. година пре Христа (Маридакис)[767]. Овде указујемо и на Индијски закон „*Manu Smriti*" који датира од 200. године пре Христа. У римској држави егзистирало је неколико војних закона, почев од римског војног закона

[765] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 463.

[766] Пресуда Претресног већа у предмету Крњојелац, параграф 173.

[767] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p.87.

императора *Maurice Strategica* из VI века, до *Leges Militares* који је постао део *Ecloga of the Laws* објављен око 740. године.

Почетке бављења индивидуалном одговорношћу за кривична дела, не налазимо првенствено у нормативној делатности, већ најпре у делима филозофа и правника. У том смислу, а у циљу указивања на историјски развој концепта индивидуалне кривичне одговорности незаобилазно место свакако представљају записи Платона и Аристотела, док за средњи век везујемо дела Августина, касније Франциска де Виторије који у свом делу „*On the Law of War*" указује на ограничења војне потребе, као и на потребу заштите ненаоружаних лица и других „небораца". Нешто касније, Франциско Суарез и Хуго Гроцијус природноправне идеје инкорпорирају у право рата. У том правцу најдаље иде Хуго Гроцијус у свом делу „О праву рата и мира". Другачији осврт на природноправну концепцију одговорности нуди Томас Хобс у свом делу „Левијатан" инсистирајући на политичком реализму и правном позитивизму. Каснији аутори, као следбеници „Вестфалске традиције права" као што су: Корнелијус Ван Бункершок, Емерих Де Вател и Џорџ Фридрих Вон Мартинс своје деловање заснивали су на комбинацији ова два схватања.

Истовремено са овим теоријским покушајима, радило се и на кодификацији норми ратног права које су у себи садржале одредбе о одговорности. У том смислу указујемо на „*Ordinance for the Government of the Army*" из 1368. године коју је објавио краљ Енглеске Ричард Други (којим је забрањено под претњом смртне казне насиље над женама и ненаоружаним свештеницима, пљевине итд.). На истом трагу је и закон Фердинанда Мађарског из 1570.године, као и тзв. Ратни Декрет из 1621.године краља Шведске Густава Другог. XVIII и XIX век су значајни за развој инивидуалне кривичне одговорности. У овом периоду се већ предузимају значајнији и конкретнији нормативни напори са циљем да се спрече кршења ратног и међународног хуманитарног права. У овом историјском периоду виде се прве контуре индивидуалне кривичне одговорности. Карактеристично за овај период јесте да се одредбе о индивидуалној кривичној одговорности налазе чак и у бројним мировним уговорима тог времена [768].

2.1. Историјски развој кривичне одговорности за међународна кривична дела

Прве случајеве процесуирања лица због кршења закона и обичаја рата представљају случајеви *Conradin von Hohenstafen* из 1268. године као и случај *William Wallace* из 1305.године[769]. Први пример „суђења" за ратне злочине налазимо у 1474.години. Реч је о суђењу *Peteru von Hagenbach*-у, који је осуђен од стране *ad hoc* суда сачињеног од двадесет осам судија, који су основали савезници (Аустрија, Берн, Француска и градови на Рајни који су се борили на страни савезника) због масовних убистава, силовања, уништења и узурпирања приватне својине који су квалификовани као злочини против природног права и непоштовање божјих и људских закона. Куриозитет

[768]C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, ibid., p.91.

[769]C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, ibid., p.89.

овог процеса јесте да се Вон Хагенбах као окривљени бранио позивањем на наређења претпостављених[770].

Документ из овог периода који има посебну важност за даљи развој индивидуалне кривичне одговорности јесте и:„*Instruction for the Government of the Armies of the United States in the Field",* познатији као „Генерална наредба број 10" који многи називају и првом модерном кодификацијом права рата[771]. Овај документ је значајан не само са аспекта прописивања индивидуалне кривичне одговорности за кршења правила и обичаја рата, већ представља правни одговор на крваве ратове и масовна убиства која су била карактеристична за ратове који су се водили у Европи крајем XVIII и почетком XIX века. У ширем смислу, овај акт представља удаљавање од познатих образаца и правила рата. Заснива се на модерној теорији природноправне школе, правном позивитизму, као и „политичком реализму[772]". Овај акт, иако није био прихваћен од супротне стране у Америчком грађанском рату, био је од знатног утицаја на касније кодификације у Француској, Великој Британији, Пруској, Холандији, Русији и другим земљама. Са друге стране, овај акт представљао је правни основ за утврђивање индивидуалне кривичне одговорности и изрицање казне у предмету "Андерсонвил", који је значајан не само са аспекта примене Генералне наредбе број 10, већ и због чињенице да се овај предмет данас сматра првим случајем у коме је утврђена командна одговорност[773].

У временима која су следила било је покушаја успостављања јасне индивидуалне кривичне одговорности због повреде правила рата. Као један од важних покушаја у том правцу наводимо Мировни уговор у Версају из 1919.године. Овим Мировним уговором било је предвиђено у члану 228. утврђивање одговорности немачког цара: „...савезничке и удружене силе јавно оптужују Вилхелма II Хохенцолерна, цара Немачке због врхунског злочина против међународног морала и савести уговора". Иако опужба није у себи имплицирала кривичну одговорност, имајући у виду чињеницу да немачки цар није оптужен за ратне злочине, овај предлог је од значаја са аспекта могућег утврђивања одговорности за оно што је касније квалификовано као злочин против мира.

Други светски рат представљао је прекретницу у сваком погледу, па и у одређивању и примени индивидуалне кривичне одговорности. Масовна страдања, бестијални злочини, геноцид као последица не само ратно-утилитаристичког, већ и идеолошког дискурса, као и кршења свих познатих норми ратног и међународног хуманитарног права, нису оставиле простор за калкулације у погледу не само процесуирања, већ и у погледу даљих активности на развоју и кодификацији норми међународног кривичног права. У том смислу указује се да су одредбе Московске декларације о зверствима, Споразума између Влада савезника, Статута Међународног војног суда у Нирнбергу, Закона број 10. Контролног савета за Немачку[774], Статута

[770]C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, ibid., p.90.

[771] L.P. Rockwood, *Walking Away from Nuremberg, Just War and the doctrine of command responsibility*, op.cit., p.11-37.

[772]L.P. Rockwood, *Walking Away from Nuremberg, Just War and the doctrine of command responsibility*, ibid., p.11.

[773]L.P. Rockwood, *Walking Away from Nuremberg, Just War and the doctrine of command responsibility*, ibid., p.42.

[774]Љ.Прљета, *Злочин против човечности и међународног права-Нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 33-53.

Међународног војног трибунала за Далеки Исток[775], уз већ постојеће правне акте у виду хашког права из 1907.године, као и нормативних подухвата из XIX века, имале пресудан утицај на одређење и примену концепта индивидуалне кривичне одговорности за међународна кривична дела.

Статут Међународног војног суда у Нирнбергу у члану 6. утврђује индивидуалну кривичну одговорност физичких лица за: злочин против мира, ратни злочин и злочин против човечности. У овом члану индивидуална кривична одговорност се односи на вође, организаторе, подстрекаче или саучеснике који су учествовали у састављању или извршењу заједничког плана или завере ради извршења дела, с тим што у чл. 7. и 8. кривична одговорност проширује независно од службеног положаја оптужених, да би се у члану 9. кривична одговорност појединаца засновала и на чињеници чланства у групи или организацији коју би суд прогласио злочиначком. Значај овог Статута управо се огледа у чињеници да је по први пут кривична одговорност одређена и путем успостављања односа између оптуженог са осталим учесницима који су деловали у оквиру групе или завере, као и у односу према чињеници чланства у организацији.

У циљу утврђивања значаја наведених аката сматрамо сходним да укажемо на закључак Међународног војног суда у Нирнбергу, у погледу одређења инвидидуалне кривичне одговорности према коме: „Управо принцип персоналне одговорности је неопходан, колико и логичан, последица међународног права која омогућава од државе међународног мира.....принцип криминализације агресивног рата је садржан у Повељи (Статуту) као принцип личне одговорности....Злочини против међународног права учињени су од стране људи, а не од стране апстрактних ентитета и само кажњавање појединаца који су учинили злочине може да буде осигурано од стране међународног права. Овакво одређење индивидуалне кривичне одговорности налази се у члану 228. Версајског уговора о миру[776]“.

Сама чињеница да је, по први пут у дугој историји кршења закона и обичаја рата и међународног хуманитарног права, један међународни суд судио оптуженима за најтежа међународна кривична дела, као и чињеница да је основа рада Међународног војног суда у Нирнбергу представљала принцип индивидуалне кривичне одговорности, указује на значај овог преседана. Иако се и овом суду могу ставити на терет бројне примедбе процесне и материјалне природе, Међународни војни суд у Нирнбергу заузима незаобилазно место. Утицај који је имао на потоњи развој међународног кривичног права је несумњив. Указујемо да је Статут Међународног војног суда у Нирнбергу профилисао индивидуалну кривичну одговорност чинећи раскид са предлозима који су следили након Првог светског рата. Посебно је значајно да Статут Међународног војног суда у Нирнбергу иде даље од уобичајеног формулисања индивидуалне кривичне одговорности, већ исту разрађује и примењује на вође, организаторе, подстрекаче или саучеснике, те одређује широк круг лица која „су учествовала у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере ради извршења било којег од поменутих злочина[777]“.

Колики је значај овог преседана најилустративније приказују одредбе чл. 7. и 8. које јасно утврђују индивидуалну кривичну одговорност представника владе и државних

[775] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела*, *Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 67.

[776] Цитирано према Ciara Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Springer, 2008, p 100.

[777] Члан 6. став 2, Статута Међународног војног суда у Нирнбергу.

званичника без могућности позивања на имунитет. Такође се указује на куриозитет који доказује ширење индивидуалне одговорности на начин за који са данашњег аспекта можемо означити и као одговорност путем асоцијације или колективну одговорност. У члану 6. став 1. и у чл. 9. и 10. Статут Међународног војног суда у Нирнбергу утврђује кривичну одговорност по основу чланства у групи или организацији. Овај преседан своје узроке има у чињеници да је Међународни војни суд у Нирнбергу ипак представљао суд победника који су имали своје често и крајње лукративне намере које су дошле до изражаја кроз нове концепције кривице као што је „Бернијева теорија колективног криминалитета[778]“, а што је представљало плодно тло за касније теоријске и судско - практичне подухвате сведене на неограничено ширење поља примене индивидуалне кривичне одговорности.

Закон број 10. Контролног савета за Немачку у члану 2. став 2. још детаљније и шире уређује кривичну одговорност у погледу носилаца кривичне одговорности. Закон сматра: „да је извршило злочин из става 1) овог члана свако лице без обзира на држављанство или својство у коме је деловало, ако је било (а) главни учинилац или (б) саучесник у извршењу сваког таквог злочина или га је наредило или подстицало или (в) се сагласило са њим или (г) да је био повезано са плановима или радњама који су довели до извршења таквог дела или (д) је било члан неке организације или групе, повезане са извршењем ратног злочина или (ђ) у вези са ставом 1.(а) ако је имало високи политички, грађански или војни (укључујући Генералштаб) положај у Немачкој или у једној земљи која је Немачкој била савезник или с њом заједно ратовала или била њен сателит или је имало високи положај у финансијском, индустријском или привредном животу било које од тих земаља[779]“.

Такође, указујемо и на члан 2. став 2. Закона број 10. Контролног савета за Немачку[780], који по први пут помиње као одговорно лице и лице „које се сагласило са злочином“, као и лице које „је било повезано са плановима или радњама који су довели до извршења таквог дела“. Овај круг лица је изједначен са извршиоцем међународног злочина без обзира на својство. Полазећи од чињенице да службени положај у оквиру хијерархије државних органа или припадности организацији или групи више није препрека кривичној одговорности, Закон број 10. са непосредним извршиоцима међународних кривичних дела изједначава и лица која су имала „високи положај у финансијском, индустријском или привредном животу“.

Оваква одређења проистичу пре свега, од политичког карактера Контролног савета, с тим што практична примена ових одредби није била овако широка као што су то одредбе Закона број 10. Статут Међународног трибунала за Далеки Исток је на један општији начин који је сличан одредбама Статута Међународног војног суда у Нирбергу поставио основе кривичне одговорности. И овај Статут заснива се на индивидуалној кривичној одговорности лица која су као појединци или чланови организације извршили кривична дела, и то злочин против мира, конвенционални ратни злочин и злочин против човечности са ширењем примене кривичне одговорности независно од службеног положаја окривљеног.

---

[778] E. Van Sliedregt, *Invididual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, 2012,p.22.

[779] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду* , op.cit., стр. 48.

[780] Љ. Прљета *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 47.

Женевске конвенције из 1949.године су на један ужи начин уредиле кривичну одговорност задржавајући се на нивоу „лица која су извршила или су издала наређења да се изврши која од тешких повреда ове Конвенције“ (члан 49. Прве Женевске конвенције, члан 50. Друге Женевске конвенције, члан 129. Треће Женевске конвенције и члан 146. Четврте Женевске конвенције[781]), да би се тек касније са Првим Допунским протоколом уз женевске конвенције кривична одговорност проширила и на надређене непосредног извршиоца кривичног дела (члан 86. Првог Допунског протокола уз женевске конвенције[782]). Посебан значај има Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида[783] која у члану 4. утврђује индивидуалну кривичну одговорност с тим што се у наредним члановима утврђују обавезе држава у погледу примене Конвенције. Указујемо и на члан 2. Конвенције о незастаревању ратних злочина и злочина против човечности који прави искорак и примену ове Конвенције проширује на круг лица који се јављају као носиоци кривичне одговорности.

Период након Другог светског рата у погледу даљег развоја концепта индивидуалне кривичне одговорности, иако обећавајући у најави, није дао значајне резултате. Разлоге за то можемо тражити у хладном рату који је уследио и који је за наредних неколико деценија готово замрзао развој међународног кривичног права на ширем нивоу. Један од изузетака који је остао на нивоу покушаја, а који сведочи о односу према принципу индивидуалне кривичне одговорности (па га из тог разлога и наводимо) свакако представља рад Комисије за међународно право. Током 1950.године Комисија за међународно право формулисала је начела међународног кривичног права призната статутом и пресудом Међународног војног суда у Нирнбергу. Начела која имају своју важност и у данашњим условима јесу: 1) Начело индивидуалне кривичне одговорности, 2) Начело приоритета међународне инкриминације у односу на ону према унутрашњем праву, 3) Начело о неизузимању одговорности у односу на службени положај оптуженог, 4) Начело о неприхватању оправдања или одбране засноване на наређењу претпостављеног, 5) Начело којим се гарантује право на правично суђење и 6) Начело о одговорности за саучесништво у злочинима који припадају корпусу међународних кривичних дела.

Неспорно је да се, о принципу индивидуалне одговорности за међународна кривична дела, може говорити тек са пресудама Међународног војног суда у Нирнбергу и Међународног војног трибунала у Токију, јер све дотадашње покушаје можемо свести тек на препознавање специфичних облика индивидуалне кривичне одговорности. Наравно, већ на овом месту можемо наћи прве знаке истовремене релативизације индивидуалне кривичне одговорности. Као преседан који је омогућила пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу, не само у погледу одговорности надређеног, већ и у погледу примене права *ex post facto,* као и у погледу суђења *in abstentia,* наводи се да је овом пресудом извесна релативизација кривичне одговорности начињена и у погледу утврђивања одговорности у смислу чињења разлике између „терористичког“ и „стратешког“ бомбардовања. То је видљиво и у погледу закључивања о постојању кривичне одговорности адмирала Деница и Радера који су ослобођени од кривице полазећи од

[781] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[782] Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 16/78.

[783] Службени весник Президијума народне скуштине ФНРЈ, број 2/50.

идентичног поступања савезника који нису били ни оптужени за иста дела[784]. Још један део „спорног“ легата Међународног војног суда у Нирнбергу представља успостављање критеријума који прави разлику између бораца и небораца.

Међународни војни суд у Нирнбергу је утврдио одговорност за планирање и то само у односу на агресорски рат, док овај закључак није прихваћен у погледу других кривичних дела из Статута. У том смислу се указује на још један од легата овог суда као што је увођење одговорности по основу чланства у одређеној групи или организацији, што је представљало плодно тло за касније увођење других облика одговорности, као што су заједнички злочиначки подухват, одговорност путем посредног извршиоца, те „функционална одговорност“ који су представљали најпре новину, а касније и окосницу међународног кривичног права, посебно у пракси *ad hoc* трибунала.

Данас можемо рећи да подухват Међународног војног суда у Нирнбергу**,** иако значајан као преседан у погледу утврђивања одговорности за међународна кривична дела, није дао очекиване резултате у погледу утицаја који се очекивао на даљи развој међународног кривичног права. Штавише, поједини аспекти овог подухвата представљали су основу за каснија „иновирања“ кривичне одговорности, посебно од стране Хашког трибунала[785]. Свеједно наведени акти су од значаја јер су преточени и у национална законодавства којим су начела о индивидуалној кривичној одговорности добила статус *opinio iuris,* како у погледу индивидуалне кривичне одговорности, тако и у погледу међународног злочина као таквог.

Свакако један од најзначајнијих аката представља Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида од 9. децембра 1948.године[786]. Са аспекта развоја кривичне одговорности, ова Конвенција први пут одређује обележја бића кривичног дела, одређује круг пасивних субјеката као круг објеката заштите. Посебну пажњу заслужује чињеница да је Конвенције одредила и кажњива дела, поред самог дела геноцида, и то: 1) споразум о вршењу геноцида, 2) непосредно и јавно подстицање на извршење геноцида, 3) покушај геноцида и 4) саучесништво у геноциду. Ове одредбе геноциду дају неполитички карактер кривичних дела. Са аспекта одговорности, Конвенција утврђује индивидуалну одговорност као опште место, с тим што утврђујући и изједначавајући личну одговорност државних руководилаца и службеника са одговорношћу појединаца прави додатну дистинкцију између индивидуалне одговорности и примеса колективне или објективне одговорности. Са аспекта развоја међународног кривичног права указује се и на одредбе о надлежности *ratione materie* јер Конвенција утвђује надлежност судова држава на чијој је територији дело извршено. Посебан значај, са данашњег аспекта у коме је питање форме и оснивања међународних судова још увек актуелно, представља и одређење из Конвенције о уговорном прихватању надлежности за суђење учиниоцима међународних кривичних дела.

---

[784] К. Обрадовић, М. Шаховић, М. Деспот, *Међународно хуманитарно право – развој – примена-санкције*, op.cit., стр. 127.

[785] Карл Јасперс закључује „Његов учинак јесте само учинак једнократног суђења победничких сила пораженима, при чему је затајило заснивање општег правног поретка и изостала је тежња за правом код победничких сила...није утемељено ново право, већ је подстакнуто неповерење према праву. Разочарење, сразмерно величини подухвата огромно је“ , цитирано према Карл Јасперс, *Питања Кривице*, Фондација Конрад Аденауер, Београд, 2009, стр.94.

[786] Службени весник президијума Народне скупштине ФНРЈ број 2 од 15. јула 1950.године.

Од посебног значаја су и четири женевске конвенције од 12. августа 1949.године (Женевска конвенција за побољшање положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату, Женевска конвенција за побољшање положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору, Женевска конвенција о поступању са ратним заробљеницима и Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата[787]). Ове конвенције су представљале рефлексију духа времена који је уследило након Нирнбершког и Токијског процеса, као и процеса пред домицилним судовима, а који је био несумњиво карактеристичан по великом замаху и још већим очекивањима. Међутим, хладни рат у најави, као и процес деколонизације био је очигледно непремостива препрека даљем развоју међународног кривичног права за наредних неколико деценија.

Међутим, четири женевске конвенције значајне су јер су разрадиле објекте заштите и омогућиле коначан тријумф доктрине људских права у односу на критеријум војне потребе. Указујемо на специфичност Првог Допунског протокола уз женевске конвенције од 12. августа 1949.године о заштити жртава међународних оружаних сукоба[788]. Он у погледу одговорности врши прецизирање и указује на „намеру“ (члан 85.) као облик психичког односа према кршењима ове Конвенције, као и на одговорност старешина (која се одређује као кривична или дисциплинска) за акте потчињених (члан 86.). Са аспекта кривичне одговорности, ове конвенције су потврдиле становишта о индивидуалној кривичној одговорности, као и одговорности на основу наређења чиме је отворен пут ка прихватању јединственог појма учиниоца кривичног дела које је касније водило посебним облицима кривичне одговорности као што су: командна одговорност, одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата.

Даље у оквиру ОУН указујемо на активности у виду доношења Резолуције број 3314 од 14. децембра 1974.године којом је одређено дело агресије. Иако скромна по својим стварним дометима, у овом случају као извршилац дела агресије се одређује држава као субјект међународног права, уз примедбу да ни сама агресија није дефинисана као кривично дело. Овакво одређење је одступало у великој мери од дефиниције злочина против мира из Нирнбершке пресуде која је прописивала индивидуалну кривичну одговорност, па је наведена Резолуција остала забележена као неславан подухват инкриминације агресије. Ревизиона конференција у Кампали из 2010.године представља искорак у сасвим другом правцу, будући да у члану 8. одређује индивидуалну одговорност за акт агресије као одговорност за „планирање, припрему, отпочињање или извршење од стране лица које је у позицији да ефикасно врши контролу над или усмерава политичку или војну акцију државе која је учинила акт агресије...починилац је био свестан чињеничних околности да таква употреба оружане силе није у складу са Повељом ОУН....[789]“.

Први и Други Допунски протокол уз женевске конвенције од 12. августа 1949.године о заштити жртава међународних оружаних сукоба[790]из 1977. године значајни су са аспекта утврђивања објекта заштите као обележја бића кривичних дела, као и из разлога што у члану 85. утврђују постојање намере као основа за установљавање кривичне одговорности, а у члану 86. потврђују раније постављене основе командне одговорности. Из члана 91. Првог Допунског протокола види се да је за кршење одредби Конвенције и

[787] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[788] Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, број 16/78.

[789] www. Icc-cpi.int. (приступ 01.09.2013).

[790] Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, број 16/78.

овог Протокола утврђена само обавеза накнаде штете, што указује да ни допунски протоколи још увек не препознају кривичну одговорност држава или других организованих ентитета који се овде означавају као „стране у сукобу“. Без обзира на делимичан успех Првог и Другог Допунског протокола касније кодификације међународног кривичног права (за разлику од судске праксе) задржале су став о намери као услову кривичне одговорности за дела која су 1989.године у Бечу[791], означена као међународна кривична дела у ужем смислу.

Из таквих теоријских схватања и нормативних околности проистекли су и Статут Хашког трибунала и Статут Међународног кривичног суда за Руанду који су омогућили нова сагледавања кривичне одговорности уз старе поставке која се овај пут заснивала на доктрини заједничког злочиначког подухвата или командној одговорности (сада у новом руху полазећи од наслеђа предмета „Јамашита“ или „Маи Лаи“).

Статути *ad hoc* трибунала, Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду стоје на полазишту индивидуалне кривичне одговорности, додуше са значајним могућностима њеног ширења, што је Хашки трибунал доказао кроз своју праксу, као и кроз прихватање „јединственог појма учиниоца кривичног дела[792]“. Нови доприноси судске праксе ишли су за теоријским предлозима за увођење, поред индивидуалне кривичне одговорности, и одговорности државе и мултинационалних корпорација као вида колективне одговорности, са преовлађујућим идејама о могућем и пожељном повезивању појединачне одговорности и одговорности државе[793]. Они иду чак дотле да износе хипотезе о могућој замени појединаца организацијама у погледу одговорности[794] која данас прети да у потпуности дерогира традиционални концепт индивидуалне кривичне одговорности. На другој страни је Статут Међународног кривичног суда који је ближи класичним континентално - европским кривичноправним концепцијама[795].

Хашки трибунал основан је Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 827 од 25. маја 1993.године[796]. Статут Хашког трибунала је задржао досегнути ниво одређења индивидуалне кривичне одговорности као одговорност појединца који је лично одговоран за злочин. У члану 7. Статута стоји: „Особа која је планирала, подстицала, наређивала, учинила или на други начин помагала и учествовала у планирању, припреми или извршавању неког од злочина наведених у чл. 2 до 5. овог Статута лично је одговорна за тај злочин. Службени положај било ког оптуженог лица, било да је шеф државе или владе или владино одговорно службено лице, неће ослободити такво лице кривичне одговорности, нити ће смањити казну. Чињеница да је било која радња наведена у чл. 2. до 5. овог Статута била учињена од стране потчињеног, неће ослободити његовог претпостављеног кривичне одговорности, ако је знао или је могао да зна да је тај потчињени имао везе са извршењем такве радње или ју је извршио, а претпостављени је пропустио неопходне и разумне мере да спречи извршење такве радње или да због њих

[791] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 126.

[792] М. Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела-(са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту*, зборник радова Међународно кривично право, уредио Ђорђе Лопичић, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 173.

[793] E. Van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in Internatinal Law*, op.cit., p.7.

[794] C. Hardnig, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility*, op.cit., p.3.

[795] Милан Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела-(са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту*, зборник радова Међународно кривично право, уредио Ђорђе Лопичић, op.cit., стр. 175.

[796] Б. Милинковић, *Уједињене нације 1945-1995- између признања и покуде*, op.cit., стр. 245.

казни њихове извршиоце. Чињеница да је оптужено лице извршавало наређења владе или претпостављеног неће га ослободити кривичне одговорности, али се може сматрати као олакшавајућа околност приликом одмеравања казне, ако Трибунал одреди да извршење правде тако захтева".

Статут Хашког трибунала задржава уже дефинисање облика кривичне одговорности у односу на Статут Међународног војног суда у Нирнбергу, јер у члану 7. став 1. не помиње одговорност по основу учествовања у заједничком плану или завери за дела: Тешке повреде Женевских конвенција из 1949.године, Кршење ратних закона и обичаја, Геноцид и Злочин против човечности. Разлоге томе можемо тражити у чињеници да Статут Хашког трибунала у смислу *ratione materie* није утврдио надлежност овог суда и за злочин агресије или злочин против мира. То међутим, није била сметња да у каснијим годинама рада овог трибунала индивидуалну кривичну одговорност заснује на заједничком злочиначком подухвату. У другом делу Хашки трибунал је задржао одређења о службеном положају као основу која не искључује кривичну одговорност. Још једна разлика у односу на Статут Међународног војног суда у Нирнбергу огледа се у чињеници да Статутом Хашког трибунала није предвиђена могућност да се кривична одговорност утврђује путем чланства у организацији, као ни кривична одговорност организованих ентитета. Али то није представљало сметњу Хашком трибуналу да се у појединим случајевима приближи и одговорности путем асоцијације. Статут Хашког трибунала је значајан и из разлога што ограничава принцип *non bis in idem*, омогућавајући поновно суђење лицу коме је за иста дела већ суђено пред националним судовима.

Статут је потврдио принципе из Нирнбершке пресуде, али и из аката који су претходили или следили Нирнбершкој пресуди. Важно је напоменути да је принцип личне кривичне одговорности установљен у пресуди и кроз позивање на међународно обичајно право[797]. Штавише, можемо рећи да је Статут Хашког трибунала напустио становишта из Статута Међународног војног суда у Нирнбергу која су омогућавала колективну или објективну одговорност. У том смислу, на статутарном нивоу, Хашки трибунал је извршио потпуни пресек са покушајима креирања било какве кривичне одговорности ван индивиуалне кривичне одговорности појединаца. Међутим, пракса Хашког трибунала је показала на бројне слабости управо у делу ширења поља примене индивидуалне кривичне одговорности, посебно у домену промене доктрине заједнички злочиначки подухват, као и у делу приписивости одговорности цивилним лидерима.

Међународни кривични трибунал за Руанду основан је Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 955 од 18. новембра 1994.године. Посебост овог Статута огледа се у погледу надлежности будући да је обухватао и надлежност за дела која су учињена и на територијама суседних држава. Статутом Међународног кривичног трибунала за Руанду утврђена је надлежност за дела: Геноцид, Злочин против човечности и Кршење члана 3. заједничког женевским конвенцијама и Другог Допунског протокола. Указујемо да члан 4. овог Статута у оквиру дела „кршења члана 3. заједничког женевским конвенцијама и

[797] Члан 4(1) Конвенције против мучења и других врста окрутног, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања користи израз "саучесништво или учешће у мучењу", а члан ИИИ Међународне конвенције за сузбијање и кажњавање злочина апартхејда наводи као кривично одговорне оне који "учествују, директно подстичу или се заверe [или] ... директно помажу, охрабрују или сарађују у почињавању злочина". Кривична гоњења након Другог светског рата ово потврђују и откривају да учешће на овај начин може повлачити кривичну одговорност.

Другог Допунског протокола“ уводи надлежности и за „акте тероризма“ чиме се тероризам уводи у међународна кривична дела у ужем смислу.

Статут Међународног кривичног суда усвојен је на дипломатској конференцији у Риму током 1998.године с тим што је исти ступио на снагу 1. јула 2002. године, ратификовањем потребног броја од шездесет држава, да би сам Суд почео са радом 1. јула 2003.године. Надлежност суда у смислу *ratione materie* одређена је у односу на: Геноцид, Ратни злочин, Злочин против човечности, с тим што дело Агресије није одређено Статутом оставивши могућност да се касније дефинише што је урађено тек Ревизионом конференцијом у Кампали 2010.године. Статут Међународног кривичног суда, представља даљи искорак у развоју међународног кривичног права. Можемо рећи да он представља најзначајнији акт којим се уређују принципи одговорности, кажњива дела, процесне и друге претпоставке за утврђивање индивидуалне кривичне одговорности.

Сам Статут још у преамбули утврђује индивидуалну кривичну одговорност. У делу Статута који се односи на *ratione materie* (чл. 5, 6, 7 и 8.) су одређена обележја бића кривичних дела која отварају питања у погледу одговорности. Статут Међународног кривичног суда покушава да да одговор о основама кривичне одговорности кроз чл. 25, 27, 28 и 33. Он у појединим одредбама начелно омогућава ширење одговорности у случајевима када је кривично дело „проистекло на основу или поводом политичког програма државе или какве друге организације која је својим програмом подстрекавала да се такво дело изврши“ (члан 7. став 1. тачка К.), као и у делу у коме се као радња кривичног дела јавља тако да „подразумева хапшење, затварање или отмицу лица од стране државе или политичке организације, односно предузетих са њиховим одобрењем, односно уз њихову подршку “ (члан 7. став 2. тачка И).

У овим одредбама Статут пружа могућности за примену појединих института кривичне одговорности који одступају од познатих поставки о индивидуалној кривичној одговорности. Претпоставка је да је Статут на овај начин желео да да одговор на постојеће изазове у смислу дела која се јављају као резултат радње предузете од организованог ентитета, премда се не можемо отети утиску да је то урађено на начин који ће у пракси изазвати велике недоумице и проблеме и бити основ за (пре)широка тумачења. Наравно, заштитни механизми нуде се чланом 22. став 3. који императивно одређује рестриктивно тумачење бића кривичног дела, као и чланом 25. који одређује физичка лица као активне субјекте. Још један значајан захват који је предузео овај Статут јесте и одређивање појмова извршиоца и саучесника, те диференцирање саучесничке одговорности на начин који одступа од појма јединственог учиниоца кривичног дела, а који је близак континенталноевропским кривичноправним концепцијама[798].

Наведени акти представљали су сублимацију свих напора у протеклих сто година да се коначно утврде основ и границе одговорности за кршења норми ратног и међународног хуманитарног права, уз свест да су ранији покушаји, посебно након Првог светског рата и касније у оквиру Друштва народа остали безуспешни. Наведени акти су представљали основ за Нирнбершку пресуду и за даљи развој међународног кривичног

[798] М. Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела-(са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту*, зборник радова Међународно кривично право, уредио Ђорђе Лопичић, op.cit., стр. 166-207.

права кроз Резолуцију ОУН о прихватању Нирбершких начела[799] или Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида[800]. Такође они су представљали и својеврстан правилник о одређењу индивидуалне кривичне одговорности. Међутим, посебан куриозитет представљају и могућности које су наведени међународноправни акти оставили бројним тумачима, а које се односе на: одговорност по основу припадништва организацији, одговорност надређених и одговорност за заверу у погледу злочина против мира. Ове карактеристике, уз друге нејасноће, представљале су уједно основ да се касније, на крају XX века, учине нови нормативни захвати у погледу развоја међународног кривичног права и да се они крећу у другачијим правцима у домену индивидуалне кривичне одговорности у односу на принципе и начела којима је утемељено модерно међународно кривично право.

2.2.Објективна одговорност за међународна кривична дела

Објективна одговорност представља посебан изражај кривичне одговорности. Она по себи, не само да представља драстично одступање од индивидуалне кривичне одговорности, већ се претвара у својеврсну метафизичку одговорност која тешко проналази везу између радње и последице. Вуковић указује: „Идеја о објективној одговорности део је колективистичко-партикуларистичког и колективистичко-интернационалистичког погледа на свет. О њој говоримо када некога оптужујемо за грехе чланова заједнице којој припада. На објективистичком схватању одговорности почивају морална и правна дискриминација на основу расног, етничког или класног порекла. Да би се утврдила објективна кривица неког појединца, довољно је установити да он има расне, етничке или класне везе са појединцима који су *de facto* прекршили норме на које се позива онај који суди.[801]“.

Ово је облик приступа одговорности „код које нема субјективне везе између радње и последице, већ постоји само објективна веза, односно веза између узрока и последице[802]. Може се рећи да се до објективне одговорности долази кроз процес који називамо „објективизација субјективних критеријума[803]“ или кроз „проширивање примене презумпције кривице[804]“. Објективизација индивидуалне одговорности путем спољних фактора не само да угрожава принцип индивидуалне кривичне одговорности, и то употребом индивидуалне кривице као средства да се дође до кривице, већ представља и могућност да се релативно лако дође до ослобађајуће пресуде. У том смислу илустративан пример је суђење у Нирнбергу у случају Дениц.

---

[799] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр 233.

[800] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 253.

[801]И. Вуковић, *Постоји ли колективна одговорност за кршење људских права*, Зборнику НСПМ Одговорност, НСПМ, Vol. VII, No. 1-2, Београд, стр24.

[802] Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, op.cit.,стр. 43.

[803]Ј. Ћирић, *Објективна одговорност у кривичном праву*, op.cit., стр. 11.

[804] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр.127.

Као пример неограничене примене објективних критеријума у циљу приписивања кривичне одговорности наводимо предмет који се водио пред Хашким трибуналом у коме је утврђивана кривична одговорност Милана Гвера: „Претресно веће се уверило да је Гверо био упознат са стратешким циљевима и Директивом број 4. као и да је кроз њих био упознат с плановима руководства Републике Српске, који су имали за циљ стварање засебне државе за српски народ у Босни и Херцеговини. Конкретно, Гверо је кроз Директиву број 4. упознат са задацима Војске Републике Српске како би се ти циљеви постигли: у првом реду, требало је поразити снаге босанских Муслимана и уклонити цивилно становништво из енклава Сребреница и Жепа... Гверина укљученост од почетка до краја операције "Криваја - 95" и операције у Жепи је приметна: добијао је кључне информације и био је укључен у критичним моментима.

У пракси, Гверо је лично био на информативном командном месту у Прибићевцу 9. јула 1995. године са тадашњим командантом Дринског корпуса Крстићем, који је водио напад војске Републике Српске према Сребреници....Гверо је морао бити информисан о главним догађањима у кампањи како би, по потреби, могао интервенисати по евентуалним питањима морала или у случају потребе ширења информација. Из доказа се јасно види да су кључни документи били насловљени на Гвера лично и да је он углавном био информисан о напредовању војне акције. На пример, телеграм од 9. јула којим је Толимир прослеђивао Караџићево наређење за заузимање града Сребренице послат је Крстићу и Гверу на информативном командном месту**.** Без обзира на то да ли га је Гверо примио или није, то показује да је помоћник команданта за обавештајно-безбедносне послове Толимир сматрао да је важно да Гверо буде упознат с таквим кључним развојем догађаја..... Гверо је био најстарији присутни официр у Главном штабу војске Републике Српске. На пример, Главни штаб је 13. јула издао наређење с Гвериним откуцаним потписом којим се тражи заробљавање људи из колоне[805]“.

Овакав приступ омогућава да се индивидуална кривична одговорност заснује на критеријумима: „био упознат са стратешким циљевима“, „добијао је кључне информације“, „лично био на информативном командном месту“, „био информисан о напредовању војне акције“, „најстарији официр у штабу“, „главни штаб је издао наређење са Гвериним откуцаним потписом којим се тражи заробљавање људи из колоне“, да би на основу оваквих радњи оптуженог, Хашки трибунал утврдио одговорност за дела: „поверена важна улога“, „био темељито упознат са стратешким циљем уклањања становништва“, „дао значајан дорпиност заједничком циљу удруженог злочиначког подухвата својим настојањима да одложи и спречи међународну заштитну интервенцију“, „и он је делио ту намеру“.

Премда тај доказ није директно релевантан за операцију присилног премештања, он показује да је Гвери у Главном штабу војске Републике Српске била поверена важна улога..... Претресно веће је мишљења да је Гверо, који је био темељито упознат са стратешким циљем уклањања становништва, босанских Муслимана из енклава дао значајан допринос заједничком циљу удруженог злочиначког подухвата својим настојањима да одложи и спречи међународну заштитну интервенцију. Претресно веће, надаље, напомиње да, као што то показују Гверини поступци и енергичност с којом је поступао, једини разуман закључак који се може извести јесте да је и он делио ту намеру. Осим тога, Гверине властите речи током пресретнутог разговора – "[с]ве иде по плану и будите без бриге" – јасно показују његове намере, односно заједничку намеру, а не само

[805] Пресуда Претресног већа у предмету Гверо и др., параграф 1801,1805-1807, 1822.

његово знање. Према томе, Претресно веће констатује да је Гверо учесник удруженог злочиначког подухвата присилног уклањања[806]".

Независно од цитираних предмета, у међународном кривичном праву присутни су поједини облици примењиве објективне одговорности. Најилустративији је свакако Статут Међународног војног суда у Нирнбергу који објективну одговорност у члану 6. резервише за учешће у заједничком плану или завери, с тим што је овај облик објективне одговорности са становишта суда у Нирнбергу примењен само у односу на злочин против мира, као и у чл. 9. и 10. који су омогућили утврђивање злочиначког карактера организације и по том основу и кривичну одговорност чланова организације без могућности оспоравања.

Закон број 10. Контролног савета за Немачку, не само да следи овај приступ, већ кроз одређење у члану 2. став 2.: „Сматра се да је извршило злочин из става 1. овог члана свако лице без обзира на држављанство или својство у коме је делало, ако ... д) је било повезано са плановима или радњама који су довели до извршења таквог дела или е) било члан неке организације или групе, повезане са извршењем неког ратног злочина или ф) у вези са ставом 1.(а), ако је имало високи политички, грађански или војни положај у Немачкој или у једној земљи која је Немачкој била савезник или с њом заједно ратовала или била њен сателит или је имало високи положај у финансијском, индустријском или привредном животу било које од тих земаља[807]" омогућава ширу примену ових норми о објективној одговорности.

Међународни војни трибунал за Далеки Исток је у члану 5. утврдио своју надлежност и за лица код којих се основ налази у чланству у организацијама, као и по основу заједничког плана или завере. Пракса овог Трибунала омогућила је увођење командне одговорности у чувеном случају Јамашита који је представљао зачетак објективне одговорности војних, потом и цивилних лица. Хашки трибунал чини корак даље уводећи доктрину заједничког злочиначког подухвата кроз три различита облика. Статут Међународног кривичног суда у члану 25. – индивидуална кривична одговорност, поред инсистирања на појединачној одговорности, уводи и могућност да се кривична одговорност заснује на основу заједничког злочиначког подухвата, као и у члану 28. Статута у коме се утврђују услови за примену командне одговорности.

Објективну одговорност можемо означити као процес проширења субјективних критеријума на основу постојећих објективних околности које у основи не успостављају директну везу између радње кривичног дела и окривљеног, већ се празан простор између ова два сегмента кривичне одговорности успоставља на основу широких објективних критеријума који често нису правног карактера. У том смислу, објективну одговорност карактеришу: објективна одговорност није кривичноправне природе, одсуство директне везе између окривљеног и радње дела, постојање околности које на крајње широк начин покривају поље деловања окривљеног, немогућност успостављања везе између виности окривљеног и самог дела употребом директног умишљаја, могућност креирања кривичне одговорности путем нечињења, омаловажавање критеријума *mens rea*.

[806] Пресуда Претресног већа у предмету Гверо и др., параграф 1801,1805-1807, 1822.

[807] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, Op.cit., стр. 48.

На крају, вредно је осврнути се на сврсисходност разлога који су утицали на процес релативизације индивидуалне кривичне одговорности и усмерили индивидуалну кривицу кроз објективизацију ка другим сферама одговорности. Да ли разлоге можемо наћи у карактеру међународних кривичних дела и у последицама које остављају за собом, на које савремени свет одавно није равнодушан, или се разлог крије у развоју неограничених могућности и употребе техничких средстава која се користе ради извршења кривичних дела? Следећи аргумент налази се у домену потребе за осудом, не само оних који су учествовали у самим радњама дела, већ и оних који су се јавили као наредбодавци или инспиратори кривичних дела. Полазећи од присутности међународних кривичних дела у животу међународног друштва, па и у животу сваке државе као јединке, а имајући у виду досадашње искуство привођења одговорних лица правди, овакви напори ка утврђивању „опште кривице“ заслужју разумевање. Можда, индивидуална кривица истински јесте немоћна да одговори на међународна кривична дела, поготову на дела попут агресије или геноцида?

Наведеном у прилог јесу и сведочења креатора Међународног војног суда у Нирнбергу који су јасно ставили до знања да осуда оних који сносе одговорност за недела представља „основну покретачку снагу успостављања овог суда који се не може остварити са старим правилима и процедурама[808]. Својеврсни наставак оваквог поимања кривичне одговорности налазимо много година касније у Изјави генералног секретера ОУН, који приликом оснивања Хашког трибунала јасно упућује да: „Генерални секретар верује да су све особе које учествују у планирању, припреми или извршењу тешких кршења међународног хуманитарног права у бившој Југославији индивидуално одговорни за та кршења[809]“. Овакви ставови су кроз тумачење Статута у пракси Хашког трибунала омогућили уједно увођење објективне одговорности у виду примене доктрине заједничког злочиначког подухвата. Зато је извесно да увођење објективне одговорности представља резултат потребе да се дође до какве такве осуде за најтежа кривична дела, па се у овом мотивационом карактеру објективне одговорности може тражити и узрок успостављања оваквог облика одговорности.

Можемо рећи да индивидуална одговорност представља израз природног права, док се изведени облици одговорности јављају као последица или нуспродукт позитивног права. Сви ови покушаји представљају увод у колективну одговорност. Колективну одговорност посматрамо кроз призму правила да нико не може да буде одговоран за другог. Самим тим, и дистрибуција или пренос одговорности су ограничени појмовима кривичног права као што су: *actus reus*, узрочно последична веза, *mens rea*. Већ смо истицали какве последице могу да проистекну из неконтролисане примене доктрине заједничког злочиначког подухвата. С тим у вези, свако проширење одговорности или успостављање могућности нормативног или фактичког проширења одговорности, представља увод у колективну одговорност и заслужује критику.

Постојање криминалитета у оквирима међународног кривичног права подразумева креирање кривца као самосталног бића, а не у виду неког апстрактног објекта. Ово се истиче код дела која најлакше долазе под удар обележавања као политичка кривична дела као што су тероризам или агресија. Управо, у тим одређењима лежи највећи проблем и највећа претња индивидуалној кривичној одговорности. На тај начин индивидуална кривична одговорност се своди на ниво средства подобне да у корелацији са другим, пре

[808] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit, p.132.

[809] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 190.

свега објективним факторима и ванправним утицајима, претварају индивидуалну у објективну одговорност. Објективизација индивидуалне одговорности путем спољних фактора, не само да угрожава принцип индивидуалне кривичне одговорности, већ представља и могућност да се релативно лако дође до ослобађајуће пресуде. Ово из разлога што превелики утицај објективних фактора у случају Дениц је показатељ како објективизација до крајњих граница олакшава пут до ослобађајуће пресуде[810].

3.КОЛЕКТИВНА ОДГОВОРНОСТ

3.1. Појам колективне одговорности

Једно од најконтроверзнијих питања које отвара свака расправа о индивидуалној кривичној одговорности, јесте питање колективне одговорности, те узајамног односа између ова два наочиглед непомирљива појма. Питање колективне одговорности је стални пратилац оружаних сукоба. Иако се колективна одговорност први пут помиње у француснонемачком рату крајем 1870.године, нормирани облик добија више као индиректни појам у Хашкој конвенцији о законима и обичајима рата на копну из 1907.године. Ова Конвенција у члану 50. изричито забрањује колективно кажњавање. Колективна одговорност се помиње и у Версајском мировним уговору. Колективна одговорност као део кривичне одговорности намеће се као тема и на Нирнбершком суђењу.

Иако је Статут Међународног војног суда у Нирнбергу кроз одређења у чл. 6. тачка а), чл. 9. и 10. пружао основе за утврђивање колективне одговорности, утисак је да су таква схватања Статута остала на нивоу бојажљивог тумачења, те да овај суд у чл. 6-10. није дао одговор на ово питање. То примећује и Келсен и закључује: „Оно што заиста умањује ауторитет пресуде, јесте то што начело индивидуалне кривичне одговорности за кршење правила међународног права која забрањују рат, није било установљено као опште начело права, него искључиво као правило које намећу победници државама које су побеђене. Ово се нарочито огледа у чињеници да начело о кажњавању ратних злочинаца „сила Европске осовине“ које је усвојено Лондонским споразумом из 1945.године није био унесено у Повељу ОУН. Повеља, иако замишљена као основа међународног права у будућности и даље, приликом њеног кршења испоставља искључиво колективну одговорност држава као таквих – одговорност држава, а не делатних индивидуа[811]“. Статут Међународног трибунала за Далеки Исток је на становишту индивидуалне одговорности с тим што Статут Међународног војног суда у Нирнбергу проширује у

[810] Међународни војни суд у Нирнбергу закључује „Размотривши чињенице, нарочито наредбу Британског адмиралитета од 8. маја 1940.године, према којој сви бродови који ноћу плове кроз Скагерак имају бити потопљени (без упозорења), као и одговоре адмирала Нимица на упитнике који су му били упућени, а из којих се види да су САД од првог дана рата водиле на Пацифику подморнички рат без икаквог ограничења, Дениц не може бити осуђен за кршење међународног права у области подморничког рата“, наведено према К. Обрадовић, *Хуманитарно право-Савремена теорија и пракса*, Београдски центар за људска права, 1997, стр. 126.

[811] П. Бојанић, *Насиље, фигуре суверености*, op.cit., стр. 170.

члану 5. кривичну одговорност и на основ чланства у организацијама који укључују злочин против мира.

3.2.Правна природа колективне одговорности

Након суочавања индивидуалне кривичне одговорности са свим изазовима са којима се суочавало међународно право, често се поставља питање чему служи индивидуална кривична одговорност уопште. Одговори су веома различити и крећу се од покушаја да се сачува подвојеност између учиниоца кривичног дела схваћеног као јединке која може дејствовати заједно са другима, до схватања које износи Дамгард да сама подвојеност термина „индивидуална“ од термина „кривична“ одговорност служи да појача подвојеност између појединачне одговорности и сваке друге колективне одговорности[812], била то одговорност недефинисаних, али процесно способних ентитета или одговорност државе. Поједина схватања у оваквом одређењу траже разлоге успостављања универзалне јурисдикције за међународна кривична дела, док Басиони у оваквом одређењу види и „социјални уговор између појединца и државе[813]“.

Са друге стране, последице суочавања са ужасима великог рата исходиле су предлоге, пре свега филозофске и социолошке природе, који су наспрам тежишних основа кривичног права, често будућност одговорности због кршења норми тражили у поистовећивању или ширењу индивидуалне кривичне одговорности на колективитете. Гроцијус истиче да учешће у казни проистиче из учешћа у кривици. Пела иде и даље и у свом делу “*Criminalite collective des etats et le droit penal de l , avenir“* из 1925. године закључује да свака људска група има своја осећања, рефлексије и да их нација као колектив изражава кроз своје конституционалне органе[814]. Даље, Пела закључује да постоји активан и пасиван елемент кривице, при чему се као активан елемент кривице јавља физичко лице које је директно предузело акт, док је пасиван елемент кривице држава. Наведени предлози трају до данашњих дана покушавајући да индивидуалну кривичну одговорност изједначе са колективном одговорношћу посебно у условима рата, односно како закључује Анет Баиер:„....када смо у било каквој врсти рата, спремни смо да се са индивидуалне, пребацимо на колективну одговорност....Наше филозофско средиште треба да буде, исто толико на колективној, колико и на индивидуалној одговорности, када трагамо да разумемо нас саме као личности[815]“.

Колективна одговорност подразумева успостављање односа између непосредног учиниоца и шире друштвене целине. Зато се поставља питање квалитета и квантитета односа између појединца и колективитета. Келсен истиче да „треба деликт да дефинишемо као понашање лица против кога је уперена санкција или које стоји у неком правно одређеном односу према оним лицима против којих је уперена санкција[816]“. У

[812] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p. 12.

[813] C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal law*, Transational Publishers, New York, 2003, p. 676.

[814] N.H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p.169.

[815] A. Baier, *Group Responsibility for Ethnic Conflict*, The Journal of Ethnics, No.6, 2002, p. 157-178, наведено према П. Бојанић, Насиље, фигуре суверености, Институт за филозофију и друштвену теорију, ИП Филип Вишњић, Београд, 2007, стр. 168.

[816] Х. Келсен, *Општа теорија права и државе*, op.cit., стр.136.

случајевима када нема ни правног односа, нити неке друге везе (чак ни психолошке) која би се успоставила између непосредног извршиоца и других припадника колективитета, онда је тако успостављена одговорност ништа друго до апсолутна одговорност коју Келсен третира као „примитивно право[817]“.

Кроз приказ историјског развоја индивидуалне кривичне одговорности указали смо колико су били филигрански путеви развоја кривичне одговорности и напора да развој међународног кривичног права остане на трагу индивидуалне кривичне одговорности. Пракса Међународног војног суда у Нирнбергу, иако је значајна по успостављању индивидуалне кривичне одговорности, ипак је у оставила сенку колективне одговорности, најпре кроз прописивање одговорности политичких организација, што је у крајњем омогућило својеврсну карактерологију организација и уводећи на тај начин одговорност по основу чланства. Ови покушаји остали су карактеристични по чињеници да нису успостављени, нити утврђени критеријуми према којима се не би свако чланство сматрало самодовољном основом за утврђивање кривичне одговорности, да ли путем „значајног доприноса“ или путем „значајног протеста“, као и због омогућавања присуства политичке колективне одговорности унутар индивидуалне кривичне одговорности.

Колектив у овом случају не посматрамо као израз организације која би била примењива у односу на правна лица, политичке организације или државе као субјекте кривичне одговорности. Колектив третирамо као „скуп појединаца повезаних заједничким циљевима и правилима понашања која одређују на који начин циљеве треба остваривати[818]“. При томе уколико као релевантну прихватимо поделу колектива по основу агрегатног и органског схватања[819], лако ћемо доћи и до правног концепта одговорности колектива, не желећи да упаднемо у замку даљег разматрања која ова два

[817]Х. Келсен, *Општа теорија права и државе*, ibid., стр.145.

[818] И. Вуковић, *Постоји ли колективна одговорност за кршење људских права*, op.cit., стр.10.

[819] И. Вуковић, *Постоји ли колективна одговорност за кршење људских права*, објављено у Зборнику НСПМ Одговорност, НСПМ, Vol. VII, No. 1-2, Београд, стр.10; (Ако претпоставимо да држава има агрегативну структуру**,** тада ћемо све њене грађане моћи новчано да казнимо за преступе било којег од државних чиновника, али ћемо за њихове преступе тешко моћи да у моралном смислу осудимо све грађане без разлике. Јер, морални субјективитет приписујемо само јединственим бићима чију вољу није могуће разложити, док правни субјективитет приписујемо и јединственим бићима и сложеним конструктима насталим из добровољних уговора таквих бића. Када говоримо о вољи правних конструката, ми то чинимо у преносном смислу зато што је она прост збир индивидуалних одлука оних који те конструкте стварају. Уколико држава има агрегативно устројство, онда је њен правни субјективитет конструисан. За преступе државних службеника моћи ћемо правно да казнимо све грађане зато што службеници делају у име свих грађана на основу њиховог својевољног пристанка. Уколико, пак, постоји мањина која је, одлучивши се да живи у држави, прихватила да је у јавним пословима заступају појединци које је за своје представнике изабрала већина, али која избор тих појединаца сама није подржала, тада нећемо све грађане без разлике моћи морално да осудимо за моралне грехе државних службеника. Кратко речено, према владајућем схватању морала и права, морална одговорност се, за разлику од правне, на другога не може пренети..... Органско устројство имаће колектив који поседује јединствену вољу – самосталну моћ да утиче на одлуке појединаца – и јединствену свест преко које тај утицај врши. Вољу органског колектива схватамо на исти начин на који схватамо и вољу појединца – као производ разноврсних детерминишућих фактора и самосталне способности колектива-јединке да се тим факторима при одлучивању одупре. О јединственој колективној свести говорићемо ако претпоставимо да припадност колективу чини неизбрисив део индивидуалног идентитета сваког његовог члана. Та претпоставка може да објасни како је, на пример, могуће да се појединац, чији је лични живот у најбољем реду, осећа несрећним због невоља у које су упали други чланови његовог колектива са којима не одржава никакве личне везе... Према органицистичком учењу, колектив није производ појединаца, већ су појединци производ колектива.).

схватања колектива сврставају на широкој скали почев од рационалистичко-индивидуалистичког до мистичко-колективистичког схватања.

Тома Живановић закључује да се „сузбијање ратова не може постићи ако се не инкриминишу радње појединих држава и њихових политичких представника које су противне оним циљевима.... Ту ће се као субјекти, кривци појављивати једино државе према једном мишљењу (тзв. систем искључиве државне одговорности), њихови политички представници према другом мишљењу (тзв. систем искључиве индивидуалне одговорности), поред држава бар у неким тежим случајевима и њихови вини политички представници по трећем најумеснијем мишљењу (тзв. мешовити систем). Тиме што ће саме државе бити учињене кривично одговорним појавиће се нова правна фикција, нов фиктивни кривац, поред поменуте фикције правног лица као кривца[820]“.

Хана Арент одређује да су „за постојање колективне одговорности потребна два услова: као прво, морам себе сматрати одговорном за нешто што нисам учинила и, као друго, разлог за моју одговорност мора бити то што сам део групе (колектива) која се не може распустити мојим вољним чином, то јест, групе којој припадам на начин који није нимало налик одржавању пословног партнерског односа, пошто њега могу да раскинем кад год пожелим[821]“. Овом схватању додајемо још један услов у виду чињенице да је неко из групе учинио кривично дело, као и однос чланова групе према делу које учини неко из групе. Бојанић указује да се:„Начело колективне одговорности састоји у томе да није одговоран само онај који је учинио један прекршај, већ и други. Прво, зато што било који појединац припада одређеној заједници и *ad hoc* међународној заједници или држави свих и друго, зато што је немогуће и неправедно да један појединац као део или орган једне заједнице одговара сам за злочине (*mala in se scelus infandum*) које је учинио у оквирима исте те заједнице![822]“.

Услед својих очигледних специфичности, колективна одговорност је још примењивија на међународна кривична дела. Хана Арент закључује:„Али у једном овако огромном и сложеном злочину, у коме је учествовало много људи на разним нивоима и разним поступцима - планери , организатори и извршиоци, у складу са својим различитим надлежностима, нема никакве сврхе користити уобичајене појмове помагања и подстицања на извршење злочина. Јер учињени злочини су били масовни, не само у погледу броја жртава, већ и у погледу броја извршилаца, и што се одговорности тиче, нема никаквог значаја колико је неки од многобројних злочинаца био близу или далеко од стварног убице. Напротив, по правилу, што се више удаљавамо од човека који у својим рукама држи смртоносно оруђе, степен одговорности се повећава[823]“.

У суочавању са оваквим одређењем колектива, посебан проблем представља покушај третирања колективне одговорности кроз појам *mens rea*. Уколико би се за *actus reus* и пронашла колико толико могућа објашњења, одређивање *mens rea* у оквиру колективне одговорности представља непремостиву препреку. Уколико се прихвати да *mens rea* у суштини представља начин да се искаже сва разноликост психолошких услова на којима закон заснива обавезаност у понашању, па и комплекс права и обавеза на која се односи, како на колективну одговорност, тако и на одговорност правних лица или других

[820] Т. Живановић, *Основни проблеми кривичног права*, op.cit., стр.123.

[821] Х. Арент, *Лична одговорност под диктатуром, Заточеници зла: завештање Хане Арент*, op.cit., стр. 21.

[822] П. Бојанић, *Насиље, фигуре суверености*, op.cit., стр. 185.

[823] Х. Арент, *Ајхман у Јерусалиму- Извештај о баналности зла*, op.cit., стр. 222.

„апстрактних или формалних ентитета“ остаје отворено питање да ли *mens rea* подразумева мноштво или плуралитет, те да ли се *mens rea* може уопште разматрати и применити са аспекта мноштва или плуралитета особа. Са друге стране, *mens rea* као отелотворење психолошке категорије увек представља појединачну катеорију, а не колективну, макар у формалноправном и позитивистичком смислу речи.

То значи да је о колективној одговорности тешко говорити посебно са аспекта *mens rea* чак и када сви или већина припадника једне групе или колектива деле исте моралне, етичке судове према кривичном делу и последици. Лемкин истиче: „Све значајније класе и групе народа добровољно су потпомогле Хитлера у његовом плану светске доминације... Немачка техника експлоатације и поробљавања народа је тако многострана, осмишљена и разрађена, у великој мери зависна од личне вештине и одговорности, да та комплексна машинерија не би била успешна без оданости ствари и самог немачког народа[824]“. Али ни оваква хомогеност, у односу групе према историјским или геополитичким циљевима које отелотворује држава, влада или други организовани ентитет не искључује потребу доказивања и утврђивања *mens rea* који би био подобан за утврђивање кривичне одговорности, што свако питање утврђивања колективне одговорности своди на *probatio diabolica.* На основу тога, закључујемо да не постоји колективна кривица као кривица по себи. Реч је о изведеном облику кривице која се код међународних кривичних дела најлакше примењује.

Још једно питање вредно пажње које носи са собом свака расправа о колективној одговорности, односи се на примену врсте казне, као и сврхе колективне казне, тј. да ли се ради о класичним мерама кажњавања са превентивном и репресивном функцијом или је потребно приступити другим казнама или санкцијама. Значајан допринос ограничењу ширења одговорности даје и Комисија за међународно право ОУН. Упоређујући домете члана 19. Нацрта чланова о одговорности држава за међународно противправне акте, са чланом 53. Женевске конвенције о уговорном праву, Комисија за међународно право препоручује 1976.године: „Било би погрешно једноставно закључити да свако кршење обавезе која произилази из императивне норме јесте међународно кривично дело, као и да само кршење обавезе конституише међународно кривично дело. Може се прихватити да кршење обавеза јесте кривично дело ако је нормално резултат који проистиче из кршења норми *ius cogens*, али овај закључак не може да буде апсолутан[825]“.

Разлоге постављања питања колективне одговорности на ниво дилеме и формирања посебног проблемског поља можемо тражити у томе што теорија међународног кривичног права никада није дала јасне критеријуме када се, да ли се и под којим условима поступање тј. радње кривичних дела које су предузете од стране државних званичника могу третирати као радње државе[826] као посебног ентитета, са посебним правним субјективитетом које би биле подобне да се пренесу на укупну популацију. Ово питање додатно усложава положај саме јединке која наступа у двострукој улози, као појединац који учествује у радњи дела, и као појединац који је снабдевен огртачем представника државне власти или који има посебно својство које га чини интегралним делом ентитета који се не може поистоветити са појединцем.

[824] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији 1941-1945,1991... II* , op.cit., стр. 101.

[825] N. H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, op.cit., p.158.

[826] N. H.B. Jorgensen, *The Reponsibility of states for international crimes*, ibid., p.154.

Уколико се овоме додају већ постојећи нормативни оквири који успостављају индивидуалну кривичну одговорност и због поступања по наређењу, онда је тешко прихватљив закључак да инвидуална кривична одговорност може тек тако прећи преко појединца – индивидуе и његовог капацитета да буде одговоран за противправна чињења или нечињења и ван тог субјективистичког оквира и тражити даље и нове изворе одговорности, овог пута и колективне. Уосталом, мишљења смо да постојећи нормативни оквири који указују да статус шефа државе, владе или владиног званичника нису постављени у циљу преноса индивидуалне кривичне одговорности, већ управо обратно, у циљу непреношења кривичне одговорности са непосредних извршилаца на више нивое одлучивања.

Колективна кривица може да постоји само тамо где постоји колективни начин размишљања и колективни начин доношења одлука. Она се може посматрати, како на вертикалан начин, тако и на хоризонталан начин. При томе, вертикално посматрање колективне кривице подразумева и кривицу предака која је подобна да се пренесе и на потомке. Зато колективна кривица представља превише апстрактну категорију која искључује као таква кривичну одговорност, чија се егзактност код међународних кривичних дела креће од узрока преко радње или пропуштања до последице са присутним и неопходно доказивим *mens rea* сваког појединца.

Говорећи о колективитетима и колективној одговорности сматрамо да је полазећи од сваког колективитета коме се приписује и утврђује одговорност, често и бесмислено утврђивати кривичну одговорност целог колективитета, као што је то народ. И ту се не задржавамо само на кривичној одговорности, већ и на моралној одговорности као најближој метафизичкој одговорности. У праву је Јасперс када закључује: „Категорички суд о народу увек је неправедан јер подразумева лажну супстанцијализацију и за последицу има потцењивање човека као индивидуе[827]“. Полазећи од особености колективитета и природе односа према колективитету закључујемо да је свака колективна одговорност екстрем сам по себи јер је искључива и подразумева „лажну супстанцијализацију“ суштински искључујући потребу за успостављањем индивидуалне кривичне одговорности.

Хана Арент закључује: „Не постоји ни колективна кривица, ни колективна невиност. Ти изрази имају смисла само ако их применимо на појединце[828]....ако смо сви криви, онда нико није крив. Кривица за разлику од одговорности, увек се издваја: она је строго лична и односи се на чин, а не на намере или могућности[829]“. Јасперс такође истиче:„Народ као целина не може бити ни крив, ни невин, било у законском, у политичком (овде одговорни учиниоци могу бити само грађани одређене државе) или у моралном смислу[830]“.

На крају укључујемо још један аспект према коме се иза колективне кривице ваља концепт колективне одмазде. Колективна одмазда не мари за делинквента самог, већ за сопствену какву такву примену. Она се примењује на онога који је удаљен од самог делинквента са којим се веза успоставља кроз нестабилне критеријуме поистовећивања по основу тежине дела која су предмет оптужбе. Колективна одговорност је примењива као

[827] К.Јасперс, *Питање кривице*, op.cit., стр. 33.

[828] Х. Арент, *Лична одговорност под диктатуром,Заточеници зла: завештање Хане Арент*, op.cit., стр. 10.

[829]Х. Арент, *Лична одговорност под диктатуром,Заточеници зла: завештање Хане Арент*, ibid., стр. 19.

[830]К.Јасперс, *Питање кривице*, op.cit., стр. 33.

концепт грађанске одговорности државе или других организованих колективитета у циљу надокнаде штете или уопште посматрано кроз ретрибуцију. Њу су изазвала физичка лица делујући у име државе или организације, при чему утврђивање кривичне одговорности физичких лица која репрезентују или предузимају радње у име државе представља претходно питање. Колективна одговорност суштински представља метафизичку одговорност која као таква занемарује кривичну одговорност и остаје категорија по страни у односу на кривичну одговорност.

4.ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Појам одговорности имао је дуг пут свог историјског одређења. Тај пут углавном је био везан за схватање одговорности као облика својеврсне репатријације унетог нереда у поредак који није нужно и није увек проистицао из појма кривице. Од римских правника – каузалиста који су поимали најшири појам „одговорности" према којима је „одговоран свако ко може бити позван пред суд због извесне обавезе, било да дуг произилази из чина његове слободне воље или не[831]" до носиоца идеје природног права, појам одговорности није нужно проистицао из појма кривице. За предмет нашег бављења важно је указати да одговорност на бази кривице добија своје облике тек у доба ренесансе[832], а посебно у току XIX века, под утицајем индивидуалистичке филозофије и изражених ставова који су раздвојили саму накнаду штете од основа накнаде штете, у условима где кривица добија своје место у систему одговорности, односно како закључује Јеринг „не обавезује на накнаду штете сама штета, већ кривица[833]". У том смислу о духу епохе која је изродила нови концепт одговорности сведочи закључак Џона Стујарт Мила из 1856. године: „Одговорност значи кажњавање!".

На једном општем нивоу сама одговорност се може дефинисати као „установа правне, моралне и сваке друге цивилизације која настаје повредом одговарајућег правила понашања коју прате унапред установљене санкције, а чији су услови и садржина примерени природи и врсти повређеног добра[834]". Зато се кроз историјски развој одговорност често означавала као „проблем могућности да се положи рачун[835]". Из овако широко постављених теза, следи и могућност диференцијације између одговорности и обавезности, при чему се обавезност јавља као деривативни израз одговорности у односу на саму одговорност која проистиче директно из закона тако да се обавезност јавља као последица успостављања правне одговорности.

Одговорност представља комплексни супстрат више облика односа јединке према правилима и нормама. У том смислу се може прихватити теза која поистовећује правну одговорност и правну обавезност полазећи од тезе да „особа правно одговорна за неки поступак или штету, значи тврдити да је њена повезаност са поступком или штетом према

---

[831] М. Виле, *Историјска скица за реч одговоран*, зборник Одговорност индивидуална и колективна, П. Бојанић, П. Крстић, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 58.

[832] E. Van Slidregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, op.cit., p. 17.

[833] С. Перовић, *Завршни документ*, Копаоничка школа природног права, 2011, стр. 38.

[834] С. Перовић, *Завршни документ*, Копаоничка школа природног права, 2011, ibid., стр.29.

[835] Р. М. Кион, *Развој и значај појма одговорност*, Зборник Одговорност индивидуална и колективна, П, Бојанић, П. Крстић, Службени гласник, Београд, 2008, стр.144.

закону довољна за обавезност. Пошто је на овај начин могуће разликовати одговорност и обавезност, имало би смисла рећи да је особа обавезана на казну за оне поступке за које је правно одговорна[836]“. Овакав став, по нашем закључку, представља доказ о примени одговорности *stricto sensu* и то у односу на ниво одговорности који се још увек налази на граници грађанског и кривичног права. Идући даље ка кривичном праву и кривичној одговорности, сматрамо оправданим указати на потребу да се кривична одговорност и даље креће у границама *stricto sensu* примене, како на епистемолошком, нормативном нивоу, тако и на емпиријском нивоу примене одговорности на сваки конкретан случај. Свака друга примена удаљава процес утврђивања каузалности између радње и последице од потпуне сигурности до „натегнуте и сасвим далеке узрочне везе[837]“, карактеристичне по нижим степенима вероватноће које су одлика грађанског права.

Можемо рећи да се традиционални обрасци индивидуалне кривичне одговорности налазе у природном праву, док њени изведени облици као што су заједнички злочиначки подухват, командна одговорност или одговорност државе, представљају део корпуса позитивног права. Штавише, судска пракса (која у циљу доказивања тежњи ка објективизацији индивидуалне кривичне одговорности представља значајан извор права) доказује да је у току својеврстан процес ревизије природног права, управо кроз међусобно удаљавање природног права и позитивног права (не пренебрегавајући чињеницу да позитивно право своје изворе има у природном праву).

Принципи кривичне одговорности све више се темеље на објективним чињеницама у односу на категорије као што су простор и време, а не у односу на предузету радњу што наводи на закључак да нас ови принципи удаљавају од кривичног права и приближавају принципима одговорности који су карактеристични за облигационо или грађанско право, у виду одговорности по основу опасне ствари или опасне делатности. Управо се у претпоставци кривице која је тако карактеристична за облигационо право а коју често преузима и кривично право (насупрот претпоставке невиности), јављају опасности по принцип индивидуалне кривичне одговорности.

Ови утицаји видљиви су и у различитом постављању кривичне одговорности у англосаксонском правном систему, затим унутар самог англосаксонског правног подручја, са једне стране, и континенталних правних система, са друге стране[838]. У том смислу се појмови као што су рат, командовање или оружани сукоб јављају као вишеструко криминогени појмови.

Међутим, не можемо, а да не приметимо да и сама природноправна теорија права не онемогућава ширење индивидуалне кривичне одговорности, посебно у оним случајевима када се ослања на рационалне концепције о разуму као извору свеукупног сазнања. При томе тешко је отети се утиску да и само природно право садржи у себи клице долажење објективизације индивидуалне кривичне одговорности из простог разлога

---

836 Х.Л.А. Харт, *Одговорност,* Зборник Одговорност индивидуална и колективна, П. Бојанић, П. Крстић, Службени гласник, Београд, 2008, стр.67.

837 Ј. Ћирић, *Објективна одговорност у кривичном праву,* Op.cit., стр. 35.

838 О уређењу кривичне одговорности у англосаксонском систему: М. М. Аћимовић, *Субјективни елеменат кривичног дела у америчком праву*, Београд, Савез удружења правника Југославије, 1966, стр. 19-21, као и Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: Командна одговорност,* Бранислав Ристивојевић, Нови Сад, 2003, стр.18-39.

што се акценат одговорности ставља на само дело и последицу дела (из чега пак проистиче нужност обрачуна са последицом), а не на кривца и његов однос према кажњивом делу. Овакав став донекле представља одступање од покушаја који су виност уносили у појам кривичног дела, који су исходили субјективно – објективни појам кривичног дела[839].

Објективна одговорност и колективна одговорност нису синоними. Можемо рећи да се објективна одговорност јавља као резултат узајамног дејства више фактора, међу којима не морају да доминирају људски фактори (зато се објективна одговорност приближава и често сусреће у цивилном праву), док колективна одговорност подразумева плуралитет неидентификованих учинилаца, заједничку вољу која обухвата и циљ и мотив, па и средство у односу на последицу, при чему се предузета радња или пристајање на предузету радњу јављају као резултат деловања претходних услова.

Колективна одговорност се разликује од објективне одговорности. Колективна одговорност се јавља као дериват објективне одговорности. И док се објективна одговорност задржава на свеприсутним чињеницама у времену и простору у коме наступа последица кривичног дела и које се постављају у односу појединац - кривично дело-последица, са посебним осврtом на могућност приписивања последице радњи дела и односу према могућности наступања последице која иде од умишљаја до нехата, дотле се колективна одговорност јавља као одговорност која иде независно од утврђивања односа извршилац дела – последица – кривица, већ наступа по аутоматизму одмах након утврђивања постојања кривичног дела. У том смислу се и колективна одговорност јавља, како истиче Фајнберг, као „нарочит случај посредне одговорности будући да посредна кривица не постоји[840]“. Колективна одговорност представља резултат чињеничног основа у оним случајевима када постоје околности објективне природе које указују да појединац у конкретном случају није деловао сам за себе и ради себе, већ се појединац јавља као еманација намере и објективно предузете радње неког од облика организовања, који омогућавају приписивост радње појединца, не само организованом ентитету, већ и мноштву тј. колективитету који стоји иза сваког облика организовања, при чему се организовани ентитет јавља као израз мноштва.

Наравно, колективна одговорност поред овако функционалистичког приступа има и своје морално одређење. Али колективна одговорност која проистиче из морала, представља метафизичку одговорност која се лако измешта на ниво политичких мотива, односно како закључује Арент „не знам када је први пут употребљен израз колективна одговорност, али сам прилично сигурна да је он, и проблеми на које указује, постао релевантан предмет општег интереса, пре свега због политичких, а не због правних и моралних проблема[841]“.

Сматрамо да колективна одговорност представља дериват природноправног схватања одговорности која се заснива искључиво на објективним критеријумима као што су то простор, време и кривична дела, који у својој неодређености и апстрактности онемогућавају успостављање било какве пропорције односа, како између кривичне одговорности и других облика одговорности, тако и унутар кривичне одговорности саме, која се на крају претвара у колективну кривицу. У суштини колективна одговорност као таква представља метафизичку кривицу која се заснива на апстрактној појединачној

[839] Т. Живановић, *Основи кривичног права-општи део-II књига*, op.cit., стр. 12.

[840] Х. Арент, *Лична одговорност под диктатуром, Заточеници зла: завештање Хане Арент*, op.cit., стр. 19.

[841] Х. Арент, *Лична одговорност под диктатуром, Заточеници зла: завештање Хане Арент*, ibid., стр. 19.

одговорности која не успева да успостави везу између самог кривичног дела и појединца као субјекта колективне одговорности и која може да егзистира само на нивоу морала.

Глава шеста

КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ

1.УВОД

Питање одговорности надређених лица старо је колико и само питање кривичне одговорности. Бројни примери указују да је питање одговорности надређеног старо две хиљаде петстотина година[842], као и да се још у најранијим правним записима налазе елементи одговорности за другог о чему сликовито сведоче Хамурабијев законик (чл. 23 и 24.[843]) и Салијски закон (*Lex Salica*)[844]. Штавише, у делу Сун Тзуа, В.Х. Паркс види правни основ доктрине командне одговорности[845]. Свако касније бављење злочинима у оружаним сукобима изнова је покретало ово питање. Најилустративнији примери су свакако случајеви Петер Вон Хагенбах, Андерсонвил, Емил Милер, Вон Руншдет, Јамашита, Тојода, Маи Лаи, логор Челебићи.

Теоријско бављење одговорношћу надређеног претходило је правном уређењу овог облика одговорности. Теоријска исходишта налазе се у напорима да се прошири деловање *ius in bello*. Зачетке ове доктрине на једном апстрактнијем нивоу можемо наћи у радовима Сун Тзуа[846], Августина, Виторије, Суареза, Гроцијуса, Хобса, Ван Бункершока, Вателa, Канта и Хегела. У овако широким теоријским оквирима настала је и командна одговорност. Командна одговорност развила се као резултат проширивања обима заштите учесника у оружаним сукобима кроз ширење субјеката одговорности. Прве конкретније нормативне облике уређења одговорности надређеног можемо наћи у *Massachusetts Articles of War* из 1775.године[847]. Овај акт је значајан из разлога што се по први пут јасно одређује одговорност надређеног у погледу контроле над подређенима[848]. *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, познатији као *General Order No.100* из 1863.године[849] имало је пресудан утицај на касније норме женевског права.

---

[842] В. Ђурђић, Д. Јовашевић, *Кривично право, Посебни део*, op.cit., стр.305.

[843] Д. Николић, А. Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, Правни факултет Ниш, 2011, стр. 5.

[844] Д. Николић, А. Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, ibid., стр. 53.

[845] M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C, Asser Press, The Hague, 2010,p.11.

[846] S.Tzu, *Umijeće ratovanja*, Mozaik knjiga, Zagreb, 2009, str. 13.

[847] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, Mishigan Journal of International Law, Vol.30, 2009, p.273.

[848] „Сваки официр који командује, мора одржавати поредак, до крајњих граница својих моћи и спречавати било какав неред који могу починти било који официр или војник под његовом командом“, наведено према A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, Mishigan Journal of International Law, Vol.30, 2009, p. 273.

[849] L. P. Rockwood, *Walking Away from Nuremberg- just war and the doctrine of command responsibility*, op.cit., p.39.

Пре тога, у члану 1. Правилника о законима и обичајима ратовања на копну (који представља додатак Четвртој Хашкој конвенцији из 1907.године) стоји: „Ратни закони, права и дужности не примењују се само на војску, већ и на милиције и добровољачке одреде који испуњавањају услове да имају на челу личност одговорну за своје потчињене[850]“. На прелиминарној мировној конференцији у Версају, Комисија за утврђивање одговорности за рат закључила је: „Сви ауторитети, цивилни или војни, који припадају непријатељским земљама без обзира на степен на коме се налазе, без обзира на ранг, укључујући и шефове држава који нареде или са знањем и могућностима да интервенишу, не предузму мере да спрече дела, чине кршења закона и обичаја рата[851]“.

Догађаји током Другог светског рата јасно су указали да се адекватна заштита жртава не може остварити искључиво заснивајући се на принципу кривице за предузету радњу. Нарасла потреба да се спрече кажњива дела захтевала је не само проширење круга објекта заштите и увећање каталога радњи кажњивих дела, већ и заснивање одговорности за нечињење, тј. за непредузимање радњи. Иако је утврђивање обавезе на позитивно чињење у смислу прописивања обавеза присутно у чл. 1 и 43. Четврте Хашке конвенције (Правилник о законима и обичајима рата копну)[852] и члану 19. Десете Хашке конвенције[853], прави обриси принципа командне одговорности могу се јасније препознати у одредбама Друге женевске конвенције од 12. августа 1949.године[854] која у члану 46. утврђује да су „стране у сукобу дужне да преко својих врховних команданата до појединости обезбеде извршење претходних чланова....“.

Следећи показатељ својеврсне објективизације одговорности налазимо у члану 12. Треће женевске конвенције[855]: „Ратни заробљеници су у власти непријатељске силе, али не у власти појединих лица или војних јединица који су их заробили. Независно од личних одговорности које могу постојати, Сила која их држи одговорна је за поступање које се на њих примењује“. На основу наведеног члана видљива је тенденција ка уопштавању одговорности кроз прописивање одговорности и оних који не предузимају непосредно радње дела, већ комплекс права и обавеза заснивају на чињеници надређености. Одговорна команда (као један од препознатљивих сегмената командне одговорности) егзистира у члану 43. Првог Допунског протокола уз женевске конвенције од 12. августа 1949.године[856] у коме се истиче: „Оружане снаге у сукобу се састоје од свих организованих оружаних снага, група и јединица стављених под команду која је одговорна тој страни за руковођење својим потчињенима“.

Међутим, без обзира на искуства Другог светског рата и значајних кодификаторских захвата који су уследили, ипак је командна одговорност све до усвајања Првог Допунског протокола остала резервисана само за оне надређене који су лично

[850] Правилник о законима и обичајима ратовања на копну (Прилог уз Четврту Хашку конвенцију из 1907.године), М. Старчевић, *Извори међународног хуманитарног права*, Међународни комитет Црвеног Крста, Београд, 2002, стр. 293.

[851] M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, op.cit., p.20.

[852] М. Старчевић, *Извори међународног хуманитарног права*, op.cit., стр.292.

[853] М. Старчевић, *Извори међународног хуманитарног права*, ibid., стр.320.

[854] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[855] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[856] Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 16/78.

учествовали у злочинима или били саучесници или их наредили[857]. Коначно, признање одговорности по основу пропуштања видљиво је у одредби члана 86. Првог Допунског протокола уз женевске конвенције од 12. августа 1949.године[858] који одређује: „Високе стране уговорнице и стране у сукобу ће сузбијати тешке повреде.... које су резултат непредузимања, када по дужности треба да их предузимају.“ Овај акт значајан је и са становишта ширења одговорности команданата и на „остала лица под њиховом контролом“ што је касније имало свој одраз и у примени командне одговорности на цивилна лица.

Конвенција о непримењивости законских ограничења у односу на ратне злочине и злочине против човечности из 1968.године у члану 2. одређује: „Уколико је било који злочин наведен у члану 1. одредбе ове Конвенције примењују се на представнике државне власти и појединце који као директни извршиоци или саучесници учествују или који директно подстичу друге на извршење било којих од тих дела, или који кују заверу да их почине или се сагласе са почињењем, као и на представнике државне власти који толеришу њихово почињење[859]“.

Значајно је и становиште изражено у Нацрту кодекса о злочинима против мира и безбедности човечанства из 1991. године које нуди сасвим прихватљиво одређење командне одговорности: „Чињеница да су злочин против мира и сигурности човечанства починили подређени, њихове надређене не ослобађа од кривичне одговорности ако су знали или имали информације које су им омогућавале да закључе у датим околностима, да је њихов подређени извршио или намеравао да изврши такво дело или ако нису предузели све изводљиве мере унутар својих могућности да такво деле спрече или сузбију“.

Ad hoc трибунали изнова оживљавају доктрину командне одговорности. Статут Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду садрже идентичне одредбе о командној одговорности. Пресуда Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Акајешу је прва у којој су ови трибунали применили командну одговорност. По први пут после случаја Јамашита (не рачунајући неславну епизоду везану за суђење оптуженима за масакр у Маи Лаиу) командна одговорност долази у жижу правне јавности. Касније принципи ширења круга објекта заштите, али и ширење круга активних субјеката[860] омогућили су ширење подручја примене командне одговорности и на цивилна лица. Отелотворење примене командне одговорности на цивилна лица видљиво је у пресуди Хашког трибунала у предмету Делалић и др[861].

Сви наведени кодификаторски захвати, уз неконзистентну и не баш једнобразну судску праксу, омогућили су претварање принципа командне одговорности у опште место индивидуалне кривичне одговорности, са великим дилемама у погледу одређења овог облика одговорности. Овако различити приступи и даље не дају адекватан одговор на питање суштине командне одговорности која се креће од облика одговорности до самосталног кривичног дела. Ови правни акти као и судска пракса указују да морају бити испуњена три услова како би се једна особа могла сматрати одговорном за дела друге

[857] M. R. Damaska, *The Shadow Side of Command Responsibility*, American Journal of Comparative Law, Vol.49, No.3, 2001, p.485.

[858] Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 16/78.

[859] M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, op.cit., p.14.

[860] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 142.

[861] Пресуда Претресног већа у предмету Делалић и др., параграф 343.

особе, односно за примену командне одговорности. Та три услова у више наврата је утврдио Хашки трибунал, а теорија их прихватила као део међународног обичајног права[862]. То су: „1) постојање односа надређени – подређени; 2) надређени је знао или је било разлога да зна да ће бити учињено кривично дело или да је оно већ учињено и 3) надређени није предузео нужне и разумне мере да би спречио кривично дело или казнио учиниоца тог дела[863]“.

2. ПРАВНА ПРИРОДА КОМАНДНЕ ОДГОВОРНОСТИ

О комплексном карактеру овог облика одговорности сведочи и вишеструко терминолошко одређење командне одговорности које се креће од одговорности надређеног, преко посредне одговорности надређеног до одговорности за пропуст[864], као и диференцијација између генералне командне одговорности и командне одговорности *stricto sensu*[865]. Командна одговорност изражава се у два облика. Први облик представља издавање наређења надређеног подређенима која се односе на кршења норми међународног права. Други облик одговорности представља се као командна одговорност *stricto sensu*. Овај облик одговорности се такође подваја на генералну командну одговорност и кривичну командну одговорност[866].

Природу командне одговорности опредељује неколико ослоних тачака. То су, на првом месту, права и дужности надређеног, однос између надређеног и подређеног, сазнање или околности које омогућавају сазнање о извршеном делу или припреми дела, те однос између наступеле последице кривичног дела и пропуштања надређеног у условима у којима је пропуст надређеног омогућио извршење дела. Домицилна законодавства имају различит приступ одређивању командне одговорности што је имало утицај на формирање овог облика одговорности и у међународном кривичном праву. Британско законодавство третира командну одговорност као облик саучесничке одговорности, док канадско и немачко законодавство у командној одговорности виде посебан облик извршења дела[867].

Један од одговора на питање правне природе командне одговорности понудио је и Хашки трибунал: „Претресно веће константује да командна одговорност на основу члана 7(3). подразумева одговорност за нечињење. Командант ће се сматрати одговорним ако пропусти да учини нешто што је обавезан учинити на основу међународног права. Такав пропуст је кажњив због тога што међународно право надређенима намеће позитивну дужност да спрече и казне злочине које су учинили њихови подређени. Стога синтагма “за дела његових подређених“, како се то обично каже у пракси Међународног суда, не значи да командант има исту одговорност као и његови подређени који су учинили злочине,

---

862 G. Mettraux, *International crimes and the ad hoc tribunals*, op.cit., p.298.

863 Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 604; Пресуда Претресног већа у предмету Блашкић, параграф 294; Пресуда Претресног већа у предмету Кунарац и др., параграф 395; Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 447.

864 Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела: одговорност и кажњивост*, op.cit., стр.183.

865 M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, op.cit., p.39.

866 M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, ibid., p.60.

867 R. Cryer, F. Hakan, R. Darryl, E. Wilmshurts, *An introduction to International Criminal Law*, op.cit., p.328.

него да за злочине које су учинили његови подређени командант треба сносити одговорност за нечињење.

Приписивање одговорности команданту за повреду ове дужности треба одвагати у односу за злочине подређених; командант није одговоран као да је сам учинио злочин, него се његова одговорност разматра сразмерно тежини учињених злочина. Претресно веће сматра да је ово и даље у складу са логиком тежине коју међународно хуманитарно право придаје вредности заштите.[868]". У циљу утврђивања правне природе командне одговорности указујемо на закључак да „није сувишно нагласити да, када се ради о одговорности надређеног, оптужени се не терети за злочине својих подређених, већ за то што није извршио своју дужност надређеног у остваривању контроле[869]".

Са аспекта правне природе упадљиво је одређење у члану 7. Статута Хашког трибунала. Док је у ставу 1. овог члана утврђена лична одговорност, у ставу 3. истог члана утврђује се одговорност надређеног под одређеним условима. Из формулације овог члана, командна одговорност представља деривативну одговорност која је изведена из одговорности непосредног или посредног извршиоца. У Статуту Међународног кривичног суда веза између надређеног и извршиоца је непосреднија, тиме и комплекснија, посебно имајући у виду одредбе члана 30. Статута који се задржава на нивоу умишљаја. Наведена разматрања као и судска пракса, пружају основ за закључак да командна одговорност представља посебан облик личне одговорности *sui generis*, као одговорност за кажњиво нечињење.

3.КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ И САУЧЕСНИШТВО

Командна одговорност има доста веза са саучесништвом. Још је Кант приметио да уколико овлашћени да казне, пропусте да учине то, они се могу сматрати саучесницима и кривица ће од учиниоца стићи онога који је пропустио да казни[870]. Статут Међународног кривичног суда је близак овом одређењу[871]. Међутим, ова два облика кривичне одговорности не могу се поистоветити иако садрже значајне заједничке елементе. Евидентно је да надређени одговара за поступке другог тј. за поступке непосредног извршиоца до мере да је командна одговорност потпуно условљена радњама других, те да се у радњама других тј. непосредних извршилаца налази основ командне одговорности. Веза између ова два пола, тј. између надређеног и подређених заснива се на „знању" надређеног које је довољно да се од надређеног захтева или очекује предузимање радњи у циљу спречавања кажњивих дела. У том смислу илустративан је закључак Хашког трибунала: „...није сувишно нагласити да, кад се ради о одговорности надређеног, оптужени се не терети за злочине својих подређених, већ зато што није извршио своју дужност надређеног у остваривању контроле[872]".

[868] Пресуда Претресног већа у предмету Халиловић, параграф 54.

[869] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крњојелац, параграф 171.

[870] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, op.cit., p. 295.

[871] R. Cryer, F. Hakan, R. Darryl, E. Wilmshurts, *An introduction to International Criminal Law,* op.cit., p.329.

[872] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крњојелац, параграф 171.

Међутим, разлике између командне одговорности и саучесништва су бројне. На првом месту оне су видљиве у погледу објективног и субјективног услова саучесништва. Док се у оквирима објективних услова захтева постојање одређене везе (имајући у виду да се саучесништво може остварити и нечињењем у смислу *crimena silenti*[873]), субјективни услов „као свест о заједничкој делатности усмереној на извршење кривичних дела[874]“ представља тачку раздвајања. Полазећи од ових услова, јасно је да се командна одговорност у знатној мери разликује од саучесништва.

Ту пре свега имамо у виду основ одговорности. Предуслов командне одговорности представља извршење или припрема кривичног дела од стране подређених. Без ове околности нема ни командне одговорности, односно „доктрина командне одговорности јесте потпуно условљена криминалним радњама друге особе[875]“. Код саучесништва основ одговорности заснива се на непосредно предузетим радњама саучесника (у нашем случају надређеног) које се могу завршити и на нивоу помагања и подстрекавања. Код командне одговорности основ одговорности заснива се на нечињењу тј. на занемаривању својих дужности које проистичу из статуса надређеног, односно „основ његове *culpa* и основ његове одговорности није у доприносу који је дао злочину свог подређеног, већ у личном кажњивом занемаривању дужности[876]“.

И разлика на коју указујемо се ту не завршава, већ се простире и даље у виду каснијег некажњавања или непријављивања радњи подређеног. Још једна додирна тачка у погледу *actus reus* огледа се у чињеници да остваривање радњи дела јесте директна последица нечињења, тј. непредузимања мера. У том смислу отвара се питање „суштинског доприноса“ надређеног извршењу дела, које се ипак може јавити како код саучесништва, тако и код командне одговорности, наравно уз услов да су мере које нису предузете могле бити делотворне у смислу спречавања предузимања радње дела. Даље разлике не можемо да тражимо у домену *actus reus* јер код командне одговорности надређени није укључен у само извршење дела.

Међутим, разлике између ова два института су највидљивије у погледу *mens rea*. Свако саучесништво подразумева знање о томе да су дела надређеног (као саучесника) омогућила или допринела извршењу самог дела, при чему је свест саучесника неспорно и јасно изражена. Са друге стране, код командне одговорности *mens rea* се опредељује кроз два кумулативна услова. И то, у виду услова „знао“ или „морао да зна“ и у виду услова пропуштања неопходних и разумних мера са нагласком да стање свести надређеног обухвата свест о обавези предузимања радњи. Дакле, облик *mens rea* код командне одговорности подразумева претходно сазнање или могућност сазнања, као и свест о радњама или мерама које нису предузете, како у циљу спречавања извршења дела, тако и у виду деловања *ex post facto*.

Без обзира на ове разлике однос између надређеног према последици се опет приближава код оба основа одговорности. И код саучесништва и код командне одговорности надређени је свестан могућности наступања последице (с тим што код саучесништва надређени хоће или пристаје на последицу), док код командне одговорности ова свест подразумева знање о извршеном делу или знање о спремности

[873] Д. Јовашевић, *Кривично право,Општи део,* op.cit., стр.174.

[874] Д. Јовашевић, *Кривично право,Општи део,* ibid., стр.174.

[875] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti,* Fond za humanitarno pravo, Sarajevo, 2010, str. 39.

[876] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti,* ibid., str. 40.

започињања дела, док се иста завршава на нивоу могућности постојања свести. Такође, код командне одговорности однос према последици се разматра и кроз свест надређеног да су мере које су његовим нечињењем изостале могле да спрече извршење дела.

На овом месту указујемо на чињеницу да командна одговорност треба да кроз свест која се заснива на знању о извршеним делима или о спремности да се изврше дела обухвати не само свест о мерама које стоје на располагању надређеном, већ и свест да те мере у случају предузимања могу да спрече извршење дела. Овакав приступ врши нијансирање кривице у оквиру командне одговорности. Међутим, сматрамо да командна одговорност није једностран облик кривичне одговорности, већ очигледно подразумева више нивоа нечињења који се могу одразити на последицу, а који проистичу из различитог психичког односа надређеног према појединим сегментима који творе командну одговорност.

Уосталом, доказано саучесништво искључује примену командне одговорности. Тога је свестан и Хашки трибунал када закључује: „Било би нелогично неког команданта сматрати кривично одговорним зато што је планирао, подстицао или наредио почињење кривичних дела, а истовремено га теретити што их није спречио или казнио[877]“. На основу наведеног, извесно је да одговорност по основу саучесништва искључује одговорност по основу командне одговорности. Хашки трибунал са друге стране закључује: „Није примерено доносити осуђујућу пресуду по основу обе одговорности за исту тачку која се заснива на истим радњама. Када оптужба у једној тачки терети по основу обе одговорности, а чињенице су такве да подупиру закључак о постојању обе одговорности, Претресно веће има дискрециono право да одлучи који од тих основа одговорности је најпримеренији у контексту приписивања кривичне одговорности оптуженом[878]“.

4. КАРАКТЕРИСТИКЕ КОМАНДНЕ ОДГОВОРНОСТИ

4.1.Однос надређени - подређени

Једна од ослоних тачака командне одговорности представља однос надређени – подређени. Међутим, овај однос се у оквиру примене овог облика одговорности не исцрпљује у формалном односу надређени - подређени, већ захтева утврђивање овог односа кроз призму материјалног односа између подређених и надређеног. У овом простору јављају се значајне специфичности које подразумевају утврђивање формалног односа или односа *de facto*. На следећем нивоу сагледавања налази се третирање овог односа кроз овлашћења надређеног. При томе, овлашћења надређеног морају се посматрати кроз призму постојања контроле надређеног у односу на подређеног, са

[877] Пресуда Претресног већа у предмету Блашкић, параграф 337; Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 464.

[878] Пресуда Претресног већа у предмету Крњојелац, параграф 173.

нагласком да је реч о стварној контроли која се претвара у „материјалну способност да спречи и казни[879]“.

Основни услов примене овог облика одговорности представља однос надређеног и подређеног који се заснива на хијерархијском односу или односу субординације који мора бити директан, из чега проистичу узајамна права и обавезе или само обавезе имајући у виду командну одговорност. Хашки трибунал закључује супротно: „Постојање односа надређени - подређени не схвата се у смислу увођења услова директне или формалне субординације. Исто тако не мора постојати трајни однос командовања и потчињености[880]“. Сматрамо да основ за примену командне одговорности представља постојање ефикасне команде која подразумева одговорну команду. Наведено проистиче из извора права у смислу члана 43. Првог Допунског протокола уз женевске конвенције од 12. августа 1949.године[881] у коме се истиче: „Оружане снаге у сукобу се састоје од свих организованих оружаних снага, група и јединица стављених под команду која је одговорна тој страни за руковођење својим потчињенима“.

Из карактера организованости и чињенице ефикасне команде проистиче читав комплекс нужних и разумних мера које се као обавезе намећу надређенима и чије непредузимање води кривичној одговорности. Из наведеног проистиче и чињеница субординације и хијерархије. Хашки трибунал закључује: „Очито је да организована војна сила може постојати само на основу одговорне команде. Такође је разумно сматрати да из одговорне комадне следи командна одговорност. Командна одговорност је најефикаснија метода коју међународно кривично право има на располагању да наметне одговорно командовање...Према релевантим аспектима међународног права војна сила која учествује у неком унутрашњем оружаном сукобу несумњиво се сматра организованом, дакле, силом под одговорном командом...војна организација подразумева одговорну команду, а одговорна команда пак подразумева командну одговорност[882]“.

Разматрајући овај однос посебну пажњу заслужује повратна спрега између подређеног и надређеног. То је од посебног значаја имајући у виду да се узајамни однос заснива не само на контроли, већ и на команди (став 1. члана 28. Статута Међународног кривичног суда), а у оквиру односа наредбодавац - извршилац (став 2. члана 28. Статута Међународног кривичног суда). Ово из разлога што контрола подразумева једнострани однос за разлику од команде која подразумева, не само издавање команди или наређења императивне природе, већ и однос самог подређеног према добијеној команди, те право контроле над спровођењем команди и предузимање мера у циљу реализације команде. Код односа наредбодавац-извршилац (који се односи на цивилна лица која имају *de facto* контролу) овај однос је још специфичнији. Ово из разлога што појмови команда и контрола у овом случају имају сасвим другачије последице у односу на команду и контролу надређеног у оружаним снагама. Све наведено упућује да се у случају „извршилаца“ команда и контрола разликују, како у погледу врсте разумних и неопходних мера, тако и са становишта материјалне способности надређеног као цивилног лица.

---

[879] H. Duffy, *Odgovornost nadredjenih osoba. Najnoviji razvoj u pravu i praksi ad hoc medjunarodnih kaznenih sudova,* Zapovjedna odgovornost, HHO, Zagreb, 2003, str.149.

[880] Пресуда Претресног већа у предмету Мркшић и др., параграф 560; Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, параграф 303.

[881] Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 16/78.

[882] Одлука Жалбеног већа по интерлокуторној жалби којом се оспорава надлежност са обзиром на командну одговорност у предмету Хаџихасановић и др., параграф 16-17.

Природа овог односа подразумева утврђивање улоге и функције надређеног. Из овог одређења проистиче утврђивање степена овлашћења које има надређени. Одговорни надређени у смислу војно надређеног има посебан положај у односу на своје подређене у односу на цивилног лидера који своја ефективна овлашћења црпе из свог положаја надређеног *de facto*. Опште место у теорији и јуриспруденцији представља чињеница да се командна одговорност примењује, како на *de iure* надређене, тако и на *de facto* надређене. При том Жувенал Метро наводи и посебну категорију која се изузима у односу на наведене, а то су окупациони заповедници са својим правима и обавезама[883]. *De iure* однос карактеристичан је за оружане формације и њихово деловање у оружаним сукобима. Свакако да посебност *de iure* односа проистиче из чињенице да се исти сагледава кроз постојање оружаног сукоба, што наравно не представља услов за примену овог облика одговорности, али је од значаја уколико се разматра са аспекта оружаног сукоба, дајући *de iure* и *de facto* односу посебан значај у погледу могућности доказивања, као и имајући у виду специфичност деловања у оружаним сукобима.

De iure однос се заснива на формалним критеријумима који могу бити непосредни и посредни. Најпре, ова чињеница се доказује одговарајућим формалним именовањем надређеног са циљем спровођења одређених дужности у односу на сврху успостављања ланца командовања. Положај *de iure* се доказује материјалним доказима путем нормативног уређења унутрашње организације у чијем саставу учествује надређени. Чином именовања надређени ступа у релацију са подређенима и успоставља се однос субординације из кога проистичу одређена права и обавезе и на чему се суштински темељи командна одговорност. Из *de iure* положаја надређени ступа у комплекс права и обавеза двоструке природе.

Са једне стране, то подразумева предузимање свих мера које се односе на испуњење сврхе именовања у оквиру комплексног организма, какав по природи ствари представљају оружане формације, а са друге стране реализација делокруга послова које стиче именовањем нужно захтевају успостављање односа са једним или више подређених. Обавеза вршења контроле или надзора над подређенима не проистиче из обавезе одговорности за спречавање или кажњавање извршиоца дела, већ у основи из обавезе креирања функционалног апарата треба да омогући остварење циљева ангажовања војне формације. Мартин Ван Кревелд истиче да: „Командовање се може дефинисати као функција која се мора извршавати, више или мање континуално, да би војска постојала и дејствовала[884]“.

На другом степену се налазе обавезе вршења команде или контроле и у односу на поступање подређених које представљају вршење кривичних дела. У оквиру овог односа простире се широко поље права и обавеза надређеног који без обзира на ангажовање оружаних снага и циљева који су опредељени природом ангажовања оружаних снага поседује оригинарна права и обавезе које су усмерене ка контроли поступања подређених, а које неминовно обухватају и контролу над свакојаким понашањем, па и понашањем у погледу вршења кривичних дела.

De iure статус надређеног представља полазну основу за примену командне одговорности. Међутим, поред *de iure* приступа, сматрамо сходним указати и на потребу да се и у *de iure* условима приступи доказивању *de facto* вршења контроле. На овом

[883] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, op.cit., str. 153-155.

[884] М. Ван Кревелд, *Командовање у рату*, Војноиздавачки и новински Центар, Београд, 1992, стр.16.

становишту је и Хашки трибунал: „При решавању питања одговорности треба обратити пажњу на ефективно вршење моћи, односно контроле, а не на формалне називе. То би једнако вредело и у контексту кривичне одговорности. Уопштено говорећи, чињеница да је неко имао власт *de iure* сама по себи не мора бити довољна да би му се приписала командна одговорност ако се то не огледа у ефективној контроли, премда суд може узети као презумпцију да поседовање таквих власти *prima facie* повлачи ефективну контролу, изузев ако се не докаже супротно[885]“.

Наиме, није тешко замислити ситуацију у којој *de iure* надређени нема ефективну контролу над подређенима. Овакво питање отвара низ дилема које иду правцем доказивања одговорности надређеног због чињенице да није успоставио ефективну контролу над подређенима на основу *de iure* овлашћења. На овом месту не треба занемарити да се овакав след доказивања у пракси често претвара у обавезу надређеног да докаже своју невиност путем приговора недостатка ефективне контроле и разлога одсуства ефективне контроле. Ово се свакако одражава на процесни положај надређеног као оптуженог. Углавном, положај *de iure* надређеног представља довољан основ за покретање питања командне одговорности, али сам по себи није довољан. Ова иницијативна околност подразумева доказивање других елемената и то најпре елемената који творе командну одговорност као такву, а потом и доказивање ефективне контроле.

De iure овлашћења не морају да представљају тако егзактну категорију. Ту имамо у виду бројне примере односа војних команданата и „нерегуларних подређених“ које отвара додатно питање не само *de iure* овлашћења, већ и ефективне контроле уопште. У том смислу указујемо на наводе из предмета Шљиванчанин у коме се утврђује постојање привремених *de iure* овлашћења: „У складу са тим Шљиванчанин је добио привремена *de iure* овлашћења за предузимање свих мера нужних за извршавање тог задатка и *de iure* надлежност за издавање наређења снагама које су за тај задатак ангажоване, а које су као што је овде релевантно укључивале војну полицију[886]“.

Само постојање ланца командовања представља предуслов за примену командне одговорности. У том смислу у циљу доказивања пропуштања надређеног, могућност деловања заснива се на постојању ланца командовања. Хашки трибунал закључује: “Само оне особе на надређеном положају, било *de facto* или *de iure*, војне или цивилне које су несумњиво део ланца командовања, било непосредно, било посредно, са стварном могућности да контролишу или казне дела подређених могу се изложити кривичној одговорности[887]“. Постојање ланца командовања представљало је предмет различитих ставова у предмету Јамашита (*Yamashita*) у коме је судија Марфи (*Murphy*) јасно указао да је друга ратујућа страна предузела све мере како би онемогућила контролу и комуникације између оптуженог и његових подређених, па га је онда оптужила што није ефективно контролисао своје подређене[888].

Питање постојања паралелног ланца командовања, као и питање ефективне контроле која се врши од стране других командних структура представља такође случај од посебног значаја за разматрање ефективне контроле *de iure* надређеног. Ово питање

[885] Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, параграф 197.

[886] Пресуда Претресног већа у предмету Мркшић и др., параграф 400.

[887] Пресуда Претресног већа у предмету Кордић, параграф 416.

[888] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 101.

поставило се у предмету Крстић[889]. Претресно веће је у конкретном предмету овај приговор као основ за непредузимање мера од стране оптуженог као *de iure* надређеног, позивајући се на размере кажњивих дела, као и на чињеницу да је *de iure* надређени током целог периода обављања своје дужности вршио командне функције, без обзира на тренутак стицања формалноправног статуса надређеног (у овоме видимо могућност да надређени из *de facto* надређеног статуса прелази у *de iure* надређени статус са истим последицама).

Ово је посебно дошло до изражаја у предмету Мркшић и др.: „Према закључку Већа, ...разлика између овлашћења команданта јединице да руководи и командује њеном војном полицијом и овлашћење органа безбедности те јединице да руководи војном полицијом није ускраћивала органу безбедности *de iure* могућност да издаје наређења војној полицији с тим да је увек првенство припадало овлашћењу команданта те јединице[890]“. Овакав пренос овлашћења нужно отвара питање могућности вршења *de iure* пренетих овлашћења. Одговор на ово питање није најјаснији. Хашки трибунал закључује: „Жалбено веће подсећа да је Претресно веће такође закључило да *de iure* овлашћења органа безбедности над војном полицијом није обухватало овлашћење да у крајњој линији командује њима, већ овлашћење које „може у одређеним околностима да поприми облик режима рада по којем командант може легитимно да препусти органу безбедности рутинско управљање и руковођење војном полицијом у вези са неким конкретним задатком који је поверен органу безбедности[891]“.

Тријумф пренетих *de iure* овлашћења представља закључак Хашког трибунала: „Издавањем наређења војној полицији противно Мркшићевом наређењу, Шљиванчанин би изашао из делокруга свог *de iure* овлашћења које је практично укинуто Мркшићевим наређењем о повлачењу. Упркос томе, противзаконитост Мркшићевог наређења је изискивала од Шљиванчанина да то уради. Да би додатно поткрепило свој закључак, Жалбено веће подсећа на анализу из првостепене пресуде у предмету Челебићи којом се сугерише да у контексту спречавања чињења ратних злочина, старешина може да поступи ван строгих ограничења свог *de iure* овлашћења[892]“.

De facto положај надређеног је знатно комплекснији. Под *de facto* односом подразумевамо успостављање односа хијерархије и субординације између одређених лица који свој основ немају у нормативним оквирима, већ у објективним околностима предузимања одређених радњи и вршења одређених овлашћења које вршиоцу *de facto* власти пружају могућност командовања и контроле. У овом делу разликујемо две врсте *de facto* надређеног. У првом случају реч о је припадницима оружаних снага које врше *de facto* контролу. На другом месту имамо у виду цивилна лица која врше *de facto* контролу и који су као такви подложни примени командне одговорности. Опште место теорије кривичног права представља примењивост командне одговорности на цивилна лица. Непосредан подстрек овом теоријском становишту даје јуриспруденција почев од суђења у Нирнбергу и Токију, до праксе Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду. Статут Међународног кривичног суда додатно је разрадио ову тезу.

[889] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 263-276.

[890] Пресуда Претресног већа у предмету Мркшић и др., параграф 125.

[891] Пресуда Жалбеног већа у предмету Мркшић и др., параграф 92.

[892] Пресуда Жалбеног већа у предмету Мркшић и др., параграф 92.

Пресуда Хашког трибунала у предмету Челебићи представља прву примену командне одговорности на цивилна лица од суђења у Нирнбергу и Токију. Хашки трибунал у овом предмету истиче:„Из текста ове одредбе видљиво је да се овај вид одговорности не ограничава изричито на војне команданте или ситуације до којих долази под војном командом. Напротив, употреба општег термина "надређени" у овој одредби, заједно са потврдом појединачне кривичне одговорности "шефова држава или влада" или "одговорних владиних функционера" у члану 7(2) јасно показује да се њена применљивост протеже и даље од војних команданата и обухвата политичке вође и друге цивилне надређене особе на положају власти. То тумачење поткрепљује образложење резултата гласања које је дао представник САД након усвајања Резолуције број 827 Савета безбедности о оснивању Међународног суда. САД су изразиле своје схватање да кривична одговорност појединца настаје у случају када "надређена особа - било политички или војно - не предузме разумне кораке да би спречила или казнила такве злочине које су починила лица под њеном влашћу". Та тврдња није оспорена.[893]".

Хашки трибунал је приступио историјској ретроспективи суђења која су обављена посебно пред Војним трибуналом за Далеки Исток у којима се командна одговорност простирала до председника Владе и министра иностраних послова, као и на основу суђења у Европи након Другог светског рата. Занимљиво је да је Хашки трибунал у процесу доказивања примењивости командне одговорности на цивилна лица чак поистоветио одговорност цивилних лица са одговорношћу команданата паравојних формација[894]. При томе, крајње уопштена форумалиција члана 7(3) Статута Хашког трибунала и члана 6(3) Статута Међународног кривичног трибунала за Руанду оправдава приговоре легитимитета примене командне одговорности на цивилна лица. Иако је појам *de facto* надређеног најексплицитније дошао до изражаја у јуриспруденцији Хашког трибунала, обрисе овог односа можемо наћи и у Закону број 10. Контролног савета за Немачку, као и у јуриспруденцији Међународног војног суда у Нирнбергу. У том смислу, илустративна је пресуда у делу у коме се бави одговорношћу Калтенбрунера[895] и Деница[896], у коме су се оптужени бранили управо недостатком сазнања о догађајима услед чега је изостала одговарајућа реакција.

У овом сегменту посебно је важна пракса Међународног војног трибунала за Далеки Исток будући да су пред овим Трибуналом закључци о одговорности *de facto* били најизраженији. О наведеном сведочи да се командна одговорност у јуриспруденцији овог суда простирала далеко до носиоца извршних функција тј. чланова владе која је изражена у предметима Хирота (*Hirota*) и Шигемтицу (*Shigemitsuu*). Указујемо на један илустративан закључак: „Као министар спољних послова, он је примао извештаје о тим зверствима одмах након уласка јапанских снага у Нанкинг. По доказима које је извела одбрана, ти извештаји сматрани су тачним и о тој ствари се расправљало са Министарством рата...Суд је мишљења да је Хирохита занемарио своју дужност кад није пред кабинетом инсистирао да се предузму хитне мере како би се зауставила зверства,

[893] Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 356.

[894] M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, op.cit., p.66.

[895] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, op.cit., стр. 175.

[896] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, ibid., стр. 197.

након што ниједна друга мере која му је била на располагању није уродила плодом[897]“, без обзира на чињеницу да до усвајања Статута Међународног кривичног суда није било аката који су поистовећивали одговорност цивилног и војног надређеног. Одсуство те дихотомије видљиво је у члану 7(3) Статута Хашког трибунала и 6(3) Статута Међународног кривичног суда за Руанду. Тек у члану 28. Статута Међународног кривичног суда врши се нормативна подела на војне и цивилне надређене.

У оружаним сукобима није редак случај да „цивили“ имају суштинску функцију контроле или командовања која се јавља као преовлађујућа у односу на овлашћења *de iure*. Свакако најилустративнији случај је предмет Мусема који се водио пред Међународним кривичним судом за Руанду у коме је оптуженом утврђена кривична одговорност путем командне одговорности иако је реч о лицу које је (између осталог) био надређен својим радницима који су учествовали у извршењима кривичних дела[898]. Кључни сегмент *de facto* односа представља доказива чињеница да *de facto* надређени обавља (или је обављао) одређене командне и контролне функције над подређенима, као и доказивање да су подређени у периоду који је претходио извршењу дела поступали по налозима или командама *de facto* надређеног.

Хашки трибунал је *de facto* овлашћења као основ за примену командне одговорности разрадио у предмету Челебићи. У том смислу се указује на закључак Хашког трибунала: „Употреба општег термина „надређени“ у овој одредби заједно са потврдом појединачне кривичне одговорности шефа државе или владе или одговорних владиних функционера у члану 7(2) јасно показује да се њена применљивост протеже и даље од војних команданата и обухвата политичке вође и друге цивилне надређене особе на положају власти[899]...Међународни суд има посебно ваљане основе за вршење своје надлежности над особама које због свог положаја политичке или војне власти могу наредити да се учине злочини који су *ratione materiae* у његовој надлежости или који се свесно уздрже од спречавања тих злочина или кажњавања њихових учинилаца[900]“, те да „...Мишљење Претресног већа да је командни положај свакако неопходни предуслов за наметање командне одговорности. Но, ова се тврдња мора квалификовати тако што ће се у обзир узети чињеница да се постојање таквог положаја не може утврдити само позивањем на формални статус. Напротив, фактор којим се утврђује одговорност за овај тип кривичне одговорности јесте стварно поседовање, односно непоседовање моћи контроле над поступцима подређених. Сходно томе, формални назив команданта не би се могао сматрати неопходним предусловом за командну одговорност пошто се таква одговорност може наметнути било по основу *de facto* или *de iure* положаја командата[901]“.

Очигледно је да је одговорност *de facto* надређених најексплицитније дошла до изражаја кроз јуриспруденцију Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду, а које је касније резултирало и формулацијама у члану 28. Статута Међународног кривичног суда. Овакво проширење појма надређеног има своје емпиријско и криминолошко покриће. Историју оружаних сукоба у двадесетом веку обележиле су (у једном делу) појаве командовања или управљања оружаним формацијама од стране

[897] Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 377.

[898] Пресуда Претресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Мусема од 27.01.2000.године.

[899] Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 356.

[900] Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 356.

[901] Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 370.

невојних надређених. Ту имамо у виду, како паравојне формације, тако и деловање оружаних снага недржавних или квази државних ентитета који су често били под управом или командовањем политичких лидера, тако да се увођење *de facto* одговорности надређеног јавља као кривичноправна неминовност.

Међутим, како то по правилу бива ова дистрибуција командне одговорности није без значајних препрека и ризика. Полазећи од чињенице да се код *de iure* надређених одговорност заснива на правно формалној могућности контроле и командовања, значајно питање у домену *de facto* надређених јесте природа контроле. Ту, пре свега, имамо у виду да је *de facto* надређени у конкретном случају морао имати овлашћења значајног степена која се могу заснивати на политичкој моћи или утицају, која су таквог интезитета да се положај надређеног чини неупутним са становишта припадника оружаних формација које поступају по његовим наређењима. Једини адекватан доказ оваквог положаја јесте поступање подређених у периоду који је претходио извршењу кривичних дела, у којима је *de facto* контрола надређеног деловала у односу на подређене. Овакав приступ захтева додатно појашњење. Ту, пре свега, имамо у виду степен овлашћења *de facto* надређеног, те ефективно простирање ових овлашћења, али и однос према *de iure* надређенима. У условима када формално егзистирају на лицу места и *de facto* и *de iure* надређени, преимућство *de facto* надређеног захтева посебан приступ доказивању овог преимућства. Ово даље отвара и питање одговорности *de iure* надређеног у условима преимућства *de facto* надређеног (није чест случај да су се *de iure* надређени бранили чињеницом да су контролу над подређенима имали *de facto* надређени).

На овом месту указујемо на проблем утврђивања простирања командне одговорности на различите нивое цивилних надређених и одсуства било каквих критеријума који би представљали основу за излазак из ове дилеме. Међутим, то је генерални проблем командне одговорности. Указујемо на још једну непознаницу. Разматрајући цивилна лица која врше *de facto* контролу над оружаним формацијама често се пренебрегава један важан моменат. То су случајеви деловања колективних органа (или квази државних органа) у којима цивилна лица управљају и оружаним снагама. Међутим, овде се не може направити јасна паралела са свим случајевима у којима појединац цивил сам врши *de facto* контролу над оружаним снагама. Ово из разлога што се појединац налази на челу колективног тела које доноси одлуке (па и одлуке које се односе на управљање оружаним снагама) у заједништву са другим цивилним лицима. Са једне стране, цивилно лице делује у својству надређеног путем вршења *de facto* овлашћења, али цивилно лице је у позицији да спроводи одлуке колективног тела.

Са таквим случајем се суочио Хашки трибунал у предмету Брђанин, у коме је утврдио да се оптужени налазио на челу колективног органа, а да је то колективно тело вршило *de facto* овлашћења над оружаним снагама. У овим условима не само да је упитна одговорност појединца кроз деловање колективног тела (са аспекта командне одговорности), већ посебну тешкоћу представља утврђивање постојања материјалних могућности појединца да спречи подређене у извршењу дела. У овом разматрању посебну пажњу заслужује и питање да ли *de facto* овлашћење подразумева и материјалну могућност вршења контроле. У наведеном предмету Хашки трибунал закључује: „Што се тиче полиције, Претресно веће је већ констатовало да је оптужени којем се могу приписати одлуке Кризног штаба Аутономне покрајине Крајина, био *de facto* надлежан да издаје упутства полицији. Међутим, Претресно веће се уверило да *de facto* надлежност оптуженог да усмерава рад полиције не указује на то да је оптужени поседовао

материјалну могућност да спречи или казни кривична дела извршена од стране припадника полиције, што му се ставља на терет[902]".

Такође, сматрамо потребним да укажемо да код *de facto* надређеног егзистира и проблем пропорционалности. Ту имамо у виду схватање и примену нужних и разумних мера од стране *de facto* надређеног. Он се рефлектује у тешкоћама успостављања одређених обавеза чињења (у смислу предузимања нужних и разумних мера) у случајевима када *de facto* надређени нема одређени круг права, тиме и неизграђен однос према нужним мерама, а које проистичу из оригинарног односа имаоца права са статусом надређеног. Ово оставља велики простор за разматрање да ли је сама ефективна контрола довољна за успостављање командне одговорности цивилног надређеног. Очигледно је да постојање *de facto* овлашћења цивилног надређеног не може бити чињеница од пресудне важности јер иста не подразумева нужно и егзистенцију материјалних могућности цивилног надређеног да спречи извршење дела од стране подређених. У том смислу сматрамо да применљивост командне одговорности на цивилна лица захтева доказивање које се неће задржати на нивоу права и обавеза које проистичу из класичног односа надређени - подређени, већ захтева доказивање, како ефективне контроле, тако и могућности цивилног надређеног да спречи извршење дела или казни починиоце.

Посебно је важно утврдити постојање цивилног надређеног у конкретном случају и *pro futuro* идентификовати елементе који би у перспективи омогућили утврђивање постојања цивилног надређеног у циљу несметане и неспутане примене командне одговорности. У том смислу једини критеријум који је своди на утврђивање *de facto* статуса надређеног није у стању да да одговоре на овако изражен проблем, као ни покушаји да се цивилни надређени одређује са аспекта војног надређеног примењујући принципе оружаних снага на цивилна лица, чак и када врше *de facto* руковођење оружаним снагама. Поједини аутори покушавају да одговор на питање како утврдити цивилног надређеног дају на основу разликовања које хуманитарно право врши у односу на борце и неборце, односно цивиле[903].

Сматрамо да се статус цивилног надређеног може тражити у ефективној команди коју цивилни надређени врши уз плурализам услова који би додатно уређивали статус цивилног лица као надређеног, а који се односе на положај цивилног лица не само у односу на ефективну контролу и материјалне могућности цивилног надређеног, већ и полазећи од самог односа цивилног лица према подређеним припадницима оружаних формација. Посебан услов представља доказивање сазнања као и облик виности. У том смислу неминовност доказног поступка представља утврђење да сваки цивил који врши ефективну команду поседује овлашћења да предузима мере које се у циљу спречавања вршења кривичних дела одређују као разумне и нужне. Известан проблем овде ствара немогућност поистовећивања цивилног надређеног са појмом одговорне команде у смислу непостојања тако израженог односа хијерархије и субординације у односу цивилни надређени и подређени припадници оружаних формација.

Међутим, овај проблем није нерешив и одговор треба тражити у активностима цивилног надређеног које се предузимају ради остваривања циља командовања оружаним снагама. У том смислу ни те активности не могу да буду једностране и уперене само ка остваривању лукративних момената употребе сваке оружане силе, већ морају да обухвате

[902] Пресуда Претресног већа у предмету Брђанин, параграф 374.

[903] M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, op.cit., p.69.

и оне активности које се односе на предузимање радњи примене норми хуманитарног права. При томе, критеријуми одређивања материјалних могућности цивилног надређеног требају бити у најмању руку идентични са критеријумима који се односе на војне надређене с тим што се не могу поистоветити. Напротив, утврђивање кривичне одговорности цивилног надређеног захтева додатне услове. Наравно, и овде указујемо на специфичности сваке животне ситуације које могу да утичу, али не могу да искључе примену принципа одговорности за нечињење.

4.2.Сазнање у командној одговорности

Сазнање представља елемент који је од суштинског значаја за примену командне одговорности. Од сазнања не само да зависи облик виности, већ из сазнања проистичу обавезе на предузимање нужних и разумних мера. Сазнање у својој суштини представља основу и почетак одговорности надређеног. Статут Међународног кривичног суда садржи значајне разлике у прописивању командне одговорности у односу на Статут Хашког трибунала и Први Допунски протокол што утврђивање постојања међународног обичаја (уколико га не схватимо само као судску праксу) чини посебно отежавајућим. Статут Међународног кривичног суда у члану 28. утврђује одговорност надређеног која се заснива на одсуству „ефективне команде и контроле“, те пропусту да „на одговарајући начин остварује контролу“ (став А), док се у ставу Б, у односу надређени - подређени одговорност заснива на „ефективном ауторитету и контроли“, а пропуст се квалификује као „резултат тога што он није на исправан начин остварио контролу над својим подређеним“.

Међународни кривични суд усваја стандард „знало“ или „требало да зна“ (став а. тачка 1. Статута), док Први Допунски протокол (члан 86. став 2.) ниво сазнања одређује као „знало или имало информације које су им омогућиле да закључе ...“. Статут Хашког трибунала (члан 7. став 3.) сазнање одређује као „знала или имала разлога да зна“ што Међународни кривични суд удаљава од Првог Допунског протокола и Статута Хашког трибунала. Значајну разлику у Статуту Међународног кривичног суда представља чињеница да он утврђује различит квалитет сазнања за војна лица у односу на цивилна лица (на која се односи став Б), док Статут Хашког трибунала и Први Допунски протокол не праве разлику у погледу *mens rea* за војне команданте и цивилна лица.

Судска пракса карактеристична је по значајним разликама у утврђивању сазнања. Несумњиво је да судску праксу одликује (не)постојање идентичне и примењиве праксе у примени командне одговорности, па из тог разлога указујемо на поједине предмете који су дали велики допринос у примени командне одговорности. Наравно, кренућемо од случаја „Јамашита“ из 1946. године. Одговорност генерала Јамашите према наводима судећег већа заснива се на распрострањености и систематичности злочина. На основу тог критеријума његова одговорност се темељила на критеријуму „морао да зна“ и “имао средства да сазна о чињењима злочина“. Са друге стране, је „случај Таоци“ *(The Hostage Case)* из 1948.године у коме је командна одговорност заснована на критеријуму „требао да зна“. Такође је значајан предмет Кунтзе *(Kuntze)* јер се одговорност генерал потпуковника Валтера Кунтзеа није темељила на командној одговорности, већ на саизвршилаштву (што представља значајно одступање од принципа командне одговорности, па га у циљу

проблематизације командне одговорности као дела међународног обичајног права овом приликом посебно издвајамо).

У случају „Врховне команде“ *(The High Command Case)* суд врши додатно померање граница командне одговорности. Полазећи од става да модерно ратовање подразумева децентрализовани облик командовања, суд заузима став да надређени не може да зна све што се дешава под његовом командом, тако да тужилац мора да докаже постојање сазнања надређеног, с тим што је потребно да се сазнање повеже са постојањем пропуста надређеног да надзире своје подређене што чини “тражени криминални нехат“ како би се утврдила кривична одговорности надређеног за акте подређених. Овакав став иде у правцу релативизације објективне одговорности у виду „морао да зна“ који је утврђен у случају Јамашита. У случају Капетана Ернеста Медине из 1969.године захтева се утврђење сазнања заједно са „погрешним непоступањем“. Ова два услова према ставу суда чине кривицу засновану на кажњивом нехату. Случај који наводимо је значајан зато што у великој мери одступа од стандарда који су утврђени у случају Јамашита, зато што“ сазнање оставља као могућност да се зна, а не као стварно сазнање“[904].

Уз овако нестабилну и различиту судску праксу подсећамо на Први Допунски протокол уз женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба[905]. Може се закључити да је у Првом Допунском протоколу заузет став који је утврђен у случају „Врховне команде“ *(The High Command Case*) тако да је стандард „требао да зна“ одбачен. Уместо тога усвојен је стандард у члану 86. „уколико су знали или имали информације које су им омогућиле да закључе под околностима које су владале у то време да је он извршио или да ће извршити такву повреду и ако нису предузели све могуће мере у границама своје моћи да спрече или сузбију повреду“. Овакво решење је представљало потпуно одбацивање критеријума утврђених у случају Јамашита. Исти стандард преузет је и приликом усвајања Статута Хашког трибунала[906] који у члану 7. став 3. упућује на стандард „знао или имао разлога да зна да ће подређена особа учинити таква дела или да их је већ учинила, а није предузео потребне мере да спречи таква дела или да казни учиниоце“. Римски Статут Међународног кривичног суда [907] такође садржи стандард „знало или је према околностима случаја морало да зна“.

У нацрту Кодекса о злочинима против мира и безбедности човечанства (усвојен на 48. седници Комисије за међународно право) заузет је став о одговорности команданата који се заснива на „..ако су знали или је био разлога да знају у околностима које су владале у то време да подређени чини или се спрема да учини такво кривично дела , а нису предузели све неопходне мере у оквиру својих овлашћења да злочин спрече или сузбију!“.

Међународни трибунал за Далеки Исток стандард „знао“ или „морао да зна“ у предмету Тојода заснива на индивидуалним карактеристикама надређеног: „Тешко је разумним људима замислити да човек са искуством, интелегенцијом и познавањем својих људи, какав је оптужени, не би знао за извршење или могуће извршење неких од ових

[904]Б.Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, op.cit, стр.108.

[905] Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, број 16/78.

[906] Резолуција Савета безбедности од 25. маја 1993.године.

[907] Службени лист СРЈ - Међународни уговори, број 5/2001.

стравичних дела. Међутим, сама дела како то указују докази учињена су у условима тајности без много разговора међу учесницима ван оквира оних којих се то директно тицало. Оптужени је могао стећи стварна сазнања о тим догађајима само случајно или приступањем задатку који би био изван нормалних дужности његовог места. Докази ни на који начин не подржавају чињеницу да је он имао та сазнања, те овај Трибунал не може сматрати да је она приказана или доказана[908]". Код утврђивања стандарда у креирању командне одговорности од стране Хашког трибунала релевантан је показатељ Одлука Жалбеног већа у предмету Енвер Хаџихасановић и др.[909]. Наведеном одлуком се заузима став да је: „командна одговорност била део међународног обичајног права и пре усвајања Протокола 1..... Одредбе чл. 86. и 87. Протокола су само формулисале постојеће стање, а нису стварале ново право".

Део судске праксе и теорије своде командну одговорност на „искључиво занемаривање дужности"[910] и то као одговорност само за пропуштање да се подређени казни. То се оправдава тиме што је психички елеменат лакше доказати у случају пропуста да се казни, него у случају оптужбе за пропуст да се спречи дело[911]. У случају *Lt.Col Nathan Sassaman* (надређени је оптужен због бацања ирачких цивила у реку Тигар која су учињена од стране његових подређених) примењена је оптужба по принципу командне одговорности која се темељи на *Uniform Code of Military Justice*. Међутим, овде се радило о једној форми дисциплинског поступка који је окончан без кривичне санкције[912]. У случају *Haditha* основ оптужбе се заснивао на чињеници да је надређени нетачно известио своје надређене о догађају (убиство 19 цивила), као и у пропусту да сам покрене истрагу о догађају, иако је имао информације о самом догађају. У овом случају командна одговорност сведена је на пропуст да се покрене истрага о догађају.

Сазнање не само да представља основ командне одговорности, већ уједно представља основ за онемогућавање примене командне одговорности као објективне одговорности. Сви материјални извори командне одговорности јасно указују да се сазнање одређује употребом критеријума „знао" или „требао да зна", те „имао разлога да зна". Извесно је да ови појмови нису синоними. Очигледно је да се сазнање у командној одговорности може заснивати на алтернативно постављеним категоријама. Свака од ових категорија представља основ за чињење надређеног које је насупрот сазнању изостало, из чега се развија и кривична одговорност. Међутим, ове категорије носе различите степене могућности развоја свести о учињеним или припреманим кажњивим делима.

У том смислу „знао" представља стварно знање надређеног о кажњивим делима која су извршена, која су у току или која се планирају. Реч је о постојању релевантних и проверених материјалних информација о извршеном делу или припреми започињања извршења дела. Поставља се питање да ли се сазнање заснива на информацијама или на доступности информација, те да ли се сазнање може засновати на индицијама[913]. Тако одређено стварно знање подразумева свест о врсти дела, учешћу подређених, обиму или распрострањености дела и која се заснива на директним или индиректним доказима. На

[908] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, op.cit., str. 76.

[909] Одлука Жалбеног већа у предмету Енвер Хаџихасановић и др., по интерлокуторној жалби којом се оспорава надлежност са обзиром на командну одговорност од 16. јула 2003.године, параграф 29.

[910] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, op.cit., p.255.

[911] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, ibid., стр. 257.

[912] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, ibid., стр. 259.

[913] Пресуда Претресног већа у предмету Мркшић и др., параграф 563-564;

основу овакве интерпретације „знао“ сматрамо да се ова категорија сазнања налази у оквиру умишљаја.

Друга категорија „имао разлога да зна“ представља облик сазнања који је нижег степена и који се може заснивати на постојању информација општијег типа у односу на категорију „знао“. Реч је о информацијама таквог квалитета и садржаја које су у свести надређеног могле да креирају сазнање о објективно присутној могућности извршења кривичних дела и које су у стању да код надређеног креирају јаснију представу да су подређени укључени у извршење или припрему кажњивог дела и које омогућавају да се уз помоћ логичког процеса закључивања који је иманентан сваком надређеном, стекне сазнање о учешћу подређених у кажњивим делима. При томе сматрамо да се сазнање не може свести искључиво на сазнање које може узроковати свест о ризику извршења кажњивих дела, већ надређени мора да је имао „неке опште информације у свом поседу које би га упозориле на нека незаконита дела његових подређених[914]“. Наведене разлике блиске су разликама између појмова основ сумње и основане сумње. Управо се у овој категорији сазнања које се заснива на конструкцији „имао разлога да зна“ може засновати и размишљање о могућности примене нехата у доктрини командне одговорности.

Категорија „требао да зна“ заснива се на правној претпоставци сазнања. У овом случају сазнање није зависно искључиво од информација, већ се заснива на комбинацији постојећих информација и објективних околности повезаних са статусом надређеног, а који подразумева право и обавезу примене мера претходне контроле над радом подређених. Скуп свих тих претпоставки креира правну претпоставку да је надређени у тим околностима имао не могућност, већ дужност да зна. Категорија „требао да зна“ значајна је и са аспекта положаја оптуженог који у поступку носи обавезу активног супротстављања чиме се у извесном смислу негира претпоставка невиности. Судска пракса у тумачењу стандарда показује извесну недоследност. Хашки трибунал је у предмету Кордић одбацио стандард „требао да зна[915]“. У предмету Блашкић заузет је став да се сазнање надређеног заснива на критеријуму „имао разлога да зна у смислу Статута[916]“, док је другачији закључак у предмету Челебићи, у коме Хашки трибунал остаје на нивоу „било је разлога да зна[917]“.

Са друге стране, српско кривично законодавство степен сазнања одређује као „знајући“. Сазнање по себи подразумева логички процес. При томе информација (као узрок сазнања) је само један сегмент овог процеса. У нашем случају и сама информација која је довољна да креира сазнање довољна је за успостављање сазнања у кривичноправном смислу као основа за примену командне одговорности. Посебан случај представља синтагма „према околностима случаја морало да зна“. Ово из разлога што се овде не ради о конкретној информацији која носи са собом одговарајући емпиријски закључак, а која би могла да представља конструктивно знање. Формулација коју смо навели подразумева процес који се своди на „опажајно представну и елементарно поимајућу релацију[918]“. У условима „према околностима случаја морало да зна“ сазнајни процес је вишеструк и захтева утврђивање разлога који проистичу из објективних

[914] Пресуда Жалбеног већа у предмету Блашкић, параграф 63; Пресуда Претресног већа у предмету Хаџихасановић, параграф 96.

[915] Пресуда Претресног већа у предмету Кордић, параграф 435.

[916] Пресуда Претресног већа у предмету Блашкић, параграф 332.

[917] Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, параграф 241.

[918] М. Симић, С. Јарић, *Теорија значења и тумачења права*, op.cit., стр. 130.

околности, а потом из логичког закључивања о дометима и значају информације у погледу закључивања. Уосталом, ниво сазнања није исти код извршених кривичних дела и у условима сазнања о спремности да се изврше дела. У том смислу као стандард се може поставити „закон довољног разлога[919]“(*principium rationis determinantis sive sufficentis*).

Уз наведено, у случају „знао“ поставља се питање да ли се знање односи на објективне елементе кривичног дела у конкретном случају или је довољно да се знање односи на кажњиво противправно понашање. Од односа према овом питању може зависити и облик виности. Насупрот појединим теоријским залагањима да „није довољно да је оптужени генерално знао за извршење злочина, мора се показати да је знао за кажњиво учешће својих подређених у извршењу тих дела....нити је довољно показати да је оптужени био свестан извршења или вероватног извршења злочина који је генерално сличан ономе коме се ставља на терет. Да би био кривично одговоран, мора се показати да је оптужени знао да дела његових подређених спадају под дефиницију оног злочина који му се ставља на терет, а не да се квалификује као мање озбиљан или значајно другачији[920]“. Сматрамо да овакво *stricto sensu* схватање сазнања у потпуности искључује могућност примене било ког облика виности ван умишљаја. Ово одступа од става Хашког трибунала који не подразумева сазнање о елементима дела[921], већ не захтева ни сазнање о идентитету подређених који су учинили дела[922]. Овакав став чак искључује могућност надређеног да се бави квалификацијама дела о којима поседује сазнање. Са друге стране, из карактера сазнања проистиче и карактер неопходних и разумних мера. У том смислу сматрамо да је за успостављање одговорајућег *mens rea* довољно да надређени поседује „знање“ о противправном поступању подређених.

Као посебно значајно питање у доказивању сазнања у оквиру постојећих правних стандарда представља питање доказивања сазнања. Доказивање сазнања креће се у оквиру постављених стандарда „знало или је према околностима случаја морало да зна“. Међутим, ови стандарди захтевају утврђивање начина доказивања. У том смислу потребно је утврдити одговарајуће критеријуме како би се избегло доказивање ових стандарда путем субјективне оцене објективних околности од стране суда. Илустративан пример представља закључак Хашког трибунала у предмету Стругар: „Узевши у обзир релевантне чињеничне закључке Претресног већа, Жалбено веће закључује да је Претресно веће погрешно применило право јер није применило исправан правни стандард у вези са *mens rea* из члана 7(3) Статута. Претресно веће је погрешно закључило да то што је Стругар знао за ризик од могућег гранатирања Старог града од стране његових снага није довољно да задовољи *mens rea* из члана 7(3) и да тај услов задовољава само знање о постојању „значајане вероватноће“ или „очигледног ризика“ да ће његове снаге то учинити.

Доносећи такав закључак Претресно веће је погрешно учитало у *mens rea* из члана 7(3) да надређени мора да буде обавештен о знатном ризику од тога да ће његове снаге починити кривична дела. С тим у вези, Жалбено веће подсећа да су према исправном правном стандарду информације које су довољно алармантне да надређеног упозоре на опасност да би његови подређени могли касније да изврше злочине и да оправдавају додатну истрагу довољне да би се тај надређени сматрамо одговорним према члану 7

[919]М. Симић, С. Јарић, *Теорија значења и тумачења права*, ibid., стр. 91.

[920] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, op.cit., str. 200-201.

[921] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крњојелац, параграф 155, 178-179.

[922] Пресуда Жалбеног већа у предмету Благојевић, параграф 287.

(3)[923]". Очигледно је да се доказивање стандарда сазнања врши интерпретацијом и тумачењем информација које се у закључивању крећу од „ризика" до „значајне вероватноће", те „очигледног и знатног ризика" путем информација „које су довољно алармантне да надређеног упозоре на опасност". У прилог закључку о недопустивој лакоћи којом суд утврђује постојање сазнања сведочи и позивање на индиректне доказе од стране суда[924].

Листа индиција која се може употребити у циљу доказивања сазнања надређеног у односу на кажњива дела сачињена је од стране Комисије експерата на основу Резолуције Савета безбедности број 780 из 1992.године и завршног извештаја који је употребљен у пресуди Хашког трибунала у предмету Челебићи. У Завршном извештају Комисије експерата се наводи да те индиције могу бити засноване на: 1) броју противзаконитих аката, 2) врсти противзаконитих аката, 3) обиму противправних аката, 4) временском периоду у коме су противзаконити акти учињени, 5) броју и врсти трупа које су укључене, 6) потребној логистици, 7) географској локацији извршених дела, 8) распрострањености почињених дела, 9) тактичком темпу операција, 10) начину извршења или сличности противзаконити аката, 11) умешаности официра и особља и 12) локацији на којој се налазио надређени у време предузимања противзаконитих аката[925]. У предмету Челебићи

[923] Пресуда Жалбеног већа у предмету Стругар, параграф 304.

[924] Хашки трибунал у предмету Стругар, путем следећих доказа закључује о постојању знања оптуженог:

„Пошто је закључило да је Претресно веће погрешно применило право, Жалбено веће мора да примени исправан правни стандард на чињенице које је утврдило Претресно веће и да одлучи да ли је и оно само уверено ван разумне сумње да је Стругар пре почетка напада на Срђ, поседовао информације које су биле довољно алармантне да задовоље стандард „било је разлога да зна" из члана 7(3) Статута. Жалбено веће подсећа да је Претресно веће утврдило следеће чињенице у вези са Стругаревим знањем пре почетка напада на Срђ: -Стругар је наредио напад на Срђ и знао је да напад на Срђ нужно подразумева да се у извесној мери гранатира шире подручје града Дубровника; -Стругар је знао да је током претходне војне акције Југословенске народне армије у октобру и новембру 1991. године, чији је циљ било даље освајање територије у близини Дубровника, што је у новембру укључивало и Срђ, било неовлашћено гранатирање Старог града; -Стругар је знао да су међу снагама које су извеле напад 6. децембра 1991.године биле снаге које су учествовале у гранатирању Старог града у новембру и да је директно око Срђа била стационирана 3/472 моторизована бригада, под истим командантом, идентификована као јединица која је вероватно учествовала у гранатирању у новембру; - Стругар је знао да су и 3/472 моторизована бригада и 3/5 моторизована бригада, која је била стационирана непосредно до 3/472 моторизоване бригаде у правцу севера, 6 децембра 1991.године, располагале знатним артиљеријским капацитетима, као и у новембру 1991.године; -Стругар је знао да се постојећа наређења којима је у октобру и новембру 1991. године, забрањено гранатирање Старог града нису показала као ефикасно средство које би његове јединице спречило да у та два наврата гранатирају Стари град; -Стругар је знао да против извршилаца претходних дела гранатирања Старог града нису предузете казнене мере и да стога није било примера дисциплинског кажњавања или других последица по оне који су прекршили постојећа превентивна наређења или међународно право. У светлу чињеничних закључака Претресног већа у вези са Стругаревим знањем пре напада на Срђ, Жалбено веће се ван разумне сумње уверило да је Стругар био упознат са информацијама које су биле довољно алармантне да га упозоре на ризик да би његови подређени могли да почине слична дела противправног гранатирања Старог града, као и на потребу да покрене даљу истрагу у вези са тим ризиком. По мишљењу Жалбеног већа, једини разуман закључак који се може донети на основу чињеница које је утврдило Претресно веће јесте да Стругар, упркос томе што је био упозорен на ризик који оправдава даљу истрагу, није предузео такву истрагу и циљу утврђивања да ли су његови подређени правилно разумели наређење за напад на Срђ и постојећа превентивна наређења о забрани гранатирања Старог града, као и да ли су спремни да их поштују". Наведено према пресуди Жалбеног већа у предмету Стругар, параграф 305-307.

[925] *Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780*(1992), UN Doc. S/1994/674, 27. may 1994.

Хашки трибунал покушава да одреди квалитет и квантитет индиција подобних за утврђивање сазнања у конкретном случају[926].

Бављење „сазнањем“ нужно отвара питање сазнања у времену и простору. На основу свих нормативних уређења командне одговорности јасно је да се сазнање може односити на време пре започињања вршења дела, у току извршења дела и након извршења дела. Време сазнања је од битног значаја будући да се на сазнању заснива и обавеза предузимања неопходних разумних мера, с тим што врста и природа мера зависе од времена сазнања (дужност кажњавања или пријављивања заснива се на сазнању да су дела већ извршена). Време сазнања представља могућност од суштинског значаја за одређивање *mens rea* и услов је за заснивање кривичне одговорности која добија нове димензије када се сазнање односи на време пре почетка вршења дела или након извршења дела.

4.3.Нужне и разумне мере

Већ смо указали на значај „нужних и разумних мера“ које не само да не представљају синтагму, већ чине једну од ослоних тачака командне одговорности. Остаје отворено питање шта су то нужне и разумне мере и како их третирати у сваком конкретном случају, те да ли се нужне и разумне мере исцрпљују само у односу на нормативно уређене обавезе и права надређеног које проистичу из статуса надређеног. У овом делу указујемо на чињеницу да и ниво надређеног одређује о којим нужним и разумним мерама се може расправљати. Неспорно је да се ове мере разликују у односу на непосредно надређеног и надређеног који свој статус изводи из ланца командовања, а што омогућава постојање још једног броја надређених који стоје између надређеног и подређених који се јављају као непосредни учиниоци дела.

Такође нужне и разумне мере не могу представљати константну категорију имајући у виду околности које постоје на терену, а које могу често опредељивати не само карактер ових мера, већ и њихово спровођење. Да ли се ради о алтернативама[927] или кумулативно одређеним обавезама чињења? У случају да надређени није спречио извршење дела или није казнио или пријавио подређене учиниоце дела, не ради се о алтернативама, већ сматрамо да се ради о различитим правним обавезама чињења. Разматрајући дужност спречавања могу се разликовати генералне мере које обезбеђују контролу над трупама и мере које се могу предузети према конкретним подређенима у циљу спречавања дела[928]. Ова подела има своје реперкусије и у погледу сврставања у нужне или разумне мере.

Обавезност предузимања мера се мора сагледати и кроз могућност изводљивости истих. То представља опште место у јуриспруденцији Хашког трибунала: „Мора се показати да је надређени пропустио да предузме нужне и разумне мере да спречи злочине или казни своје подређене. Мере које надређени мора да предузме ограничене су на оно што је изводиво у датим околностима и што је „у његовој моћи“. Надређени не мора

[926] Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 386.

[927] Пресуда Претресног већа у предмету Мркшић и др., параграф 566.

[928] H. Olasolo, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, Hart publishing, 2010, p. 97.

учинити немогуће. Међутим, дужност је надређеног да у оквиру тих ограничења искористи своја овлашћења[929]", као и „да је та формулација (мисли се на нужне и разумне мере) нераскидиво повезана са чињеницама сваке поједине ситуације и типом и природом ефективне контроле коју је оптужени имао над својим подређенима[930]". Премда Веће дели мишљење одбране да је „ефективна могућност" надређеног пертинентан критеријум, није нужно потребно да је надређени био правно овлашћен да спречи или казни дела која су учинили његови подређени. Овде ваља имати у виду његову „стварну могућност" која се уместо издавања наређења или предузимања дисциплинских мера може нпр. очитати у слању извештаја надлежним властима како би ове предузеле прикладне мере[931]".

О релативном карактеру ових мера сведочи и закључак: „Фактори релевантни за оцену Већа, између осталог, укључују питање да ли су издата конкретна наређења којима се забрањују или заустављају кажњиве активности, које су друге мере предузете како би се обезбедио престанак противправних дела и да ли се може разумно утврдити да су те мере биле довољне у конкретним околностима, те какви су кораци предузети након учињења злочина како би се обезбедила адекватна истрага, а учиниоци привели пред лице правде[932]".

Посебну пажњу привлачи одређење мера као „нужних". Тешко је са нивоа академског расправљања разматрати нужне мере. Ово из разлога што се нужност везује са конкретан случај, конкретни животни догађај који често носи са собом и одређен сплет објективних околности које исходе и посебну унутрашњу логику учесника у догађају, односно носиоца „нужних мера". У условима оружаног сукоба у којима је свако деловање сведено на инстинкт преживљавања и победе, ова манифестација је још израженија. Хашки трибунал дефинише „нужне" мере на општи начин као „одговарајуће мере које надређени треба предузети да би испунио своју обавезу (и које показују да је искрено покушао да спречи или казни), а да су „разумне" мере оне мере које објективно спадају у оквир стварних власти надређеног. Оно што спада у „нужне и разумне" мере које командант треба да предузме како би испунио своју дужност није питање материјалног права, него доказивања [933]".

Поједини аутори нужне мере везују доминантно за статус надређеног, као и за чињеницу "да могу да спрече извршење злочина за који надређени зна или има разлога да зна и који се спрема да буде извршен[934]" и које су у стању да „могу допринети каснијем кажњавању кршења хуманитарног права које су подређени евентуално учинили[935]". Из појма „нужних мера" могу се извести одређени закључци. Јасно је да се ради о мерама које су усмерене на спречавање извршења дела. То могу бити конкретна наређења која те активности забрањују или спречавају, затим мере које проистичу из ових мера, а које се односе на контролу и делотворно спровођење конкретних наређења, као и да ли су предузете било које друге мере које су могле довести до спречавања вршења дела. Сматрамо да се карактер нужних мера не исцрпљује из материјалних овлашћења

[929] Пресуда Претресног већа у предмету Крњојелац, параграф 95.

[930] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 451; Пресуда Жалбеног већа у предмету Делалић, параграф 394.

[931] Пресуда Претресног већа у предмету Блашкић, параграф 302.

[932] Пресуда Претресног већа у предмету Стругар, параграф 378.

[933] Пресуда Жалбеног већа у предмету Халиловић, параграф 63.

[934] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, op.cit., str. 237.

[935] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, ibid., str. 238.

надређеног, већ се карактер нужних мера одређује из односа могућности спречавања самог дела, што указује да се нужне мере морају посматрати у релацији са самим делом (учињеним или припреманим). Тек из овог односа се може јасније опредељивати врста и карактер нужних мера и касније и степен кривичне одговорности надређеног.

Ово отвара друго проблемско поље, а то су материјална овлашћења надређеног, односно питање да ли је надређени дужан да предузима нужне мере које нису изведене из нормативних овлашћења (прописа) надређеног. Потврдан одговор на ово питање је у складу са императивима међународног хуманитарног права, па и са карактером „свеобухватне одговорности“ које нуди командна одговорност, али није у складу са елементарним принципима одговорности појединца, чак и када се одговорност за дела подређених заснива на пропуштању. Укратко, одговор на ово питање не би могао бити једносмеран.

Имајући у виду све околности, сматрамо да се под појмом „нужних“ мера подразумевају све мере које стоје на располагању надређеном, укључујући и оне које не проистичу директно из његових нормативних овлашћења, али чије предузимање носи могућност (макар и апстрактну) спречавања вршења кривичних дела. Овај став заснивамо на начелима међународног кривичног и међународног хуманитарног права у односу на које критеријум заштите увелико превазилази критеријум војне потребе. Овако широко одређене нужне мере одражавају се и на облик одговорности, с тим што основ кривичне одговорности могу да представљају само нужне мере које проистичу из правне обавезе надређеног, док се остале мере могу сврстати у домете дисциплинске или прекршајне одговорности у складу са чланом 86. Првог Допунског протокола.

Поред нужних мера, предузимање разумних мера такође улази у опсег чињења надређеног. Контрапункт непредузимању разумних мера могло би да представља предузимање неразумних мера од стране надређеног. Утисак је да разумне мере представљају допуну претходних нужних мера. Ово из разлога што разумне мере подразумевају одређени степен одлучивања надређеног које је засновано на дискреционој процени која обухвата врсту мере, а које се могу посматрати и са становишта војне потребе. У том смислу разумне мере представљају ширу категорију у односу на нужне мере и више су везане и ограничене субјективном проценом надређеног.

Одређујући разумне мере у односу на становиште војне потребе, сматрамо сходним указати да се не ради о превласти војне потребе у односу на примену норми међународног хуманитарног права (штавише приоритет војне потребе третирамо као својеврстан анахронизам), већ уношење овог елемента сматрамо важним у циљу одређивања разумних мера које не подразумевају оне мере које могу угрозити циљ војне операције. Разумне мере подразумевају једноставно одређену флексибилност надређеног (што не допуштају нужне мере) у избору мера које проистичу из обавеза надређеног и које могу спречити извршење кажњивих дела, али које се задржавају на доњој граници овлашћења надређеног. Ово проистиче из карактера пропорционалности који код разумних мера у највећој мери долази до изражаја.

Следећи сегмент пропуштања надређеног односи се на некажњавање или непријављивање учинилаца кривичног дела. При томе, кажњавање или пријављивање учинилаца кривичног дела не улазе у домет нужних и разумних мера, већ обавезних мера које се могу одвојено посматрати у оквиру нечињења. Док Статут Хашког трибунала стоји на становишту пропуштања кажњавања учиниоца (члан 7. став 3.), Статут Међународног

кривичног суда је на становишту да се обавеза надређеног исрцпљује у препуштању предмета надлежним органима овлашћеним за пократање истраге и вођење кривичног поступка. Свакако да постоје разлике у овако одређеним обавезама имајући у виду да кажњавање представља процес којем претходи низ радњи које се предузимају у односу на једноставно пријављивање учиниоца дела надлежним органима. И један и други вид нечињења заснивају се на директном умишљају будући да је код надређеног у тренутку пропуштања извесно постојање сазнања о извршеним кривичним делима, учиниоцима, сопственим обавезама предузимања нужних и разумних мера, па и мера кажњавања или пријављивања.

У премету Хаџихасановић поставило се питање покретања адекватног поступка против подређених учинилаца кривичних дела. Хашки трибунал је у првостепеној пресуди у наведеном предмету закључио: „Веће сматра да није довољно искористити дисциплинска овлашћења како би се казнили учиниоци кривичног дела убиства и окрутног поступања над ратним заробљеницима. Веће посебно наглашава да је, по међународном праву, надређено лице дужно да предузме нужне и разумне мере за кажњавање учиниоца кршења закона и обичаја ратовања. Суочен са кривичним делима као што су убиство и окрутна поступања учињеним на локацији заточења коју су контролисали његови војници, дакле, са делима у стварној надлежности Окружног војног суда у Травнику, оптужени Хаџихасановић није смео да се у смислу предузимања казнених мера задовољи дисциплинском казном која максимално може да значи притвор у трајању од 60 дана. Његова дужност је била да предузме конкретне мере како би се ти учиниоци извели пред лице правде и да поднесе одговарајућу пријаву Окружном војном тужилаштву у Травнику. Дакле, Веће се уверило ван разумне сумње да оптужени Хаџихасановић, иако је знао да су његови почињени учинили кривична дела убиства и окрутног поступања над шест заробљеника у Салону намештаја, није испунио своју службену дужност да предузме одговарајуће мере за кажњавање њихових учинилаца[936]“.

Жалбено веће Хашког трибунала је одбацило овај критеријум покретања неадекватног поступка као основ за кривичну одговорност закључујући: „Жалбено веће подсећа да није потребно да казну изрекне надређени лично и да он своју дужност да казни може испунити тако што ће поднети пријаву надлежним органима. У овом случају Жалбено веће констатује да су пријављивање кривичних дела учињених 5. августа 1993. године у Салону намештаја „Славонија“ општинском јавном тужиоцу у Бугојну заједно са дисциплинским санкцијама које је изрекао војнодисциплински орган у Бугојну, нужне и разумне мере за кажњавање учинилаца. У светлу претходно реченог Жалбено веће констатује да ниједан разуман пресудитељ о чињеницама на основу предложених доказа не би могао да закључи да су мере предузете за кажњавање учинилаца злочина у Салону намештаја „Славонија“ 5. августа 1993. године биле неадекватне у предметним околностима[937].

Очигледно је да је став судске праксе да се дужност надређеног исцрпљује у једноставном пријављивању подређених као учинилаца кривичних дела. Овакав закључак је у складу са одредбама Статута Међународног кривичног суда који је у време доношења наведене пресуде већ ступио на снагу. Код појединих аутора присутна је тенденција да се на пропусту надређеног да казни, заснива кривична одговорност по основу командне

[936] Пресуда Жалбеног већа већа у предмету Хаџихасановић и др., параграф 154.

[937] Пресуда Жалбеног већа у предмету Хаџихасановић и др., параграф 154-155.

одговорности употребом синтагме „пропуст да се казни“ (*failures to punish*)[938]. Наведени аутори, у оквиру „пропуста да се казни“ подразумева изостанак радњи за које сматрају да је потребно да командант предузме, а које се односе на покретање истраге, извештавање, покретање дисциплинског поступка итд. Овакав став не само да није у складу са одредбама Статута Међународног кривичног суда, већ исти дубоко задире у права, обавезе и одговорности надређеног, које у оквиру осталих услова за примену командне одговорности, овај облик одговорности шири до неслућених размера.

Разматрајући примену нужних и разумних мера као основа кривичне одговорности овде се у сукобу налазе правна претпоставка чињења и нечињење које може бити резултат објективне немогућности чињења. Како решити ову наизглед противречну условљеност кривичне одговорности. Једини закључак који може проистећи заснива се на становишту да се примат у овом двојству даје могућностима предузимања мера. У условима у којима надређени насупрот сазнању није у објективној или субјективној могућности да предузме мере, правна претпоставка чињења морала би да устукне у односу на околности конкретног случаја. Наравно, овакво становиште отвара и питање делотворности могућих и примењивих мера. И у овом сегменту налазимо основе за став о одговорности надређеног. У том смислу, није без значаја и питање да ли су мере (које су изостале) биле у могућности да спрече извршење дела. У овим околностима видимо основ за диференцијацију између кривичне и дисциплинске одговорности надређеног која произилази из члана 86. Првог Допунског протокола уз женевске конвенције[939].

Наравно, ситуација је сасвим другачија у погледу некажњавања као вида нечињења надређеног. У овом сегменту су јасније и видљивије неопходне и разумне мере које се огледају у иницирању поступка за утврђивање одговорности подређених који су учинили кажњива дела. Природа нужних и разумних мера захтева раздвајање у односу на војне надређене и цивилне надређене. Ово из разлога што карактер надређеног опредељује и врсту мера које треба он да предузме. Тога је свестан и Хашки трибунал када закључује: „И цивилни носиоци власти требали би имати сличне обавезе зависно од ефективних овлашћења којима располажу и томе да ли та овлашћења обухватају и могућност да се од надлежних власти затражи предузимање конкретних корака[940]“.

Анализирајући однос нужних и разумних мера сматрамо да исте треба да буду постављене алтернативно. Основ за овакав приступ представља потреба да се у случају непредузимања нужних мера као алтернативна обавеза чињења поставља предузимање разумних мера. Околности конкретног случаја (ту имамо у виду пре свега специфичност оружаних сукоба) често могу бити онемогућавајуће у смислу предузимања појединих мера. У том смислу залажемо се да непредузимање једних мера (у овом случају нужних), отвара простор за другу врсту чињења у овом случају - разумних мера. Потврду за овакав став налазимо у чињеници да код командне одговорности дужност да се спречи и дужност да се казни представљају две одвојене правне обавезе, обе подобне да проузрокују кривичну одговорност.

[938] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, op.cit., p.255.

[939] Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, број 16/78.

[940] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 451.

4.4. Виност и командна одговорност

Као и сваку кривичну одговорност, и употреба командне одговорности у циљу утврђивања кажњивости подразумева одговарајуће стање свести. Досадашња излагања су јасно указала да се код међународних кривичних дела кривична одговорност заснива на умишљају као облику виности. Међутим, јуриспруденција је унела најпре релативизацију, а са увођењем заједничког злочиначког подухвата и забуну у погледу умишљаја као облика виности код међународних кривичних дела. У том смислу командна одговорност није изузетак будући да омогућава заснивање кривичне одговорности на директном умишљају, евентуалном умишљају, свесном нехату[941], до несвесног нехата[942] или грубог свесног нехата[943].

Утврђивање кривице подразумева успостављање јасне везе између права и обавеза надређеног и извршених или припреманих кривичних дела подређеног. У том смислу, виност се јавља као карика која повезује две објективне чињенице. Међутим, за утврђивање кривице није довољно доказати објективне елементе, па ни саму чињеницу да надређени није извршио своје обавезе у смислу предузимања одређених мера. Командна одговорност захтева да се утврди карактер непредузимања мера или пропуштања, односно да ли се ради о намерном или ненамерном нечињењу. Командна одговорност је карактеристична по томе што се кривица не заснива на хтењу, него на знању, али не само ни на знању, већ и на неоправданом незнању (у условима када је незнање последица личног поступања сведеног на пасиван однос команданта). Зато је потпуно применљив закључак Ханса Келсена да „се појам кривице не утврђује путем експликативног разматрања бивствовања (као односа узрока и последице), него путем нормативног разматрања требања. То се мора показати и за остале облике кривице само ако је појам кривице по својој методској структури јединствен, ако човек неће да се задовољи тиме да се под кривицом једном подразумева психолошко чињенично стање, реални психички процес, а други пут етичко - правна конструкција (или етичко - правна очекивања) [944]“.

Мишљења смо да се у оквиру командне одговорности *mens rea* може посматрати слојевито. Ту подразумевамо психички однос према сазнању које је стекао надређени, а потом и психички однос према обавезама које проистичу из сазнања. Иако врста обавеза у виду неопходних и разумних мера могу бити различите зависно не само од околности конкретног случаја, већ и од степена сазнања (знао, требао да зна, имао разлога да зна), посебан психички однос налазимо у односу према мерама тј. чињењу надређеног након стицања сазнања. У овом домену такође можемо да разликујемо више облика *mens rea* и то у виду намерног нечињења и ненамерног нечињења. Намерно нечињење налазимо у једном значајном броју предмета вођених након Другог светског рата (предмет *Hostage,* предмет *Jepsen*, предмет *Yamashita*, предмет *Toyoda*). У предмету Таоци (*Hostage*) закључује се постојање „узрочног отвореног чињења или пропуста из којег се може

[941] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.235, 244, 245.

[942] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.105.

[943] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, op.cit., str. 224.

[944]G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, ibid., str. 132.

извести кривична намера[945]“, док се у предмету Јамашита намерно нечињење третира као „дозвола подређенима да изврше те злочине[946]“.

Овај подоблик *mens rea* заснива се на умишљајном пропусту предузимања захтеваних радњи и мера у условима када код надређеног већ постоји свест о извршењу или припреми извршења кажњивих дела. Слободни смо да закључимо да у условима када изостанак мера услед намерног нечињења директно омогућава вршење кривичних дела, намерно нечињење не само да остаје на нивоу директног умишљаја, већ се приближава појму саучесника. Наравно, оваква хипотетичка претпоставка захтева доказивање великог броја комплексних чињеница у сваком конкретном случају. Са друге стране, ненамерно нечињење подразумева нехатно пропуштање предузимања дужних радњи и мера након одговарајућег сазнања, с тим што се пропуштање овде јавља као резултат субјективне процене надређеног или објективних околности које су могле да онемогуће предузимање мера. Овако одређено ненамерно нечињење остаје у оквиру евентуалног умишљаја.

Полазећи од неупитности умишљаја код командне одговорности, предмет посебног осврта заслужује нехат надређеног као основ за примену командне одговорности. Полазећи од односа сазнања (кроз одређење знао или морао да зна) и нечињења надређеног, извесно је да командна одговорност захтева умишљај као облик виности. Ово проистиче из чињенице да стечено сазнање иницира обавезу на чињење чији изостанак јасно указује на намеру нечињења или пропуштања или прихватање са нечињењем или пропуштањем. Сви наведени текстови јасно указују да командна одговорност подразумева чињење (или нечињење) надређеног које се јавља као вољно. Томе се додаје могућност предвиђања последице која проистиче из сазнања које има различите корене. Након тога, уз присутан свесни и вољни елеменат проистиче и обавеза на чињење чији изостанак доводи до кривичне одговорности. У том смислу основано је питање: „Зашто надређени према свим изворима међународног кривичног права за ову доктрину одговара и када је требао, могао, морао или када је био дужан да зна за злочине потчињених?[947]“. Корене умишљаја као облика виности налазимо у првом критеријуму командне одговорности. То је сазнање. Имамо у виду чињеницу да се овде ради о карактеру информација или индиција сазнања о извршеном или припреманом делу, тј. снази информација у односу на процес креирања сазнања о кажњивим делима.

Илустративан је закључак Хашког трибунала: „Позивање на нехат у контексту одговорности надређеног би довело до мисаоне конфузије... Закон намеће одговорност надређеном да спречи кривична дела за која зна или има разлога да зна да ће се починити, као и да казни починиоце кривичих дела за која зна или има разлога да зна да су почињена од стране његових подређених над којима он има ефективну контролу. Према томе, војни командант или надређени у цивилној власти може се сматрати одговорним ако не испуни воје дужности надређеног тако што их намерно не извршава или их свесно занемарује[948]“.

Хашки трибунал прихвата овај став: „Жалбено веће подсећа на то да је Жалбено веће Међународног кривичног суда за Руанду једном приликом одбацило криминални

[945]G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti,* ibid., str. 219.

[946]G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti,* ibid., str. 220.

[947] Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност* , op.cit., стр. 148.

[948] Пресуда Жалбеног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету *Ignace Bagilishema* од 03. јула 2002.године, параграф 35.

нехат као темељ за одговорност у контексту командне одговорности и тада је констатовало да би „било у исто време непотребно и неправично да се оптужени сматра одговорним по категорији одговорности која није јасно дефинисана у међународном кривичном праву“. Оно је изнело да би „позивање на нехат у контексту одговорности надређеног вероватно довело до мисаоне конфузије...“. Жалбено веће изричито подржава овај став,[949]“ као и „Жалбено веће у предмету Блашкић када је прецизирало да се надређеном може приписати одговорност за намерно избегавање сазнања, али не и за незнање из немара[950]“. У овом делу указује се на закључак Касезеа да „у највећем броју случајева сазнање не треба сматрати за аутономно злочиначко стање свести, него само као за средство за утврђивање постојања умишљаја или евентуалног умишљаја[951]“.

Жувенал Метро сублимирајући судску праксу у погледу утврђивања стања свести надређеног утврђује следеће критеријуме: „положај надређеног у хијерархији, број и учесталост кривичних дела која су извршили подређени, врста кривичних дела која су извршили подређени, опсег релевантних кажњивих активности, дужина периода током којег су се дешавала незаконита дела, број и врста јединица укључених у операције у којима су се дешавали злочини, укључена логистика, природа команде коју је надређени имао у релевантном временском пероду, постојање извештаја потчињених јединица у вези са ситуацијом на терену, доступност и адекватно функционисање механизма извештавања, постојање релевантних надређених наређења, географски простор у којем су извршена незаконита дела, распрострањено и систематично извршавање злочина подређених, борбена ситуација (уколико постоји) која се дешавала у релевантном периоду, тактички темпо операције, уколико постоји и обим активности, *modus operandi* сличних незаконитих дела, официри и персонал укључен у операцију (уколико постоји) и у извршење злочина, присуство или одсуство команданта са сцене у време за које се наводи да су дела извршена, природа и опсег одговорности оптуженог и његова позиција у хијерархији, карактерне особине подређених који су извршили злочине, чињеница да су се догађаји десили током привременог одсуства надређеног са командног места**,** обученост и школованост подређених или одсуство истих, доступност извештаја упућених надређеним у вези са тим злочинима, географска близина извршених дела и места где се заповедник налазио у датом тренутку, положај власти који је надређени имао и ниво његове одговорности, чињеница да се злочини често крију од команде[952]“.

Паркс сазнање заснива на субјективним критеријумима надређеног који се састоје од: ранга надређеног, искуства надређеног, обучености подређених, искуства подређених, схватања дужности, доступност комуникација, мобилност надређеног, изолованост надређеног, састав снага које су испод надређеног, борбена ситуација[953]. Међутим, сматрамо да у условима у којима се утврди постојање сазнања, без обзира да ли је постојање сазнања засновано на критеријумима „знао“, „требао да зна“ или „морао да зна“, дакле у тренутку када сазнање постане чињеница, јасан је и кривични карактер нечињења, те више нема места нехату у односу на обавезу чињења.

---

[949] Пресуда Жалбеног већа у предмету Блашкић, параграф 63.

[950] Пресуда Претресног већа у предмету Хаџихасановић и др., параграф 96.

[951] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit, стр. 193.

[952] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti,* op.cit., str. 214.

[953] L. P. Rockwood, *Walking Away from Nuremberg – Just war and the doctrine of command responsibility*, op.cit., p.131.

При свему томе, са аспекта одговорности надређеног због пропуста да казни или пријави извршење кажњивих дела, сматрамо да у односу на овај облик командне одговорности није примењиво нехатно поступање надређеног. У конкретном случају надређени има сазнања о извршеним делима, надређени је свестан свог статусног положаја који имплицира предузимање одређених радњи, што све указује на умишљајно пропуштање обавезујућих радњи. Стога закључујемо да прешироко постављена командна одговорност у погледу виности у великој мери поједностављује доказивање командне одговорности на штету оптуженог. У условима у којима се одговорност надређеног може заснивати на широком луку од директног и евентуалног умишљаја, свесног, грубог свесног и несвесног нехата, командна одговорност је на добром путу да се претвори у аутоматску одговорност која не само да одступа од основних поставки индивидуалне кривичне одговорности, већ и у великој мери отежава процесни положај оптуженог.

Облик виности код командне одговорности мора се посматрати и у односу на конкретна дела која су извршена. Први Допунски протокол односи се само на ратне злочине[954]. Стога је упитно да ли се овај облик одговорности може применити за дело агресије или злочин против човечности са постојећим становиштима о облику виности. Код геноцида ситуација је још јаснија на начин који потпуно искључује примену овог облика одговорности, иако статути Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду предвиђају овај облик одговорности и за дело геноцид. Шабас такође указује да је „тешко помирити се са нехатом надређеног код дела за која се захтева највећи степен намере[955]“. Са аспекта Првог Допунског протокола извесно је да се командна одговорност може развити, како у кривичну, тако и у дисциплинску одговорност. Полазећи од тога да се облик кривице заснива на радњама пропуштања, извесно је да постављени облици виности нису у стању да дају одговор ни на ово питање.

4.5.Одговорност за дела пре стицања статуса надређеног

Командна одговорност од свог настанка представља предмет бројних контроверзи и различитих разматрања. Предмет овог разматрања представља одговор на питање да ли се командна одговорност може применити на надређеног због пропуста да казни учиниоце дела која су се десила пре него што је он стекао статус надређеног, односно да ли се командна одговорност протеже и на дела која су подређени учинили пре него што је командант преузео команду и формално стекао статус надређеног. Имајући у виду да командна одговорност подразумева одговорност надређеног за кривична дела подређеног проузроковано “умишљајним или нехатним недостатком надзора који је надређени био обавезан да врши[956]“, као и „одговорност за пропуст да се казни[957]“ или „као занемаривање дужности[958]“ са теоријског, као и са практичног становишта (имајући у

[954] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 104.

[955] W. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.312.

[956] Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, op.cit., стр. 143.

[957] G. Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit., p.306.

[958] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, op.cit., p.225.

виду да је Хашки трибунал у предмету Енвер Хаџихасановић и др. заузео негативан став по овом питању[959]) може се поставити питање кривичне одговорности надређеног који је овај статус стекао након што су дела учињена.

Указујемо на релевантне изворе материјалног права који уз сагледавање и критички однос на судску праксу пружају основ за одговор на питање и повод за даља размишљања на ову тему. Наведени извори права уједно указују на несавршеност нормативног уређења командне одговорности. На првом месту значајне су одредбе члана члана 86 (1) Првог Допунског протокола[960], и члана 87 (1) Првог Допунског протокола[961]. Институт командне одговорности посебно је постао значајан доношењем Статута Међународног кривичног суда и статута *ad hoc* трибунала који су прекинули вишедеценијски емпиријски вакум у примени командне одговорности које је трајало од окончања суђења након Другог светског рата до краја хладног рата, што је лансирало и питање постојања командне одговорности као међународног обичаја. За предмет нашег бављења значајан је члан 28. Статута Међународног кривичног суда („Одговорност команданата и осталих војних заповедника“) [962] .

Ови извори материјалног права указују на легалистичку парадигму где ће се кретати поступак утврђивања одговорности надређеног у односу на задати проблем. На основу наведеног, јасно је да се критеријум стицања статуса „војног заповедника“ преклапа са чињеницом сазнања за извршена противправна дела, као и са пропустом који се огледа у некажњавању или у непрепуштању предмета надлежним органима за спровођење истраге и вођење кривичног поступка. Без обзира на наведено преклапање, јасно је да је пропуст да се води кривични поступак или да се вођење кривичног поступка уступи надлежним органима (што улогу надређеног може свести само на иницирање кривичног поступка) представља основ за прихватање закључка о одговорности команданта и за дела која су учињена пре стицања статуса надређеног. И Статут Хашког трибунала, у члану 7. став 3. такође изједначава чин кажњавања учиниоца са обавезом да се делује *a posteriori*.

---

[959] Одлука по интерлокуторној жалби којом се оспорава надлежност са обзиром на командну одговорност од 16. јула 2003, параграф 57.

[960]Допунски Протокол уз женевске конвенцијеод 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба, Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, број 16/78:

„Високе стране уговорнице и стране у сукобу сузбијаће тешка кршења и предузимаће мере потребне за сузбијање свих осталих кршења Конвенција или овог Протокола , која су резултат непредузимања мера за које постоји дужност да се предузму. Чињеница да је повреду Конвенција или овог Протокола извршио неки потчињени не ослобађа његове старешине кривичне или дисциплинске одговорности, већ према случају, уколико су они знали, или имали информације које су им омогућиле да закључе под околностима које су владале у то време, да је он извршио или да ће извршити такву повреду иако нису предузели све могуће мере у границама своје моћи да спрече или сузбију повреду“.

[961] „Високе стране уговорнице и стране у сукобу треба да наложе војним командантима у погледу припадника оружаних снага под њиховом командом и осталих лица под њиховом контролом, да спрече и тамо где је потребно сузбију повреде Конвенције и да о томе известе надлежне власти....Високе стране уговорнице и стране у сукобу треба да наложе сваком команданту коме је познато да ће његови потчињени или друга лица, лица под његовом контролом извршити повреду Конвенције или овог Протокола, да предузме мере које су потребне да спречи такву повреду, а ако је повреда Конвенције или овог Протокола извршена, да покрене дисциплински или казнени поступак против извршилаца.“.

[962] Службени лист СРЈ - Међународни уговори, број 5/2001.

Овде се отвара и питање тренутка ступања на дужност тј. у чему је разлика између надређеног који ступа на дужност након учињеног дела или ступа на дужност пар дана након извршеног дела (генерал Јамашита је ступио на дужност девет дана пре извршења дела за које је оптужен, у случају „Маи Лаи“ пуковник Хендерсон је стигао у Вијетнам и заузео позиције надређеног само један дан пре масакра у Маи Лају[963], као и случај генерала Радислава Крстића за кога је утврђено да је надређени јединицама које су вршиле кажњива дела *de facto* постао 13. јула 1995.године, а да је надређени *de iure* постао два дана касније 15. јула 1995.године). Ово додатно проблематизује однос ефективне и формалне контроле надређеног које је довело до проширења граница командне одговорности и на цивилна лица. Уколико се питање ефективне контроле постави и у „нашем“ случају, јасно је да ефективна контрола обухвата и могућност да се кажњавање изврши и у односу на дела која су учињена пре него што је надређени стекао такав статус у односу на учиниоце дела.

Одговор на питање своди се на утврђивање одговорности у односу на прошле догађаје у односу на тренутак стицања статуса надређеног. Полазиште представља чињеница да су се кажњива дела десила пре него што је надређени стекао такав статус у односу на учиниоце дела. Мора се поћи од става да сваки догађај представља једну објективну промену у спољном свету, односно да „кривично дело представља један реални феномен[964]“ који има своје трајање и производи своје последице не само у тренутку дешавања, већ и након тога. Имајући у виду нечињење или пропуст као један од основа командне одговорности, јасно је да се кажњиво дело у смислу простирања одговорности за надређеног не завршава фактичким чином наступања забрањене последице. У односу на надређеног дело почиње да производи последице тек након завршења радње дела. У том смислу надређени је суочен са догађајем у виду последице која је наступила. У том тренутку креће нови основ командне одговорности, одговорност због кршења дужности у виду „пропуста да се казне починиоци [965]“.

На овом месту предмет разматрања нису механизми контроле, будући да за овај вид одговорности механизам контроле надређеног (п)остаје беспредметан имајући у виду деловање *a posteriori*. Дакле, не може се прихватити став да у случају постојања кршења норми међународног хуманитарног права уколико нови надређени сазна за њихово кршење, чињеница да није био надређени у време предузимања радњи дела, може да креира законски *inter regnum* у погледу обавеза на кажњавање за учињена дела. У овом случају не улазимо у квалитет и веродостојност информације о учињеним делима, као ни у крајњи исход поступка кажњавања (који може бити, како кривична, тако и дисциплинска одговорност[966]). Овде се указује на предмет *Коки Хирохита* који је проглашен одговорним зато што иако је примио извештаје о злочинима јапанске војске у Нанкингу, није обавио своју дужност „пропустивши инсистирати у влади да се предузму све потребне и брзе акције спречавања таквог стања на терену[967]“.

У предмету пуковник Нејтан Сасман *(Nathan Sasaman*) надређени је дисциплински кажњен, зато што, иако је имао информацију да се на контролном пункту ирачки цивили

---

963 A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, op.cit, p. 283.

964 Т. Живановић, *Основни проблем кривичног права*, op.cit., стр. 46.

965 G. Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit, p.307.

966 З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 103.

967 I. Bojanić, D. Derenčinović, Ž. Horvatić, D. Krapac, M. Seršić, *Teorija Zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo-izazovi i kontroverze,* Akademija pravne nauke Hrvatske, Zagreb, 2005, str. 37.

бацају у реку (од којих се један удавио) није предузео ништа да казни учиниоце. Дисциплинско веће је нашло да је прекршен *„Uniform Code of Millitary Justice (UCMJ*)" који прописује да "надређени официр армије мора осигурати да ратни злочини учињени од стране њених снага против непријатеља морају бити брзо и адекватно кажњени[968]". Указује се и на случај Хадита *(Haditha*). Након убиства једног маринца, други маринац убио је двадесет четири цивила, укључујући жене и децу. Портпарол америчких снага је у саопштењу изнео да су Ирачани настрадали од подметнуте бомбе.

Након истраге четири маринца су оптужена за „непланирано" убиство, а четири официра су оптужена за занемаривање дужности због пропуста да пријаве инцидент претпостављенима и због пропуста да покрену истрагу. Највиши оптужени био је потпуковник због пропуста да обавести своје надређене и због пропуста да отвори истрагу иако је био упознат са чињеницом да је реч о кршењу ратног права. Првооптужени се бранио тиме да „његови људи нису убице" због чега је одбио да спроведе истрагу. Поступак је обустављен због „незаконитог конфликта интереса[969]". За предмет нашег бављења интересантан је и случај генерала Шигеру Савада (*Shigery Sawada*). Савада је оптужен због илегалних суђења америчким пилотима током Другог светског рата. Суђења су се одвијала у одсуству Саваде, али је он касније био информисан о исходима суђења (изреченим смртним казнама) и о томе је обавестио надлежне према ланцу командовања. Војна Комисија у Шангају (која је водила суђење) закључила је да је Савада „одобрио" пресуде јер је „ ратификовао противправне акте који су се догодили у његовом одсуству и због тога сноси одговорност [970]".

О значају сазнања и примљеној информацији, те обавези на чињење у том правцу сведочи и став Жалбеног већа Хашког трибунала у предмету Блашкић који закључује: „Жалбено веће такође примећује да је дужност команданта да извештава надлежне власти изричито прописана чланом 87(1) Првог Допунског протокола и да се закључак о постојању те дужности може извести и из члана 86(2) Првог Допунског протокола[971]". Претресно веће Хашког трибунала у случају Кордић[972] закључује: "Дужност кажњавања се природно појављује након што је кривично дело учињено. Особе које предузму команду након учињења под истом су обавезом кажњавања. Ова дужност укључује у најмању руку обавезу предузимања истраге кривичног дела у циљу утврђивања чињеница, те извештавања надлежних органа о њима уколико надређени нема овлашћења да сам предузме санкције".

Но, пракса указује и на супротне ставове Жалбеног већа Хашког трибунала у предмету Хаџихасановић[973]: „У овом конкретном случају не може се наћи пример из праксе, нити постоји било какав доказ у вези са *opinion iuris* који би поткрепљивао тврдњу

---

[968]A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, op.cit, p.260.

[969] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, ibid., p.279.

[970] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, ibid., p. 291.

[971] Пресуда Жалбеног већа у предмету Блашкић, параграф 69.

[972] Пресуда Претресног већа у предмету Кордић, параграф 446.

[973] Према утврђеном чињеничном стању Хаџихасановић је са убиством припадника хрватске војске упознат две недеље након убиства. Такође је био упознат да су војници који су претукли и убили војника кажњени само дисциплински , не и кривично. Првостепено веће Хашког трибунала је закључило да је окривљени пропустио да обавља своју дужност зато што није приступио кривичном процесуирању. Апелационо веће је усвојило жалбу у делу у коме је одбрана указала да се Хаџихасановић не може сматрати одговорним за дела за које у време извршења није био надређен.

да командант може бити сматран одговорним за кривична дела која његов подређени учини пре него што је тај командант преузео команду над тим подређеним " као и: „ Друго, тумачити текстове који говоре о командној одговорности као да се њима прописује дужност кажњавања након преузимања команде за злочине учињене пре преузимања команде, контраинтуитивно је и супротно обичном значењу појма "командне" одговорности. Иако се дужност спречавања и дужност кажњавања могу раздвојити, и једна и друга се поклапају са мандатом команданта. Треће, експанзивним читањем кривичних текстова нарушава се принцип легалитета који је глобално признат као перемпторна норма међународног права, а тиме и људских права оптужених[974]".

У циљу указивања на комплексност проблема указује се на судску праксу након Другог светског рата. Први преседан представља пресуда Међународног војног суда за Далеки Исток из 1948. године која се односи на предмет против бившег премијера Хидекија Тоја. Основ за утврђивање одговорности је закључак да Тојо "није предузео адекватне мере да казни учиниоце и да спречи учињење сличних кривичних дела у будућности". Међутим, у пресуди се констатује Тојов пропуст да затражи извештај о једном ранијем инциденту, познатом под називом "Батански марш смрти" ... Дакле, Међународни војни суд је пропуст да се казни подређени сматрао независним основом кривичне одговорности[975]".

Са друге стране, поставља се питање да ли се овакав облик командне одговорности може применити и на друге надређене, будући да судска пракса познаје могућност да по командној одговорности буде одговорно више надређених у односу на једног учиниоца кажњивог дела. Тако Хашки трибунал у својој пракси на више места истиче: "Два или више надређених могу се сматрати одговорним за исти злочин који је учинио исти појединац, ако се покаже да је главни учинилац у предметно време био под командом обојице надређених [976]", као и да се „обојица могу сматрати одговорним за исти злочин који је учинио исти појединац, ако се докаже да је главни учинилац у време извршења дела био под командом обојице [977]".

Неспорно је да се дужност кажњавања за учињена дела јавља након што су дела учињена. Међутим, да ли се дужност кажњавања простире и на лица која су статус надређеног у односу на учиниоце дела стекла након извршења дела. Наведеном у прилог иде и закључак Хашког трибунала у предмету Челебићи[978]: „Мора бити показано да је надређени знао или да је имао разлога да зна да се његов подређени спрема учинити неки злочин или га је већ учинио. Мора бити доказано ..., или (и) да је имао у поседу информације такве природе да је у најмању руку могао бити упозорен да постоји опасност чињења таквих кривичних дела, јер су му те информације указивале на потребу да спроведе додатну истрагу да би утврдио да ли су његови подређени учинили злочине или да ли се спремају да учине злочине".

[974] Пресуда Жалбеног већа у предмету Хаџихасановић и др., параграф 55.

[975] Овакав став поновљен је у пресуди Жалбеног већа у предмету Блашкић, параграф 81.

[976]Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 93; Пресуда Првостепеног већа у предмету Блашкић, параграф 303; Првостепена пресуда у предмету Алексовски, параграф 106.

[977] Пресуда Претресног већа у предмету Крњојелац од 15. марта 2002. године.

[978] Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 94; Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, параграф 223-226.

Наведени став јасно указује да је реч о надређеном за кога обавеза на чињење тј.утврђивање кривице и кажњавање почиње од момента добијања информација о учињеном делу из кога даље „проистиче потреба за истрагом [979]“. Информације о делу су од значаја будући да и од самих карактеристика дела (није свеједно да ли се ради о ратним злочинима или злочинима против човечности имајући у виду разлике између наведених дела у погледу основних карактеристика дела, а које се одражавају и на услове и могућности примене командне одговорности), могу да буду преовлађујуће и у погледу утврђивања одговорности. Уосталом, у (данас већ контроверзном) предмету „Јамашита“ управо су информације о распрострањености и масовности злочина биле основ за утврђивање одговорности по основу статуса. На другој страни судске праксе је суђење генералу-фелдмаршалу Зигмунду Фон Листу у коме суд заузима став да се одговорност Листа не темељи на распрострањености злочина, већ управо на „доступности конкретним информација о злочинима“.

Чињење надређеног се јасно простире у време након извршења дела што питање самог статуса надређеног у време извршења дела чини беспредметним будући да не умањује обавезе надређеног. Зато се може говорити о „позитивној дужности чињења“. Указује се да обавеза на „позитивно чињење“ представља опште место у међународном кривичном праву[980]. Из карактера надређеног, и то независно од времена стицања стастуса, проистиче и његова могућност сазнања и доступа информација о делу. Тако Међународни кривични суд закључује: „Сама чињеница да нека особа има положај надређеног представља озбиљну индикацију да она има сазнања о кривичним делима која су учинили њени подређени [981]“.

Не пренебрегавајући чињеницу да се командна одговорност заснива на нечињењу или пропуштању, јасно је да је тешко приступити утврђивању психичких чињеница као неизоставног дела виности, посебно у односу на дело које се десило раније у времену у односу на могућност да се делује. Полазећи од недостатка пристајања (као неизоставног фрагмента умишљаја) јасно је да целокупан вољни елеменат код командне одговорности постаје веома комплексан. Односно опасно је да се одсуство пристајања услед пропуштања своди на пристајање на последицу (која се овде јавља као пропуст да се казни), посебно у условима када се квалитет индиција заснива на чињеници „знао или морало бити познато...“, имајући у виду „механизам контроле над надређенима“ које је судска пракса Хашког трибунала изједначила са ефективном контролом.

Размотрићемо потребан *mens rea* за овај облик командне одговорности. Већ је речено да се ради о одговорности која се заснива на веома широко одређеном дијапазону субјективног стања свести према делу која се креће од евентуалног умишљаја свесног нехата[982] или чак и несвесног нехата[983]. Цитирани извори материјалног права не садрже стриктне елементе на основу којих би се могло закључити о потребном *mens rea* за успостављање одговорности надређеног у конкретном случају. Полазна основа је став да

---

[979] G. Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit, p.309.

[980] Видети одредбе чл. 19 и 20. Друге женевске конвенције о рањеницима, болесницима и бродоломницима на мору, члан 32(5). Прве женевске конвенције о поступању са особљем неутралних земаља које пружа помоћ зарађеним странама, одредбе чл. 69-77. Треће женевске конвенције о ратним заробљеницима, Први Допунски протокол.

[981] Пресуда Жалбеног већа у предмету Блашкић, параграф 56.

[982] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела:Одговорност и кажњивост,* op.cit., стр. 187.

[983] З. Стојановић, *Међународно кривично прави*, op.cit., стр.105.

„облике виности са којима се врши пропуштање дужности треба ограничити на умишљај [984]“. У том смислу креће се од услова на основу којих се може говорити о одговорности надређеног због некажњавања, а који подразумевају постојање информација на нивоу спознаје о противправним делима која су учињена од стране подређених иако у време учињења тих дела надређени није имао такав статус у односу на учиниоце. Зато се указује на закључак Касезеа да „у највећем броју случајева сазнање не треба сматрати за аутономно злочиначко стање свести, него само као средство за утврђивање постојања умишљаја или евентуалног умишљаја[985]“.

Може се закључити да код надређеног постоји свест о могућности да су дела извршена (свест о могућности да су дела извршена настала је након стицања статуса надређеног у односу на учиниоце дела, док је свест о кажњивости противправих дела, као и свест о потреби иницирања поступка кажњавања присутна и пре стицања „статуса“), али да надређени насупрот томе не предузима ниједну радњу (која може бити радња обавештавања својих надређених или радња покретања дисциплинског или кривичног поступка). На овом месту указује се да се у сваком конкретном случају мора поћи од разлике између дужности да се прикупљају информације о активностима подређених које се могу одредити као редовне активности подређених и дужности да се информације прикупљају када постоје индиције о противправним делима. Закључује се да се као облик виности овде захтева евентуални умишљај. Потврда овог закључка може се наћи и у члану 30. Статута Међународног кривичног суда који као субјективне елементе злочина третира умишљај и сазнање.

Прихватање тезе о одговорности надређеног за дела која су учињена пре него што је он стекао статус надређеног, а са којима је упознат, представља потребу да се вољни елеменат повеже са актима знања (а у случају нашег проблема са моментом сазнања) и фактичком радњом покретања поступка утврђивања одговорности. То показује да се вољни елеменат у овом случају јавља као неодвојиви део кривице уз чињенично стање које чине информација, сазнање и радња покретања поступка.

На основу наведеног може се закључити да се одговорност за кажњавање не простире само у односу на тренутак када је једно лице имало команду у односу на учиниоце дела, већ и у односу на каснији тренутак, односно на тренутак када је надређени сазнао за учињено дело. Међутим, тренутак сазнања се поклапа са тренутком када надређени већ има статус надређеног у односу на учиниоце. Наравно, сазнање о делу као један од основа успостављања одговорности независно од статуса надређеног у време извршења дела, парадоксално ограничава *actus reus* надређеног и своди га на радњу пропуштања да се казни. За разлику од одговорности која се заснива на критеријуму „знао или има разлог да зна“, која се креће од умишљаја до несвесног нехата[986], у овом случају нехат је искључен будући да се ради о сазнању на основу чињеница након којих није предузета ниједна радња у прилог кажњавању за извршена дела.

Несумњиво је да је сама командна одговорност уведена са циљем да се кривци за најтежа кривична дела пронађу, како међу непосредним извршиоцима, тако и међу издаваоцима наређења, као и међу носиоцима овлашћења командовања над подређенима.

---

[984] Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, op.cit., стр. 158.

[985] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit, стр. 193.

[986] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.105.

Не треба пренебрегнути чињеницу да „држава има колективну одговорност да омогући и спроводи правила ратовања[987]“, те да се и носиоци државне власти могу суочити са кривицом путем командне одговорности. Морални дискурс је тријумфовао у односу на природу рата у коме су људска понашања сведена на ниво инстинкта и најгрубље људске природе. У околностима када надређени сазнаје за учињена дела да ли обавеза да делује не постоји услед чињенице да није био статусно одређен-надређен у односу на учиниоце. Чему се придаје значај, чињеници да надређени није имао статус надређеног у односу на учиниоце или спознаји надређеног да су дела учињена? На ово се надовезује питање како се у овом случају обезбеђује поштовање норми међународног хуманитарног права (које подразумевају и кажњавање за злочин) и како се обезбеђују санкције за непоштовање норми. Да ли се одговор тражи у ослобођењу по основу формалне ненадлежности или у осуди по основу учешћа у заједничком злочиначком подухвату или у одговорности по основу непријављивања кривичних дела?

Зато се може рећи да је неопходно да се одговорност надређеног у виду одговорности за некажњавање прошири и на догађаје који су се десили пре него што је он стекао статус надређеног у односу на учиниоце дела. Ово се може схватити као једна врста „недистрибутивне командне одговорности“. Она подразумева да се у случају некажњавања за учињена дела чије је учињење познато или није остало непознато надређеном проширује и на надређеног који су имали одређени квалитет сазнања о догађајима, а нису покренули поступак за кажњавање одговорних.

Можемо закључити да и кажњавање за дела која су учињена пре него што је командант (надређени) стекао статус надређеног у потпуности одговара комплексној структури командне одговорности која се у овом случају (одговорност надређеног за кривична дела која су се десила пре) потпуно надовезује на све разлоге и мотиве који су креирали командну одговорност. Уосталом, ако је суштина командне одговорности проширење просторног и персоналног важења правила понашања у циљу спровођења правила понашања, зашто онда то не би обухватило и критеријум временског. Све то представља допринос стварању и очувању поретка у условима рата и ратних сукоба, међународног или немеђународног карактера. Потврдан одговор на питање са почетка текста, са друге стране, уједно је и показатељ основаности теоријских расправа које су указивале на комплексност и несавршеност система утврђивања кривице по основу командне одговорности.

5. КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ

У СРПСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Командна одговорност представља релативно нову појмовну категорију у српском кривичном законодавству. Српско средњовековно кривично право познавало је супсидијарну колективну одговорност која се у појединим случајевима поставља као одговорност оних који имају одређена овлашћења (Уговор са Дубровником Стефана

[987] Л. Меј, *Колективна одговорност, част и правила ратовања*, објављено у: *Одговорност: индивидуална и колективна*, приредили П. Бојанић и П. Крстић, Службени гласник, Београд, 2008,стр 327.

Првовенчаног из 1205.године утврђује одговорност заједнице за случај ако та заједница не може или неће да нађе или преда кривца[988]).

У историјском развоју принципа одговорности у српском кривичном законодавству незаобилазна станица је свакако Законик Цара Стефана Душана. Иако није примењиван на целој територији царства[989], исти је од вишеструког значаја зато што представља основ утврђивања одговорности за кривична дела. Основна карактеристика принципа одговорности представља усвајање колективне одговорности за кривична дела и уједно диференцијација одговорности која је у складу са сталешком поделом друштва, тако карактеристична за феудална друштва, као облик дистрибутивне правде[990]. Истичемо да су принципи колективне одговорности посебно изражени у имовинскоправним деликтима, као и у делима против заштићених објеката које данас можемо означити као јавни ред и мир.

Међутим, домети Душановог законика нису били велики имајући у виду да је настао у време када су тенденције у разбијању царства већ узеле маха, а „тихост и спокојни живот“ већ уступао место „злоби и опакој мржњи[991]“. Иако колективна одговорност представља опште место у средњовековном праву, Тарановски указује да Законик безусловно признаје начело колективне одговорности која се може поделити на општу и специјалну. Општа одговорност се односи на сва кривична дела, а специјална само на нека, и то тачно одређена дела[992]. Са друге стране, видљива је и препознатљива тежња ка индивидуалном кажњавању[993].

Српско законодавство током XIX века, тек са доношењем Устројства окружних судова 1840.године прави јасан раскид са колективном одговорношћу[994], премда неки сегменти колективне одговорности остају да егзистирају[995]. Први елементи одговорности надређених могу се пронаћи у „дипломама“ које је Вожд Карађорђе слао обласним командантима[996]. Следећи пример уређивања положаја надређеног налазимо у „Уредби о дужностима војених команданата, исправничества, срезски старјешина[997]“ од 11. новембра 1836.године, као и Указу о кажњењу пограничних стражара и њиховој потчињености (субординацији) од 9. фебруара 1840.године[998]. Аустро-угарски прописи који су се примењивали на српским територијама такође су садржавали одредбе о обавезама

---

[988] Т. Тарановски, *Историја српског права у немањићкој држави*, op.cit., стр. 282.

[989] Ђ. Бубало, *Душанов Законик*, Завод за уџбенике, Београд, 2010, стр. 15.

[990] М. Поповић, *О филозофији права код Срба*, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 43.

[991] Ђ. Бубало, *Душанов Законик*, op.cit., стр. 148.

[992] Т. Тарановски, *Историја српског права у немањићкој држави*, op.cit., стр. 283.

[993] Т. Тарановски, *Историја српског права у немањићкој држави*, ibid., стр. 277.

[994] С. Пихлер, *Основне црте у развоју кривичног права Србије од 1815. до кодификације из 1860.године*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 1974, стр.153.

[995] С. Пихлер, *Основне црте у развоју кривичног права Србије од 1815. до кодификације из 1860.године*, ibid., стр.154.

[996] Диплома Српском Војводи Вељку Петровићу од 21. августа 1811.године, објављено у Т. Живановић, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804.до 1865*, Српска Академија науке и уметности, Београд, 1967, стр. 21.

[997] Т. Живановић, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804.до 1865*, op.cit., стр. 106.

[998] Т. Живановић, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804.до 1865*, ibid., стр. 149.

надређеног које су подразумевале обавезе предузимања одређених мера према подређенима, које су у каснијим кодификацијама Србије нашле своје место.

У том смислу указујемо на Војну уредбу за потиски и поморишки генералат из 1702.године: „За време битке или друге радње строго је забрањено пљачкање, све ако је непријатељ и потучен. Ко прекорачи ову забрану, тога треба официр убити или пробости[999]“. Сам Карађорђев законик познаје одговорност надређених због пропуста у обављању својих дужности, иако су ови сегменти присутни у члану 21.(повреда стражарске службе) за коју одговарају како стражар, тако и надређени[1000]. Остајући на трагу одговорности надређеног указујемо да је Кнежевина Србија 1876.године приступила Женевској конвенцији о побољшању судбине војних рањеника у рату од 1864.године, након чега је 1877.године уследило доношење „Ратних правила по међународног праву“ у којима је утврђено да: „Сваки официр Кнежевске српске војске мора потписати ову наредбу као доказ да је прочитао исту, односно да је упознат са овом наредбом[1001]“.

Након Другог светског рата усвајањем Закона о кривичним делима против народа и државе[1002]1945.године уведена је одговорност војних лица „која су знала за припрему или извршење дела“ (члан 8. став 2.), између осталих, и за дела ратних злочина. У том смислу указујемо на предмет Јирген Вагнер и др. који се водио пред Војним судом Штаба Треће Армије. Јирген Вагнер је осуђен са образложењем „што су трупе којима је он командовао након преласка румунско-југословенске границе дана 12. априла 1941.године починиле ратни злочин предвиђен у члану 3. тачка 3. Закона о кривичним делима против народа и државе[1003]“. Суд није прихватио одбрану окривљеног да није био упознат са злочинима позивајући се на чињеницу да је оптужени Вагнер „на предлог и по претходном саветовању са вођством банатских фолксдојчера учествовао у организовању цивилне управе у Банату и постављању за среске начелнике и градоначелнике истакнуте културбундовце и нацисте...[1004]“. На овом примеру могу се запазити елементи командне одговорности који се заснивају, како на *de iure* овлашћењима, тако и на *de facto* овлашћењима надређеног. Такође указујемо и на предмет Рут Емерих који је осуђен зато што „је дао пристанак да наредник 2. чете његовог батаљона изврши стрељање једног заробљеника[1005]“, што указује да се пристанак надређеног (без обзира на неодређеност овог облика одговорности у закону) третирао као основ за одговорност надређеног.

---

[999] З. С. Мирковић, *Карађорђев Законик (кривично, породично и државно право устаничке Србије)*, Правни факултет у Београду, Београд, 2008, стр.29.

[1000]З. С. Мирковић, *Карађорђев Законик (кривично, породично и државно право устаничке Србије)*, ibid., стр.76.

[1001] Ј. Ђ. Лопичић-Јанчић, *Статус рањеника и болесника у међународном и кривичном праву*, Музеј Жртава геноцида, Београд, 2012, стр.30.

[1002] Службени лист ФНРЈ, број 59/46, 106/47 и 110/47.

[1003] Ј. Ђ. Лопичић-Јанчић, *Ратни злочини немачких окупатора у Југославији 1941-1945. године-Пресуде Југословенских војних судова*, Музеј Жртава геноцида, Београд, 2010, стр. 16.

[1004] Ј. Ђ. Лопичић-Јанчић, *Ратни злочини немачких окупатора у Југославији 1941-1945. године-Пресуде Југословенских војних судова*, ibid., стр.38.

[1005]Ј. Ђ. Лопичић-Јанчић, *Ратни злочини немачких окупатора у Југославији 1941-1945. године-Пресуде Југословенских војних судова*, ibid., стр.229.

Кривични законик ФНРЈ из 1951.године[1006] не садржи одредбе о командној одговорности. Овим законом извршена је инкриминација међународних кривичних дела на један потпунији начин који је у складу са оновременим одређењем геноцида или ратних злочина. Запажа се да је нагласак у погледу одговорности стављен на учешће у организацији група код којих су кривична дела резулат заједничког плана (члан 23.).

Кривични закон СФРЈ из 1977. године не садржи одредбе о командној одговорности. Међутим, указујемо на члан 30. који дефинише начин извршења кривичног дела који представља одговорност по основу нечињења, што чини један од ослоних елемената командне одговорности. Члан 30. Кривичног закона СФРЈ гласи: „Кривично дело може се извршити чињењем или нечињењем. Кривично дело може бити извршено нечињењем само кад је учинилац пропустио чињење које је био дужан да изврши[1007]".

Српско кривично законодавство није познавало командну одговорност као облик кривичне одговорности. Кривични закон Савезне Републике Југославије[1008] (касније Основни кривични закон[1009]) не познаје овај облик одговорности. Кривични законик из 2005.године јасно прихвата командну одговорност. Међутим, командна одговорност у овом Законику је одређена као посебно кривично дело[1010], а не као облик одговорности у члану 384. под називом „Неспречавање вршења кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом". Овај члан гласи:

„(1) Војни заповедник или лице које фактички врши ову функцију, које знајући да снаге којима командује или које контролише припремају или су започеле вршење кривичног дела из чл. 370. до 374, члана 376, чл. 378. до 381. и члана 383. овог Законика не предузме мере које је могао и био дужан да предузме за спречавање извршења дела, па услед тога дође до извршења тог дела, казниће се казном прописаном за то кривично дело.

(2) Други претпостављени који, знајући да лица која су му потчињена припремају или су започела вршење кривичних дела из чл. 370. до 374, члана 376, чл. 378. до 381. и члана 383. овог Законика, у вршењу послова у којима им је он претпостављени, не предузме мере које је могао и био дужан да предузме за спречавање извршења дела, па услед тога дође до извршења тог дела, казниће се казном прописаном за то кривично дело.

(3) Ако је дело из ст. 1. и 2. овог члана учињено из нехата, учинилац ће се казнити затвором од шест месеци до пет година[1011]".

И површан поглед на овај члан Кривичног законика јасно упућује на разлике у односу на стандарде који су утврђени чланом 28. Статута Међународног кривичног суда. На првом месту имамо у виду чињеницу да се сазнање одређује кроз глаголски прилог „знајући" што указује да је реч о сазнању које је извесно у тренутку припремања или започињања вршења дела. Сама чињеница да је српски законодавац употребио глаголски прилог садашњи упућује на закључак да се на овај начин означава радња која се врши истовремено са неком другом радњом. Ова разлика није само језичка. Наведено одређење чини сазнање неспорним у тренутку пропуштања предузимања радњи. Посебно су

[1006] Службени лист ФНРЈ, број 13/51.

[1007] Службени лист СФРЈ, број 44/76, 36/77, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 и 54/90.

[1008] Службени лист СРЈ, број 35/92, 37/93 и 24/94.

[1009] Службени лист СРЈ, број 39/2003.

[1010] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр.176.

[1011] Службени гласник РС, број 85/05, 88/05, 107/05 и 72/09.

видљиве разлике у погледу одређења „знајући “ у односу према „знало или је према околностима случаја морало да зна“, као и у односу на историјски присутан стандард „требало да зна“. Овакво одређење упућује да је реч о већ постојећем стварном знању надређеног и то у тренутку када се припрема или започиње вршење кривичних дела које као такво искључује карактер могућег сазнања или сазнања које зависи од околности. Овакво одређење приближава се умишљају.

Ово решење, у ставу један, поистовећује војног заповедника и лице које фактички врши функцију војног заповедника, што указује да је Кривични законик, изједначио у потпуности *de iure* и *de facto* надређеног. Став 2. овог члана шири поље примене командне одговорности даље у командном ланцу омогућавајући утврђивање одговорности и на друге претпостављене који стоје изнад потчињених лица, односно да „није неопходно да се ради о непосредном надређеном[1012]“, већ о лицу које обавља функцију која му „омогућава да нареди предузимање мера за спречавање вршења ратних злочина[1013]“, а које може укључивати и „политичке руководиоце[1014]“. Овакво решење непотребно шири субјекте командне одговорности при том не одређујући границе до којих се одговорност може примењивати. Утисак је да се и став 2. односи на *de iure* надређене заснивајући се на реалним материјалним могућностима деловања надређеног.

Поставља се питање колико је делотворан став 3. овог члана који утврђује одговорност и за нехат, полазећи од сазнања које је неспорно, као и од чињенице да се пропуштање односи на мере које улазе у делокруг обавеза надређеног или другог претпостављеног. Овоме додајемо и запажање да се члан 384. Кривичног законика односи на међународна кривична дела у ужем смислу (геноцид, злочин против човечности, ратни злочини) која се врше са умишљајем као обликом виности, од којих поједини императивно захтевају *dolus specialis*, па се став 3. јасно поставља као крајње контроверзан.

Наведено указује да насупрот чињеници да Кривични законик није прилагођен одређењу командне одговорности на начин како је то учињено Статутом Међународног кривичног суда (а који услед чињенице да је исти ратификован[1015] сходно члану 16. Устава Републике Србије, представља саставни део унутрашњег правног поретка), поједина решења у одредбама Законика представљају се као потпуно адекватна. Ту имамо у виду одређење сазнања као „знајући“ које у великој мери сазнање надређеног чини извесним што олакшава примену овог облика одговорности штитећи на тај начин и процесни положај оптуженог. Ово одређење омогућава установљење кривичне одговорности путем командне одговорности кроз сужавање услова у погледу сазнања што је у складу са тумачењима да се норме међународног кривичног права примењују *stricto sensu*. Из наведеног облика сазнања проистиче и одговорност која се темељи на умишљају као облику виности.

Са друге стране, као недостатке српског кривичноправног одређења командне одговорности указујемо на недефинисане појмове „мера“ које није предузело надређено

[1012] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 113.

[1013] Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006, стр. 951.

[1014] В. Ђурђић, Д. Јовашевић, *Кривично право, Посебни део*, op.cit., стр. 337.

[1015] Закон о потврђивању Римског Статута Међународног кривичног суда, Службени лист СРЈ-Међународни уговори, број 5/2001.

лице. Полазећи од чињенице да непредузимање нужних и разумних мера представља опште место командне одговорности не само теорије, већ и малобројне јуриспруденције, у овом делу одредбе Кривичног законика захтевају знатнију прецизност. Такође, полазећи од тезе да се овај облик одговорности заснива на умишљају, као и да став 3. члана 384. Кривичног законика, подразумева одговорност за нехат, сматрамо да је ово решење неспроводиво.

На крају указујемо да домаће кривично законодавство командну одговорност третира као кривично дело, а не као облик кривичне одговорности. Овоме у прилог јесте чињеница да одредбе члана 384. Кривичног законика не конституише биће кривичног дела, нити наведени члан садржи све материјалне елементе кривичног дела (у смислу утврђене радње, последице, те узрочно - последични однос између радње и последице). При томе, примена норми кривичног закона по правилу захтева рашчлањивање дела на елементе. Из тих разлога је тешко из наведеног члана одредити облик виности који као свест о делу не улази у биће кривичног дела. Оваква поставка је у супротности са чланом 28. Статута Међународног кривичног суда (које јасно командну одговорност дефинише као основ кривичне одговорности), као и са статутима *ad hoc* трибунала.

6.КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ

У СТАТУТУ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Последњи кодификаторски захват који је уредио командну одговорност представља Статут Међународног кривичног суда. У члану 28. „Одговорност команданата и осталих војних заповедника“ одређује се: „Поред других основа кривичне одговорности прописаних одредбама овог Статута, надлежност Суда се протеже и на:

1. Војне заповеднике или лица која делују у својству војног заповедника, која су одговорна за кривична дела из надлежности Суда, а која кривична дела су извршиле снаге под њиховом непосредном командом и контролом, и/или уколико су снаге под њиховом непосредном командом и контролом извршиле кривично дело услед његовог/њеног пропуштања да обавља одговарајућу контролу над тим снагама, када је: а) тај војни заповедник или лице које делује у својству војног заповедника знало или је према околностима случаја морало да зна да су снаге извршиле или да су спремне да започну извршавање таквог кривичног дела или кад је б) војни заповедник или одговорно лице које делује у својству војног заповедника, пропустило да предузме све неопходне и разумне мере у његовој моћи како би спречило извршење тих кривичних дела или је пропустио да предмет препусти органима овлашћеним за покретање истраге и вођења кривичног поступка.

2. Када је реч о односу наредбодававц-извршилац, а који нису обухваћени одредбом става 1. овог члана, наредбодавац је одговоран за кривична дела из надлежности Суда које су извршила лица под његовом/њеном непосредном командом и контролома до чијег извршења је дошло услед његовог пропуста у обављању команде и контроле над тим лицима и то, када је: а) наредбодавац знао или је према околностима случаја морао знати да су лица под његовом командом

извршила или се спремају да изврше кривично дело из надлежности Суда, б) кривична активност је предузета под непосредном контролом и наредбом наредбодавца и в) војни заповедник је пропустио да предузме све неопходне и разумне мере у његовој/њеној моћи како би спречио или предупредио извршење кривичног дела или је пропустио да предмет препусти надлежним органима за спровођење истраге и вођење кривичног поступка[1016]".

Очигледно је да се у овом члану командна одговорност заснива на нечињењу, односно „посебно злочину нечињења[1017]". Илустративни су одређујући појмови као што су: „пропуштање", „пропустило да предузме све неопходне и разумне мере", „пропустило да предмет препусти органима овлашћеним за покретање истраге и вођење кривичног поступка", „пропуст у обављању команде и контроле над тим лицима". Свакако да недостатак представља одсуство прецизиног уређивања појмова „пропуштање" или нечињење уопште, тако да је утврђивање овог субстанцијалног елемента остављено у домену слободне судијске оцене. Видљиво је настојање Статута да се обавезе надређеног поставе на три различита нивоа. На једном месту је пропуст који се односи на функцију командовања, следећи ниво јесте непредузимање мера у конкретном случају и трећи ниво представља непредузимање мера пријављивања учиниоца.

Само „нечињење", као и свако нечињење, није довољно за успостављање кривичне одговорности за међународна кривична дела. У том смислу сматрамо корисним вршење диференцијације на „оправдано нечињење" и „неоправдано нечињење" које би у крајњем имало своју рефлексију и на облик одговорности, односно омогућавање поделе на дисциплинску, прекршајну и кривичну одговорност. Овом ставу погодује и чињеница да се ту не ради о општем појму нечињења, већ се нечињење своди на непредузимање специфичних радњи као што су: „контрола над снагама", непредузимање „неопходних и разумних мера", „пропуст у обављању команде и контроле". Овако постављени стандарди нечињења сасвим извесно захтевају нормативну прецизност.

Нечињење омогућава објективну и субјективну компоненту. Објективна компонента подразумева утврђивање постојећих услова и могућност примене било које од неопходних и разумних мера у конкретном случају, односно у времену и простору у коме подређени врше кривична дела. Овај услов наметнуо се у предмету Јамашита, премда је Међународни војни Трибунал за Далеки Исток прешао преко ових навода. Овај објективни услов се налази између војне потребе и норми међународног хуманитарног права. При томе објективни услов не задржава се само на нивоу сагледавања положаја надређеног, већ се шири и на однос између пропуста и вршења кривичних дела захтевајући одговор на питање да ли су мере могле бити од утицаја на спречавање вршења кривичних дела[1018], а што може отворити питање непосредног или посредног доприноса извршењу дела.

Субјективни услов нечињења је вишеструко комплексан. Он се формира само у односу на надређеног при чему се овај субјективни услов опет не може одвојено посматрати од објективног услова нечињења у погледу односа надређеног и мера које је

[1016] Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, Службени гласник СРЈ-Међународни уговори, број 5/2001 од 27.06.2001.

[1017] К. Амбос, *Проблематични аспекти начела заповједне одговорности с гледишта кривичног права, Заповједна одговорност*, Хрватски хелсиншки одбор за људска права, Загреб, 2003, стр. 45.

[1018] Овом захтеву одговара чињенични комплекс из случаја Маи Лаи.

требао да предузме. Те додирне тачке ослањају се не само на однос између надређеног и мера које није предузео, већ покривају знатно шире поље, поље односа између надређеног и самог кривичног дела (који се опет заснива на критеријумима типа „знао или је према околностима случаја „морао да зна"), однос између надређеног и подређених у смислу вршења командне функције, као и функције контроле. Утврђивање субјективног услова представља основ за одговарајућу примедбу на члан 28. Статута Међународног кривичног суда. У овом члану није одређен прецизно облик виности који би био примењив у случајевима када се командна одговорност разматра у сваком конректном случају. Са друге стране члан 28. Статута Међународног кривичног суда у погледу сазнања такође је дискутабилан у смислу недоречености. Не указује се на врсту сазнања у питању, тако да је само сазнање и квалитет сазнања угрожен правном претпоставком сазнања.

Упоређујући два приступа одговорности, можемо рећи да Статут на различите начине регулише одговорност надређених у односу на војна лица и у односу на цивилна лица на која се примењује командна одговорност. Иако је препознатљива намера да се изврши изједначавање између *de iure* и *de facto* надређених, утисак је да је Статут недоречен у делу у коме се утврђују услови применљивости командне одговорности у односу на цивилна лица, посебно у делу у коме се примењују на „лица која ефективно делују као војни заповедници". Ово одређење подразумева лице које иако није војни заповедник делује са одређеним ефективитетима у односу на подређене. Поставља се питање да ли се кроз ово одређење могу третирати карактеристике као што су командна или ефективна контрола. Нису ретки случајеви у којима на челу паравојних формација стоје лица која делују у својству војног заповедника, али се не може рећи да имају ефективну контролу[1019], и то како са становишта ефективне командне, тако и са становишта ефективних овлашћења, посебно са становишта контролних функција.

Поједини аутори сматрају да члан 28. Статута не може да се примењује на политичке лидере, бизнис лидере и више цивилне руководиоце, док други истичу да војни лидери представљају оне који врше апсолутну контролу над формама оружаних снага, док цивилни лидери подразумевају све оне укључујући и чланове владе који имају званичне дужности без директне релације са контролом над оружаним снагама[1020]. Ниједан од извора права није дао одговор на питање квалитета мера које се морају предузети од стране надређеног. Први Допунски протокол је на одређењу „изведивих и потребних " мера, Статут Хашког трибунала захтева „разумне мере", док је Статут Међународног кривичног суда стоји на становишту „неопходних и разумних мера". Задржавајући се на решењу из члана 28. Статута Међународног кривичног суда сматрамо да се овакво одређење јавља и као терминолошки нејасно. Наведени члан не даје одговор на питање да ли се ради о неопходним мерама које се могу предузети у конкретном случају у циљу спречавања дела, у постојећим објективним околностима које се свакако разликују од прилике до прилике или се ради о уобичајеним мерама које представљају део нормираних обавеза надређеног које егзистирају на нивоу нормативног уређивања поступања надређеног.

Овакво терминолошко одређење не само да је непрецизно, већ се директно одражава и на облик виности. Неопходне мере на вишем и апстрактнијем нивоу могу бити одлика нехата, док неопходне мере у конкретном случају које се не предузимају у циљу

[1019] О овоме више у: Р. Герварт, Ц. Хорн, *Рат у миру-Паравојно насиље у Европи после Првог светског рата 1918-1923*, Архипелаг, Београд, 2013.

[1020] M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, op.cit., p.71.

спречавања злочина приближавају се умишљају. Исти је случај и са непријављивањем органима овлашћеним за покретање истраге и вођење кривичног поступка. Уколико се поседују сазнања о извршеним кривичним делима која нису спречена, нити санкционисана, уз непријављивање истих, онда је реч о умишљајном поступању надређеног (који има сазнање о делима, о учиниоцима дела, о свом положају надређеног, као и о својој обавези да када нису предузете одговарајуће мере усмерене ка спречавању дела да исте пријави надлежним органима).

Указујемо да полазећи од чињенице да се у односу на невојне надређене користи термин одговорност за кривичну активност, док се код војних надређених користи термин кривична дела, очигледно је да Статут Међународног кривичног суда прописује блажи стандард *mens rea* за војне надређене, у односу на невојне надређене. У оквиру недовољно дефинисаних критеријума сазнања, овакво одређење несумњиво доводи у тежи процесни положај оптужене надређене невојног карактера у односу на војне надређене. У том правцу се креће још једна критичка примедба да Статут Међународног кривичног суда не утврђује прецизне критеријуме за дистинкцију између војних и невојних надређених.

Полазећи од одредби члана 28. Статута Међународног кривичног суда налазимо за потребно да укажемо на следеће. У теорији међународног кривичног права опште место представљају расправе о кривичним делима које улазе у опсег међународних кривичних дела у ужем смислу. На првом месту имамо у виду дела тероризма које један број аутора третира као међународна кривична дела, заједно са геноцидом или злочинима против човечности. Иако је правна теорија јасно одредила међународна кривична дела у ужем смислу, у перспективи се може очекивати примена норми која је уобичајена на међународна кривична дела у ужем смислу и на дела као што је тероризам. Полазећи од ових претпоставки Статут Међунар одног кривичног суда у домену командне одговорности остаје непримењив имајући у виду специфичности теоризма као кажњивог дела.

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Историјски развој командне одговорности указује да су у овом облику кривичне одговорности сублимиране све значајне тековине развоја права и сви утицаји којима је кривично право изложено у свом историјском развоју. У том смислу и овај облик одговорности представља отелотворење, како природноправног, тако и позитивистичког правноидеолошког приступа при чему је тешко дати примат било којој правној доктрини. Са друге стране, командна одговорност несумњиво представља резултат ширења "хуманистичког интервенционизма" у кривично право оружаних сукоба, што је значајна карактеристика међународног и међународног кривичног права у XX. веку. Несумњиво је да је командна одговорност прешла дуг пут историјског сазревања. Међутим, на данашњем степену развоја међународног кривичног права, можемо рећи да је командна одговорност отворила више питања него што је понудила одговоре. Томе у прилог иде и непостојање једнобразне судске праксе, као и различито нормативно уређивање овог облика одговорности.

На првом месту командна одговорност захтева разматрање права и статуса надређеног. Остин сматра да свако право подразумева одређену команду[1021], док јуриспруденција у одговорној команди налази исходиште командне одговорности[1022]. Овоме се може додати да свака команда подразумева одређено право, али и одређену обавезу. У оквиру овог односа се може пронаћи основни објективни елемент командне одговорности.

Основно питање је шта је сврха командне одговорности. На један начелан начин одговор је свакако усмерен ка кажњавању нечињења у условима сазнања о делима или плановима подређених да се изврше кажњива дела. Међутим, овај одговор није применљив у условима када надређени није у могућности да заустави подређене да ли због неделотворности мера или из неког другог разлога. Дакле, очигледно је да се командна одговорност лако може претворити у институт претње као рефлексна манифестација на учињено дело од стране лица која имају своје надређене и које уједно представља претњу надређеном. У крајњем овај облик одговорности се претвара у кажњавање путем преноса одговорности. Да ли *argumentum a contrario* може одговорност успоставити у односу на лица која нису заштитила објекат заштите, у овом случају жртве, а могла су или су имала макар и могућност да делују (уосталом, нечињење на једној страни одговара нечињењу на другој страни).

Командна одговорност, по правилу, је чврсто повезана са устројством и функционисањем оружаних снага, али и природом рата. У условима тоталног рата командна одговорност захтева посебну пажњу у погледу не само стандарда знања, већ и могућности предузимања мера. „Нови ратови“ како их одређује Калдор[1023] нуде нове изазове будући да утичу на статус оружаних формација у погледу већег степена независног деловања и дисциплине у ланцу командовања. У новим ратовима сукобљене стране могу користити поред регуларних трупа и парамилитарне организације, плаћенике и локалне милиције. По правилу оваква разуђеност оружаних формација, не само да омогућава, већ и доприноси кршењу правила рата што за командну одговорност представља изазов. Сваки оружани сукоб налази се под лупом међународног кривичног права, па и теорија рата постаје директно повезана са командном одговорношћу.

Статус и делотворност командне одговорности у перспективи нужно су везани са развојем, односно еволуцијом командовања (не занемарујући ни остале елементе) схваћеним као ванправни фактор. Ту имамо у виду не само могућност предузимања делотворних мера, већ посебно могућност стицања сазнања. На овом месту истичемо посебно значај информатичке револуције, који је имао своје (нај)значајније реперкусије управо у домену функционисања оружаних снага, тиме и услове и могућности контроле или командовања, сматрајући да будућност командовања (тиме и могућност контроле) условљава и будућност командне одговорности.

Мартин Ван Кревелд у једном другом контексту указује на факторе који су утицали на суштину командовања. То су: „повећање захтева у погледу командних система, технолошка достигнућа која су мултипликовала расположива средства командних

[1021] L. P. Rockwood, *Walking Away from Nuremberg – Just war and the doctrine of command responsibility*, op.cit., p.9.

[1022] Одлука по интерлокуторној жалби којом се оспорава надлежност са обзиром на командну одговорност донета у предмету Хаџихасановић и др., параграф 17-18.

[1023] M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, op.cit., p.41.

система, промене природе процеса командовања до којих је дошло због интеракције фактора, појава нових система наоружања који повећавају рањивост система командовања, пораст трошкова изазван дејством фактора[1024]“. Ови фактори одражавају се и на правце даљег развоја командне одговорности у смислу делотворног сазнања. Полазећи од наведених промена јасно је да је процес доказивања не само сазнања, већ и могућности предузимања нужних и разумних мера као есенција командне одговорности изложен свим оним проблемима са којима се суочава деловање како „одговорне команде“, тако и сваког надређеног понаособ.

Све наведене промене нужно су претвориле командовање у двострани процес. Са једне стране, је остваривање циља ангажовања оружаних снага који је по правилу војно утилитаристичке природе, док је, са друге стране, подједнако значајан циљ контроле над оружаним снагама спречавање вршења кажњивих дела. Клаузевиц истиче да је срж рата конфронтација са непријатељевом слободном вољом. Полазећи од тезе да је од времена Клаузевица људско друштво ипак у извесној мери „хуманизовало“ оружане сукобе (макар на нормативном нивоу), „обогаћујемо“ ову тезу тврдњом да рат представља уједно и конфронтацију са вољом унутар односа надређени-подређени. Симбиоза ова два циља у перспективи мораће да представља не само задатак командовања, већ и израз преовлађујућег хуманитарноправног дискурса у оружаним сукобима.

Овде запажамо један повратан процес. Командна одговорност се путем одговорне команде транспортује и на саму структуру и функционисање оружаних снага. У том смислу је видљива потреба да се под утицајем међународног кривичног права и хуманитарног права оружаних сукоба (сличне сегменте налазимо и у нормама хашког или женевског права) предузму мере које би примену командне одговорности поједноставиле употребом инструмената који би омогућили адекватно деловање надређеног почевши од тумачења сазнања, до дефинисања нужних или разумних мера. Шта је *ratio legis* командне одговорности. Извесно је да је командна одговорност настала као последица проширења важења и простирања принципа *ius in bello*, који се касније претворио у императив поштовања норми међународног хуманитарног права као контрапункт тези *inter arma silent leges* (у време рата закон ћути). Полазимо од тога да рат обухвата не само вођење борби, већ вођење рата у једној свеобухватности и целовитости, као читав конгломерат права и обавеза не само правне природе, већ и ратно утилитаристичке природе.

Већина статута *ad hoc* трибунала командну одговорност одређују путем „клаузуле о изузимању[1025]“. Овакав приступ је површан јер се заснива на *a priori* полазишту да надређени не може бити изузет од одговорности због злочина које су учинили подређени, па као такав не одговара суштини командне одговорности, јер не одсликава прави карактер овог облика одговорности који се у суштини заснива на умишљајном нечињењу надређеног. Илустративан пример неразумевања у основи командне одговорности представља закључак Хашког трибунала који поистовећује личну кривичну одговорност по основу планирања, подстицања, наређивања, почињења, те помагања, планирања и припремања, са командном одговорношћу. Хашки трибунал закључује: „Чињенице које се односе на учињење кривичног дела могу бити такве да су испуњени услови за кривичну одговорност и према члану 7(1) и према члану 7(3). Међутим, Претресно веће остаје при ставу да када командант суделује у учињењу злочина путем својих подређених тако што

[1024] М. В. Кревелд, *Командодвање у рату*, op.cit., стр. 13.

[1025] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, op.cit, str. 25.

планира, подстиче или наређује извршење кривичног дела, свака одговорност према члану 7(3), већ је садржана у члану 7 (1)[1026]".

На овај начин не само да се брише граница између одговорности за чињење и нечињење, већ се банализује сам концепт командне одговорности, која је већ одређена као одговорност за пропуст да се делује. Такође, указујемо на рестриктиван карактер Статута (у делу у коме се бави командном одговорношћу) у виду искључивања могућности које су биле предвиђене Првим Допунским протоколом уз женевске конвенције, а које су чиниле јасну разлику између тешких повреда и осталих повреда, из којих се црпи разликовање између кривичне и дисциплинске одговорности. У том смислу указујемо на становиште изражено у Нацрту кодекса о злочинима против мира и безбедности човечанства из 1991. године које нуди сасвим прихватљиво одређење командне одговорности: „Чињеница да су злочин против мира и сигурности човечанства починили подређени, њихове надређене не ослобађа од кривичне одговорности, ако су знали или имали информације које су им омогућавале да закључе у датим околностима, да је њихов подређени извршио или намеравао да изврши такво дело или ако нису предузели све изводљиве мере унутар својих могућности да такво деле спрече или сузбију".

Командна одговорност представља најкомплекснији облик одговорности за међународна кривична дела. У том смислу готово сви елементи познатих и прихваћених модела утврђивања командне одговорности одсликавају јасне специфичности до мере које се често претварају у могућност неограниченог ширења поља примене командне одговорности. Сагледавање и примена командне одговорности се може вршити и класификовати као одговорност према улози, одговорност према статусу, одговорност према обавезаности, одговорност према ефективној контроли. У том смислу се као неминовност јавља потреба бављења не само кажњивим делом и непосредним извршиоцима дела, већ и утврђивањем претходне обавезе чињења, последице нечињења, могућности приписивања, дужности надређеног, утврђивања *mens rea,* простирања граница одговорности са војних на цивилна лица у оквирима механизма „ефективне контроле", *de iure* и *de facto* власти, проблеми постојања паралелних ланаца командовања, привремено поверавање *de iure* овлашћења, те деобе на одговорност због пропуста да се спречи дело и одговорност због пропуста да се казни. Посебан осврт заслужује проблем воље код командне одговорности, као и могућности и услови приписивања дела. Такође, значајно је и питање да се командна одговорност утврђује у односу на време настанка статуса „надређеног".

Свеједно, генеалогија командне одговорности омогућава нам препознавање неколико елемената. Елементе командне одговорности можемо свести на: 1) статус надређеног, 2) комплекс права и обавеза надређеног, 3) сазнање, 4) пропуштање вршења дужности надређеног (нечињење), 5) облик виности, 6) кривична дела и 7) противмере које се могу предузети пре или после учињења дела. При томе поједини елементи су субјективне природе, док се кривично дело подређеног, као и статус надређеног, те комплекс права и обавеза представљају као објективни елементи. Најспорнији за ову квалификацију је однос између статуса надређеног и кривичног дела подређеног. По одредбама Статута Међународног кривичног суда реч је о вези објективног карактера која се доказује субјективним елементима.

[1026] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 605.

Историјски преглед јасно указује да у погледу положаја надређеног постоје различита становишта. Нирнбершка пресуда је статус надређеног свела на војна лица, при томе искључујући надређене који нису имали командна овлашћења, с тим што је у односу на злочин против мира одговорност примењена и на политичке вође. Трибунал за Далеки Исток је отишао корак даље омогућавајући примену командне одговорности и на цивилна лица која су била чланови кабинета, док је пракса Хашког трибунала усвојила стандарде надређених на основу критеријума „позиција на власти“ или „хијерахијских овлашћења“. Овај преглед даје основу за разматрање да се код командне одговорности више не ради о простом односу надређени - подређени, већ се ту ради о одговорности која се суштински заснива на одговорности по основу овлашћења и контроле (у том смислу и наслов члана 28. „Одговорност команданата и осталих војних заповедника“ звучи као анахронизам) из чега проистиче и дужност чињења, односно кривична одговорност услед нечињења.

У оквиру другог критеријума: „Комплекс права и обавеза надређеног“ посебну пажњу заслужују појмови као што су „контрола“ и „команда“. Ово посебно уколико се има у виду да се путем командне одговорности може утврдити и одговорност цивилних лица, а не само војних команданата. То изискује сагледавање ових појмова кроз призму односа „командовање и контрола“ и „овлашћења и контрола“. На првом месту јесте командовање које се утврђује у односу на изразито хијерархијски однос унутар оружаних снага, а који је утврђен и интерним нормативним оквирима самих оружаних снага. Међутим, појам контроле захтева сасвим другачији приступ.

Ово из разлога што појам контроле није исти у односу на појам командовања имајући у виду носиоце власти. У односу на командовање, контрола представља саставни део појма (кроз схватање да командовање експлицитно укључује и контролу, па и санкционисање за непоштовање команде) који се не могу адекватно раздвојити, док се у случају односа овлашћење (власт)-контрола, сам појам контроле јавља више, него комплексан. У том смислу контрола је у односу на командовање реалан појам, док се код „цивилних лица“ који делују са позиција власти контрола јавља као упитан појам, посебно уколико се посматра са аспекта наступања надређеног са позиција власти и овлашћења које поседује цивилно лице. За потребе овог разликовања није битна улога ауторитета који издаје команде, већ чињеница да је у случају командовања, контрола саставни део појма, што се не може рећи и за однос овлашћења и контрола.

Посебно питање представља постојање могућности деловања у смислу статуса надређеног који поседује формалне надлежности које би биле усмерене ка спречавању вршења дела кроз предузимање мера. Ово отвара питање одговорности по основу линије простирања надлежности, тј. да ли се овај вид одговорности може применити и на оне који не поседују формалну надлежност над подређенима, те како се одговор на ово питање транспортује на надређене *de facto*. У одговору на ово питање Хашки трибунал нуди истински преседан: „Што се тиче концепта надређеног, закључујемо да би се надређени требао сматрати одговорним за непредузимање мера које су у склопу његове материјалне одговорности. Судско веће, сходно томе, не усваја став Комисије за међународно право о овом питању, те сматра да недостатак формалноправне надлежности да предузме мере неопходне за спречавање или сузбијање датог злочина не мора искључити кривичну одговорност надређеног[1027]“.

[1027] Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 395.

Разматрајући појам противмера сматрамо да је реч о свим мерама које се могу предузети од стране било ког надређеног, а које су у стању да спрече вршење кривичних дела. Касније противмере могу се свести и на мере усмерене на кажњавање или иницирање одговарајућег поступка против одговорних за кривична дела. Ова теза прати не само моралну и етичку нит функционисања оружаних снага, већ и трансформацију рата. Ако је рат омогућио деловање са даљине, тиме и почињење међународних кривичних дела без непосредног контакта са пасивним субјектом, јасно је да ширење моралних скрупула захтева од надређеног и предузимање не само мера које му нормативно стоје на располагању, већ и других мера које може искористити, а које су у стању да спрече извршење кажњивих дела.

Говорећи о противмерама указујемо на члан 28. Статута Међународног кривичног суда који алтернативно одређује пропусте надређеног. Са једне стране, реч је о пропуштању предузимања неопходних и разумних мера, а са друге стране, пропуст надређеног се одређује и као „пропуст да се предмет препусти органима овлашћеним за покретање истраге и вођење кривичног поступка“. Имајући у виду наведено, нејасна је граница успостављања кривичне одговорности надређеног: да ли у оквиру непредузимања мера или у непрепуштању деловања надлежним органима? Овакав приступ не уважава разлику између времена извршења дела, с обзиром да се непредузимање неопходних и разумних мера односи на време пре извршења кривичног дела, док се касније деловање у виду непријављивања јавља као деловање *ex post facto*. На становишту смо да у ова два случаја степен кривичне одговорности не може бити једнак, јер у првом случају надређени има сазнања у тренутку када је могуће предузети мере, док у другом случају његово чињење се исцрпљује у пријављивању дела надлежним органима. У том смислу сматрамо основаним ставове који други случај невршења дужности не третирају као основ за кривичну одговорност, већ као основ за прекршајну одговорност[1028]. Овоме у прилог иду и одредбе члана 86. Првог Допунског протокола које чине разлику између „тешких повреда“ и „свих осталих повреда“ одредби Конвенције.

Још једно питање привлачи пажњу. То је питање одређења мера које надређени мора да предузме. Видљиво је да међународно кривично право остаје на нивоу „неопходних и разумних мера“. Са друге стране је домаће право чији задатак видимо управо у томе да се кроз унутрашње норме (сходно специфичностима које устројство унутрашњег кривичноправног система носи са собом) прецизно одреде и конкретизују мере које надређени мора предузимати, а које би потпадале под материјалну надлежност надређеног. Реч је о установљењу одговарајућих стандарда који би требали бити прописани нормама домицилног права и чије непоступање би могло представљати јасан основ кривичне одговорности. Овакав приступ чини јаснијим положај надређеног и олакшава доказивање кривице сваког надређеног у конкретном случају.

Још један елеменат који сматрамо важним, у смислу објективног услова за примену командне одговорности представља кривично дело. У том смислу сматрамо да нема места прављењу разлике између покушаја и свршеног дела, иако постоје и таква становишта у теорији[1029]. Имајући у виду циљ увођења овог института, јасно је да је предмет инкриминације свако пропуштање надређеног који на тај начин омогућава или не спречава вршење кажњивих дела. Уосталом, и одредбе Статута Међународног кривичног суда не праве разлику између извршеног дела и припремних радњи усмерених ка

[1028] З. Стојановић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 103;

[1029] G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, op.cit., стр. 79.

извршењу дела. У оквиру овог елемента може се посматрати и услов каузалности. У том смислу сматрамо да није нужно доказати каузалну везу између самих кривичних дела и пропуста надређеног. Одговорност надређеног заснива се на оној тачки на којој се успоставља однос између надређеног и подређеног, а не и у односу надређеног и самог кривичног дела[1030]. Додирне тачке између надређеног и кривичног дела успостављају се само на нивоу утврђивања сазнања о самом делу које је у току или које се припрема, те касније у односу на само дело и непријављивање дела надлежнима.

Командна одговорност може се диференцирати на два облика, који подразумевају кривицу. Првом облику припадају случајеви када надређени има неспорна сазнања о предузимању радњи кривичног дела и учиниоцима дела и не предузима радње усмерене ка спречавању дела. Другом облику припадају случајеви у којима се однос између надређеног и кривичних дела заснива на елементу сазнања (који се опет креће широм скалом поимања од релевантних информација до индиција[1031]) који се у овом случају утврђује кроз низ објективних и субјективних околности. Ту имамо у виду питање квалитативног односа између вршења функције надређеног и поступања подређених, односно трагање за одговором где се налази граница између деловања надређеног у односу на инкорпорацију и практичну примену начела послушности у односу на подређене. Постојећи нормативни оквири, као и судска пракса не одређују ову границу. Напротив, присутно је екстензивно схватање положаја надређеног тако да се питање успеха у деловању надређеног усмереног ка успостављању контроле над надређенима (који се јављају као учиниоци кажњивог дела) не појављује као правна чињеница од значаја за утврђивање кривичне одговорности. Ово претвара сам појам надређеног у плодно тло за примену кривичне одговорности.

Још једна чињеница је упитна. Неспорно је да надређени има обавезу да спречи вршење кривичног дела. Међутим, да ли неуспех у спречавању представља основ за његову кривичну одговорност. При томе неуспех у спречавању може бити последица, како чињења, тако и нечињења и где је граница између „адекватног" предузимања мера које омогућавају спречавање дела и неадекватне реакције надређеног. Насупрот ставовима јуриспруденције, уочавамо извесну блискост између командне одговорности и објективне одговорности. Ово из разлога што се и командна одговорност заснива на објективном статусу положаја надређеног и односу са подређенима који проистиче из ове објективне чињенице с тим што се веза у овом објективном оквиру успоставља путем субјективних услова типа „знао или морао да зна", „требао да зна". Сматрамо да сви алтернативно одређени облици које творе сазнање у основи морају да омогуће стицање стварног сазнања надређеног, при чему се могућности сазнања у датим околностима требају тумачити *stricto sensu* уз уважавање околности конкретних прилика.

Упућујемо на закључак Међународног војног трибунала за Далеки Исток у случају Тојода: „Тешко је разумним људима замислити да човек са искуством, интелегенцијом и познавањем својих људи какав је оптужени, не би знао за извршење или могуће извршење неких од ових стравичних дела. Међутим, сама дела, како то указују докази, учињена су у

[1030] У издвојеном мишљењу у предмету Јамашита, судије Марфи и Ратлиџ су свој став засновали на чињеници да није доказано да је Јамашита имао сазнање да су његове снаге вршиле тешка кршења, нити да је имао било какву непосредну везу са зверствима. Наведено према А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 237.

[1031] Пресуда Претресног већа у предмету Челебићи, параграф 386; Пресуда Претресног већа у предмету Мркшић и др., параграф 563; Пресуда Претресног већа у предмету Стругар, параграф 368.

изолованим подручјима, удаљеним и физички и комуникационо и из очигледних разлога у условима тајности без много разговора међу учесницима, ван оквира оних којих се то директно тицало. Оптужени је могао стећи стварна сазнања о тим догађајима само случајно или приступањем задатку који би био изван нормалних дужности његовог места. Докази ни на који начин не подржавају чињеницу да је он имао та сазнања, те овај Трибунал не може сматрати да је она показана или доказана[1032]“, Сличан је и закључак Хашког трибунала да: „Као што сматра Жалбено веће, у обичајном праву не постоји дужност војног команданта да зна. Исто вреди и за надређене цивиле[1033]“. Имајући у виду нормативне оквире, укључујући и одредбе Статута Међународног кривичног суда, као и судску праксу јасно је да су наведена питања више него реторичка.

Задржавајући се на проблему виности, на становишту смо да се командна одговорност треба темељити на умишљају као облику виности са нагласком на евентуални умишљај. Директан умишљај са аспекта „знао“ претвара надређеног у саучесника. У том смислу напуштање нехата блиско је и природи међународних кривичних дела у ужем смислу који се заснивају на умишљају. У том смислу указујемо и на члан 30. Статута Међународног кривичног суда који не утврђује нехат као облик виности. У оквиру закључка о одбацивању нехата имамо у виду неспорне разлике у схватању нехата између континенталног и англосаксонског права[1034] које нас воде истом закључку.

Ново сагледавање командне одговорности подразумева императивне захтеве усмерене ка доказивању извесности сазнања надређеног и извесности спречавања вршења дела услед предузимања нужних или разумних мера. Отуд наше залагање за умишљај као облик виности. Свака доказана извесност (како у погледу сазнања, тако и у погледу делотворности мера) обезбеђује несметану примену командне одговорности. Извесност сама по себи са аспекта командне одговорности је непромењива категорија. Потреба њеног доказивања није у зависности од технолошког напретка у сфери командовања који је иначе заснован на бржем протоку информација, јер бржи проток информација уз расположиве мере не води нужно извесности. Нехат оспоравамо са становишта виности, имајући у виду однос између сазнања и нечињења, али и са становишта правде. Нехат у командној одговорности (какву познајемо или каква нам се нуди) представља својеврстан парадокс који омогућава да се надређени који нехатно учини пропуст да спречи злочин, буде изједначен са подређеним који умишљајно чини злочин. Дамашка указује да ово ствара „мутну линију између нехатног и умишљајног злочина[1035]“.

Наш став је да командна одговорност треба да буде више од нехата тј. степен сазнања мора да представља преовлађујући фактор након кога надређени није предузео нужне или разумне мере, па је на тај начин хотимично прихватио могуће последице сопственог нечињења које се отелотворују кроз извршена кривична дела. Сматрамо да једино командна одговорност која се заснива на умишљају удаљава овај облик од објективне одговорности. И на једном вишем нивоу се облик виности рефлектује на командну одговорност. Ту имамо у виду потребу да се одређење командне одговорности врши на начин који обезбеђује извесност у доказивању елемената командне одговорности уместо присутног приступа који представља правно апстрактну контролу ризика од

[1032] Наведено према: G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, op.cit, str. 76.

[1033] Пресуда Претресног већа у предмету Кордић, параграф 435.

[1034] Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, op.cit., стр. 24.

[1035] M. R. Damaska, *The Shadow Side of Command Responsibility*, op.cit., p.480.

деловања подређених. Иако је командна одговорност прешла дуг пут до свог последњег одређења у члану 28. Статута Међународног кривичног суда потреба њеног прецизног одређења није престала. Напротив, већ смо указали да и члан 28. садржи значајне нејасноће.

Сва искуства у примени командне одговорности омогућавају изградњу гледишта да она треба да буде профилисана као облик личне одговорности *sui generis* за пропуштање, при чему нагласак стављамо на евентуални умишљај. Имајући у виду дефиниције командне одговорности поставља се питање да ли пропуштање од стране надређеног да се казне извршиоци кривичног дела представља основ за успостављање командне одговорности. Односно, да ли се пропуст да се изврши кажњавање може сматрати као „занемаривање дужности" које би представљало основ за командну одговорност. Најпре се мора указати да одговорност због пропуста да се казни подређени се у једном сегменту разликује од пропуста да се предузму радње. Ту мислимо на чињеницу да је у овом сегменту израженији однос субординације између надређеног који не предузима радње кажњавања или пријављивања подређеног. Ово из разлога што није неважно (са аспекта усвојених стандарда о материјалним могућностима надређеног) да ли сваки надређени уједно и поседује могућност покретања поступка против подређених. Наравно, ово се не односи на случајеве у којима се командна одговорност заснива на непријављивању.

Неспорно је да се командна одговорност заснива на нечињењу или пропусту надређеног. Али, да ли се у пропусту да се непосредни извршиоци казне може темељити командна одговорност. Наведени приступ можемо сврстати у подгрупу командне одговорности, будући да одговорност због пропуста надређеног да казни ступа на кривичноправну сцену тек у случају почињења дела[1036]. У правној теорији постоје покушаји да се „пропуст да се казни" успостави као облик командне одговорности чак и у условима да командант не само да није наредио, већ није ни био упознат са делима подређених[1037]. Аутори који се залажу за овакав облик командне одговорности иду за тим да је за постојање командне одговорности довољно да се утврди пропуштање да се казни "*Failures to punish*" чиме се врши значајно поједностављење кривичне одговорности у смислу да се нечињење измешта из односа надређени –подређени и спречавања извршења дела, већ се успоставља као самодовољан основ за конституисање одговорности. И не само то, већ се од пропуштања да се казни ствара ново кривично дело у односу на дела која су учинили подређени[1038]. Чак и аутори који се залажу за одговорност надређеног због пропуста да казни подређене искрено стављају до знања да је у случајевима због пропуста да се казни лакше доказивање виности у односу на доказивање виности за пропуст да се спречи извршење дела[1039].

На крају остаје отворено питање простирања командне одговорности, тј. да ли се командна одговорност задржава на нивоу непосредног надређеног који је имао сазнања о кажњивим делима и обавезу и могућност предузимања одговарајућих радњи или се овај облик одговорности протеже и на више нивое надређених. У циљу избегавања неограничене примене овог облика одговорности на начин како је то учињено од стране Међународног војног трибунала за Далеки Исток (који је кренувши од међународних

[1036] G. Mettraux, *International crimes and th ad hoc tribunals*, op.cit., p.307.

[1037] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, op.cit., p.255.

[1038] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, ibid., p.255.

[1039] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, ibid., p. 257.

обавеза влада држава, потом овлашћења министара и других чланова владе) остајући на стандарду „одговорне команде“ утврђивао је кривичну одговорности и највиших државних функционера. Судска пракса још увек није дала одговор на питање нивоа надређеног у односу на које би се примењивала командна одговорност. Хашки трибунал у предмету Челебићи такође није дао одговор на ово питање.

У овом делу залажемо се за рестриктиван приступ полазећи од становишта да што се више ниво надређеног удаљава од подређених учинилаца дела, без обзира да ли се ради о *de iure* или *de facto* надређеном, ниво ефективне контроле слаби, као и његова могућност сазнања. У смислу напред наведених разматрања командну одговорност одређујемо као кривичну одговорност за пропуштање предузимања делотворних радњи у оквиру нормативних или материјалних могућности надређеног, у условима када код надређеног постоји опште или појединачно знање засновано на информацијама које проузрокују његову свест о могућности извршења или припремању извршења кривичног дела, те насупрот томе он не предузима радњу из опсега својих нормативних или материјалних могућности. Некажњавање или непријављивање извршених дела представљају основ за покретање прекршајног или дисциплинског поступка. Сва постављена питања захтевају одговоре. У супротном, уколико међународно кривично право не да одговоре на ова питања, остаје бојазан да ће командна одговорност остати „кишобран који покрива различите путеве у којима појединац на позицији надређеног може бити сматран одговорним[1040]“, што командну одговорност уводи у воде аутоматске одговорности.

[1040] M. R. Damaska, *The Shadow Side of Command Responsibility*, op.cit., p.455.

Глава седма

ОДГОВОРНОСТ ЗА ЗАЈЕДНИЧКИ ЗЛОЧИНАЧКИ ПОДУХВАТ

1. УВОД

Један од посебних облика кривичне одговорности у међународном кривичном праву, представља одговорност по основу учешћа у заједничком злочиначком подухвату. Може се рећи да од својих почетака овај облик одговорности представља предмет бројних контроверзи и полемика, тако да без обзира на чињеницу да је реч о институту који је прихваћен од стране *ad hoc* судова и данас је предмет критичких разматрања од стране правне теорије. Пракса *ad hoc* судова оставила је значајан траг у погледу примене овог института који је нашао своје опредмећење и у Статуту Међународног кривичног суда. На почетку можемо указати да се овај институт примењује у случајевима где се више лица појављују као учиниоци кривичних дела. Он се употребљава како би се назначило постојање заједничког плана који у суштини представља план о вршењу кривичних дела у чијем стварању и реализацији учествује више лица[1041], и то како оних који се јављају као непосредни извршиоци, тако и лица која су инспирисала, планирала или на други начин омогућила извршиоцима непосредно извршење ових кривичних дела[1042].

Међутим, кривичноправна теорија се поделила на присталице увођења овог института са циљем да се кривици подвргну сви учесници у једном злочину, и то како непосредни извршиоци дела, тако и они који су креирали сам план о извршењу кривичних дела, са једне стране, док су на другој страни, присталице класичне теорије о индивидуалној кривици по основу предузете радње[1043]. Несумњиво да је увођење заједничког злочиначког подухвата у праксу Хашког трибунала имало значајне последице не само по принцип индивидуалне кривице, већ и на сам положај оптужених у кривичном поступку. Специфичност употребе института заједнички злочиначки подухват у пракси Хашког трибунала огледа се у чињеници да се кроз осуде појединаца за конкретна кривична дела може утврдити одговорност за друга кривична дела учињена у оквиру оног што се означава као „заједнички злочиначки подухват".

Такође, пракса Хашког трибунала је показала да се учешће у заједничком злочиначком подухвату може односити на већи број лица, обухвативши при томе различите нивое учесника, са различитим степеном овлашћења, из чега проистиче и облик одговорности, као и да се сам заједнички злочиначки подухват може поделити у неколико категорија. У том смислу, покушаћемо да укажемо на комплексност, као и на даље правце у третирању овог института кроз праксу Хашког трибунала, имајући у виду да и Статут Међународног кривичног суда као израз прогресивног развоја међународног кривичног права такође прописује одговорност по основу учешћа у заједничком злочиначком

[1041] P. Zahra, *Common Purpose and Joint Criminal Enterprise*, www.publicdefenders.lawlink.nsw.gov.au; (приступ, 06.11.2013).

[1042] Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела: Одговорност и кажњивост*, op.cit., стр. 192.

[1043] G. Guliyeva, *The Concept of Joint Criminal Enterprise and ICC Jurisdiction*, Univeristy of Essex, 2007, p.51.

подухвату. Иако се у пракси Хашког трибунала одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата појавила знатно касније у односу на почетак рада Трибунала (тек са другостепеном пресудом у предмету Тадић од 15.07.1999. године), у периоду након доношења другостепене пресуде у случају Тадић, институт заједнички злочиначки подухват готово да постаје опште место у оптужницама и пресудама Хашког трибунала[1044]. Међутим, површан поглед на овај институт, посматрано кроз праксу Хашког трибунала, наводи на закључак да Хашки трибунал није заузео једнообразан став у погледу утврђивања одговорности за заједнички злочиначки подухват. О томе сведоче и потпуно различити приступи већа Хашког трибунала у предмету *Тадић* и у предмету *Стакић*.

Имајући у виду начин досадашње примене овог института, може се рећи да исти представља инструмент у рукама тужилаштва (радо прихваћен и од стране судова) којим се омогућава утврђивање кривице за међународна кривична дела у случајевима у којима нема директних доказа о непосредно предузетој радњи од стране учиниоца. Имајући у виду друга кретања усмерена ка регулисању међусобних односа учесника у кривичном поступку, а која се огледају у распрострањеној примени других облика одговорности у виду командне одговорности, јасно је да је реч о ефикасном средству тужилаштва за доказивање кривице окривљених[1045], тако да га поједини аутори означавају као „одговорност без граница[1046]“, “*darling notion of the prosecution*[1047]”, „*monster theory of liability*[1048]“, „нуклеарна бомба у арсеналу међународног тужиоца[1049]“, “*the beast known as joint criminal enteprise*[1050]”, или “*Just Convict Everyone*![1051]“.

Наведеном у прилог иде и чињеница да је у периоду од 25. јуна 2001. до 01. јануара 2004. године тужилаштво Хашког трибунала 64% оптужница директно засновало на

[1044] Треба нагласити да се у оптужници против Драгана Николића, не помиње заједнички злочиначки подухват иако је оптужен за злочине против човечности, кршење закона о обичаја рата и тешка кршења женевских конвенција, за које је одговоран као управник логора Сушица. Исти је случај са измењеном оптужницом против Душка Сикирице, Дамира Дошена, Драгана Фуштара, Драгана Колунџије, Ненада Бановића, Предрага Бановића и Душана Кнежевића, где се истиче да су „сви оптужени појединачно одговорни за злочине којима их оптужница терети у складу са чланом 7. Статута међународног суда. Према члану 7. Статута појединачна одговорност обухвата планирање, подстицање, наређивање, чињење или на други начин помагање или доприношење планирању, припреми или извршењу било кривичних дела или пропуста“. Такође у другој измењеној оптужници против Благоја Симића, Милана Симића, Мирослава Тадића, Стевана Тодоровића и Симе Зарића од 25.3.1999. године, се не помиње заједнички злочиначки подухват. Исти је случај са оптужницом против Милета Мркшића, Мирослава Адића, Веселина Шљиванчанина, и Славка Докмановића. Нема помена заједничког злочиначког подухвата ни у предмету Милан Ковачевић.

[1045] A. J. Sepinwall, *Failures to punish- Command responsibility in Domestic and International Law*, op.cit., p.257.

[1046] С. Стојановић, *Заједнички злочиначки подухват*, Правни живот, бр. 12, Том IV, Београд, 2004, стр. 546.

[1047] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p. 127.

[1048] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, ibid., 128.

[1049] J. Luban, J. David, O Sullivan, J. R. Stewart, P. David, *International and Transnational Criminal Law,*Apen Publichers, New York, 2010, p.143-152.

[1050] J. Luban, J. David, O Sullivan, J. R. Stewart, P. David, *International and Transnational Criminal Law*, ibid., 128.

[1051] M.E. Badar, *Just Convict Everyone! – Joint Perpetration:From Tadic to Stakic and Back Again*, International Criminal Law Review, 6/2006, p. 293.

заједничком злочиначком подухвату[1052], затим да је Слободан Милошевић оптужен по основу учешћа у чак три злочиначка подухвата[1053], као и чињеница да је и у случајевима када је било услова за примену одговорности по основу командне одговорности као у предмету Стакић, суд је прихватао и заснивао одговорност на овој доктрини. Оласоло закључује: „Заједнички злочиначки подухват представља манифестацију субјективистичког приступа зато што се примењује у случајевима када је дело извршено од стране више лица која делују заједно у оквиру исте сврхе деловања, при чему сваки члан групе постаје непосредни извршилац без обзира на допринос...основа противправног чињења лежи у истој намери свих учесника да заједно остваре противправни циљ удруживања[1054]“.

Касезе на делимично другачији начин прихвата ову доктрину: „..Ако су сви они који учествују у заједничком злочиначком подухвату свесни циља и карактера злочиначке радње и ако деле исту злочиначку намеру, морају самим тим делити и кривичну одговорност, без обзира на положај и улогу коју су имали у извршењу злочина. То је исправно због тога што је: сваки од њих неопходан за постизање коначног резултата, а са друге стране, било би тешко правити разлику између степена кривичне одговорности сем у сврхе изрицања казне[1055]“. Овакво закључивање, иако одступа од закључака Хашког трибунала, уједно доказује колико су велике могућности ширења примене заједничког злочиначког подухвата. Посебно је спорно што се захтева од сваког учесника „неопходност“ за постизање коначног резултата заједничког злочиначког подухвата. Ово је у супротности са понуђеном категоризацијом заједничког злочиначког подухвата и једноставно је непримењиво на други и трећи облик заједничког злочиначког подухвата.

2.ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ЗАЈЕДНИЧКИ ЗЛОЧИНАЧКИ ПОДУХВАТ

У разматрању заједничког злочиначког подухвата неминовно је враћање на почетке модерног међународног кривичног права оличене у суђењима након Другог светског рата са ослонцем на значајну заоставштину Нирнбершког суда из којих су проистекли, не само најзначајнији извори међународног права, већ и ставови судске праксе. У том смислу указаћемо на најзначајније предмете који су се бавили овим обликом одговорности.

Незаобилазни чинилац у третирању заједничког злочиначког подухвата је пресуда донета у Међународном војном суду у Нирнбергу. Институт заједнички злочиначки подухват уведен је у теорију и праксу суђењем у Нирнбергу. Наиме, чланом 6. Статута Међународног војног суда утврђена је надлежност суда за злочин против мира, ратне злочине и злочин против човечности. Злочин против мира постављен је као планирање, припремање, започињање или вођење агресорског рата или рата којим се крше

[1052] A. M. Danner, J.S. Martinez, *Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p.107.

[1053] Procecutor v. Milosevic, Initial Indictment, par.6, 22. November 2001.

[1054] H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior po.itical and military leaders as principals to international crimes*, op.cit., p. 5.

[1055] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 212.

међународни уговори, споразуми или гаранције. Такође, оптуженима је стављено на терет и „ учествовање у неком заједничком плану или завери за извршење ма ког од наведених дела[1056]“. Оно што је посебно значајно, јесте и чињеница да је Статутом прописана заједничка одговорност свих учесника у заједничком злочиначком подухвату, без обзира на чињеницу од стране ког лица су учињена.

То је прихваћено и у пресуди у којој је истакнуто да: „Вође, организатори, подстрекачи или саучесници који су учествовали у састављању или у извршењу неког заједничког плана или завере за извршење било којег од поменутих злочина одговорни су за сва извршена дела у извођењу од стране ма којег лица[1057]“. Може се рећи да се у пракси овог суда институт заједнички злочиначки подухват појављује у два облика: 1) као планирање, припремање, започињање или вођење агресорског рата или учешће у заједничком плану или завери за извршење неког од наведених дела, све у оквиру дела „Злочин против мира“ и 2) као одговорност у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере за извршење било којег од злочина који су предмет оптужења, а у које спадају злочин против мира, а потом, ратни злочини и злочин против човечности који су предвиђени Статутом. Међутим, важно је напоменути да се одговорност по основу учешћа у „заједничком плану или завери за извршење било којег од поменутих злочина“ у делу у коме се односи на ратни злочин и злочин против човечности (имајући у виду да је у оквиру дела злочин против мира јасно утврђена одговорност по основу учешћа у заједничком плану или завери) односи само на вође, организаторе, подстрекаче или саучеснике.

Потребно је направити дистинкцију између планирања, припремања, започињања или вођења агресорског рата који би се могао означити као заједнички злочиначки подухват у оквиру кривичног дела злочин против мира и учешћа у заједничком плану или завери ради извршења било кога од злочина који су стављени на терет оптуженима у Нирнбергу у односу на ратне злочине и злочин против човечности.

Међународни војни суд у Нирнбергу дефиницију заједничког плана поистовећује са завером на тај начин што га обрађује у истој тачки пресуде и то само у оквиру вођења агресорског рата[1058]. На основу наведеног може се закључити да је Пресуда донета у Нирнбергу доктрину заједничког злочиначког подухвата признала само у односу на вођење агресорског рата, а не и у делу у коме би се односила на остала дела стављена на терет оптуженима. То је објашњено чињеницом да Статут Међународног војног суда не дефинише као посебан злочин ма какву заверу осим оне у вези са актима агресорског рата. Не прихватајући наводе оптужнице да се завера (тј. заједнички план) има применити и у односу на ратне злочине и злочин против човечности, суд закључује: „ По мишљењу суда, ове речи не додају неки нов и посебан злочин онима који су већ побројани. Циљ ових речи јесте да утврде одговорност лица која суделују у општем плану. Суд ће, стога, прећи преко оптужбе из тачке 1. Оптужнице да су оптужени склопили заверу са циљем вршења ратних

[1056] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* op.cit., стр. 39.

[1057] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 60.

[1058]Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 72-102.

злочина и злочина против човечности и разматраће само заједнички план за припремање, започињање и вођење агресорског рата[1059]“.

У пракси Међународног војног суда у Нирнбергу потпуно је јасно да је постојање заједничког злочиначког подухвата утврђено само кроз постојање плана за вођење агресорског рата у оквиру кривичног дела злочина против мира[1060]. Штавише, Суд је прихватио да је у погледу ратних злочина постојао план за вршење истих, али насупрот тој чињеници одредбе о одговорности по основу заједничког плана или завере нису примењене. И у делу злочини против човечности Суд закључује „наведени злочини против цивилног становништва довољно показују да је, у сваком случају, на Истоку масовно убијање и свирепост вршена не само у намери уклањања опозиције или отпора против немачких окупационих снага. У Пољској и СССР-у ови злочини су били део једног плана одстрањења целокупног домаћег становништва помоћу прогонства и уништења да би се њихова територија могла употребити за немачку колонизацију[1061]“. Ни у овом делу, насупрот, овако експлицитном закључку није примењена доктрина по основу учешћа у заједничком плану. Важно је напоменути да Статут Војног суда у Нирнбергу није дефинисао заверу за вршење злочина, већ је садржао дефинисања само на заверу која се односе на агресорски рат. Једина норма у вези са заједничким злочиначким подухватом утврђена је чланом 6. Статута: „Вође, организатори, подстрекачи, саучесници који суделују у састављању или извођењу заједничког плана или завере, са циљем извршења неког од горе наведених злочина, одговорни су за сва дела која су учинила ма која лица у извршењу таквог плана“.

Пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу од 1. октобра 1946. године на више места третира заједнички злочиначки подухват. Тако у делу: „Заједнички план завере и агресорски рат“ заједнички злочиначки подухват ставља у контекст искључиво злочина против мира и вођења агресорског рата. Од значаја је посебно прецизирање заједничког плана или завере, како је то учињено у пресуди. Наиме, пресуда у делу: „Право у погледу на заједнички план или заверу“ прецизира да се заједнички план или завера изнети у оптужници односи на период од преко 25 година, од оснивања нацистичке партије, 1919. године до краја рата 1945. године. Оно што је као закључак истакнуто у Нирнбершкој пресуди, а што је у директној вези са применом овог института у Хашком трибуналу, јесте став суда да: „Завера мора бит јасно оцртана у својој злочиначкој намери. Она не сме да се сувише временски удаљи од одлуке и акције...Суд мора испитати да ли је постојао конкретан план за вођење рата и утврдити учеснике у том конкретном плану[1062]“.

Указујемо и на закључак Суда у утврђивању одговорности Јоакима Вон Рибентропа који кривицу за злочин против мира заснива на учешћу у заједничком плану, док кривицу за ратне злочине и злочин против човечности заснива на личној одговорности за предузету радњу у виду издавања директног наређења дипломатским представницима немачког Рајха о обавези предузимања мера које би убрзале депортацију Јевреја на

[1059]Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр 110.

[1060] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр.110.

[1061]Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 119.

[1062] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 108.

Исток[1063]. Илустративан је закључак Суда у делу у коме је утврђена одговорност Хермана Геринга за дело злочина против мира. Суд закључује: „он је стварао планове и био први покретач у војној и дипломатској припреми за рат који је Немачка водила[1064]“. У овом делу суд одговорност по основу учешћа у заједничком плану уступа личној и непосредној одговорности по основу предузете радње. Наведена пресуда је од значаја и због чињенице да суд поистовећује злочиначку организацију са злочиначком завером које суд спаја у погледу постојања „злочиначких циљева“ на начин који подразумева постојање групе „чији су чланови узајамно повезани и организовани...“. Суд одговорност заснива на претходном проглашењу злочиначког карактера организација и група. Од значаја је и чињеница да суд из овакве конструкције искључује лица која „нису знала за злочиначке циљеве или акте организације, као и оне „који су од стране државе одређени за чланове, осим ако нису лично умешани“, те да „...само чланство у организацији није довољно за установљење одговорности[1065]“.

Из тога проистиче да суд одговорност оптужених за дела ратних злочина и злочина против човечности не заснива на постојању заједничког плана или завере, већ на службеном положају оптужених, те непосредно предузетим радњама оптужених у смислу чл. 6 и 7. Статута Међународног кривичног суда, те да је заједнички план или завера (као основ кривице) прихваћен само у односу на дело злочина против мира.Међународни војни суд у Нирнбергу је веома уско тумачио учешће у заједничком плану. Илустративна је пресуда у односу на оптуженог Калтенбрунера, кога је суд ослободио за дело злочина против мира, са образложењем да иако је Калтенбрунер по налогу Геринга, 11.03.1938.године са својим наоружаним присталицама опколио седиште Савезне владе Аустрије и „један специјални одред под командом његовог ађутанта ушао у канцеларије Савезне владе..[1066]“, те иако суд констатује да је „аншлус “ био агресорски рат, на основу чињенице да докази нису показали његово директно учешће у заједничком плану да се изазове рат, суд је у односу на дело злочина против мира донео ослобађајућу пресуду. Овакав став у знатној мери отежава примену одговорности по основу заједничког циља, док у потпуности искључује примену тзв. треће категорије заједничког злочиначког подухвата који је утврђен у предмету Тадић, како га је касније одредио Хашки трибунал.

Као творац доктрине заједничког злочиначког подухвата означава се пуковник америчке војске Берни Марej (*Murray Bernays*), који је још током 1944.године креирао доктрину завере и чланства у злочиначкој организацији. Разлози за стварање ових доктрина које су касније прерасле у доктрину заједничког злочиначког подухвата крајње су прагматични. Сам пуковник Марej закључује: “Сигурно је неколико хиљада ратних злочинаца којима би требало да се суди за злочине широм Европе....Неки су криви као непосредни извршиоци, други као надређени. У многим случајевима биће тешко успоставити везу између појединца и повезати га са почињеним делом...Никада неће бити могуће ухватити и осудити сваког ратног злочинца ....са старим процедурама и концептима....Нацистичка влада и државни органи, укључујући СА, СС и Гестапо требају

[1063] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 169.

[1064]Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 162.

[1065] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 137.

[1066]Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 163.

да буду оптужени за заверу да се учине убиства, тероризам, уништење мирољубивог становништва и кршења закона рата[1067]“.

Овакав концепт одговорности по основу завере и учешћа у криминалној организацији је оспорен од америчке владе. Међутим, након догађаја у *Malmedy* од 17. децембра 1944.године у којем је стрељано седамдесет америчких ратних заробљеника председник Рузвелт је потписао меморандум који је подразумевао одговорност по основу „заједничког учешћа у криминалном удруживању“, што је значило оптуживање немачких лидера и организација за злочине по основу заједничког учешћа у злочиначком подухвату који подразумева и намеру да се злочини почине. Овакав концепт касније је преовладао на конференцији у Сан Франциску априла 1945.године и исти је прихваћен од стране Велике Британије, Француске и СССР-а[1068]. Пут за заједнички злочиначки подухват је био отворен. Указујемо да овакве прагматичне поставке ни данас, педесет година касније, нису изгубиле на актуелности. Илустративан је закључак Хелене Кобан: „Како се могу применити конвенционални методи доношења пресуда на велику масу Хутуа заробљених у дубоко ненормалној стварности?[1069]“.

Међутим, суђења немачким ратних злочинцима након Другог светског рата од значаја су јер су педесет година касније послужили као доказ већима Хашког трибунала да утврде постојање заједничког злочиначког подухвата као међународног обичајног права (будући да Статут Хашког трибунала није изричито предвидео овај облик одговорности). Из наведених разлога, износимо кратак преглед суђења након Другог светског рата у којима се кривица темељила на доктрини заједничког злочиначког подухвата.

У предмету *Martin Gottfrieda Weissa и други (*познат и као предмет Дахау) Суд је од четрдесет људи који су били обухваћени оптужницом (од којих је девет било на положајима команданата или заменика команданата, док су други били стражари, медицинско особље и сл.), чак тридесет шест људи осудио на смртну казну при чему је њихову одговорност засновао на кршењу закона и обичаја рата учествовањем у „заједничкој намери“ убијања и злостављања логораша[1070]. За разматрање историјског развитка заједничког злочиначког подухвата је од значаја и закључак Суда у овом предмету који констатује да се дефиниција заједничке намере не разликује од дефиниције завере, што представља другачије схватање заједничког злочиначког подухвата у односу на ставове Хашког трибунала. Овај предмет заједно са предметом *Belsen* значајан је и због чињенице да су у њима утврђени услови за каснију примену у предметима тзв. „концентрационих логора“ као „трећег“ облика заједничког злочиначког подухвата. У овим предметима усвојени су критеријуми који се морају доказати како би се установила кривица по основу заједничког злочиначког подухвата.

Тако одређени критеријуми били су: 1. Постојање организованог система злостављања затвореника и извршења ратних злочина за које се терете, 2. Свест оптуженог о природи тог система и 3. Чињеница да је оптужени на неки начин активно учествовао у спровођењу тог система, то јест да је охрабривао, помагао и подржавао или у

[1067] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes,* op.cit., p.132.

[1068]C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes,* ibid., p. 135.

[1069] М. Р. Амстуц, *Међународна етика*, Службени гласник, op.cit., стр. 138.

[1070] *Trial of Martin Gottfried Weiss and Thirty-nine Others,* Law Report of Trials of War Criminals, the United national War Crimes Commissioin, Volume XI, London, HMSO, 1949, доступно на: www.ess.uwe.ac.uk/WCC/dachau.htm (приступ 10.06.2013);

сваком случају учествовао у остварењу заједничког злочиначког плана. У пресуди у предмету *Белсен* се наводи[1071]: „Аргументација оптужбе је да су сви оптужени који су радили као особље знали да је на снази један систем и начин понашања и да су сви на овај или онај начин, спроводећи заједнички договор да управљају логором на бруталан начин, сви ти људи учествовали у том начину понашања. Оптужба је затражила од Суда да индивидуална дела која се могу доказати не третира као пука кривична дела која су они сами учинили, него и као доказе који јасно показују да је одређени прекршилац деловао хотимично као један од учесника који су спроводили тај систем. Оптужба је рекла да, ако се Суд увери да су они то чинили, онда свако од њих понаособ мора преузети одговорност за оно што се догодило".

На другој страни закључивања је предмет *Case against R. Mulka et al*. (познат као предмет концентрациони логор *Auschwitz*) у коме Суд одговорност није темељио на доктрини заједничког злочиначког подухвата, већ је оптужене „третирао као помагаче и подржаватеље докле год су они остајали унутар оквира успостављеног њиховим наређењима и као главне учиниоце уколико су деловали ван тог оквира. То је значило да је, ако се није могло доказати да је оптужени себе заиста идентификовао са циљевима нацистичког режима, суд њега третирао као помагача и подржаваоца јер није имао специфичну намеру да учини кривично дело као своје[1072]". У предмету *Georg Otto Sandrock et al.* од 26. 11. 1945.године (познат као предмет *Almelo*) три немачка војника осуђена су на основу „заједничког подухвата" убиства британског ратног заробљеника. Суд је заузео став: „Ако су људи присутни сви заједно у исто време и учествују у заједничком подухвату који је противзаконит и свако од њих на свој начин помаже заједничку сврху свих, они су сви са правног гледишта једнако криви[1073]".

Значајан је и предмет *Otto Ohlendorf and al., (*познат као предмет *Einsatzgruppen)* имајући у виду став оптужбе да: „...основно је начело да ни према Закону број 10. Контролног савета за Немачку, нити према било ком познатом систему кривичног права кривица за убиство није ограничена на човека који повуче обарач или закопа леш. У складу са признатим принципима који су заједнички свим цивилизованим правним системима, члан 2. став 2. Закона број 10. одређује више врста веза са злочином које су довољне да се установи кривица. Према томе, нису криви само главни учиниоци, него и саучесници, они који са пристанком учествују у учињењу злочина или су повезани са плановима и подухватима, повезаним са учињењем или они који нареде или подрже злочин и они који припадају организацији или групи укљученој у учињење злочина. Ове одредбе не утврђују никаква драконска или нова начела кривичне одговорности[1074]". Очигледно је да је овај закључак суда на становишту традиционалног схватања саучесништва путем кривице асоцијацијом што у знатној мери одступа од каснијих схватања заједничког злочиначког подухвата од стране Хашког трибунала, што није представљало сметњу да се и овај предмет употреби као доказ постојања овог облика одговорности као међународног обичаја.

Још један значајан предмет свакако представља предмет *Ponzano* од 28. августа 1948.године. Суд је заузео следећи став:„Бити укључен у извршење кривичног дела не

[1071] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, фуснота уз параграф 203.

[1072] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, фуснота бр. 254.

[1073] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 197.

[1074] United States v. Otto Ohlendorf et al., доступно на:
www.ess.uwe.ac.uk/genocid/einsatzgruppen_case_index_page.htm (приступ 10.06.2013).

значи само да си ти особа која је заправо нанела фаталну озледу и директно узроковала смрт, било пуцањем, било неким другим насилним средством; то такође значи и један индиректан степен учешћа... Другим речима , он мора бити шраф у току догађаја који доводи до резултата који се догодио. Он може помоћи остваривању тог циља не само издајући наређење да се изврши кривично дело, него и разним другим средствима[1075]“. И у овом случају препознатљиви су традиционални елементи саизвршилаштва. У случају *Schonfeld* војни правобранилац заузима донекле другачији став: „Ако се неколико лица удружи ради остварења противправног циља или ради правно допуштеног циља који желе постићи протиправним начином и ако један од њих приликом остваривања тог циља убије неког човека, то убиство лежи на свим присутнима ...под претпоставком да је смрт проузроковао члан групе у току настојања да се постигне заједнички циљ дружине[1076]“.

У предмету *Kurt Goebell et al. (*познат и као острво Боркум) тужилац износи виђење о основу одговорности:„...Важно је утврдити кривицу сваког од оптужених у светлу конкретне улоге коју је он играо. Они нису сви учествовали на исти начин... Нема разлике између онога који је својим делима узроковао да се жртве предају на вољу разулареној светини и онога који је светину подстицао и оних који су задали фаталне ударце. Ова правила права и здравог разума морају постојати. Иначе, многи прави подстрекачи злочина никада не би били кажњени[1077]“. Указујемо на став суда у предмету *Essen West* (познатији као Есенско линчовање) будући да је наведени предмет значајан са аспекта утврђивања виности у оквирима доктрине заједничког злочиначког подухвата.

У том смислу тужилац закључује: „...Ја тврдим да за доказивање ове оптужбе није потребно доказати намеру да се убије. Ако докажете намеру да се убије, доказали бисте убиство. Али може постојати противправно лишавање живота, што је убиство из нехата, где не постоји намера да се убије, него тек чињење једног противправног чина насиља.... Ја, дакле, тврдим да је сваки појединии оптужени, пре него што га можете прогласити кривим, био укључен у одузимање живота ове тројице неидентификованих ваздухопловаца крив утолико што је укључен у убиство. Немогуће је одвојити било кога од њих од других. Они сви заједно творе оно што је познато као линчовање[1078]“. У предмету *D Ottavio et al*, Касациони суд је 12. марта 1947. године закључио: „Одговорност учесника није заснована на концепту објективне одговорности, него на фундаменталном принципу стицаја међузависних узрока... као резултат тог принципа, сви учесници одговорни су за злочин када га директно узрокују и када га индиректно узрокују, у складу са добром познатим каноном *causa causae est cause causati*[1079]“.

Још један значајан предмет који отвара многа питања јесте и пресуда Касационог суда од 20. јула 1949.године у предмету *Manelli*, у којој суд закључује: „Однос материјалне узрочности путем које право неке од учесника чини одговорним за злочин који није био предвиђен мора се исправно схватити са стајалишта логике и права и строго разликовати од узгредног односа. Узрок, био он директан или индиректан, непосредан или посредан, симултан или сукцесиван, не може се никада помешати са пуком коинциденцијом. Да би постојао однос материјално важне узрочности између кривичног дела које је хтео један од учесника и различитог кривичног дела које је учинио други,

[1075] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 199.
[1076] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 216.
[1077] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 210.
[1078] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 208.
[1079] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 215.

нужно је да ово друго кривично дело представља логичан и предвидив развој првог. Насупрот томе, када постоји потпуна независност између два кривична дела може се закључити, у зависности од конкретних околности, да постоји тек узгредни однос, али не и узрочни однос. У светлу ових критеријума, онај који од некога тражи да рани или убије не може одговарати за пљачку коју је учинила та друга особа, јер то кривично дело не представља логичан развој намераваног кривичног дела, већ нову чињеницу која има своју узрочну аутономију и повезана је са поступањем које је хтео подстрекач тек пуким узгредним односом[1080]“.

Са аспекта утврђивања одговорности на основу критеријума предвидљивости кривичног дела у оквиру заједничког злочиначког подухвата указујемо и на случај *Aratano et al.*[1081] у коме Суд закључује: „...Било је јасно да је убиство једног од партизана било ненамеравани догађај и да се према томе не може приписати свим учесницима: кривично дело које је учињено било је теже од онога које је намеравано и потребно је прибећи другим категоријама од категорије хотимичног лишавања живота. Овај Врховни суд већ је имао прилику изрећи тај исти принцип и приметио је да је да би се нека особа могла сматрати одговорном за лишавање живота учињеног током операције чишћења које спроводи више особа, нужно је установити да је учешћем у тој операцији, дошло и до хотимичне активности везане за лишавање живота“.

3.ЗАЈЕДНИЧКИ ЗЛОЧИНАЧКИ ПОДУХВАТ

У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ *AD HOC* ТРИБУНАЛА

Посебан значај за утврђивање одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата имају суђења пред Хашким трибуналом и Међународним кривичним судом за Руанду. Након педесет година од суђења у којима се јуриспруденција бавила питањима кривичне одговорности путем асоцијације, *ad hoc* судови добили су ретку, али дуго очекивану прилику за нова читања кривичне одговорности. У том смислу учинићемо преглед најзначајнијих предмета пред Хашким трибуналом у којима је ово питање добило нове димензије.

Већ је речено да је институт заједничког злочиначког подухвата у праксу Хашког трибунала уведен са другостепеном пресудом у предмету Тадић од 15. јула 1999.године. Зато ће ова пресуда представљати предмет анализе имајући у виду да су закључци Жалбеног већа у предмету Тадић послужили као основ за каснију примену у другим предметима који су се водили пред Хашким трибуналом, али и у поступцима који су се водили пред Међународним кривичним судом за Руанду и Специјалним судом за Сиера Леоне. Као два основна питања на које је одговор могао да омогући примену доктрине заједничког злочиначког подухвата поставило се: 1) да ли дела једног лица могу довести

[1080] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 218.

[1081] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 216.

до кривичне одговорности другог када обојица учествују у извршењу неког злочиначког плана[1082] и 2) који је степен *mens rea* потребан у том случају?

У Пресуди Жалбеног већа у случају Тадић поставило се питање да ли се кривична одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата може засновати на члану 7. Статута Хашког трибунала. Ово питање је од вишеструког значаја за институционализацију заједничког злочиначког подухвата с обзиром да такав вид одговорности Статут Хашког трибунала експлицитно не познаје, с тим што је одбрана у предметима Стакић и Тадић, указала да ни Статут , нити оптужница не познају наведени институт.

На самом почетку Хашки трибунал указује да се ради о личној кривичној одговорности по основу члана 7. Статута: „Особа која ја планирала, подстицала, наређивала, починила или на други начин помагала и учествовала у планирању, припреми или извршавању неког од злочина наведених у члановима 2 до 5. овог Статута лично је одговорна за злочин“. Овакав став Хашког трибунала у доброј је мери потврдио принципе из Нирнбершке пресуде, али и аката који су претходили или следили Нирнбершкој пресуди. Важно је напоменути да је принцип личне кривичне одговорности установљен у пресуди и кроз позивање на међународно обичајно право. Хашки трибунал је по први пут напустио принцип „власти над делом“ и непосредног учињења дела позивајући се на тумачење Статута Хашког трибунала (које се имајући у виду величину преседана јавља као потпуно неадекватно) који надлежност Хашког трибунала одређује у односу „на све оне који су одговорни на тешка кршења међународног хуманитарног права учињена у бившој Југославији[1083]“.

На основу овако широког тумачења уводних одредби Статута, потпомогнуто позивањем на изјаву Генералног Секретара ОУН, веће Хашког трибунала закључује да: „Одговорност за тешка кршења норми међународног хуманитарног права није ограничена тек на оне који заправо изврше *actus reus* набројаних кривичних дела, него се изгледа простире и на друге прекршиоце (види посебно члан 2. који помиње учињење или наређивање да се учине тешке повреде женевских конвенција и члан 4. који наводи разне врсте кривичних дела у вези са геноцидом, укључујући и заверу, подстицање, покушај и саучесништво).....Ако је тако, разумно је закључити да се Статут не ограничава на томе да пружи надлежност над особама које планирају, подстичу, наређују, физички чине злочин или на други начин помажу и подржавају његово планирање, припрему или извршење. Статут не стаје овде. Он не искључује оне облике учествовања у извршењу злочина који се јављају где се више лица са заједничком сврхом упусте у кривичну радњу која се онда изврши било заједнички или од стране неких чланова овог скупа. Ко год допринесе извршењу злочина од стране групе лица или неких чланова групе, приликом спровођења заједничке кривичне сврхе, може се сматрати кривично одговорним у одређеним условима[1084]“.

Пресуда у предмету Тадић значајна је и из разлога што је њоме утврђено постојање три врсте заједничког злочиначког подухвата сводећи га на „три категорије колективног

[1082] У овом делу указујемо да је Хашки трибунал веома брзо напустио употребу термина „злочиначки план“ и уместо тог термина почео да употребљава термин „злочиначки подухват“.

[1083] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 189.

[1084] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 190.

криминалитета[1085]“. Прву категорију обухватају случајеви у којима сви учесници заједничког злочиначког подухвата „делују у складу са заједничким планом, поседују исту злочиначку намеру и спроводе у живот тај заједнички план, чак и ако сваки од саизвршилаца извршава различиту улогу у оквиру плана, они сви ипак имају намеру да убију[1086]“. Веће нуди објективне и субјективне услове за приписивање одговорности учеснику који није или се не може доказати да је извршио убиство. То су: 1) оптужени мора добровољно учествовати у једном аспекту заједничког плана (нпр. извршити нефатални насилни чин над жртвом или пружити пресудну помоћ саизвршиоцима или помагати њихове активности) и 2) оптужени чак и ако лично не изврши убиство мора ипак намеравати тај резултат.

Други облик заједничког злочиначког подухвата обухвата предмете тзв. „концентрационих логора“. Услове за постојање овог облика заједничког злочиначког подухвата, веће је утврдило позивајући се на случај Белсен и Дахау. Веће као услове опредељује: 1) постојање организованог система злостављања затвореника и извршење разних злочина за које се терети; 2) свест оптуженог о природи тог система и 3) чињеница да је оптужени на неки начин активно учествовао у спровођењу тог система, то јест да је охрабривао, помагао, подржавао или у сваком случају учествовао у остварењу заједничког злочиначког плана[1087]. Трећу и најспорнију категорију представља одговорност за природна и предвидљива дела која изврши један од учесника подухвата, чак и онда када та дела излазе из заједничког плана[1088].

Веће у предмету Тадић нуди и објективне елементе заједничког злочиначког подухвата са аспекта *actus reus*[1089]. Тако *actus reus* заједничког злочиначког подухвата чини: 1) више лица (која не морају да буду организовани у смислу постојања војне политике или управне структуре), 2) постојање заједничког плана, који представља или укључује учињење кривичног дела предвиђеног Статутом. Није неопходно да план, замисао или намера буду претходно договорени или формулисани. Заједнички план и намера могу бити импровизовани на лицу места, а изводе се из чињенице да више особа делује заједно како би спровели заједнички злочиначки подухват и 3) учествовање оптуженог у заједничком плану[1090].

Са друге стране, веће Хашког трибунала, одређује различите облике *mens rea* за сваки од облика заједничког злочиначког подухвата. За први облик заједничког злочиначког подухвата захтева се умишљај код свих саизвршилаца, док код друге категорије заједничког злочиначког подухвата веће Хашког трибунала захтева кумулативно испуњење два услова: 1) у виду утврђивање постојања личне свести о систему злостављања и 2) намера да се спроведе заједнички договорен систем

[1085] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 195.

[1086] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 196.

[1087] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 203.

[1088] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 204.

[1089] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 227.

[1090] Одбрана у предмету Стакић је указала на другачије елементе заједничког злочиначког подухвата:
„Особа у удруженом злочиначком подухвату учествује:(и) непосредним суделовањем у почињењу договореног злочина (као главни починилац);(ии) присуствовањем у време почињења договореног злочина, са знањем да се злочин чини, намерним помагањем или охрабривањем другог учесника у удруженом злочиначком подухвату да почини тај злочин; или (иии) деловањем у подршци неком конкретном систему у којем се чини злочин, путем положаја власти или функције, са знањем о карактеру тог система и намером да се он реализује». Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 429.

злостављања. Трећи облик заједничког злочиначког подухвата према ставу већа Хашког трибунала захтева постојање умишљаја у односу на предвидљивост да ће један или други припадник групе учинити такво дело и да је отптужени „хотимично пристао на тај ризик“. У овом предмету Суд је био приморан да начини дистинкцију између помагања и подржавања као облика одговорности и одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата. Суд помагање и подржавање третира као самосталне облике одговорности код којих „није потребан доказ о заједничком договореном плану, а поготово не претходно постојање таквог плана.

Није потребан никакав план, нити договор, штавише, главни учинилац не мора ни да зна за допринос саучесника[1091]“. Карактеристично је да суд помагање и подржавање резервише само за конкретна кривична дела као што су: убиства, истребљења, силовања, мучења, безобзирна разарања цивилне имовине итд. Насупрот томе, у примени заједничког злочиначког подухвата суд границу помагања или подржавања спушта ниже и закључује: „Довољно је да учесник изврши дела која су на неки начин усмерена спровођењу заједничког плана или намере“. Веће Хашког трибунала и умишљај опредељује у односу на конкретно кривично дело (у том случају постоји помагање или подржавање) и умишљај који је усмерен ка извршењу заједничког злочиначког плана у ком случају постоји одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата. Додатно ширење проблемског поља заједничког злочиначког подухвата представља теза Хашког трибунала да „у оквиру заједничког злочиначког подухвата може бити и других споредних кривичних подухвата[1092]“.

Одредба члана 7. Статута Хашког трибунала према нашем схватању има за циљ промоцију, тј. још једно потврђивање норми међународног обичајног права о личној тј. индивидуалној кривичној одговорности. Сви ставови наведеног члана Статута указују на намеру доносиоца да се одговорност поједностави, оголи и учини личном, тј. персоналном. Штавише, члан 7. управо је значајан што поред личне одговорности, промовише и командну одговорност (став 3.) и одговорност највиших носилаца власти (став 2.). Одређивање члана 7. Статута представља отелотворење свих нирнбершких принципа[1093]. Важно је истаћи да члан 7. Статута управо сужава могућност проширења личне одговорности у односу на члан 6. Статута Међународног војног суда у Нирнбергу. Ово из разлога што Статут Међународног војног суда у Нирнбергу, за разлику од Статута Хашког трибунала, предвиђа могућност проширења одговорности на све учеснике заједничког плана или завере означавајући их као плуралитет лица или макар не искључујући одговорност више лица за разлику од Статута Хашког трибунала који инкриминацију усмерава ка појединцу. Са друге стране, насупрот строгој индивидуализацији појединачне кривичне одговорности, несумњиво је да су поједини облици одговорности који су наведени у члану 7. Статута Хашког трибунала, већ присутни у члану 4. Статута у делу у коме је инкриминисано дело геноцида, и то кроз једно колективно или у погледу броја учесника и врсте умишљаја, ипак сложено кривично дело.

[1091] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 227.

[1092] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка и др., параграф 307.

[1093] У ширем смислу то подразумева: Декларација о зверствима-Московска конференција 19-30.10.1943. године Споразум између владе САД, привремене владе Француске републике, Владе Уједињеног краљевства Велике Британије и Северне Ирске и Владе СССР-а са циљем кажњавања и гоњења главних ратних злочинаца европске осовине од 8. августа 1945, Закон број10. Контролног савета за Немачку.

Наведени закључак Хашког трибунала у предмету Тадић којим легитимише ову доктрину представља прави амалгам различитих норми међународног кривичног права. Иако, на почетку као друге учиниоце (прекршиоце) подразумева само оне који су одговорни по основу учињења, наређивања, завере, подстицања, покушаја или саучесништва, Хашки трибунал прелазећи преко чињенице да је реч о посебним облицима одговорности који су различити од одговорности путем заједничког злочиначког подухвата, а који су прописани нормама међународног хуманитарног права, користи једно широко поље облика одговорности за међународна кривична дела како би проширио поље одговорности и на одговорност путем заједничког злочиначког подухвата. Тако веће путем набрајања облика одговорности, потпомогнуто изјавом Генералног секретара и поједностављеним поистовећивањем међународних кривичних дела као „манифестације колективног криминалитета“ (пренебрегавајући при томе разлике колосалних димензија између индивидуалне кривичне одговорности и колективног криминалитета) врши проширивање надлежности Статута Хашког трибунала и на заједнички злочиначки подухват.

У циљу оправдања увођења заједничког злочиначког подухвата Хашки трибунал истиче: „У тим околностима сматрати кривично одговорним као извршиоца само особу која физички изводи кривчно дело значило би занемарити саизвршилачку улогу свих оних који су на неки начин омогућили учиниоцу да физички изврши то кривично дело. Истовремено, зависно од околности, сматрати ове друге одговорним само као помагаче и подржаваоце могло би потценити степен њихове кривичне одговорности[1094]“. На овај начин Хашки трибунал је заједнички злочиначки подухват поставио као облик одговорности који иде испред одговорности путем завере, подстицања, покушаја или саучесништва прелазећи при томе преко чињенице да су завера, подстицање, покушај или саучесништво изричито прописани чланом 7. Статута Хашког трибунала као облици одговорности, за разлику од заједничког злочиначког подухвата. Наведено схватање Хашког трибунала, доводи нас до закључка да уколико су испуњени услови за утврђивање одговорности путем завере, подстицања, покушаја, саучесништва, помагања или подржавања није оправдано учиниоцима утврђивати одговорност путем заједничког злочиначког подухвата. Оваква тумачења Статута и примена института заједничког злочиначког подухвата указују да је *mens rea* тријумфовала над *actus reus*, јер је омогућено да се одговорност за појединачне акте утврди или поистовети, како са онима који нису директно, нити објективно могли да учине било који од конкретних аката, тако и са онима чији умишљај далеко превазилази било који од умишљаја потребних за појединачна кривична дела[1095].

Овај облик заједничког злочиначког подухвата је проблематичан са аспекта „оптуженика нижих нивоа“ који су у оквиру таквог система обављали радње које нису од суштинске важности за постојање тог система. Уколико се наведеном дода чињеница да у оружаним сукобима многе радње нису резултат „слободне воље“, већ проистичу из других друштвених околности (мобилизација), наведени критеријуми тешко су примењиви на поједине категорије лица која јесу била део система, а којима би се приписало „охрабривање, помагање, подржавање“ тог система. Наравно, ту је и прешироко до мере

[1094] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 192.

[1095] У извесном смислу је збуњујуће схватање суда који у циљу доказивања потребе да се одредбе Статута ставе у функцију одбране теорије заједничког злочиначког подухвата, указује да се одговорност појединаца преноси на друге прекршиоце из члана 4. који регулише геноцид, као једно ипак колективно кривично дело, чије биће подразумева мноштво, како на страни извршиоца, тако и на страни жртве.

паушалног одређивања трећег услова у виду „у сваком случају учествовао у остварењу заједничког злочиначког плана“ који омогућава неограничено ширење круга лица која се могу огласити одговорним. У том смислу овај облик заједничког злочиначког подухвата примењивији је на оптужене „виших категорија“ код којих се могу испунити ови кумулативно постављени услови.

На том трагу је на известан начин и став суда у предмету *R. Mulka et al*. (познат као предмет *Auschwitz*): „Иако је суд дошао до истог резултата није применио доктрину заједничког плана, него је уместо тога имао тенденцију да брањеника третира као помагаче и подржаватеље докле год су они остајали унутар оквира успостављеног њиховим наређењима и као главне учиноце уколико су деловали ван тог оквира. То је значило да, ако се није могло доказати да је оптужени себе заиста идентификовао са циљевима нацистичког режима, суд њега третира као помагача и подржаватеља јер није имао специфичну намеру да жели кривично дело као своје![1096]“. Овде је јасно да је за утврђивање одговорности довољно задржати се на нивоу помагања или подржавања дела у оквирима постојећег система или злочиначког подухвата.

Са друге стране, значајно је и што се покреће питање постојања „специфичне намере“ у оквиру заједничког злочиначког подухвата. Трећа категорија заједничког злочиначког подухвата обухвата предмете у којима је постојао заједнички план, у којем је један од извршилаца учинио дело, и то дело ван заједничког плана, али који је био „предвидљива и природна последица извршења заједничког плана[1097]“. Могућност утврђивања кривичне одговорности, веће одређује у односу на све учеснике заједничког подухвата „када је ризик да би могло доћи до смрти био предвидива последица извршења заједничког плана и када се истовремено оптужени према том ризику односио, било безобзирно, било индиферентно!“.

Извесно је да су наведени облици заједничког злочиначког подухвата прешироко одређени. Зато указујемо на тзв. трећи облик заједничког злочиначког подухвата из разлога што подразумева утврђивање кажњивог дела које је извршено ван заједничког плана, а потом и утврђивање својства природног или предвидљивог карактера дела. Најпре се поставља као питање утврђивање квалитета „нексуса“ између окривљеног (који није непосредни извршилац) и окривљеног који се јавља као непосредни извршилац предвидљивог и природног дела. Уколико се не може утврдити нексус ван категорија природног и предвидљивог, онда је јасно да нема везе између окривљеног који није извршио дело и окривљеног који је извршио дело, на нивоу предвидљивости наступеле последице. Указујемо на став суда у предмету *Aratano et al*. у коме суд (ослобађајући све припаднике милиције кривице за убиство) закључује: „Било је јасно да је убиство било ненамеравани догађај и да се, према томе, не може приписати свим учесницима: кривично дело које је учињено било је теже од онога које је намеравано и потребно је прибећи другим категоријама од категорије хотимичног лишавања живота[1098]“.

Свакако најспорније у оквиру трећег облика заједничког злочиначког подухвата јесте утврђивање природног или предвидљивог карактера дела. То значи како утврдити да између заједничког подухвата и извршеног дела постоји узрочност, а не узгредни однос. Посебно се указује да ни непосредни извршилац не мора да наступа са директним

[1096] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 254.

[1097] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 204.

[1098] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 216.

умишљајем. За овај облик заједничког злочиначког подухвата потребно је доказати виност окривљеног у односу на само дело, и то у виду евентуалног умишљаја, што нас враћа на први облик заједничког злочиначког подухвата.

Пресуду Жалбеног већа у предмету Васиљевић од 25.02.2004.године наводимо из разлога што је ово веће усвајајући закључке Жалбеног већа у предмету Тадић облике заједничког злочиначког подухвата определило као „основни вид“ (прва категорија), „системски вид“ (друга категорија) и „продужени вид“ (трећа категорија). Став Претресног већа Хашког трибунала у предмету Васиљевић који као радњу извршења наводи „да је жалилац учествовао у заједничком злочиначком подухвату да се изврши убиство тако што је седморицу Муслимана притворених у хотелу „Вилина Влас“ спречио да побегну држећи их на нишану, тако што их је спровео од обале Дрине држећи их на нишану и тиме их спречавајући да побегну, те тако што је непосредно пре стрељања заједно са осталим извршиоцима стајао иза ових Муслимана са пушком у руци[1099]“. Овакво дефинисана радња представља типичан пример саизвршилачке одговорности. Поставља се питање у случају да се прихвати овако одређена радња кривичног дела чему онда заједнички злочиначки подухват који захтева и утврђивање постојања споразума или сагласности, прећутне или договорене за извршење дела.

Предмет Ојданић наводимо из разлога што је у одлуци по приговору Драгољуба Ојданића у погледу стварне надлежности Хашког трибунала у вези са заједничким злочиначким подухватом од 21.05.2003.године Жалбено веће Хашког трибунала, изнова потврдило надлежност овог Трибунала *ratione materie* закључујући да учествовање у заједничком злочиначком подухвату представља облик извршења кривичног дела које је предвиђено чланом 7(1) Статута Хашког трибунала. Такође, Жалбено веће прихвата као чињеницу да је одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата саставни део међународног обичајног права[1100]. Реагујући на наводе одбране из приговора да је у Статуту Хашког трибунала изостављено „удруживање“, Жалбено веће истиче да су „удружени злочиначки подухват и удруживање два различита вида одговорности[1101]“. Указује се на став Жалбеног већа (који је значајан са аспекта утврђивања предузимања радњи у оквиру заједничког злочиначког подухвата) да „док се за удруживање тражи доказ да се више појединца договорило да почине извесно кривично дело или скуп кривичних дела, за удружени злочиначки подухват потребно је , осим тога доказати и то да су стране у том договору предузеле неку радњу за спровођење тог договора у делу.

Другим речима, док је у случају удруживања довољан само договор, одговорност члана удруженог злочиначког подухвата зависи од тога да ли су предузете радње како би се тај подухват спровео у дело“. Овај предмет је значајан и из разлога што је у њему разматрано начело законитости у погледу примене доктрине заједничког злочиначког подухвата. Иако је одбрана указала да је доктрина заједничког циља која је изложена у предмету Тадић настала тек 15. јула 1999.године, као и да је појам удруженог злочиначког подухвата ушао у јуриспруденцију Хашког трибунала са првостепеном пресудом у предмету Крстић, чиме је прекршено начело *nullum crimen sine lege,* Жалбено веће остаје на становишту да је заједнички злочиначки подухват део међународног обичајног права,

[1099] Пресуда Претресног већа у предмету Васиљевић, параграф 209.

[1100] Одлука Жалбеног већа по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност-Удружени злочиначки подухват, параграф 2.

[1101] Одлука Жалбеног већа по приговору Драгуољуба Ојданића на ненадлежност-Удружени злочиначки подухват, параграф 23.

те иако није експлицитно прописано Статутом, исто је имплицитан део Статута Хашког трибунала. Интересантно је да се Жалбено веће у свом образложењу позива на национално право, тј. члан 26. КЗ СФРЈ[1102] (који је био на снази у време пре извршења дела која се оптуженом Ојданићу стављају на терет) и истиче: „Закони СРЈ који су тада били на снази предвиђали су кривичну одговорност за предвидива дела других и то на начин који је запањујуће сличан формулацији којом се дефинише удружени злочиначки подухват....члан 26. КЗ СРЈ заједно са обимном праксом држава поменутом у предмету Тадић, чињеницом да многи национални правни системи предвиђају такав вид одговорности под овим или оним називом, те да одредбе о тим видовима одговорности теку паралелно са обичајним правом, као и изузетна стравичност кривичних дела за која се терете, били су довољно упозорење да су дела која је оптужени починио 1999.године дела која повлаче кривичну одговорност на основу учествовања у удруженом злочиначком подухвату![1103]“.

Пресуда Претресног већа у предмету Стакић од 31.07.2003.године значајна је што у извесној мери одступа од прихваћених становишта већа Хашког трибунала, и даје другачије смернице у поступку утврђивања одговорности путем заједничког злочиначког подухвата. Тако Претресно веће прописује услове чије доказивање води утврђивању одговорности на основу заједничког злочиначког подухвата: „1) ако неко лично, као главни учинилац, учини договорено кривично дело, 2) ако као саизвршилац који поседује заједничку намеру у оквиру удруженог злочиначког подухвата помаже или охрабрује главног учиниоца у учињењу договореног кривичног дела и 3) ако својим радњама помаже одређени систем у којем је кривично дело учињено, захваљујући руководећем положају или функцији оптуженог и уз постојање свести о карактеру тог система и намере да се помаже тај систем[1104]“.

Веће утврђује умишљај за први облик заједничког злочиначког подухвата, док се одговорност за „ширу варијанту удруженог злочиначког подухвата“ заснива на свести да је то кривично дело могућа последица извршења подухвата и са таквом свести у њему учествује. Ова пресуда је значајна и због чињенице да је Претресно веће искључило могућност установљавања одговорности за „трећу варијанту заједничког злочиначког подухвата“ и злочина геноцида: „Мешање треће варијанте удруженог злочиначког подухвата и злочина геноцида довело би то тога да се *dolus specialis* у толикој мери разводни да би потпуно нестао.... идеја прерастања дела у геноцид или геноцида као природне и предвидљиве последице неког подухвата који није усмерен конкретно на геноцид, није спојива са дефиницијом геноцида према члану 4(3)[1105]“.

Предмет Крњојелац наводимо имајући у виду да услови за примену заједничког злочиначког подухвата одступају у односу на „стандарде “који су утврђени у предмету Тадић. Тако Претресно веће у првостепеној пресуди од 15.03.2002.године наводи: „Особа

[1102] Члан 26. КЗ СФРЈ предвиђа: „Ко је ради вршења кривичних дела створио или искористио организацију, банду , заверу, групу или друго удружење кривично је одговоран за сва кривична дела која су произишла из злочиначког плана тих удружења и казниће се као да их је сам учинио, без обзира да ли је и у ком својству непосредно учествовао у извршењу појединог од тих дела“, Службени лист СФРЈ, број 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90.

[1103] Одлука Жалбеног већа по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност-Удружени злочиначки подухват, параграф 40-44.

[1104] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 435.

[1105] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 531.

учествује у том удруженом злочиначком подухвату: 1) непосредним учествовањем у учињењу договореног злочина (као главни учинилац), 2) присуствовањем у време извршења злочина и (са знањем да ће се злочин учинити или да се чини) намерним помагањем или охрабривањем другог учесника у удружном злочиначком подухвату да учини тај злочин или 3) деловањем у неком конкретном систему у којем се чини злочин путем положаја власти или функције оптуженог, са знањем о карактеру тог система и намером да се он реализује[1106]".

Овако опредељивање радње дела у заједничком злочиначком подухвату одступа од начина на који је то учинило Жалбено веће у предмету Тадић у односу на други облик заједничког злочиначког подухвата ограничавајући га само на оптужене који делују путем положаја власти или функције[1107]. Још један куриозитет овог предмета јесте и став Претресног већа, да: „Чак и када се у оптужници неки конкретни злочин не оптужује изричито као злочин учињен у склопу основног удруженог злочиначког подухвата, Претресно веће може узети у обзир тезу о учешћу оптуженог у основном удруженом злочиначком подухвату ради учињења тог злочина, ако се ради о једном од злочина наведеном у оптужници, и ако је та теза садржана у претпретресном поднеску оптужбе. У овом предмету претпретресни поднесак оптужбе је у довољој мери дао на знање оптуженом да се тврди да је постојао основни удружени злочиначки подухват у односу на све злочине за које се он окривљује у оптужници[1108]". Ово уједно представља доказ да заједнички злочиначки подухват утиче и на процесни положај оптуженог кроз ширење дискреционих овлашћења суда.

Предмет Крстић је значајан зато што је генерал Крстић пресудом Претресног већа осуђен за учествовање у удруженом злочиначком подухвату да се учини геноцид, док је пресудом Жалбеног већа овај део пресуде преиначен и замењен осудом за помагање и подржавање у геноциду[1109]. Такође се указује да је Жалбено веће (као и првостепено) констатовало да се у овом случају генерал Крстић може осудити и на основу члана 7(3) тј. као надређени са тим што како истичу Претресно и Жалбено веће „да одговорност према члану 7(1) најбоље одражава кривицу генерала Крстића". Наведено представља не само доказ да су могућа преклапања одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата и командне одговорности, већ отвара питање адекватне примене облика одговорности у сваком конкретном случају тј. који облик одговорности се има применити у условима када постоје услови за примену више облика одговорности.

Такође се указује да Жалбено веће прави јасну разлику између „помагања и подржавања" и одговорности за удружени злочиначки подухват[1110]. Са аспекта разраде трећег облика заједничког злочиначког подухвата (одговорност за дела која су природна и предвидљива последица заједничког злочиначког подухвата), овај предмет је значајан јер Претресно веће ради дефинисања захтева за постојање умишљаја, односно *mens rea* заједнички злочиначки подухват утврђује критеријуме за разлику између злочина учињених приликом извршења договорених циљева удруженог подухвата и злочина око којих се учесници нису договорили, али који представљају природну и предвидљиву последицу плана. Тако Претресно веће истиче: „Стање свести оптуженог које оптужба

[1106] Пресуда Претресног већа у предмету Крњојелац, параграф 81.

[1107] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 202.

[1108] Пресуда Претресног већа у предмету Купрешкић, параграф 85.

[1109] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крстић, параграф 143.

[1110] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 601.

треба доказати, разликује се зависно од тога да ли је злочин за који се терети: а) био у оквирима заједничког злочиначког подухвата или је б) изашао ван оквира циља заједничког злочиначког подухвата, али је ипак био природна и предвидљива последица тог подухвата. Уколико је злочин за који се терети био у оквирима циља заједничког злочиначког подухвата, оптужба мора доказати да је оптужени са особом која је лично учинила злочин делио стање свести потребно за тај злочин. Уколико је злочин за који се оптужени терети био ван оквира циља заједничког злочиначког подухвата оптужба мора доказати само то да је оптужени био свестан чињенице да је и тај злочин могућа последица спровођења тог подухвата и да је са таквом свешћу у њему учествовао..... те да Претресно веће мора утврдити које је злочине обухватао циљ здруженог злочиначког подухвата да се изврши етничко чишћење сребреничке енклаве, а које није[1111].

Статут Међународног кривичног суда за Руанду заједнички злочиначки подухват утврђује готово на идентичан начин као и Хашки трибунал, о чему сведочи и чињеница да су одредбе члана 6(1) Статута Међународног кривичног суда за Руанду идентичне као и одредбе члана 7(1) Статута Хашког трибунала. Куриозитет представља чињеница да је Међународни кривични суд за Руанду утврђивао постојање заједничког злочиначког подухвата у оружаним сукобима немеђународног карактера закључујући у предметима *Karamera, Elizaphan Ntakirutimana, Aloys Samba* да заједнички злочиначки подухват представља део међународног обичајног права и у случајевима оружаних сукоба немеђународног карактера. Такође , од значаја је чињеница да је суд заузео став да примена заједничког злочиначког подухвата не може да зависи од природе оружаног сукоба[1112].

4. ЗАЈЕДНИЧКИ ЗЛОЧИНАЧКИ ПОДУХВАТ У МЕЂУНАРОДНИМ ДОКУМЕНТИМА

4.1. Историјски развој одговорности за заједнички злочиначки подухват

Анализирајући одредбе члана 49. став 2. Прве Женевске конвенције за побољшање положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату од 12. августа 1949. године[1113] (у даљем тексту: Прва Женевска конвенција), одредбе члана 50. Женевске конвенције за побољшање положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору од 12. августа 1949. године[1114] (у даљем тексту: Друга Женевска конвенција), одредбе члана 129. Женевске конвенције о поступању са ратним заробљеницима[1115] (у даљем тексту: Трећа Женевска конвенција), одредбе члана 146.став 2. Женевске конвенције о заштити грађанских лица за време рата од 12. августа 1949. године[1116] (у даљем тексту: Четврта

[1111] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 613.

[1112] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes,* op.cit., стр. 165.

[1113] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[1114] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[1115] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

[1116] Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

Женевска конвенција) не могу се наћи трагови одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата.

Слична одређења могу се пронаћи и у одредбама Допунског протокола уз женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (у даљем тексту Протокол 1)[1117]. У одредбама Првог протокола могу се пронаћи елементи којима се утврђује кривица само у односу на „намерно" предузимање радњи које представљају тешке повреде Протокола 1, као и елементи командне одговорности у чл. 86. и 87. Протокола. Заснивајући кривицу искључиво на намери, јасно је да је примена тзв. трећег облика заједничког злочиначког подухвата искључена.

На истом трагу су и одредбе Конвенције о заштити културних добара у случају оружаног сукоба[1118], које у члану 28. кривицу заснивају на лично предузетој радњи или давању наредби. Извесно проширење кривице можемо пронаћи у одредбама Другог Протокола уз Хашку конвенцију од 1954.године о заштити културних добара у случају оружаног сукоба, где се у члану 15. став 2. стидљиво наговештава проширење кривичне одговорности „и на друга лица осим оних која су директно извршила акт. О третирању облика кривице за међународна кривична дела илустративан показатељ јесте и Конвенција о незастаревању ратних злочина и злочина против човечанства[1119] која на известан начин представља сублимацију тенденција у развоју међународног кривичног права полазећи од најзначајнијих аката међународног кривичног права.

У том смислу указује се на члан 2. ове Конвенције који кривицу проширују: „и на представнике државне власти, као и на појединце који као главни акатери или као саучесници учествују у извршењу или који непосредно подстрекавају друга лица да почине било који од поменутих злочина или који кују заверу да их учине без обзира на степен учињеног злочина, као и на представнике државне власти који толеришу вршење тих злочина". Наведена одредба указује да се кривица задржава у оквирима командне одговорности, саучесничкој одговорности, те подстрекавању и завери за извршење међународних кривичних дела. На основу ове одредбе може се закључити да у време доношења ове Конвенције још увек нема елемената који би указали на заједнички злочиначки подухват као извор одговорности.

Сви наведени акти одговорност ограничавају на „лица осумњичена да су извршила или да су наредила да се изврши која од тешких повреда". То указује да су извори права оличени у женевским конвенцијама, као и накнадни извори права одговорност тј. кривицу заснивали на директном извршењу дела или давању наређења да се изврши дело, што одговорност своди на кривицу по основу предузете радње и кривицу по основу командне одговорности. Једини изузетак представља Други Протокол уз Хашку конвенцију од 1954.године о заштити културних добара у случају оружаног сукоба који помиње проширење одговорности и на друга лица с тим што се ово проширење мора вршити у складу са општим правним начелима и међународним правом.

Судови у Нирнбергу и Токију прихватили су постојање одговорности лица која су учествовала у заједничком плану или завери. Међутим, чињеница која се не може пренебрегнути јесте да је овај вид одговорности (према ставу Токијског и Нирбершког

[1117] Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, број 16/78.

[1118] Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, број 4/56.

[1119] Службени лист ФНРЈ - Међународни уговори, број 50/70.

суда) остао резервисан за злочин против мира. Друга карактеристика ових закључака јесте да наведени судови одговорност по основу „заједничког циља“ поистовећују са „завером“, што је на први поглед адекватно имајући у виду сходну примену на злочин против мира, али је непримењиво имајући у виду остала дела на која се доктрина заједничког злочиначког подухвата може применити (а коју је Хашки трибунал примењивао). Неспорно је да је у прихватању одговорности за заједнички план или заверу, Међународни војни суд у Нирнбергу ишао веома рестриктивно, јасно ограничавајући применљивост овог облика одговорности само на директне учеснике у креирању и спровођењу заједничког плана.

О наведеном рестриктивном приступу указује и закључак суда који је временски ограничио заједнички план, као и став суда о непостојању кривице по основу заједничког плана појединаца који, иако су били чланови „злочиначких организација“, нису били лично умешани у креирање заједничких планова. Наведени предмет, поред тога, што указује на одсуство једнобразног схватања акцесорне одговорности за саучесништво, ипак пружа довољан основ за закључак да каснији закључци Хашког трибунала о заједничком злочиначком подухвату тек на први поглед могу да пронађу своје утемељење у пракси Нирнбершког суда и суђењима након Другог светског рата. То отвара питање основаности навода о заједничком злочиначком подухвату као делу међународног обичајног права. Амбос и Олсасоло закључују да Међународни војни суд у Нирнбергу и Међународни трибунал за Далеки исток не само да у оквиру својих Статута нису правили разлику између основне и акцесорне одговорности, већ нису правили разлику између учиниоца дела и других облика учешћа у делу. Тек се Закон број 10. у члану 2. став 2. на систематичнији начин бави утврђивањем односа између облика одговорности проширујући одговорност са непосредних извршилаца на лица која су се сагласила са злочином или била повезана са плановима или радњама које су довели до извршења таквог дела.

Имајући у виду наведене закључке као и одредбе Статута Међународног кривичног суда може се рећи да су овакви ставови нашли своје отелотворење у Статуту Међународног кривичног суда, али не употпуности, будући да овај Статут врши јасну диференцијацију између завере и одговорности по основу заједничког циља, при чему је Статут Међународног кривичног суда знатно прецизнији у погледу одређивања заједничког злочиначког подухвата, него у домену завере. Са друге стране, заједнички циљ или завера, колико је примењив у односу на злочин против мира, толико је непримењиво ово поистовећивање у односу на друга кажњива дела међународног кривичног права.

4.2. Статут Нирнбершког суда

Једно од важнијих питања које можемо свести на услов примене ове доктрине, представља постојање самог заједничког плана који се карактерише као злочиначки. Свака примена ове доктрине подразумева утврђивање постојања заједничког плана или заједничког циља на онтолошком и аксиолошком нивоу. Те потребе свестан је Хашки трибунал и закључује „коришћење појма удруженог злочиначког подухвата да би се дефинисала одговорност неке особе за кажњива дела која су физички учиниле друге

особе, претпоставља строгу дефиницију заједничког циља[1120]“. Ово питање можемо свести на: Како у кривичном поступку утврдити злочиначки карактер заједничког плана? Из одговора на ово питање следи други путоказ који се своди на утврђивање значаја и места вршења кажњивих дела у оквиру заједничког плана или циља.

Суштинско питање представља како доћи до дефиниције заједничког циља, односно да ли појам заједничког циља који треба утврђивати у сваком случају *in concreto* представља злочиначки подухват *per definitionem*. Наведено је од значаја како за утврђивање појма заједничког злочиначког подухвата као основе за утврђивање карактера „злочиначки“, тако и за диференцирање између завере и заједничког злочиначког подухвата. Из наведених разлога сматрамо да је за утврђивање постојања заједничког злочиначког подухвата неопходно утврдити шта се сматра злочиначким подухватом, у смислу да ли остварење заједничког подухвата подразумева вршење кривичних дела (експлицитно или имплицитно), као и да ли вршење кривичних дела представља услов остварења заједничког циља или вршење кривичних дела представља декларативни циљ заједничког подухвата. Из тих разлога одређивање места вршења кривичних дела у заједничком злочиначком подухвату представља суштински важно питање.

Као један од источника утврђивања злочиначког карактера заједничког плана може послужити и пресуда Међународног војног суда. Подсећамо да је оптужница поднета пред Међународним војним судом ставила на терет постојање заједничког плана у односу на сва дела обухваћена Статутом Међународног војног суда. Међународни војни суд констатује да „оптужница, међутим, ставља на терет не само заверу која се односи на агресорски рат, већ такође заверу која се односи на извршење ратних злочина и злочина против човечности[1121]“. Но, Међународни војни суд није прихватио постојање заједничког злочиначког подухвата у односу на ратне злочине и злочине против човечности, те закључује да: „Статут не дефинише као посебан злочин ма какву заверу, осим оне у вези са актима агресорског рата..... По мишљењу суда, ове речи не додају неки нови посебан злочин онима који су већ побројани. Циљ ових речи јесте да утврде одговорност лица која суделују у општем плану. Суд ће стога прећи преко оптужбе из тачке 1. Оптужнице, да су оптужени склопили заверу са циљем вршења ратних злочина и злочина против човечности и разматраће само заједнички план за припремање, започињање и вођење агресорског рата[1122]“.

Међународни војни суд закључује да је заједнички план заснован на Програму Немачке странке рада (касније Националсоцијалистичка немачка радничка партија-НСДАП), који је формулисан још 1920.године и који је био на снази све до 1945.године. Из Програма[1123], Међународни војни суд закључује да су мере за реализацију Програма предузимане још 1936.године, као и да: „рат против Пољске није дошао изненада, као гром из ведра неба. Докази су јасно потврдили да су овај агресорски рат, као и приграбљивање Аустрије и Чехословачке, били унапред планирани и брижљиво припремани и да нису били предузети све док се није сматрало да је дошао погодан

[1120] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крњојелац, параграф 116.

[1121] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* op.cit., стр. 109.

[1122] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 110.

[1123] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 61.

тренутак да се они изведу[1124]“, као и да: „за извршење тога сматрало се да су битне две ствари: рушење европског поретка, какав је постојао од Версајског уговора и стварање Велике Немачке преко граница од 1914.године. Ово је неминовно садржавало приграбљивање туђих територија[1125]“ као и да је: „Изван сваке сумње, утврђено непрестано планирање, са агресорским ратом као циљем[1126]“.

Значајно је и закључивање Међународног војног суда који утврђује критеријуме за доказивање постојања злочиначке намере. Тако овај Суд закључује: „Оптужба каже, у ствари да је значајно свако учествовање у завери која је сама по себи злочиначка. Завера није дефинисана у Статуту, али по мишљењу суда, завера мора јасно бити оцртана у својој злочиначкој намери. Она не сме да се сувише временски удаљи од одлуке и акције. Планирање да би било злочиначко, не сме се заснивати само на изјавама партијског програма, као што су оне изражене у 25 тачака Програма нацистичке партије објављеног 1920. године или у политичким поставкама изнетим у књизи *Mein Kampf.* Суд мора испитати да ли је постојао конкретан план за вођење рата и утврдити учеснике у том конкретном плану[1127]“. Међународни војни суд даље закључује:„Суд стога неће моћи дати општу изјаву да су дела извршена пре 1939.године била злочини против човечности у смислу овог Статута, али од почетка рата 1939.године, ратни злочини вршени су у великој размери и они су такође били злочини против човечности. Према томе, уколико нечовечна дела која се у Оптужници стављају на терет оптуженима, а која су врешена после почетка рата, нису чинила ратне злочине, она су сва чињења ради извршења или у вези агресорског рата и стога представљају злочине против човечности[1128]“.

На основу наведеног, очигледно је да Међународни војни суд не прихвата широко постављен концепт заједничког планирања, већ захтева утврђивање постојања, не само плана за реализацију политичког програма, већ захтева да се прецизно и недвосмислено утврди злочиначка намера која стоји иза заједничког плана, са свим импликацијама које проистичу из заједничког плана и злочиначке намере, а које се своде на кажњива дела. Међународни војни суд злочиначку намеру опредељује кроз чињеницу да циљ и транспарентни део заједничког плана представља дело агресије. Из овога изводимо закључак да у случају Пресуде Међународног војног суда, један од императива доказивања заједничког злочиначког плана представља, не само вршење кривичних дела као средстава за остварење заједничког плана, већ да заједнички план представља кривично дело само по себи.

[1124] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 72.

[1125] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 72.

[1126] У образложењу се цитира Паул Шмит: „Општи циљеви немачког вођства били су очигледни од почетка, наиме, доминација над европским континетном, која има да се изврши најпре присаједињењем свих група, које се служе немачким језком, Рајху и друго, територијалном експанзијом под паролом „Лебенсраум-а“. Извођење ових основних дциљева, међутим, давало је утисак импровизације. Сваки наредни корак очигледно је предузет како се нова ситуација појавила, али сваки је био у сагласности са крајњим циљевима, које сам горе поменуо“, Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 109.

[1127] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 108.

[1128] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 135.

Значајно је и то што пресуда Међународног војног суда захтева утврђивање сваког конкретног учесника у заједничком злочиначком подухвату. Ово наводимо са циљем да укажемо на значајна одступања у третирању заједничког злочиначког подухвата која чини Хашки трибунал. У предмету Крајишник, Хашки трибунал заузима став да није потребно именовати све учеснике заједничког злочиначког подухвата[1129]. Служећи се аргументацијом Хашког трибунала, могли бисмо да закључимо да се овде ради о првој категорији заједничког злочиначког подухвата. Са друге стране, не можемо се отети закључку да би стандарди за примену заједничког злочиначког подухвата, које креира Хашки трибунал, да су били прихваћени од стране Међународног војног суда у Нирнбергу, омогућили овом Суду да се заједнички злочиначки подухват примени и на друга дела обухваћена Статутом Међународног војног суда, као што су ратни злочини или злочин против човечности, и то у свом трећем облику.

Посебан куриозитет одређивања једног плана за злочиначки, у оквиру свог очигледно *stricto sensu* приступа, јесте и временска димензија. Наиме, Међународни војни суд не прихвата постојање заједничког злочиначког подухвата, од оснивања партије или доласка на власт, већ императивно захтева утврђивање временског оквира и нексуса између самог заједничког плана и предузете акције. На истом трагу јесте и пресуда суда у Јерусалиму. У пресуди Ајнхману суд у Јерусалиму је ослободио Ајнхмана за дела која су учињена пре 1941. године, будући да у поступцима окривљеног до августа 1941. године, није утврђена намера "да се уништи јеврејски народ[1130]". Говорећи о намери указује се да приликом одређивања геноцидне намере нацистичког режима у Немачкој, намера уништења Јевреја није отпочела ратом, већ са конференцијом „Gorsen Wannse" одржаној 20. јануара 1942. године, када је усвојен план о „коначном решењу јеврејског питања", јер је до тог датума декларативни циљ био исељење Јевреја[1131].

Са друге стране, указујемо да је у предмету Крстић Претресно веће Хашког трибунала утврдило да није постајала намера да се изврши геноцид од самог почетка напада на Сребреницу, тј. од самог почетка акције српске војске која је означена као „Криваја 95", већ да је намера уследила касније, након уласка српске војске у Сребреницу, с тим да почетна намера није ни била улазак у Сребреницу, већ је циљ војне акције био прекид комуникације између енклава Сребренице и Жепе[1132]. И Међународни суд правде у спору Босна и Херцеговина против Србије је утврдио да „није постојала неопходна намера, до промене војног циља након што је заузета енклава[1133]". У предмету који се водио пред Међународним судом правде, држава тужилац – Босна и Херцеговина је истицала да се заједнички злочиначки план заснива на постојању „једног целовитог плана који се огледа у Одлуци о стратешким циљевима коју је 12. маја 1992.године, потписао М. Крајишник као председник Народне скупштине Републике Српске[1134]". У овом предмету

[1129] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крајишник, параграф 230.

[1130] Х. Арент, *Ајнхман у Јерусалиму- Извештај о баналности зла*, op.cit., стр.220.

[1131] С. Аврамов, *Геноцид у Југославији 1941-1945, 1991..*, op.cit., стр.42.

[1132] Пресуда Претресног већа у случају Крстић, параграф 119.

[1133] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 295.

[1134] Р. Стојановић, *Србија пред Међународним судом правде*, Филип Вишњић, Београд, 2007, стр. 145: „Одлука о стратешким циљевима српског народа у Босни и Херцеговини: „Стратешки циљеви , односно приоритет српског народа у Босни и Херцеговини су следећи:

1. Одвајање као државе од друге две етничке заједнице.
2. Коридор између Семберије и Крајине.

држава тужилац ишла је толико далеко да је на овако постављеном заједничком циљу, заснивала доказ о постојању *dolus specialis* за кривично дело геноцида. Међународни суд правде није прихватио ове наводе закључујући да „суд не сматра да се стратешким циљевима из 1992.године, утврђује постојање специфичне намере[1135]“.

4.3. Пракса Хашког трибунала

У пресуди Претресног већа у предмету Тадић од 7.маја 1997. године, нема назнака о квалификацији заједничког плана. Одређивање заједничког злочиначког подухвата налазимо у другостепеној пресуди у којој Хашки трибунал заједнички злочиначки подухват дефинише као: „Један аспект тог сукоба била је политика почињавања нечовечних дела над несрпским цивилним становништвом тог подручја у оквиру покушаја стварања Велике Србије. Закључено је тако да су током спровођења те политике, почињена нечовечна дела над бројним жртвама и то у складу са препознатљивим планом.... Жалилац је активно учествовао у заједничкој злочиначкој намери да се из региона Приједора уклони несрпско становништво, тиме што је чинио нечовечна дела. Заједничка злочиначка намера није била да се убију сви несрпски мушкарци[1136]“.

У Предмету Брђанин, Хашки трибунал се у значајној мери бавио односом заједничког циља и кривичних дела. Тако Хашки трибунал закључује: „Јасно препознатљив образац кривичних активности допушта само један разумни закључак – да су та кривична дела чињена с циљем спровођења Стратешког плана руководства босанских Срба за преузимање контроле над територијом која се својатала за српску државу у Босни и Херцеговини и трајно уклањање већине несрба са те територије[1137]“. „Претресно веће се уверило ван разумне сумње да је оптужени подржавао Стратешки план као и руководство босанских Срба, да је намеравао да повеже подручја БиХ на којима су живели Срби у једну целину, оствари контролу над тим подручјима и створи засебну државу босанских Срба, из које би већина несрба била трајно уклоњена. Оптужени је знао да се Стратешки план може спровести само употребом силе и страха[1138]“.

На овом месту правимо кратак ескурс на предмет Благојевић и др. у коме Претресно веће о заједничком подухвату даје оцене о „етнички хомогеној Великој Србији[1139]“ као заједничком циљу. У овом предмету Хашки трибунал приступа утврђивању односа између заједничког циља који су прокламовали цивилни лидери босанских Срба и саме војне акције „Кривања 95“ која се према налазу већа касније

---

3. Успостављање коридора у долини реке Дрине, односно уклањање границе између српских држава.
4. Успостављање границе на рекама Уни и Неретви.
5. Подела града Сарајева на српски део, и успостављање ефикасних државних органа власти у оба та дела.
6. Излаз на море за Републику Српску.“

[1135] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 372.

[1136] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 230-231.

[1137] Пресуда Претресног већа у предмету Брђанин, параграф 100.

[1138] Пресуда Претресног већа у предмету Брађанин, параграф 305.

[1139] Пресуда Претресног већа у предмету Благојевић и др. параграф 93.

изродила у геноцид[1140]. Тако Хашки трибунал полазећи од Закључака Народне скупштине Републике Српске од 12. маја 1992.године и Директиве за даља дејства број 7. од 8. марта 1995.године донете од стране Председника Републике Српске[1141], јасно доводи у везу прокламоване политичке циљеве са заједничким подухватом, са карактером злочиначког (премда се сам напад на енклаву не третира као злочиначки), већ се каснија дела третирају као последица војне акције. Хашки трибунал закључује:„Претресно веће не може занемарити циљ операције „Кривања 95“, наиме, да се „изненадним нападом потпуно раздвоје и сузе енклаве Сребреница и Жепа, поправи тактички положај снага у дубини зоне и створе услови за елиминисање енклаве“, нити везу између те операције и догађаја који су уследили после сребреничке енклаве[1142]“.

На основу предњих навода можемо закључити да је Хашки трибунал у једној мери контрадикторан. Најпре се закључује да су кривична дела предузимана са циљем спровођења Стратешког плана, као и да се стратешки план може спроводити само уз помоћ силе и страха (на овом месту апстрахујемо чињеницу да квалификативи као што су сила и страх представљају појмове који су иманентни сваком оружаном сукобу као социјалном, филозофском и кривичноправном феномену, па као такви имају тек ограничен значај у поступку утврђивања кривичне одговорности). Дакле, кривична дела представљају саставни и неодвојиви део заједничког плана, при чему је постигнута сагласност да се заједнички план (тзв. стратешки циљ) остварује вршењем кривичних дела, да би касније у закључку Хашки трибунал вршио раздвајање кривичних дела и заједничког плана кроз формулу да: „Премда заједнички план нужно мора да представља или укључује споразум или договор две или више особа да ће извршити неко кривично дело санкционисано Статутом, сврха која лежи у основи таквог споразума (то јест коначни циљ који се жели постићи вршењем кривичних дела) није битна за утврђивање индивидуалне кривичне одговорности по теорији о удруженом злочиначком подухвату[1143]“.

У предмету Стакић заједнички злочиначки подухват је добио нове елементе. Тако у овом предмету Хашки трибунал заједнички злочиначки подухват одређује: „Циљ консолидовања српске контроле у општини Приједор, у којој су већинско становништво били Муслимани, по први пут је артикулисан у Упутству које је Главни одбор Српске демократске странке Босне и Херцеговине издао 19. децембра 1991.године. У Упутству се износи план за српски народ у Босни и Херцеговини да „живи у јединственој држави“...., заједнички циљ на нивоу Приједора упечатљиво је изражен у шест стратешких циљева вођства босанских Срба у Босни и Херцеговини које је формулисао Радован Караџић, а међу којима је први циљ било одвајање Срба од друге две националне заједнице[1144]“. И површан поглед на овај закључак указује да се у овом случају ради о политичким циљевима у којима нема одређења о вршењу кривичних дела, нити назнаке о вршењу кривичних дела као начина остваривања наведеног циља.

За сагледавање начина одређивања заједничког плана као злочиначког, посебно је важно направити увид у предмет Крајишник. Тако Хашки трибунал закључује: „Заједнички циљ представља или обухвата чињење злочина санкционисаног Статутом.

[1140] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 119.

[1141] Пресуда Претресног већа у предмету Благојевић и др., параграф 106.

[1142] Пресуда Претресног већа у предмету Благојевић и др. параграф 137.

[1143] Пресуда Претресног већа у предмсету Брђанин, параграф 342.

[1144] Пресуда Жалбеног већа у предмету Стакић, параграф 470-471.

Први облик удруженог злочиначког подухвата постоји тамо где заједнички циљ представља или обухвата чињење злочина санкционисаног Статутом. *Mens rea* која је услов за тај први облик састоји се у томе да су сви учесници у удруженом злочиначком подухвату, укључујући и оптуженог, имали исто стање свести, то јест стање свести да злочин или злочине санкционисане Статутом који чини део циља треба извршити[1145]“. На основу овог става, видљиво је да Хашки трибунал кривична дела поистовећује са заједничким планом или кривична дела третира као средство за реализацију плана. Хашки трибунал иде и даље, и често прибегава проширивању врсте кривичних дела у односу на заједнички циљ. „Да ли су друга кривична дела била “првобитна” у односу на заједнички циљ или су додата касније јесте питање на које одговор дају докази, а не логичка анализа. Веће даје предност строго емпиријском приступу у којем се не спекулише о кривичном профилу првобитног циља удруженог злочиначког подухвата, него се заједнички циљ у његовим кажњивим средствима остварења концептуализира као процес који је у току. Проширење кажњивих средстава остварења циља је доказано ако водећи учесници удруженог злочиначког подухвата обавештени о новим врстама кривичних дела која су чињена у циљу остварења заједничког циља, не предузму сврсисходне мере да спрече понављање таквих кривичних дела, већ устрају у остварењу заједничког циља удруженог злочиначког подухвата. У таквим случајевима се сматра да је доказано да су учесници удруженог злочиначког подухвата прихватили проширење средстава остварења циља, будући да се више не може сматрати да је остварење заједничког циља ограничено на чињење првобитних кривичних дела[1146]“, као и да: „Веће налази да су у раним фазама кампање босанских Срба заједнички циљ удруженог злочиначког подухвата, чинили дискриминаторна депортација и присилно премештање, али да је учесницима удруженог злочиначког подухвата, међу којима је био и оптужени, ускоро постало јасно да остварење заједничког циља, заправо, обухвата чињење једног ширег низа злочина. Ти злочини су већ током периода на који се односи Оптужница на нов начин дефинисали кажњива средства остварења заједничког циља удруженог злочиначког подухвата. У складу с логиком која је изложена раније у овом делу Пресуде, прихватање тог проширеног низа кажњивих средстава, заједно с њиховом устрајном применом, сигнализира намеру да се заједнички циљ оствари помоћу тих нових средстава[1147]“.

О недопустивој ширини у третирању злочиначког подухвата сведочи и закључак: „Према мишљењу Већа, општи допринос оптуженог удруженом злочиначком подухвату састојао се у његовој помоћи оснивању и одржавању континуитета Српске демократске странке и државних структура које су одиграле значајну улогу у чињену злочина. Он је такође своју политичку умешност користио и на локалном и на међународном плану како би омогућио остварење заједничког циља удруженог злочиначког подухвата путем злочина које је остварење тог циља подразумевало[1148]“.

У предмету Крњојелац Хашки трибунал закључује: „Удружени злочиначки подухват постоји ако је присутан договор или погодба равна споразуму између две или више особа да се учини злочин. Договор или споразум не морају бити изричити, а њихово се постојање може извести из свих околности. До постизања договора није ни морало доћи

[1145] Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник, парагараф 883.

[1146] Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник, параграф 1098.

[1147] Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник,парааграф 1118.

[1148] Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник, параграф 1120.

пре него што је злочин учињен[1149]“. Из оваквог става јасно је да кривична дела представљају саставни део заједничког злочиначког подухвата. Зато Суд договор о заједничком циљу своди на договор да се учини злочин, са прихватљивом резервом да договор може да постоји и тек у тренутку вршења дела. У предмету Милутиновић и др. заједнички злочиначки подухват одређен је као „промена етничке равнотеже на Косову, у настојању да се обезбеди трајна српска контрола над овом покрајином. Тај циљ требало је да се оствари кривичним средствима, конкретно широко распрострањеном или систематском кампањом терора и насиља, укључујући и депортацију, убиства, присилно премештање и прогон, усмереним против албанског становништва на Косову током периода на који се односи Оптужница[1150]“.

Посебну пажњу у третирању заједничког злочиначког подухвата заслужује предмет Готовина и др. У том смислу указујемо да је у овом предмету Оптужница више пута мењана и допуњавана. У првој оптужници од 21.05.2001. године основ одговорности заснива се на планирању, подстицању, налагању чињења кривичних дела и то сам „или у договору са другима, укључујући Фрању Туђмана[1151]“, да би у измењеној Оптужници од 19.02.2004. године одговорност била заснована на заједничком злочиначком подухвату „чији је заједнички циљ био присилно и трајно уклањање српског становништва из регије Крајина[1152]“. Тек са измењеном и спојеном Оптужницом заједнички злочиначки подухват добија нове обрисе који укључују и највеће државне функционере, као и друге неименоване званичнике „чланове хрватске владе и политичких структура на свим нивоима, разним вођама и члановима Хрватске демократске заједнице; разним официрима и члановима Хрватске војске, специјалне полиције, цивилне полиције и других безбедносних и обавештајних служби, као и друге знане и незнане особе[1153]“. У обједињеној Оптужници наводи се да је „циљ заједничког злочиначког подухвата који је постојао барем од јула до новембра 1995.године био присилно и трајно уклањање српског становништва из регије Крајина, силом, застрашивањем или претњама силом, прогонима, присилним расељавањем, премештањем и депортацијом, одузимањем и разарањем имовине или других средстава[1154]“.

На другом месту Хашки трибунал кривична дела третира као саставни део заједничког злочиначког подухвата, уједно као и средство да се омогући вршење кажњивих дела: „....Противправни напади представљали су важан елеменат у спровођењу удруженог злочиначког подухвата....Осим тога, удруженим злочиначким подухватом је била предвиђена депортација српског становништва великих размера са подручја некадашње Републике Српске Крајине, при чему је тамо требао остати врло малени број Срба. Стварањем ситуације у којој би на подручју бивше Републике Српске Крајине остао тек малени број Срба требало се у великој мери повећати могућност да припадници хрватских војних снага и Специјалне полиције изврше казнена дела против имовине Срба из Крајине[1155]“. У овом случају Хашки трибунал кривична дела третира као средство за остварење заједничког циља с тим што се средства (према наводима из пресуде) јављају као транспарентни део заједничког циља. Можемо приметити разлику у прецизирању

[1149] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крњојелац, параграф 80.

[1150] Трећа измењена и спојена оптужница против Милана Милутиновића и др., од 26. 06. 2006, параграф 19.

[1151] Оптужница против у предмету Готовина и др. од 21.05.2001.

[1152] Друга измењена оптужница у предмету Готовина и др. од 19.02.2004.

[1153] Измењена и спојена оптужница у предмету Готовина и др. од 17.02.2006, параграф 16-17.

[1154] Спојена Оптужница у предмету Готовина и др., 26. 06. од 2006.

[1155] Пресуда Претресног већа у предмету Готовина и др., параграф 2369-2370-2374.

места и улоге кривичних дела у односу на заједнички злочиначки подухват у предмету Готовина и др. у односу на предмет Милутиновић и др.

На основу овако постављених критеријума Хашки трибунал закључује: „Међутим, Жалбено веће, сматра да је закључак Расправног већа о кључној сврси о присилном уклањању српских цивила из Крајине углавном почивао на постојању противправних топовских напада на цивиле и цивилне објекте у четири града. Премда је Расправно веће размотрило доказе о планирању и последицама топовског напада како би поткрепило свој налаз о постојању заједничког злочиначког подухвата, ове доказе је изричито разматрало у светлу властитог закључка да су напади на четири града били противправни. Штавише, Расправно веће није закључило да је било који од жалилаца директно учествовао у усвајању дискриминаторске политике у Хрватској[1156]“.

На другој страни закључивања је став Већа Хашког трибунала у предмету Крстић: „Незамисливо је да би један командант, који активно учествује у војном походу, могао да не буде свестан једног тако очигледног узрочно последичног односа, као што је однос гранатирања и егзодуса становника Сребренице, а који је уочило готово целокупно особље ОУН-а на том подручју[1157]....Претресно веће закључје да је генерал Крстић морао знати да су војне активности против Сребренице биле срачунате да изазову хуманитарну кризу, која би касније довела до елиминације енклаве. Тиме је он играо водећу улогу у догађајима који су присилили терорисано цивилно становништво Сребренице да у страху за сопствени живот, побегне из града и крене ка Поточарима, и тако припреми терен за злочине који ће уследити[1158]“. У овом предмету у основи Хашки трибунал не третира сам напад на град као злочиначки подухват: „...Улога генерала Крстића у Кривају 95 није директно релевантна за злочине за које се терети Оптужницом, будући да се за напад на Сребреницу не тврди да представља кршење међународног права. Међутим, Кривају 95 је значајна за разматрање кривичне одговорности генерала Крстића за злочине који су уследили након заузимања Сребренице, јер представља њихову позадину[1159]“.

Из наведених закључака се види колико се тешко успоставља граница између војних активности и самих кривичних дела који се подједнако могу означити као заједнички циљ. Ове интерпретације отварају питање да ли сам заједнички циљ (у конкретном случају „Кривају 95“) има карактер злочиначки или се карактер злочиначки може заједничком циљу приписати тек касније са предузимањем радњи кривичних дела. И сам Хашки трибунал у предмету Толимир прихвата легитимитет саме војне акције Кривају 95[1160]. Указујемо да овакав след ствари отвара питање потребе за разграничењем саме

[1156] Пресуда Жалбеног већа у предмету Готовина и др.

[1157] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 335.

[1158] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 335.

[1159] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 332.

[1160] 423. Циљ операције Кривају није био прогон цивилног становништва, већ спречавање реализације офанзивних борбених дејстава Муслимана из Сребренице и Жепе. Циљ операције Кривају дат је у Наредби за активна борбена дејства коју је тадашњи Командант Дринског корпуса издао 02.07.1995 године у којој се изричито наводи: „Непријатељ је у склопу опште офанзиве на територију Републике Српске изводио нападе са ограниченим циљем према јединицама Дринског корпуса. Ценимо да ће непријатељ у наредном периоду према з/о ДК интензивирати офанзивна дејства са тежиштем на Тузланско-Зворничком и Кладањско Власеничком правцу уз истовремено дејство снагама 28.пд /пешадијске дивизије/ из енклава Сребреница и Жепа ради пресецања з/о ДК и спајања енклава са централним делом територије бивше БиХ коју држе муслиманске снаге. Последњих неколико дана посебно су активне муслиманске снаге из енклава Сребреница и Жепа. Убацују диверзантско теротистичке групе, које нападају и пале незаштићена села,

акције – заједничког циља и кривичних дела, посебно ако се пође од чињенице да је у конкретном случају заједнички циљ (у виду заузимања града) већ остварен у тренутку када почињу да се предузимају радње кривичних дела.

Екстензивно тумачење заједничког циља, које се у наведеним случајевима јавља као проширење без ограничења, додајемо и без потребе, омогућава да се и кривична дела приписују заједничком циљу, иако она немају функционалну везу са заједничким циљем (јер је заједнички циљ већ остварен). На овом месту указујемо да је у конкретном случају тешко применљив закључак о постојању трећег облика заједничког злочиначког подухвата ,мисли се на ситуациона убиства, будући да су дела која би сврстали у трећу категорију заједничког злочиначког подухвата, представљена као део каснијег плана, који је „разрађен у вечерњим часовима 11. јула и ујутру 12. јула[1161]“ што им одузима карактер “природног“ или „предвидљивог“. На наведено упућује и Претресно веће које злочине представља као дела која су наступила касније и која Хашки трибунал незграпно третира као „позадину освајања Сребренице[1162]“. Према наводима Хашког трибунала у наведеним

убијају цивилно становништво око енклава Жепа и Сребреница. Посебно је упоран у спајању енклава и стварању коридора ка Кладњу“. Даље у тексту Заповести детаљно наводе се расположиви подаци о ангажовању снага 28. дивизије из Сребренице и Жепе и њихови планови.

424. Као циљ дејстава наводи се: „изненадним нападом потпуно раздвојити и сузити енклаве Сребреница и Жепа, поправити тактички положај снага у дубини зоне и створити услове за елиминацију енклава.“

425. Разумна процена о чињеницама не би могла да доведе до закључка да је циљ напада било цивилно становништво. Разлог напада је јасно дат у Заповести, и он једетерминисао и циљ. Правно посматрано, Војска Републике Српске је чланом 60 Додатног протокола I уз Женевске конвенције имала несумњиво право да изврши напад на енклаву. Теза је одбране да ни други изведени докази не сугеришу да је циљ напада било цивилно становништво.

426. Кривања је имала ограничени војни циљ, само сужавање енклава и стварање услова за њихово освајање. Међутим, 09. јула 1995 године долази до промене одлуке. Међутим, ни тада циљ није био цивилно становништво.

427. Генерал Здравко Толимир је 09. јула 1995. године, пренео сагласност председника Републике о наставку борби у Сребреници. Документ којим се ова сагласност за заузимање Сребренице прослеђује јасно говори о намери која је постојала у вези са Сребреницом. Није у питању документ чија би сврха била предочавање јавности, већ документ који је носио ознаку „строго поверљиво.“ Стога нема шпекулација да је садржина овог документа издата у друге сврхе сем да се строго поштује при извођењу даљих борбених дејстава. У акту се децидирано наводи: „Упознат је председник Републике Српске да јединице Дринског корпуса изводе б/д око Сребренице и да су остварили резултате који их доводе у позицију да могу заузети и сам град Сребреницу“

428. У другом пасусу се јасно наглашава који је циљ заузимања Сребренице, и који, ни на који начин нема никакве везе са нападом на цивилно становништво. Наиме у овом документу се каже: „Председник Републике је задовољан резултатима б/д око Сребренице и сагласан је да се наставе дејства ради заузимања Сребренице, разоружања муслиманских терористичких банди и потпуне демилитаризације енклаве Сребреница“.

429. При томе, у истом акту преноси се наређење и формулише на начин који не оставља простор за било какве шпекулације или тумачења у смислу које врши тужилаштво. „Председник Републике је наредио да се у наставку б/д обезбеди пуна заштита припадника УНПРОФОР-а и муслиманског цивилног становништва и да им се гарантује сигурност уколико пређу на територију Републике Српске.“

430. Здравко Толимир је следећи пасус интонирао у форми наређења: „У складу са наређењем Председника Републике Српске издајте наређење свим борбеним саставима који учествују у борбеним дејствима око Сребренице да пруже максималну заштиту и сигурност свим припадницима УНПРОФОР-а и цивилном муслиманском становништву. Потчињеним јединицама наредите да се уздржавају од разарања цивилних циљева уколико на то не буду принуђени услед јаког отпора непријатеља. Забраните паљење стамбених објеката, а према цивилном становништву и ратним заробљеницима поступајте у складу са Женевским конвенцијама од 12. августа 1949. године“.

[1161] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 360.

[1162] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 332.

предметима „заједнички циљ“ имао је три фазе. Прва, прекид комуникација Сребреница – Жепа, друга фаза заузимање града (на основу наредбе Председника Републике Српске) и трећа фаза која почиње са кретањем избеглица из самог града. Из наведених чињеница проистиче закључак о имепративном карактеру утврђивања карактера злочиначког у самом заједничком циљу, али само у оном тренутку када заједнички циљ почиње да карактерише вршење кривичних дела[1163].

Док се у предмету Тадић, одговорност појединца на ниском нивоу ангажовања у вршењу дела шири на целокупну регију, у предмету Готовина одговорност се шири од општег ка ужем у виду радње „топничких удара“ путем „анализе удара“ по цивилним циљевима. На овом месту указујемо на велико одступање Хашког трибунала у Жалбеној пресуди у предмету Готовина и др. који у образлагању тезе Жалбеног већа о непостојању заједничког злочиначког подухвата врши раздвајање критеријума од општих места у виду циљева заједничког плана до начина спровођења оружане акције „Олуја“, задржавајући ниво закључивања постојања заједничког злочиначког подухвата само на постојању „противправних топовских напада“. Овакав став представља значајно одступање од закључака у предмету Тадић и предмету Крајишник у којима су радње кривичних дела представљене као средство за остваривање заједничког циља (у предмету Крајишник Хашки трибунал иде и даље и друга кривична дела која су предузимана ван договореног заједничког циља третира као средства која су касније прихваћена од оптуженог као начин остваривања заједничког циља). Закључујемо да је у оквирима закључивања „од општег ка посебном“, знатно лакше утврдити место и значај кривичних дела у односу на заједнички план, него у случајевима када се процес закључивања креће од посебног ка општем.

Утврђивање једног заједничког плана као злочиначког подразумева, на првом месту, утврђивање да ли су кажњива дела део заједничког плана и то као таква непосредно одређена и прихваћена од стране учесника у заједничком плану или се кажњива дела јављају као услов остваривања заједничког плана или тек као последица. Уколико кажњива дела не представљају транспарентно или подразумевано средство да се дође до остваривања циља заједничког плана, тешко је одређивати један заједнички циљ *a priori* као злочиначки. У том смислу са данашње дистанце може се поставити питање да ли су једнострани сепаратистички акт сам по себи или било која одлука политичког карактера злочиначки уколико се може претпоставити да би такви поступци могли довести до вршења кривичних дела или да ли се „хуманитарне интервенције“ могу *a priori* означити као злочиначке услед чињенице да се поједина кажњива дела могу јавити као природне или предвидљиве последице ових акција. Можемо закључити да се заједничка намера у односу на злочиначки карактер заједничког подухвата у кривичноправном смислу данас јавља као магловит[1164] или суштински споран појам.

На основу напред наведених закључака Хашког трибунала, видљиво је колико се у одсуству прецизно утврђеног места кривичних дела у једном заједничком плану, може кретати закључивање суда, и то почев од предузимања радњи које саме по себи не представљају кажњива дела до радњи која представљају начин извршења заједничког плана, до других дела који настају касније у поступку спровођења заједничког плана, а која нису била означена нити прихваћена као средство за извршење заједничког плана. Из

[1163] Расправа о легитимету акције Кривања 95, као и о постојању формално правних услова за проглашење Сребренице за „заштићену зону“ иде изван расправе о заједничком циљу, па се овде нећемо задржавати.

[1164] M. Damaška, *Boljke zajedničkog zločinačkog poduhvata*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo, Zagreb, Vol. 12-1/2005, str. 8.

овог искуства можемо да закључимо да је за утврђивање карактера злочиначког подухвата потребно да сам заједнички план или начин извршења заједничког плана, представља довољан и поуздан основ за примену кривичноправних норми омогућавајући лако и недвосмислено успостављање везе између заједничког плана и кривичних дела. Из тако поједностављеног приступа, следе и могућности које је уводио Хашки трибунал у виду проширивања заједничког злочиначког подухвата на највише цивилне и војне лидере. Овакав приступ представља основ за још један путоказ у даљој примени заједничког злочиначког подухвата, а који подразумева ограничену примену заједничког злочиначког подухвата, и то ограничење по основу, како територијалног, тако и по основу персоналног критеријума.

Злочиначки карактер заједничког плана уједно омогућава и интерпретацију историјских чињеница које у судском поступку могу бити веома површне или погрешне[1165]. Из тих разлога инсистирамо на успостављању јасних критеријума који треба да омогуће одвајање заједничког плана као таквог и вршења кривичних дела. То је значајно и са аспекта раздвајања завере и заједничког злочиначког подухвата, посебно на одређивање могућности примене доктрине заједничког злочиначког подухвата на ниже облике организација (у којима окривљени заузимају одређена места), а који би се примењивали на географски ограничена подручја. У супротном, олако повезивање кривичних дела са заједничким планом у условима када не постоје критеријуми за дефинисање самог заједничког плана као криминалног, лако се може претворити у суђење историји са несагледивим импликацијама. На ово указујемо из разлога што сам заједнички циљ у највећем броју случајева у којима се не примењује концепт завере, не садржи експлицитне, нити прећутне договоре о вршењу кажњивих дела као сврхе заједничког циља или као средство да се дође до остварења заједничког циља. Хашки трибунал је у решавању овог питања отишао предалеко омогућавајући да се поједине историјске идеје или геополитички циљеви третирају као заједнички злочиначки подухват. Посебно је питање које заслужује разматрање како означити неки заједнички подухват као злочиначки. Да ли на основу садржине дела која се јављају као природна последица зацртаних циљева, а који су већ инкриминисани одређеним међународно правним актима или на основу општепознатих историјских и геополитичких циљева, који су често главни циљ подухвата. У том смислу је коришћење термина „Велика Србија“ неприхватљиво и погрешно, јер се (без намере у дубље упуштање у значење синтагме, још мање у поистовећивање са сличним) ради о уобичајеним називима одређених геополитичких циљева без намере поистовећивања, на исти начин на који су то “*marre nostro*”, “*Drang nach Osten*”, “*Megali idea*”, “*new world order*” итд. На овај начин, оставља се велика могућност суду да поред утврђивања историјског контекста једног оружаног сукоба (што се јавља као неминовност у сваком случају), приступа и интерпретацији историјских чињеница.

Закључујемо да Хашки трибунал има различит приступ о одређивању временског трајања заједничког злочиначког подухвата. Тако, се заједнички злочиначки подухват у предмету Брђанин везује за политичке циљеве и одређује да је „предметни заједнички злочиначки подухват започео најкасније оснивањем Скупштине српског народа у Босни и Херцеговини, 24. новембра 1991.године и постојао током читавог раздобља сукоба у

[1165] О наведеном проблему више у: К. Чавошки, *Пресуђивање историји у Хагу*, Хришћанска мисао, Београд, 2002, и у В. Петровић, *Друштвени научници као вештаци у међународном кривичном суду за бившу Југославију и другде*, Филозофија и друштво, Београд, бр. 2/2007, стр. 103-116.

Босни и Херцеговини, све до потписивања Дејтонског споразума 1995.године[1166]“, док се у предмету Готовина заједнички злочиначки подухват, иако везан за политичке намере „трајног уклањања српског становништва са подручја Крајине[1167]“ ограничава на период „најкасније до јула 1995.године, а у потпуности је проведен у августу 1995.године и касније“. Овоме у прилог наводимо и предмет Слободан Милошевић који је обухваћен удруживањем у чак три заједничка злочиначка подухвата, док је у оптужницама против актера акције „Олуја“ заједнички злочиначки подухват ограничен географски, да би у оптужницама против косовских Албанаца заједнички злочиначки подухват ограничен временски, на један део трајања сукоба.

Још једно проблемско поље утврђивања злочиначког карактера заједничког плана представља и могуће „преклапање заједничких злочиначких подухвата“ што се јавља у условима када је један заједнички злочиначки подухват настао као реакција на паралелни заједнички злочиначки подухват који се приписује другим оптуженима. На основу јуриспруденције Хашког трибунала можемо закључити да су на територији Хрватске према наводима из оптужница постојала два сукобљена заједничка злочиначка подухвата: један на српској и други на хрватској страни[1168], као и „да у оквиру заједничког злочиначког подухвата може бити и других споредних заједничких злочиначких подухвата[1169]“. Ово не схватамо као недоследност, већ као проблем који се може одразити на принцип приписивања кривичних дела заједничком плану.

Прихватање ширег приступа одређивању заједничког подухвата као криминалног, омогућило је и увођење појмова као што су то „колективни криминалитет[1170]“ у широким оквирима заједничког злочиначког подухвата, те примену заједничког злочиначког подухвата на организоване групе или друге облике формалног удруживања у које се могу сврстати политичке странке, војне формације, полицијске јединице итд, као и омогућавање утврђивања више заједничких злочиначких подухвата у оквиру једног заједничког злочиначког подухвата,

Уколико су кривична дела договорен и прихваћен начин остваривања заједничког плана или можда и *condition sine qua non* заједничког плана или циља, у том случају би оптужба за заједнички злочиначки подухват морала остати ограничена на директне учеснике договора извршења заједничког плана вршењем кривичних дела. Наведени став олакшава примену заједничког злочиначког подухвата јер одређивањем места кривичних дела у оквиру заједничког плана омогућава доказивање злочиначког карактера заједничког плана, и уједно омогућава да се круг потенцијалних оптуженика не шири непотребно, већ остаје само на учесницима код којих је примењив директан умишљај. Полазећи од умишљаја као захтеваног облика виности, само одређење злочиначког карактера заједничког плана или циља помаже и у поступку дефинисања психичког односа према делу. У предмету Крстић и у предмету Крајишник значајан акценат на утврђивање карактера злочиначког у оквиру примене заједничког злочиначког подухвата на конкретне случајеве стављен је на документ под називом: „Одлука о стратешким

[1166] Шеста измењена Оптужница против Брђанина од 09. 12. 2003.године, параграф 27.

[1167] Измењена и спојена оптужница у предмету Готовина и др. од 21.02.2008. године.

[1168] О овоме више у: I. Bojanić, D. Derenčinović, Ž. Horvatić, D. Krapac, M. Seršić, *Teorija zajedničkog zločinačkog poduhvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze*, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, MMVII, стр. 116.

[1169] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка и др., параграф 307.

[1170] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 191.

циљевима српског народа у Босни и Херцеговини[1171]“. Из овог документа који је усвојен 12. маја 1992.године од стране Народне скупштине Републике Српске, развили су се покушаји да се постојање заједничког злочиначког подухвата заснује на овом документу. Ишло се и даље, па је у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије држава тужилац на овом документу покушала да докаже постојање *dolus specialis* за дело геноцида. Међународни суд правде није прихватио наведени документ као доказ о постојању специфичне намере[1172].

На овом месту са аспекта проблематизовања тезе о паушалном и екстензивном схватању злочиначког карактера заједничког циља указујемо на могућност постојања вишеструког злочиначког подухвата у оквиру истог. Хашки трибунал закључује: „У оквиру заједничког злочиначког подухвата може бити и других споредних кривичних подухвата[1173]“. Све наведено упућује на потребу да се јасно утврде критеријуми који ће омогућити утврђивање места кажњивих дела у оквиру заједничког циља или заједничког подухвата. Сматрамо да се то може учинити једино путем утврђивања места и улоге кривичних дела са аспекта утицаја на остваривање циља заједничког подухвата. Све остало, на шта упућује судска пракса, омогућава да се употребом квалификатива злочиначки подухват, кривична одговорност шири до неслућених размера.

4.4.Статут Специјалног суда за Сиера Леоне

Током марта 2009.године Специјални суд за Сиера Леоне (ССЛ)[1174] објавио је пресуду у предмету *The procecutor v Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, познатији као *RUF Case.* Двојица првоокривљених Сеси и Калон осуђени су по основу учешћа у заједничком злочиначком подухвату прописаним чланом 6(1) и (3) Статута суда, док је Гбао осуђен за ратне злочине и злочин против човечности због своје улоге у заједничком злочиначком подухвату по основу својства надређеног[1175]. Од значаја је чињеница да су сви оптужени играли значајне улоге у оквиру “Уједињеног револуционарног фронта[1176]“. Заједнички злочиначки подухват дефинисан је као: „ Заједнички план или циљ (удружени злочиначки подухват) који је подразумевао све неопходне акције које би омогућиле стицање и вршење политичке контроле над територијом Сиера Леоне, посебно дијамантима богатом рударске области. Природни ресурси Сијера Леоне, посебно брилијанти, требало је да се обезбеди да лица изван Сијера Леоне учествују у спровођењу удруженог злочиначког подухвата.

[1171] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 371.

[1172] Пресуда Међународног суда правде у предмету Босна и Херцеговина против Републике Србије, параграф 372.

[1173] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка и др., параграф 307.

[1174]Специјани суд за Сиера Леоне основан је Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 1315 од 14.03.2000.године. Куриозитет је да члан 20. став 2. Статута овог суда утврђује примену другостепених одлука Хашког трибунала.

[1175]M. S. Jaques, N. Zerial, S. Rihani, *Special Court for Sierra Leone: Joint Criminal Enterprise*, Human Law Perspectives, Australian Red Cross, 2010, p. 4.

[1176]C. Rose, *Troubled Indictments at the Special Court for Sierra Leone:The Pleading of Joint Criminal Enterprise and Sex-Vased Crimes*, Journal of International Criminal Law, (2009) 7, p. 353-356.

Заједнички злочиначки подухват подразумевао је остваривање контроле над становништвом Сијера Леоне, са циљем да се спречи или смањи отпор контроли над географским подручјем и употреби део становништва у циљу подршке члановима удруженог злочиначког подухвата. Злочини наведени у овој Оптужници, укључујући незаконита убиства, отмице, принудни рад, физичко и сексуално насиље, употреба деце-војника, пљачкање и паљење цивилних структура, били су или у оквиру акције удруженог злочиначког подухвата или су били разумно предвидива последица удруженог злочиначког подухвата[1177]".

Суд је закључио да сам подухват иако у својој суштни није био криминалан чин сам по себи (за разлику од става Хашког трибунала у предметима Тадић и Стакић), карактеристичан је био по својој намери да се спроведе кроз вршење кривичних дела. Наведени закључак је значајан због самог утврђивања карактера „злочиначког " у једном подухвату. Такође треба истаћи да је суд у овом случају као један од елемената заједничког злочиначког подухвата захтевао утврђивање „значајног доприноса" у вршењу дела што представља још једну тачку раздора у односу на судску праксу Хашког трибунала.

4.5. Статут Међународног кривичног суда

Статут Међународног кривичног суда је значајан са аспекта прописивања и примене заједничког злочиначког подухвата јер је први пут на детаљан начин прописана индивидуална одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата. На наведено је указала и судска пракса (Хашки трибунал и Међународни кривични суд за Руанду) која је чињеницу да и Статут Међународног суда за Руанду прописује одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата, користила у свом оправдању примене овог института на конкретне случајеве. Сама чињеница да Статут Међународног кривичног суда представља својеврсну кодификацију међународног кривичног права, довољна је за закључак да је знатно сужен простор судској пракси да сама утврђује облике одговорности путем тумачења Статута или путем тумачење воље доносиоца Статута (као што то чини Хашки трибунал).

Место и улога заједничког циља или подухвата може се пронаћи најпре у члану 7. Статута Међународног кривичног суда, у оквиру прецизирања радњи злочина против човечности. Тако у ставу 2. тачка а) се указује да се „под нападом усмереним против цивилног становништва сматра деловање које се заснива на извршењу више радњи прецизираних у ставу 1. овог члана, а које се предузимају против цивилног становништва као таквог, при чему је овакво деловање проистекло на основу или поводом политичког програма државе или какве друге организације која је својим програмом подстрекавала да се такво дело изврши". Наведена одредба указује да Статут Међународног кривичног суда, заједнички циљ може квалификовати као злочиначки у условима када злочин против човечности проистиче директно из политичког програма или поводом политичког програма.

[1177] M. S. Jaques, N. Zerial, S. Rihani, *Special Court for Sierra Leone: Joint Criminal Enterprise*, op.cit, p.6.

На основу наведеног, кривично дело се јавља као последица политичког програма, и то у виду деловања „које се заснива на извршењу радњи“ кривичног дела. При томе само деловање не поистовећује сам циљ политичког програма са радњама дела. Овакво широко дефинисање указује да је за Статут Међународног кривичног суда неважно да ли се кривично дело јавља као услов, средство за остваривање циља заједничког плана или циљ сам по себи, већ је довољно да се доведе у везу са заједничким планом или циљем у смислу утврђивања директног нексуса између самог циља и кривичног дела. Са друге стране, када је реч о програму организације, Статут се задржава на подстрекавању. Можемо уочити разлике у приступу између политичког програма државе и програма организације која се заснива на „извршењу више радњи“ (у случају програма државе) и „подстрекавању“ (у односу на организацију).

Евидентно је да Статут Међународног кривичног суда оставља преширок простор за повезивање самих радњи кривичног дела са политичким програмом државе, посебно имајући у виду одредбе да је за утврђивање „деловања“ из кога се изводе радње кривичног дела довољна не директна веза, већ уопштена веза коју Статут задржава на нивоу „проистекла “ или „поводом“. Утисак прешироко постављене везе појачава и тачка и) „присилно нестајање физичких лица“ код које се између радње дела (хапшење, затварање или отмица лица) захтева директна веза између државе и политичке организације у виду радње предузете „од стране државе и политичке организације“ или „са њиховим одобрењем, односно уз њихову подршку“. Указујемо и на дело „апартхејд“ чије се извршење директно везује за „подршку одређеног режима“ који се у овом случају јавља као сурогат онога што се већ у наредном ставу означава као држава.

У оквиру члана 25. став 3. тачка Д) Статута Међународног кривичног суда заједнички циљ се јавља у оквиру: „извршења кривичног дела иза кога стоји група лица која делује са заједничким циљем“. У подтачки И) утврђује се одговорност за допринос делу који је: „учињен са циљем даљег вршења кривичне актиности или даљег остваривања циља те групе, када активност и циљ те групе имају за последицу вршење кривичног дела из надлежности Суда“. На основу оваквог одређења, као и одређења у ставу и) „учињен са знањем о намерама групе да учини злочин“ закључујемо да се кривична дела јављају као основни циљ или активност саме групе. Овако постављено место заједничког циља удаљава сам концепт злочиначког подухвата од схватања које је изнето у оквиру групе злочини против човечности. Посебно је интересантно што у оквиру члана 25. Статута – индивидуална кривична одговорност, Статут говори само о „групи лица“, док члан 7. јасно указује на ентитете као што су држава, организација или чак „режим“. На овај начин Статут Међународног кривичног суда се удаљава од концепта заједничког злочиначког подухвата прихваћеног у јуриспруденцији Хашког трибунала и приближава се класичном концепту завере.

Предмет анализе посебно заслужује став 3, тачка Д) који прописује одговорност више лица са заједничким циљем. Наиме, овакав концепт веома је близак или је исти са концептом „удруживања“, иако је судска пракса Хашког трибунала одавно закључила да су „удружени злочиначки подухват и удруживање два различита вида одговорности[1178]“. Овакво одређење злочиначког подхвата од стране Статута Међународног кривичног суда не даје могућност да се направи (толико потребна) разлика између чињенице самог постојања договора и чињенице да су предузете неке радње како би се подухват спровео у

[1178] Одлука Жалбеног већа, по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност – удружени злочиначки подухват, параграф 23.

дело. Статут Међународног кривичног суда остаје на нивоу "групе лица са заједничким циљем".

Карактеристично је да Статут Међународног кривичног суда радњу извршења прописује као „било који други начин доприношења извршењу или покушају извршења таквог злочина од стране групе лица са заједничким циљем". На овај начин Међународни кривични суд приближава одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата, саучесничкој одговорности. Постоје значајне разлике између елемената субјективних и објективних у односу на праксу Хашког трибунала. Дамгард поставља питање могућности примене Статута Међународног кривичног суда у домену трећег облика заједничког злочиначког подухвата. Овоме додајемо одредбе члана 30. став 3. Статута Међународног кривичног суда која јасно дефинише „свест учиниоца" која директно произилази из спознаје свих посебних обележја кривичног дела и свест о последици која ће наступити ако се остваре остали елементи бића кривичног дела. Овоме додајемо и одредбе члана 22. Статута које захтевају рестриктивно тумачење прописа у смислу *favor rei*.

Овакав став недвосмислено нас упућује на закључак да је трећи облик заједничког злочиначког подухвата непримењив са аспекта Статута Међународног кривичног суда. Овакво решење из Статута омогућава утврђивање одговорности и код оног окривљеног који није део „групе лица са заједничким циљем". Одредба става 3. тачка Д, врши својеврсну диференцијацију самог окривљеног који „на било који начин доприноси" враћајући га у сфере саизвршилаштва и саму чињеницу постојања „групе са заједничким циљем". Наведеном решењу се може замерити овакво подвајање окривљеног у односу на групу, будући да Статут даље *mens rea* овог окривљеног јасно повезује са циљем групе (циљ групе Статут дефинише као активност и циљ који подразумевају чињење злочина у надлежности суда). Окривљени се одређује на начин који га чини саставним делом кривичне активности или циља групе, посебно имајући у виду да овај став прописује алтернативно поступање окривљеног у погледу постојања намере као доказ о намери и „знање о намерама групе да учини злочин!". На овај начин окривљени се као члан заједничког злочиначког подухвата своди на саизршиоца у односу на заједнички злочиначки подухват.

Такође, овакво дефинисање групе у многоме одступа од дефинисања групе у контексту заједничког злочиначког подухвата који је чињен у пресудама Хашког трибунала, да група не мора да подразумева договор. Штавише договор не мора бити унапред договорен или формулисан, већ заједнички план може бити импровизован и на лицу места[1179]. Будући да овакав став Хашког трибунала данас представља опште место тешко је примењива одредба која намеру своди на „знање о намерама групе да учини злочин". Уколико овом решењу супротставимо став Хашког трибунала да „договор не мора бити изражен, већ се може закључити на основу околности[1180]" или закључак Хашког трибунала да „две или више особа у заједничком деловању у појединачним актима могу међу собом успоставити прећутно разумевање или аранжман кроз споразум створен међу њих и након што су дела учињена[1181]" као *probatio diabolica* јавиће се

[1179] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, парагараф 227.

[1180] Пресуда Претресног већа у предмету Василијевић од 29.11.2002, параграф 66 („Две или више особа у заједничком деловању у појединачним актима,могу међу собом успоставити прећутно разумевање или аранжман кроз споразум створен међу њих и након што су дела почињена").

[1181] Пресуда Претресног већа у предмету Василијевић, параграф 66.

задатак утврђивања „знања о намерама групе да учини злочин“. Статут Међународног кривичног суда не нуди одговор на питања која су се већ јавила у појединим предметима.

Указујемо и на став Хашког трибунала да у оквиру заједничког злочиначког подухвата може бити и других споредних кривичних подухвата[1182]“, као и чињеницу да је Хашки трибунал заузео став да је одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата примењива и у односу на накнадно учињена кривична дела (у предмету генерал Крстић то су обухватала дела ископа и поновног укопа настрадалих). Имајући у виду овакве ставове који могу бити предмет разматрања и пред Међународним кривичним судом, јасно је да ће овакво апстрактно и *an generale* утврђивање намере довести до апсурда било који поступак утврђивања одговорности. Такође оваквом решењу се може замерити што није на адекватан начин извршило коначну диференцијацију између завере и заједничког злочиначког подухвата на начин који би подразумевао дефинисање заједничког злочиначког подухвата. Дефинисање заједничког злочиначког подухвата потребно је и из разлога што се као његови носиоци могу јавити како војне, полицијске паравојне организације, тако и недефинисани облици удруживања.

Са аспекта примењивости Статута указујемо најпре на одредбе члана 1. став 1. Статута који примену Статута ограничава на „најтежа казнена дела међународног значаја“, те на својеврсну „допустљивост поступка“ када је „случај недовољне тежине која не оправдава даље поступање суда“, а која је прописана чланом 17. став 1. тачка Д) Статута. Имајући у виду наведена ограничења јасно је да примена одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата тешко може обухватити тзв. другу категорију заједничког злочиначког подухвата (тзв. категорију концентрациони логори) која обухвата према становишту Хашког трибунала и категорије нижих починилаца. У члану 25. утврђени су принципи индивидуалне одговорности. На основу тумачења одредби тачке Д) може се закључити да Статут одговорност заснива на доприносу извршењу или покушају извршења кривичног дела иза кога стоји група лица која делује са заједничким циљем.

Овакво опредељење указује да сам Статут још увек не прави толико потребну разлику између лица са заједничким циљем (које можемо означити као заједнички подухват) и односа кривичног дела и заједничког циља. Односно, још увек се не врши прецизно појмовно одређење „заједничког циља“ у смислу потребе да се утврди да ли заједнички циљ представља кривично дело сам по себи или вршење кривичних дела представља само средство да дође до остварења заједничког циља. У овом случају „заједнички циљ“ служи само као доказ који би у пракси потврђивао кохерентност групе, заједничко деловање групе, али истовремено може отежати приписивање појединих кривичних дела свим члановима групе, посебно имајући у виду наводе из Статута да „...такав допринос мора бити намеран“ (члан 25. став 3. тачка Д).

Статут Међународног кривичног суда третира групу као кохерентну категорију. То је група која чини кривична дела или која делује са заједничким циљем. Овакав став имплицира доказивање групе као једне постојане организације. Но, он је потпуно супротан ставу Хашког трибунала који данас представља опште место да „нема потребе да тај план, замисао или намера буду претходно договорени или формулисани. Заједнички план или намера могу бити импровизовани на лицу места, а изводе се из чињенице да више особа делује заједно како би спровели у дело заједнички злочиначки подухват[1183]“.

[1182] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка и др., параграф 307.

[1183] Пресуда Жалбеног већа у премету Тадић, параграф 227.

Намеран допринос (који представља основ индивидуалне одговорности) може бити учињен путем „омогућавања даљег вршења кривичне активности или даљег остваривања циља групе“, што ствара збрку у погледу утврђивања намере коју Статут неосновано шири не само на кривичне активности, већ и на остваривање циља групе који у пракси (као ни у теорији) не мора да буде кривична активност сама по себи, чак ни криминогени фактор.

Даље, везујући кривично дело као последицу активности и циља групе, Статут у овом делу улази у воде завере за вршење кривичних дела. Указујемо и на одредбу члана 25. став 3. тачка Д), који утврђује намерни допринос остваривању циља групе и на случајеве у којима учинилац поступа са намером и „знањем о намерама групе да почини злочин“. Овакво опредељење је упитно јер омогућава да се намера једног учиниоца преко критеријума „знања“ поистовећује са намерама групе која чини злочин. Овакав приступ је непримењив у односу на други и трећи облик заједничког злочиначког подухвата, како је то утврдио Хашки трибунал. Овде је важно указати да групу са заједничким циљем Статут поистовећује са групом која чини злочин, што је квалитативно удаљава од доктрине заједничког злочиначког подухвата. Статут Међународног кривичног суда у члану 30. (виност) и тачки 3. свест учиниоца кривичног дела дефинише као „спознају свих посебних обележја кривичног дела, као и свест о последици која ће наступити ако се остваре остали елементи бића кривичног дела“. Овакво одређење је непримењиво у односу на другу и трећу категорију заједничког злочиначког подухвата на темељима које је поставио Хашки трибунал.

Може се закључити да су значајне разлике у погледу третирања заједничког злочиначког подухвата у Статуту Међународног кривичног суда у односу на ставове Хашког трибунала. Посебно се указује на разлику у погледу знања о намери групе да учини злочин како то упућује члан 25. став Д) Статута Хашког трибунала. Одређење Статута Међународног кривичног суда одступа од става Хашког трибунала у погледу *mens rea* будући да учинилац не мора да дели исти *mens rea* са другим учиниоцем, већ оптуженог своди на ниво „доприноса“ тј. помагача или саучесника. Посебно је значајно што овакво одређење Међународног кривичног суда учиниоца претвара у лице ко није и не мора да буде укључено у заједнички циљ, нити да се идентификује са осталим учесницима у заједничком циљу, али дели намеру достојну саучесника. Статут Међународног кривичног суда у члану 25. став 3. тачка д) везује одговорност за чињеницу знања о намерама групе. Овоме супротстављамо став Хашког трибунала који у предмету Ојданић[1184] управо чињеницу знања о заједничком злочиначком подухвату користи као основ раздвајања саучесништва и саизвршилаштва полазећи од чињенице да Хашки трибунал заједнички злочиначки подухват третира као облик извршилачке одговорности, док Статут Међународног кривичног суда заједнички злочиначки подухват третира као део саучесничке одговорности.

[1184] Одлука Жалбеног већа по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност – удружени злочиначки подухват, параграф 20.

4.6.Заједнички злочиначки подухват

у светлу међународног обичајног права

При разматрању доктрине заједничког злочиначког подухвата као једно од основних може се поставити питање да ли је заједнички злочиначки подухват део међународног обичајног права. Наведено питање је од суштинске важности имајући у виду начело законитости као једно од основних начела међународног кривичног права. У циљу утврђивања заједничког злочиначког подухвата као дела међународног обичајног права, указаћемо на закључке Хашког трибунала, који се први бавио овим питањем. Имајући у виду одредбе Статута Хашког трибунала, може се закључити да се заједнички злочиначки подухват као облик одговорности изричито не спомиње као облик одговорности. Тога су били свесни и у Хашком трибуналу. Тако Жалбено веће у предмету Тадић закључује: „Статут не специфицира (ни изричито, нити импликацијом) објективне и субјективне елементе ове категорије колективног криминалитета. Да би се идентификовали ти елементи морамо се окренути међународном обичајном праву[1185]“.

Имајући у виду и став Генералног секретара ОУН да „примена начела *nullum crimen sine lege* налаже да међународни суд примењује правила међународног хуманитарног права која су ван сваке сумње постала део обичајног права [1186]“, Хашки трибунал је у предмету Тадић приступио утврђивању заједничког злочиначког подухвата као дела међународног обичајног права. На основу наведених извора права, Хашки трибунал је утврдио да примена заједничког злочиначког подухвата мора да испуњава следеће услове: 1)мора бити предвиђен Статутом, експлицитно или имплицитно, 2) морао је у релевантно време постојати у међународном обичајном праву, 3) меродавно право које предвиђа такву врсту одговорности морало је у релевантно време бити у довољној мери доступно сваком ко је тако поступао и 4) такво лице морало је бити у могућности да предвиди да би могло кривично да одговара за своје поступке[1187].

На овом месту указујемо на став Генералног секретара ОУН[1188] који у свом извештају као несумњиве изразе међународног обичајног права наводи: Женевску конвенцију о заштити жртава рата од 12. августа 1949. године, Четврту Хашку конвенцију у погледу права и обичаја ратовања на копну од 18. октобра 1907. године, Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида од 9. децембра 1948. године и Статут Међународног војног суда од 8. августа 1945. године. То указује на рестриктиван став (насупрот приступу Хашког трибунала) према ономе шта твори међународно обичајно право. Насупрот томе, Хашки трибунал иде даље и у помоћ позива судску праксу и поједине међународне конвенције. Остајући још на тренутак у домену извештаја

[1185] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 194.

[1186] В. А. Василијевић, *Извештај генералног секретара УН на основу параграфа 2. Резолуције Савета безбедности бр. 808(1993) и Статут међународног трибунала за суђење лицима која су одговорна за тешке повреде међународног хуманитарног права на територији некадашње Југославије од 1991.године*, Међународни кривични трибунал, Прометеј, Београд, стр. 159.

[1187]Одлука по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност – удружени злочиначки подухват од 21. маја 2003.године, параграф 21.

[1188] В. А. Василијевић, *Међународни кривични трибунал*, op.cit., стр. 159.

Генералног секретара ОУН[1189] указујемо да се и у самом извештају (који је претходио формирању Хашког трибунала) инсистира на појединачној одговорности.

У том смислу индикативни су закључци у одељку Ц: „Надлежност *ratione personae* и појединачна кривична одговорност“ у којима се не прихвата да се надлежност Хашког трибунала односи на удружења и организације из које би проистекла одговорност по основу чланства. Још је јаснији и закључак (тачке 53-59.) који јасно опредељује да је одређивање одговорности у члану 7. Статута Хашког трибунала учињено са циљем да поступку утврђивања кривице буду подвргнута лица која су „учествовала у планирању, припреми или извршењу тешких повреда...“(тачка 54.), као и „шефа државе, владиних службеника и лица која имају службена овлашћења“(тачка 55.), те „лица у надређеном положају“ (тачка 56.). Циљ прописивања одговорности у члану 7. Статута Хашког трибунала видљив је управо у овом извештају у коме се одговорност темељи на планирању, припреми или извршењу или одговорности по односу надређеног положаја. Генерални секретар иде толико далеко да наведени облик одговорности лица у надређеном положају означава као „претпостављена одговорност или кривични нехат“. Имајући у виду да наведени извештај садржи делимично и описе основа одговорности, да се у извештају не спомиње одговорност по основу заједничког циља, заједничке намере или заједничког злочиначког подухвата, те да је експлицитно искључена одговорност по основу чланства у удружењу и организацији, нејасно је како се могло приступити утврђивању одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата полазећи од изјаве Генералног секретара.

Од првих случајева заједничког злочиначког подухвата, тужилаштво и Хашки трибунал примену ове доктрине у контексту поштовања начела законитости *nullum crimen sine lege*, заснивали су на тврдњи (потом и закључку) да је заједнички злочиначки подухват део међународног обичајног права, те да без обзира што се изричито не спомиње као облик одговорности у статутима Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду, исти се може применити, те да се тиме не повређује начело законитости. Одбрана је, са друге стране, тврдила да примена заједничког злочиначког подухвата директно повређује начело законитости из разлога што статути *ad hoc* трибунала не предвиђају експлицитно позивање на овај облик одговорности (предмети Тадић, Ојданић, Карамера, Челебић итд.). Одбрана је у појединим случајевима ишла толико далеко да се таква чињеница (да статут Хашког трибунала не предвиђа одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата) има третирати у складу са начелом *in dubio pro reo*[1190]. Основу за закључак да заједнички злочиначки подухват представља део међународног обичајног права, суд је пронашао кроз интерпретацију судских одлука које су донете у суђењима након Другог светског рата, потом позивајући се на поједине изворе међународног материјалног права у виду међународних конвенција, потом Статута Међународног кривичног суда, као и на један број националних законодавстава. Очигледно је да је Хашки трибунал одбрану става о заједничком злочиначком подухвату као делу међународног обичајног права вршио на више паралелних поља.

На првом месту је приступио тумачењу Статута потпомогнутом ставовима Генералног секретара ОУН. Тако се Статут Хашког трибунала тумачио полазећи од „циља и сврхе Статута који је довео до закључка да је „намера Статута да се надлежност

[1189] В. А. Василијевић, *Међународни кривични трибунал*, ibid., стр.162.

[1190] Одлука по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност – удружени злочиначки подухват од 21. маја 2003.године, параграф 27.

међународног суда протегне на све који су одговорни за тешка кршења међународног хуманитарног права[1191]“ да би се овај закључак повезао са изјавом Генералног секретара ОУН, да „генерални секретар верује да су све особе које учествују у планирању, припреми или извршењу тешких кршења међународног хуманиратног права у бившој Југославији индивидуално одговорне за та кршења[1192]“. На основу оваквих интерпретација Статута, Хашки трибунал закључује: „...Ако је тако, разумно је закључити да се Статут не ограничава на томе да пружи надлежност над особама које планирају, подстичу, наређују, физички чине злочин или на други начин помажу и подржавају његово планирање, припрему или извршење. Статут овде не стаје: ...Ко год доприноси учињењу злочина од стране групе особа или неких чланова те групе извршењу заједничке криминалне намере, може се сматрати кривично одговорним, уз извесне услове који су ниже наведени[1193]“.

Уколико се изнова позабавимо изјавом Генералног секретара ОУН коју Хашки трибунал третира као извор права, указујемо да такве одредбе нису садржане у другим резолуцијама Савета безбедности, које се се бавиле кризом у бившој СФРЈ. Насупрот томе, већи број резолуција Савета безбедности недвосмислено указују на потребу да се приступи утврђивању кривице за кршења међународног хуманитарног права кроз директно вршење кривичних дела или кроз давања наредби за вршење кривичних дела. Посебно је значајно указати да резолуције Савета безбедности принцип „кривице“ задржавају у односу на лица која директно изврше повреде или на лица која наређе њихово извршавање. У том смислу указује се да се одредбе Резолуције 764 од 13. јула 1992.године, Резолуције 771 од 12. августа 1992.године, Резолуције 780 од 6.октобра 1992.године, Резолуције 787 од 16. новембра 1992.године, Резолуције 808 од 22. фебруара 1993.године, Резолуције 817 од 17. априла 1993.године и Резолуције 820 од 18. априла 1993.године заснивају на директном извршењу злочина или издавању наређења[1194].

Указујемо и на Резолуцију Савета безбедности 955 од 09.11.1994.године којом је основан Међународни трибунал за Руанду. Овим актом тачком 1. утврђено је да је Трибунал установљен искључиво „ради гоњења лица одговорних за геноцид и друге озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији Руанде и од руандских становника одговорних за геноцид и друге такве повреде извршене на територији суседних држава између 01.01.1994. године и 31.12.1994. године“. То указује не само на разлику у конституисању Међународног кривичног суда за Руанду у односу на Хашки трибунал у погледу намере међународне заједнице (коју Хашки трибунал тумачи као изражену намеру да одговорности буду подвргнути сви одговорни за кршења међународног хунамитарног права), већ и на разлику *ratione materie* између ова два *ad hoc* суда.

На другом месту суд је приступио навођењу судске праксе имајући у виду суђења након Другог светског рата. То су предмети, *Georg Otto Sandrock et al*., *Schonfeld, Einsatygruppen, Dachau, Belsen, Ponzano, Essen West* (познато као Есенско линчовање), *Kurt Goebell et al*. (познато као острво Боркум), *D Ottavio et al*. Посебан куриозитет представља чињеница да је Хашки трибунал у утврђивању судске праксе која представља доказ о постојању међународног обичаја истовремено вршио и класификацију заједничког злочиначког подухвата у више облика. На овај начин Хашки трибунал је покушао (и успео) да широком интерпретацијом појединачних случајева кроз утврђивање најмање три

[1191] В. А. Василијевић, *Међународни кривични трибунал*, op.cit., параграф 54.

[1192] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 190.

[1193] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 190.

[1194] Б. Милинковић, *Уједињене нације 1945-1995, Између признања и покуде*, op.cit., стр. 179-301.

облика заједничког злочиначког подухвата, успостави постојање заједничког злочиначког подухвата као међународног обичаја. На овом месту указујемо да Хашки трибунал није најпре утврдио основне елементе заједничког злочиначког подухвата, као ни „базични“ облик заједничког злочиначког подухвата који би се могли пронаћи у судској пракси након Другог светског рата, већ је ишао обрнутим правцем, најпре је утврђивао постојање различитих облика заједничког злочиначког подухвата указивањем на различите предмете у којима су различити облици заједничког злочиначког подухвата, примењивани и тако утврђује постојање међународног обичаја.

На тај начин успостављање (чак) три облика заједничког злочиначког подухвата омогућили су касније позивање на значајан број суђења након Другог светског рата пренебрегавајући чињеницу да се закључци у погледу намере или заједничког циља разликују и у самим примерима судске праксе које наводи Хашки трибунал. У том смислу један од илустративнијих примера представљају закључци у погледу постојања одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата у случају *Dachau Concentration Camp* (познат као предмет Концентрациони логор Дахау) у односу на дијаметрално различит став суда у предмету *Case against R. Mulka et al*. (познат као предмет концентрациони логор Аушвиц) у коме суд у истим оквирима окривљене третира не као учеснике заједничког злочиначког подухвата, већ као помагаче или подржаваоце са израженим захтевом за утврђивањем *dolus specialis*. Зато се амплитуда „сазнања“ у пракси Хашког трибунала (кроз позивање на судску праксу) креће од императивног захтева постојања елемента „сазнања“ (предмети *Georg Otto Sandrock et al, Schonfeld, Ponzano*) до одсуства потребе утврђивања „сазнања“ свођења истог на критеријум „предвидљивости“ настанка кривичног дела (предмет *Essen West* -Есенско линчовање) и *Kurt Goebell et al*. (предмет Острво Боркум).

Оваква оправдања заједничког злочиначкког подухвата као дела обичајног права наишла су на критику у предметима пред Међународним кривичним судом за Руанду. У предмету *Lubanga* Предпретресно веће у потврђивању оптужнице је одбацило закључке из пресуде Апелационог већа у предмету Тадић који разлику између основне и акцесорне одговорности заснива путем употребе заједничког злочиначког подухвата, на теорији саизвршилаштва, и разлику између основне и акцесорне одговорности заснива на теорији контроле над злочином. Ово веће је дефинисало форму одговорности утврђену чланом 25. став 3. тачка Д) Статута Међународног кривичног суда за Руанду као „резидуалну форму акцесорне одговорности[1195]“. О дијаметрално различитим ставовима Међународног кривичног суда за Руанду сведочи и издвојено мишљење судије Шомбурга у предмету *Gacumbitsi case* у коме се закључује да: „концепт заједничког злочиначкког подухвата није изричито укључен у Статут, исти представља могућност да се интерпретира појам извршења у вези са кривичним делима која су обухваћена Статутом Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду. У другим правним системима појам „извршења“ се дефинише другачије. Од Нирнберга и Токија, национално као и међународно кривично право, прихвата појам саизвршилаштва и посредног извршилаштва као форму извршења![1196]“.

Код утврђивања намере разлике су још драстичније и крећу се од директног умишљаја (прва категорија заједничког злочиначког подухвата) до свесног нехата (код треће категорије заједничког злочиначког подухвата). У том смислу се указује на разлике

[1195] Одлука Међународног кривичног суда за Руанду о потврђивању оптужнице у предмету Лубанга и др., параграф 333 -338.

[1196] Gacumbitsi Case Appeals Judgment Separate Opinion, par. 16.

у схватању суда у предмету Острво Боркум и предмету *Aratano et al*. Велике разлике у судској пракси коју је користио Хашки трибунал постоје и у делу третирања физички предузете радње дела. Оне се крећу од захтева за непосредним извршењем дела (предмети *Georg Otto Sandrock et al*., Јепсен и др.) до негирања потребе за доказивањем радње физичког извршења дела (случај *Ponzano,* случај *Einsatzgruppen*), те свођења критеријума доказивања физичког учињења дела на непотребност доказивања физичког учињења дела. Код трећег облика заједничког злочиначког подухвата, Хашки трибунал иде даље и радњу извршења дела потпуно апстрахује од окривљеног удаљавајући је максимало, чак и у односу на циљ заједничког злочиначког подухвата, сводећи кривицу на критеријум „природног" и „предвидљивог" карактера дела.

О карактеру судских пресуда које је користио Хашки трибунал утврђујући постојање међународног обичаја сведочи и његово позивање на предмет *Kurt Goebell et al.* (Острво Боркум) где наводи: „..Нема разлике између онога који је својим делима проузроковао да се жртве предају на вољу разузареној светини и онога који је светину подстицао и оних који су задали фаталне ударце. Ово правило права и здравог разума мора постојати. Иначе, многи прави подстрекачи злочина никада не би били кажњени[1197]". Свакако један од најилустративнијих ставова из домена судске праксе (који користи и Хашки трибунал) представља позивање на предмет *D Ottavio et al*. За потребе конституисања заједничког злочиначког подухвата као међународног обичаја Хашки трибунал третира заједнички злочиначки подухват на јединствен начин кроз „начело стицаја међузависних узрока[1198]" који је најдаље постављен од сва три облика заједничког злочиначког подухвата које препознаје Хашки трибунал, док је потпуно непримењив чак и противан, тзв. трећем облику заједничког злочиначког подухвата.

Немамо намеру да полемишемо са пресудама донетим пре шездесет година, већ желимо да укажемо на чињеницу да је постојање међународног обичаја зидано и на тако апстрактним категоријама на којима се темељила кривица као што су то „здрав разум" или „правило права" уз помоћ којих су подстрекачи оглашавани као кривци по основу заједничког злочиначког подухвата у одсуству непосредно предузете радње дела. У даљим настојањима се утврђује надлежност Статута Хашког трибунала са становишта „колективног криминалитета[1199]" и категоријама „моралне тежине учествовања у кажњивим делима". Овакав став Хашког трибунала је проблематичан јер покушава да оправдање за увођење облика одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата заснује (између осталог) на генусном појму као што је „колективни криминалитет" или етичким критеријумима као што је „морална тежина учествовања у кажњивим делима".

На овом месту подсећамо на чињеницу да и пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу познаје заједнички злочиначки подухват само у оквиру злочина против мира. Наравно, ни најшире посматрање судске праксе не омогућава закључак о постојању међународног обичаја у контексту заједничког злочиначког подухвата код „накнадно почињених дела" као што је то утврдио Хашки трибунал у предмету Крстић.

На овом месту сматрамо потребним да укажемо да судска пракса не представља неограничени ресурс утврђивања извора права, јер међународно кривично право не познаје судску праксу као извор права *per se* (о чему сведочи и члан 21. Статута Међународног кривичног суда), тако да се наведена судска пракса користи не као доказ

[1197] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 210.

[1198] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 215.

[1199] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 191.

прецедентног права у смислу англосаксонског права, већ само као једна врста ауторитета која сведочи о постојању одређене норме. На жалост Хашки трибунал је судској пракси приступио другачије третирајући је као значајан извор права. Имајући у виду да се Хашки трибунал служио аналогијом у поступку утврђивања обичаја сматрамо сходним да укажемо и на чињеницу да је овај Суд у циљу доказивања обичаја примењивао и одредбе Статута Међународног кривичног суда (који у време доношења другостепене пресуде у предмету Тадић није ступио на снагу). Без обзира на наведено, сматрамо сходним указати и на одредбе Статута Међународног кривичног суда који у члану 22. став 2. изричито забрањују креирање права путем аналогије, што је у поступку креирања заједничког злочиначког подухвата као међународног обичаја за Хашки трибунал представљало омиљено средство.

На крају указује се на изворе материјалног права у виду Међународне конвенције о спречавању терористичких напада експлозивним справама која је усвојена Резолуцијом Генералне Скупштине ОУН 52/164 од 15.12.1997. године и Међународне конвенције о сузбијању финансирања тероризма из 1999.године[1200]. Основна карактеристика Међународне конвенције о сузбијању терористичких напада експлозивним справама огледа се у делу у коме је у члану 2. став 3. тачка 3. Ц) утврђено да дело може учинити било која особа која: „на било који начин (осим учествовањем као саучесник или организовањем и упућивањем других да учине кривично дело) допринесе чињењу једног или више кривичних дела наведених у ставовима 1 или 2. овог члана од стране групе особа које делују са заједничком намером; тај допринос мора бити намеран и учињен или са циљем да се спроведе општа злочиначка активност или намера групе или уз знање о намери групе да се учини кажњиво дело или кажњива дела о којима је реч[1201]“.

У одредбама Међународне конвенције о спречавању финансирања тероризма из 1999. године се у члану 2. став 5. тачка Ц) кривица одређује на начин који: „доприноси чињењу једног или више кривичних дела, као што је то утврђено у ст. 1 или 4. овог члана од стране групе лица која делују са заједничком намером. Такав допринос ће бити намеран и биће: 1. учињен у циљу унапређивања криминалне активности или криминалне намере групе, где таква активност или намера укључујући чињење кривичног дела утврђеног у ставу 1. овог члана, или 2. учињен са знањем за намеру групе да учини кривчно дело утврђено у ставу 1. овог члана“.

Најпре, указујемо да се наведене конвенције примењују на међународна кривична дела у ширем смислу, а не на међународна кривична дела у ужем смислу[1202]. Наведена резлика је битна, будући да сама кажњива дела на која се простиру наведене конвенције садрже значајне разлике почев од елемената бића кривичног дела, до облика виности. Уосталом, Међународна конвенција о спречавању финансирања тероризма је тешко примењива у односу на међународна кривична дела у ужем смислу још на нивоу одређења радње дела (које се одређује као „финансирање, планирење, припремање и извршавање терористичких аката или у пружању подршке терористичким актима“), а чија би сходна примена на међународна кривична дела у ужем смислу институт заједничког злочиначког подухвата проширила до неодрживих граница.

[1200] Службени лист СРЈ- Међународни уговори, број 7/2002.

[1201] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 221.

[1202] О подели на међународна кривична дела у ужем смислу и међународна кривична дела у ширем смислу бавили смо се на почетку рада.

Такође наведена Конвенција захтева да се радње као што су „прибављање, добављање или прикупљање“ третирају као самостално кривично дело, док заједнички злочиначки подухват представља облик одговорности. Указујемо да се и начин на који је одређена кривица пре може применити на концепт завере, него на концепт заједничког злочиначког подухвата. На овом месту умесно је указати и на одредбе Конвенције за спречавање и сузбијање тероризма[1203] из 1935. године која у члану 3. облик одговорности одређује као „помагање терористичких удружења, подстицање на терористичке акте, непосредно јавно подстицање на нападе према шефу државе и осталим заштићеним званичницима, међународно саучесништво и свака помоћ која је намерно пружена ради извршења терористичких аката[1204]“. Дакле, чак и у актима међународног права који се односе на међународна кривична дела у ширем смислу нема елемената заједничког злочиначког подухвата.

Наведени извори права, које Хашки трибунал третира као доказ постојања међународног обичаја, не би могли да се дефинишу као међународни обичаји, већ полазећи од чињенице да их сам Хашки трибунал третира као „значајан доказ о правним погледима великог броја држава[1205]“, своје место као извора права у смислу члана 38. Статута Међународног суда правде могли би да пронађу у широким оквирима „међународних конвенција“ (став А) или као израз “општих правних начела која признају просвећени народи“ (став В) као релевантних извора права.

У настојањима да пронађе изворе права у виду међународног обичаја, Хашки трибунал се позива и на одредбе Статута Међународног кривичног суда. У означавању Статута Међународног кривичног суда као доказ постојања међународног обичајног права у контексту заједничког злочиначког подухвата, сам Хашки трибунал (на основу чињенице да је реч о међународном уговору који у време доношења пресуде није ступио на снагу) закључује да „текст подржава велики број држава и може се узети да он представља правно стајалиште, то јест *opinion iuris* тих држава[1206]“. Претходно је иденичан став заузет у предмету Фурунџија где Хашки трибунал[1207] закључује: „Што се тиче Римског статута, у овом тренутку је то још увек необавезујући међународни уговор... У многим подручјима се Статут може сматрати индикативним за правна мишљења, тј. *opinion iuris* великог броја држава. Римски статут се може сматрати пре формулацијом, одражавањем или објашњавањем обичајних правних правила или њихове кристализације, док у неким подручијима ствара ново право или модификује постојеће. У сваком случају Римски статут се у великој мери може сматрати ауторитативним изразом правних ставова великог броја држава“.

На основу наведеног извесно је да је Хашки трибунал покушавајући да утврди постојање међународног обичаја и сам Статут Међународног кривичног права погрешно третирао као међународни обичај кроз поистовећивање међународног обичаја и *opinion iuris* држава. Међутим, можемо указати да је и у овом делу Хашки трибунал био недоследан будући да је у предмету Хаџихасановић изричито раздвојио међународне

[1203] Реч је о конвенцији која је донета од стране Комитета Друштва народа за међународно кажњавање тероризма 1935.године.

[1204] В. А. Василијевић, *Међународни кривични трибунал за бившу Југославију: карактеристике и процедуре*, Прометеј, Београд, 1996, стр. 31;

[1205] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 221.

[1206] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 223.

[1207] Пресуда Претресног већа у предмету Фурунџија, параграф 227.

обичаје од *opinion iuris* држава. У том смислу указујемо на закључак Жалбеног већа Хашког трибунала донет у предмету Енвер Хаџихасановић и др.[1208]: „Жалбено веће је свесно да није исправна претпоставка да у међународном обичајном праву сва правила која важе за међународне оружане сукобе аутоматски важе и за унутрашње оружане сукобе. Веће свакако има на уму да се, да би могло донети закључак да је неко начело део међународног обичајног права, мора на основу *opinion iuris* уверити у то да то начело признаје пракса држава".

Све наведено указује да се Статут Међународног кривичног суда може сматрати изразом развоја међународног кривичног права или чак израз схватања цивилизованих народа у смислу члана 38. Статута Међународног суда правде, а не као доказ постојања међународног обичаја. На овом месту указујемо на одредбе члана 21. Статута Међународног кривичног суда који у делу: „Право које се примењује" у таксативном набрајању извора права не помиње међународне обичаје као изворе права, већ као изворе права помиње: Правила поступка и извођења доказа, уговоре, принципе и начела међународног права, укључујући и утврђене постулате међународног права оружаног сукоба, као и националне законе држава, под условом да ти принципи нису у колизији са Статутом, међународним правом и међународно признатим нормама и стандардима. Уколико прихватимо комплексност обичаја који не постоји сам за себе, већ потиче од више кумулативно испуњених услова као што су то „стварна пракса и *opinion iuris* држава", онда је неприхватљиво поистовећивање међународног обичаја са другим изворима права. Уосталом, и Допунски протокол уз женевску конвенцију од 12. августа 1949.године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол 1)[1209] у члану 2. став б) јасно указује да се под правилима међународног права која се примењују у оружаним сукобима, „подразумевају правила садржана у међународним споразумима,као и принципи и правила међународног права која су опште позната".

То указује да ни Статут Међународног суда правде експлицитно не указује на међународне обичаје као изворе права, већ се кроз синтагму „општи правни принципи које је суд извео из националних закона светских правних система" само приближава међународном обичају и то међународном обичају у смислу члана 38. Статута Међународног суда правде као „ међународни обичај као доказ опште праксе која је прихваћена као право". Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода[1210] у делу у коме се бави начелом законитости, у члану 7. став 2. прецизира постојање кривичног дела у складу „са општим правним начелима права признатим од цивилизованих народа". Оваква формулација не омогућава да се извори права у виду начела признатих од цивилизованих народа поистовети са међународним обичајима у смислу члана 38. Статута Међународног суда правде. О рестриктивном приступу утврђивању извора права сведочи и Завршни документ са састанка Конференције о људској димензији Конференције о европској безбедности и сарадњи у Копенхагену из 1990.године[1211], који у тачки 5.18 јасно одређује да „нико неће бити оптужен или осуђен за било какво кривично дело, нити ће му се због тога судити уколико то дело није инкриминисано законом којим се јасно и прецизно утврђују његови елементи". Очигледно

[1208] Одлука Жалбеног већа по интерлокуторној жалби којом се оспорава надлежност са обзиром на командну одговорност, у предмету Хаџихасановић и др. од 16. јула 2003.године, параграф 12.

[1209] Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, број 16/78.

[1210] Усвојена 4. новембра 1950.године у Риму, ступила на снагу 3. септембра 1953.године.

[1211] В. А. Василијевић, *The Final Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Humen Dimension of the CSE,* June 1990, Права Човека – Зборник докумената, Прометеј, Београд, 1991, стр. 233.

је да други извори права јасно раздвајају међународни обичај од извора права као што су то „општа правна начела“, судска пракса, начела међународног права, општи правни принципи, док Хашки трибунал покушава да све наведене изворе сврста у међународни обичај као извор права.

Овде сматрамо сходним да укажемо и на чињеницу да и други општи међународноправни акти у контексту утврђивања основних принципа одговорности појединца не пружају основ за закључак о заједничком злочиначком подухвату, као делу међународног обичајног права. Допунска конвенција о укидању ропства, трговине робљем и институција и праксе сличне ропству из 1956.године[1212] као облике одговорности (које утврђује у односу на дела трговина робљем или ропство и институције и праксе сличне ропству) у чл. 5. и 6. одређује само саучесништво или узимање учешћа у завери да се учини дело. Међународна конвенција о уклањању и кажњавању злочина апартхејда из 1972.године, у члану 1. поред тога што означава апартхејд као злочин против човечности, као облике одговорности утврђује организације, установе и појединце који изврше злочин апартхејда, док Конвенција о незастаревању ратних злочина и злочина против човечности из 1968.године[1213], у члану 2. утврђује одговорност за главне извршиоце или саучеснике, као и у односу на лица која непосредно подстрекавају на извршење дела или која учествују у удруживању ради њиховог извршења. На истом трагу је и Конвенција против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака из 1984.године[1214], која у члану 4. утврђује одговорност по основу саучесништва или суделовања у чину мучења.

У вези са садржином Статута Међународног кривичног суда указали смо на дијаметрално различите ставове у третирању заједничког злочиначког подухвата у односу на начин на који то чини Хашки трибунал. Са историјског аспекта (који је важан за утврђивање постојања обичаја) указаћемо за тренутак и на (пра)почетке инкриминисања кажњивих дела из области међународног хуманитарног права као што су: Париска декларација из 1856.године, Женевска конвенција из 1864.године, Петроградска декларација из 1868.године, Конвенција за решавање спорова мирним путем усвојена на Хашкој конференцији 1899.године и Конвенција о међународном суду за ратни плен на мору из 1907. године. Наведени међународноправни акти, иако не садрже облике одговорности значајни су јер указују да поштовање физичког и моралног интегритета бораца, рањеника, заробљеника и цивила представља полазишну тачку целокупне кодификације ратног права. Овим критичким примедбама додаћемо и чињенице да женевске конвенције, Први и други Допунски протокол, те Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида, као релевантни извори међународног кривичног права не познају заједнички злочиначки подухват као облик одговорности или као кажњиво дело у смислу члана 3. Конвенције имајући у виду да одговорност заснивају на другим облицима као што су то: планирање, подстицање, покушај и саучесништво.

Уколико наведеним изворима права додамо и одредбе Версајског мировног уговора (који у чл. 227-230. утврђују облик индивидуалне кривице), те предлог Светског казненог закона из 1935. године, те Статут Међународног војног суда у Нирнбергу, Статут

[1212] Усвојена на Конференцији пуномоћника сазваној Резолуцијом Економског и социјалног савета 608(XXI) од 30.априла 1956.године. Ступила на снагу 30. априла 1957.године.

[1213] Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори, број 50/1970.

[1214] Усвојена Резолуцијом Генералне скупштине ОУН број 39/46 од 10. децембра 1984.године, ступила на снагу 26. јуна 1987.године.

Трибунала за Далеки Исток (који познаје само опште формулације „повреда закона и обичаја рата“), јасно је да ни ови међународноправни акти посматрано у једном ограниченом временском трајању не садрже одредбе о одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата. Посебно указујемо на одредбе Предлога Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства[1215]. Поред општих одредби којима се утврђују међународни злочини, помињу се и „други акти кажњиви у смислу пројекта Кодекса“. Они обухватају одговорност за заверу за извршење неког од тих аката, непосредно и јавно подстицање, покушај, припремне радње и помагање да се изврши акт[1216].

5. ПРАВНА ПРИРОДА

ЗАЈЕДНИЧКОГ ЗЛОЧИНАЧКОГ ПОДУХВАТА

У циљу утврђивања правне природе заједничког заједничког злочиначког подухвата, приступићемо анализи закључака Хашког трибунала као и одредби Статута Међународног кривичног суда.

Статут Хашког трибунала познаје пет облика одговорности у члану 7. став 1. и то два основна и три акцесорна облика[1217]. Он је на становишту да заједнички злочиначки подухват представља један вид или врсту извршења кривичног дела, односно овај облик одговорности представља „додатни вид одговорности путем чињења, односно он је само метода извршења једног од видова, односно чињења[1218]“. Заједнички злочиначки подухват, према схватању Хашког трибунала, није облик саучесништва[1219]. Тако Хашки трибунал у предмету Тадић закључује да члан 7(1) „пре свега покрива физичко почињење кривичног дела од стране самог прекршиоца или кажњиви пропуст да се учини дело обавезано правилима кривичног права. Међутим, за чињење једног од кривичних дела предвиђених чл. 2,3,4 и 5. Стаута може се такође одговарати кроз учестовање у остварењу заједничног плана или намере[1220]“.

Поред овог и у предмету Ојданић, Жалбено веће констатује да се удружени злочиначки подухват ваља сматрати обликом учињења у смислу члана 7(1) Статута, а не обликом одговорности саучесника. Хашки трибунал закључује: „Приступ оптужбе је исправан утолико што се учесник будући да дели циљ удруженог злочиначког подухвата за разлику од неког ко само зна за њега, не може сматрати само помагачем и подржаваоцем кривичног дела о којем је реч. Стога Жалбено веће сматра удружени

[1215] UN, Doc.A/CN.4/25, 26. април 1950.

[1216] UN, Doc.A/CN.4/25, 26. април 1950, p.42-44.

[1217] A. M. Danner, J.S. Martinez, *Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p.102.

[1218] Издвојено мишљење судије Шахабудена у Пресуди Жалбеног већа у предмету Крајишник од 17.03.2009.године, параграф 49.

[1219] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 441.

[1220] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 188; Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 432.

злочиначки подухват видом чињења из члана 7(1) Статута[1221]“. Узроке овог схватања можемо наћи у третирању саучесничке одговорности у пракси Хашког трибунала: „За саизвршење је довољно да је постојао изричити споразум или прећутна сагласност да се постигне заједнички циљ координисаном сарадњом и заједничком контролом над кривичним понашањем. За ову врсту саизвршења типично је, мада не и обавезно, да један од учинилаца поседује способности или овлашћења којима други учинилац не располаже. То се може описати као заједничке радње којима се, када се оне доведу у везу, постиже заједнички циљ на темељу истог степена контроле над извршењем заједничких радњи.... Међутим, Претресно веће сматра да је ова дефиницаја ближа схватању учињења у већини правних система[1222]“.

У овом делу евидентно је да Првостепено веће одговорност заснива на саизвршилаштву путем изричитог споразума, координисане сарадње и путем заједничке контроле. На истом трагу је и закључак: „Израз "саучесништво" долази из Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, а не из члана 7(1) Статута Међународног суда за бившу Југославију. С обзиром на то да је већ указано на постојање разлике између саучесништва, с једне стране, и сродног израза "помагање и подржавање" из члана 7(1), с друге стране, Веће ће се накратко позабавити том разликом. Према речима Жалбеног већа, саучесништво у смислу у којем се оно помиње у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида, може обухватати понашање "шире" од помагања и подржавања. За саучесништво које је "шире",тужилаштво мора доказати не само то да је саучесник *знао* да је посебна намера главног учиниоца била да се заштићена група делимично или у целини уништи, већ да је и сам имао исту намеру[1223]“.

Указујемо на још један пример у коме Хашки трибунал на посебан начин утврђује однос између радње дела и учесника у заједничком злочиначком подухвату. Претресно веће је констатовало да је Крајишник заузимао централно место у удруженом злочиначком подухвату јер он “није само учествовао у остварењу заједничког циља, него је био један од покретача његовог остварења”. Претресно веће је констатовало да се Крајишников укупни допринос удруженом злочиначком подухвату огледа у његовој помоћи оснивању и одржавању континуитета Српске демократске странке и државних структура које су одиграле значајну улогу у чињену злочина. Он је такође своју политичку умешаност користио и на локалном и на међународном плану како би омогућио остварење заједничког циља удруженог злочиначког подухвата путем злочина које је остварење тог циља подразумевало[1224]“. У овом закључку сублимирани су сви елементи заједничког злочиначког подухвата на начин како га схвата Хашки трибунал.

На основу наведеног, извесно је да Хашки трибунал саизвршилаштво употребом заједничког злочиначког подухвата приближава непосредном извршилаштву, а не саучесништву. Овакав приступ захтева другачији третман радње извршења кривичног дела, које се у једном делу може чак и одвојити од самог заједничког циља или плана. Такође овакав приступ захтева промене и у третирању облика виности. У разоткривању односа између саизвршилаштва и заједничког злочиначког подухвата посебно је спорaн и збуњујући закључак Хашког трибунала: „Претресно веће такође сматра да је могуће

[1221] Одлука Жалбеног већа по приговоу Драгољуба Ојданића на надлежност-Удружени злочиначки подухват параграф 20.

[1222] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 440-441.

[1223] Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник, параграф 865.

[1224] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крајишник, параграф 216.

саизвршилаштво, као и помагање заједничког злочиначког подухвата[1225]“. На овај начин овај Суд демонстрира не само паушални карактер овог облика одговорности, већ меша облике одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата и саизвршилаштва, те помагања и подржавања.

Уколико се крене од теорије „власти над делом“ јасно је да заједнички злочиначки подухват захтева доказивање према сваком оптуженом власти на непосредном делу кумулативно и власти над целокупним заједничким планом или макар намеру да је дело извршено у оквирима заједничког плана, при чему оптужени има како власт над непосредним делом, тако и свест о радњи дела као сегменту плана у целини. На основу наведеног Хашки трибунал заузима став о постојању главног учиниоца и осталих учинилаца, учесника заједничког злочиначког подухвата, те даље развија везу између оптуженог као учесника заједничког злочиначког подухвата и осталих учесника тог подухвата, на основу објективних критеријума типа: постојање заједничког плана, учествовање оптуженог у заједничком плану (при чему учествовање оптуженог не мора да буде непосредно, нити мора да буде од пресудног значаја за наступање последице), као и на основу субјективних критеријума који се разликују од категорије до категорије заједничког злочиначког подухвата, тј. крећу се од намере коју можемо поистоветити са директним умишљајем (у првој категорији), намере доприноса функционисању система злостављања уз сазнање о систему злостављања (у другој категорији), до прихватања последице коју сводимо на нехат (у примени треће категорије заједничког злочиначког подухвата).

Сам напор који чини Хашки трибунал поистовећујући заједнички злочиначки подухват са извршилаштвом је у начелу споран. Овоме додајемо став да је Хашки трибунал приступио овом поистовећивању желећи да избегне приговор начела законитости који је у више предмета истицала одбрана. Полазећи од чињенице да извршилаштво подразумева директно предузету радњу дела, свест о заједничком циљу или подухвату, онда овако постављено извршилаштво мора остати у границама директног умишљаја, што сам концепт заједничког злочиначког подухвата чини у најмању руку нејасним. Када је реч о Статуту Међународног кривичног суда можемо рећи да до његовог доношења, није било аката који би прецизно извршили диференцијацију појмова саизвршилаштво и саучесништво. До тада међународно кривично право се кретало (полазећи од тумачења судске праксе) у оквирима појма „јединственог појма учиниоца кривичног дела“ као неког ко на било који начин допринеси извршењу кривичног дела, што се не може узети без критичке задршке[1226]. У том делу најдаље је отишла пракса Хашког трибунала која је на основу овог појма и извела три категорије кривице по основу заједничког злочиначког подухвата, при чему је каузална веза утврђивана на основу „позајмљених“ елемената из коцепта завере, проширујући концепт завере и условом власти над делом.

Статут Међународног кривичног суда у члану 30. обрађује категорију виности. На основу наведене одредбе става 1. може се закључити да Статут прописује одговорност за дела која се предузимају свесно и вољно од стране учиниоца. Вољни елемент који се разрађује у ставу 2. усмерен је на радњу извршења дела и хтење последице дела или свест о могућности наступања последице, као и да се свест своди на „спознају свих посебних

[1225] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка, параграф 249.

[1226] М. Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту,* op.cit., стр. 192.

обележја кривичног дела и свест о последици кривичног дела“. Имајући у виду да заједнички злочиначки подухват не представља кривично дело само по себи, нити обележје кривичног дела, очигледно је да се овако постављен концепт виности удаљава од ставова Хашког трибунала. Уколико се наведено одређење виности повеже са одредбама о кривици у члану 25. у коме се на један прилично апстрактан начин било који други начин доприноса извршењу дела повезује са групом лица која делују са заједничким циљем, јасно је да је веза између радње дела и заједничког плана или подухвата још слабија, при чему је субјективна веза између учесника заједничког злочиначког подухвата готово невидљива.

Са друге стране, Статут Међународног кривичног суда заједнички злочиначки подухват третира као саучесништво. На наведено упућују одредбе члана 25. став 3. које утврђују радњу извршења као „на било који други начин допринеси извршењу или покушају извршења кривичног дела иза кога стоји група лица која делује са заједничким циљем“, а потом извршење своди на допринос који може да представља омогућавање даљег вршења кривичних активности или допринос који може бити усмерен ка остваривању циља те групе. На основу наведеног извршилаштво се помера у корист саучесништва. Овоме у прилог иде подсећање на домаћу правну теорију која иако прихвата рестриктиван појам извршиоца, саизвршилаштво третира као облик саучесништва[1227], при чему се разликује од правних ставова Хашког трибунала, али и Статута Међународног кривичног суда.

На основу члана 25. Статута Међународног кривичног суда може се закључити да се кривица темељи на извршилаштву, саучесништву и посредном извршилаштву. На овом месту указујемо да сам Статут у ставу А) већ предвиђа саучесништво, али на ужи начин доводећи га у везу са личним извршењем или посредним извршилаштвом. Остале одредбе овог члана, посебно става Д) изнова указују и оснажују саучесништво схваћено у ширем или класичном смислу речи, будући да омогућава доказивање кривице и ван лично предузете радње или предузете радње заједно са другим лицем. Посебно се указује на чињеницу да се у овој одредби саучесништво јавља равноправно са извршилаштвом (тачка А), посредним извршилаштвом (тачка А), подстрекавањем (тачка Б), помагањем или подстицањем (тачка Ц). Упадљиво је да Статут раздваја саучесништво од помагања и подстицања.

На основу наведеног, извесно је да Статут Међународног кривичног суда одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата третира као саучесничку одговорност, за разлику од праксе Хашког трибунала која је третира као саизвршилачку одговорност из чега и проистичу бројне критичке примедбе на рачун примене заједничког злочиначког подухвата од стране Хашког трибунала. Статут Међународног кривичног суда за заједнички злочиначки подухват уопште не везује саму радњу извршења дела, будући да исту не дефинише и не прецизира, апстрактно је одређујући као допринос извршењу дела уз још апстрактније одређење групе лица која делује са заједничким циљем. Значајно је указати на прецизно одређење посредног извршиоца у Статуту Међународног кривичног суда. Овакво решење је на трагу могућих облика рестриктивне примене заједничког злочиначког подухвата.

Овако утврђен облик одговорности не чини јасну границу између оних који се јављају као творци заједничког злочиначког подухвата и оних који предузимају радњу

[1227] З. Стојановић, *Коментар Кривичног закона*, Службени гласник, Београд, 2007, стр.145.

дела, а који су много ближи одговорности по основу помагања, подржавања или неког другог облика саучесничке одговорности. Диференцијација на три облика заједничког злочиначког подухвата је иначе трновит пут развоја и примене, што ову доктрину чини још упитнијом. Уколико овоме додамо и чињеницу да сви учесници заједничког злочиначког подухвата одговарају за један злочин јасно је да се овај концепт након што се удаљио од познатих принципа индивидуалне одговорности, удаљава и од елементарних принципа правде.

Очигледно је да Хашки трибунал и Међународни кривични суд показују различит приступ заједничком злочиначком подухвату. При томе Хашки трибунал чини јасну разлику између ова два појма истичући: „За разлику од саучесништва (на пример, подстрекавања, подстицања, помагања и подржавања, планирања, припреме или извршења дела) концепт саизвршилаштва који је заснован „на заједничкој контроли над злочином“ заснива се на „начелу поделе суштинских задатака ради извршења злочина између два или више лица која делују на усаглашен начин.“ Једино у овом случају је разумно говорити о саизвршилаштву, односно о одговорности за чињење дела у смислу члана 7(1) Статута Хашког трибунала[1228].

Међународни кривични суд третира заједнички злочиначки подухват као посебан облик одговорности који је различит од уобичајених облика одговорности у смислу извршилаштва. У члану 25. став 3. тачка А, заједнички злочиначки подухват није покривен речима починити[1229]. За утврђивање саучесништва у Статуту Међународног кривичног суда полазимо од дефиниција према коме саучесништво представља „заједничко остварење кривичног дела од стране више лица, уз постојање свести код њих да заједнички делују[1230]“, те да „сви учесници у заједничкој криминалној радњи сносе исту кривичну одговорност ако су испуњена два услова. То су: да више лица учествује у радњи, истој или различитој, без обзира на свој положај и величину свог доприноса оствареном резултату и сва лица намеравају (свесна су и поступају са вољом) да учествују у заједничкој криминалној радњи[1231]“.

Статут Међународног кривичног суда одвајањем помагања и подржавања од саучесништва одступа од прихваћених принципа диференцијације саучесништва у ужем смислу које обухвата и помагање и подстрекавање, а у ширем смислу и саизвршилаштво. И Хашки трибунал прихвата помагање и подржавање као део саучесништва: „Израз "саучесништво" долази из Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, а не из члана 7(1) Статута Хашког трибунала. С обзиром на то да је већ указано на постојање разлике између саучесништва, с једне стране, и сродног израза "помагање и подржавање" из члана 7(1), с друге стране, Веће ће се накратко позабавити том разликом. Према речима Жалбеног већа, саучесништво, у смислу у којем се оно помиње у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида, може обухватати понашање "шире" од помагања и подржавања. За саучесништво које је "шире",тужилаштво мора доказати не само то да је саучесник *знао* да је посебна намера главног учиниоца била да се заштићена група делимично или у целини уништи, већ да је и сам имао исту намеру[1232]“.

[1228] Пресуда Претресног већа у предмету Толимир, параграф 118.

[1229] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p.169.

[1230] З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Јустинијан , Београд, 2004, стр. 268.

[1231] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 150.

[1232] Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник, параграф 865.

Као релевантна одредба за утврђивање саучесништва као облика одговорности према Статуту Међународног кривичног суда истиче се члан 30. Из овог члана јасно је да се ради о делима која се могу извршити вољно и свесно. Умишљај као облик виности проистиче из опредељења Статута *ratione materie* које се заснива на међународним кривичним делима у ужем смислу. И други чланови Статута Међународног кривичног суда који се односе на инкриминације дела веома јасно утврђују одговорност засновану на намери (чл. 6, чл. 7, чл. 8, чл. 25.). Иако, умишљај представља топос Статута Међународног кривичног суда у погледу виности, постоје и изузеци. На то упућују одредбе члана 28. Статута Међународног кривичног суда који се односи на одговорност команданта и осталих војних заповедника, који омогућава и одговорност за нехат.

Имајући у виду наведене одредбе Статута (које се односе на бића кривичних дела), можемо да прихватимо закључак да Статут не оставља превише простора ни за евентуални умишљај[1233]. Третирање саучесништва подразумева давање одговора на питање да ли се намера односи на циљ заједничког злочиначког подухвата или на саму радњу кажњивог дела које је у функцији заједничког злочиначког подухвата. Имајући у виду да је акцесорна одговорност општеприхваћена у савременом европском кривичном законодавству, следи да се саучесништво завршава на месту на коме се намера ограничава на конкретну радњу кажњивог дела. У таквим условима како се саучесништво (које је део конкретне радње кажњивог дела) може проширити на читав заједнички циљ. У овом делу Статут Међународног кривичног суда је недоследан будући да омогућава да се намера саучесника не завршава само на кажњивом делу главног учиниоца, већ омогућава да се намера прошири и на „омогућавање даљег вршења кривичне активности или даљег остваривања циља те групе“ (тачка Д, став И).

Такође, проблемско поље односи се и на одговорност саучесника у околностима где главни учинилац изврши нехатно кривично дело. Доктрина заједничког злочиначког подухвата, побринула се и за овај случај уводећи трећи облик заједничког злочиначког подухвата.

Још једна рекли би смо непотребна релативизација учињена је уношењем елемента „сазнања о намерама групе да учини злочин“. Имајући у виду, да је у претходним ставовима члана 25. Статута, основа умишљај и то директни умишљај, са већ сниженим прагом одговорности путем помагања и подстицања[1234], увођење сазнања о намерама не само да је непотребно, већ ствара оквир за практичан проблем у поступку утврђивања кривичне одговорности будући да се у конкретном предмету мора утврђивати не само умишљај, већ и објективан услов сазнања, при томе не нудећи критеријуме који би процес утврђивања сазнања учинили сигурним и предвидљивим.

Зато се мора правити разлика између помагања и подстрекавања који остају на нивоу саучесништва будући да се ограничавају на предузимање радњи кривичног дела. Основни критеријум за разликовање између помагања и подстрекавања и заједничког злочиначког подухвата огледа се у томе што исти не захтевају постојање, нити доказивање заједничког плана или заједничког циља. Такође указује се да помагање и подстрекавање

[1233] М. Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту,* op.cit., стр. 172.

[1234] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 492.

остају ван непосредне радње кривичног дела, иако саме по себи представљају битан допринос извршењу самог дела.

Са друге стране, допринос код заједничког злочиначког подухвата не представља предмет доказивања јер је довољно доказати учешће или припадност заједничком злочиначком подухвату, па је стога беспредметно да ли је допринос значајан или не, као и да ли га има. У овом случају се знатно снижавају границе саизршилаштва. Граница саизвршилаштва према неким предлозима може се прећи[1235] и самим „настанком договора за извршење кривичног дела, а не са уласком у криминалну зону...“. Међутим, овакав став представља потврду да постојање заједничког плана подразумева претходно утврђивање да ли извршење једног или више кривичних дела представља договорени део заједничког плана или вршење кривичних дела не представља експлицитни или имплицитни део плана, већ се могу јавити као нуспојаве заједничког плана у ком случају би требало утврђивати однос учесника у заједничком плану, што одступа од стандарда (које је поставио Хашки трибунал) који саучесништво заснивају у односу на радњу дела.

6. ЕЛЕМЕНТИ ОДГОВОРНОСТИ

ЗА ЗАЈЕДНИЧКИ ЗЛОЧИНАЧКИ ПОДУХВАТ

Утврђивање субјективних и објективних елемената кривичне одговорности учиниоца кривичног дела представља примарни задатак судског поступка. Имајући у виду чињеницу да заједнички злочиначки подухват не представља прецизно дефинисани облик кривичне одговорности, сматрамо нужним утврдити објективне и субјективне елементе овог облика одговорности. Ово из разлога што се приликом утврђивања објективних и субјективних елемената одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата могу запазити нејасноће и контрадикторности које у великој мери отежавају прецизирање услова који морају бити испуњени како би се приступило утврђивању одговорности по овом основу.

Указујемо да и Статут Међународног кривичног суда не садржи прецизне регуле на основу којих би могли утврђивати објективне и субјективне елементе овог облика одговорности. Наравно, посебну ноту овој расправи даје и чињеница да се ради о међународним кривичним делима у ужем смислу, које услед својих обележја захтевају другачији приступ утврђивању објективних и субјективних елемената. Код утврђивања субјективних елемената, насупрот општем месту да се ради о делима која се могу учинити искључиво са умишљајем, отежавајућу околност представља „увођење“ трећег облика заједничког злочиначког подухвата од стране Хашког трибунала у предмету Тадић[1236] који је омогућио и одговорност по основу нехата. Имајући у виду наведено, у прилици смо да објективне и субјективне елементе утврђујемо полазећи од судске праксе Хашког

[1235] В. Ђуро Деган, Б. Павишић, В. Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, ibid., стр. 530.

[1236] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 227.

трибунала са кратким ескурсом на праксу Међународног војног суда у Нирнбергу и полазећи од правне теорије која је често некритички прихватала ове закључке.

6.1.Објективни елементи заједничког злочиначког подухвата

Сам Статут Хашког трибунала, не садржи одредбе које би представљале (макар и имплицитно) одређене објективне и субјективне елементе погодне за успостављање одговорности путем теорије заједничког злочиначког подухвата. Правни основ за увођење овог института Хашки трибунал је пронашао у члану 7. Статута: „Појединачна кривична одговорност“, у коме је истакнуто: “Особа која је планирала, подстицала, наређивала, учинила или на други начин помагала и учествовала у планирању, припреми или извршавању неког од злочина наведених чл. 2. до 5. овог Статута, лично је одговорна за злочин”.

У пресуди Жалбеног већа у предмету Тадић да би постојала одговорност за удружени злочиначки подухват потребно је постојање елемента[1237] који чине *actus reus*: 1. више лица; 2. постојање заједничког плана који представља или укључује чињење кривичног дела предвиђеног Статутом. Није неопходно да план, замисао или намера буду претходно договорени или формулисани. Заједнички план и намера могу бити импровизовани на лицу места, а изводе се из чињенице да више особа делује заједно како би спровело заједнички злочиначки подухват и учествовање оптуженог у заједничком плану[1238].

Постојање више лица је један од квалификатива заједничког злочиначког подухвата. Када је реч учешћу више лица, потребно је указати на однос између учествовања у заједничком злочиначком подухвату и саучесништва као класичног института одговорности. У теорији је саучесништво дефинисано као „облик учешћа, партиципације више лица у остваривању последица кривичног дела или је то стицај више лица у истом кривичном делу. Сва ова лица дају свој допринос извршењу кривичног дела, допринос који се у суштини састоји у саузроковању последице[1239]“.

Утврђујући објективне елементе заједничког злочиначког подухвата у Статуту Међународног кривичног суда, можемо закључити да је Статут у овом делу доста нејасан. Поред чињенице да Статут Међународног кривичног суда не разликује облике заједничког злочиначког подухвата (као и да трећу категорију заједничког злочиначког подухвата уопште не препознаје), можемо закључити да се као објективни елементи јављају: група лица, заједнички план, учешће оптуженог, с тим што се учешће дозвољава и као „...на

[1237] Иста аргументација употребљена је у првостепеној пресуди у предмету Крстић.

[1238] Одбрана у предмету Стакић је указала на другачије елементе заједничког злочиначког подухвата:

„Особа у удруженом злочиначком подухвату учествује:
(и) непосредним суделовањем у почињењу договореног злочина (као главни починилац);
(ии) присуствовањем у време почињења договореног злочина, са знањем да се злочин чини, намерним помагањем или охрабривањем другог учесника у удруженом злочиначком подухвату да почини тај злочин; или (иии) деловањем у подршци неком конкретном систему у којем се чини злочин, путем положаја власти или функције, са знањем о карактеру тог система и намером да се он реализује.“ Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 429.

[1239] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр.173.

било који други начин допринесе извршењу или покушају извршења кривичног дела“. Овде указујемо и на чињеницу да Статут Међународног кривичног суда (у редакцији на енглеском језику) не користи ни термин „joint criminal enterprice“. Статут је у овом делу недопустиво прешироко одредио објективне елементе заједничког злочиначког подухвата.

Разлог томе може се наћи у потреби да Статут Међународног кривичног суда прихвати и овај облик одговорности с тим што очигледно да он није био спреман да прихвати критеријуме који су утврђени од стране Хашког трибунала, па је на генералан начин омогућио примену ове доктрине која ће свакако у пракси омогућити појаву значајних проблема. Овоме у прилог иде чињеница да Статут Међународног кривичног суда ипак показује рестриктиван однос према облицима заједничког злочиначког подухвата који проистичу из праксе Хашког трибунала, полазећи од чињенице да свакако не препознаје трећи облик заједничког злочиначког подухвата [1240].

6.1.1.Плуралитет особа

Несумњиво је да се за сва наведена дела као један од предуслова јавља множина или плурализам извршилаца. Свакако да је објективна немогућност да једно лице, без или ван договора, претходног, истовременог или накнадног, обави све радње које би се могле сматрати елементима бића међународних кривичних дела, на начин који би подразумевао употребу доктрине заједничког злочиначког подухвата. Да ли наведена дела против међународног хуманитарног права *per definitionem* подразумевају заједнички злочиначки подухват? Као основ или услов постојања заједничког злочиначког подухвата, јавља се „плуралитет особа“. Указујемо да се ради о множини особа које не морају нужно да буду организоване у војне, политичке или административне структуре. И док се о плуралитету лица још и може говорити у условима у којима су лица (учесници заједничког злочиначког подухвата) таксативно наведена, указује се на бројне примере у којима учесници у заједничком злочиначком подухвату нису навођени, нити конкретизовани на било који начин, већ је на њих указивано на један генерички начин[1241].

Овакав приступ не само да је неадекватан са становишта утврђивања индивидуалне одговорности, већ омогућава отварање низа питања као што су: опредељивање улога у односу на саучесништво, саизвршилаштво, могућности доказивања злочиначког подухвата и разликовања у односу на друге примењиве облике одговорности у конкретном случају. Када је реч о овом услову, постојање одређеног броја учесника у заједничком злочиначком подухвату нужно отвара питање постојања и доказивања постојања договора између више учесника о извршењу заједничког плана. Подсећамо на закључак Хашког трибунала у предмету Брђанин: „У сврху утврђивања личне казнене

[1240] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes,* op.cit., p. 177.

[1241] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка и др. Параграф 307; Пресуда Претресног већа у предмету Васиљевић, параграф 208; Оптужница против Радослава Брђанина од 09.12.2003.године, параграф 27.4 „Осим оптуженика том подухвату учествовао је врло велики број појединаца, укључујући у Момира талића, друге чланове Кризног штаба Аутономне области Крајина, руководство српске препублике и Српске демократске странке, укључујући Радована Караџића, Момчила Крајишника и Биљану Плавшић, чланове Скупштине Аутономне Регије Крајина и Извшрног већа Скупштине, српске кризне штабове, општина аутономне покрајине Крајине, војску Републике Српске, српске паравојне снаге и друге“.

одговорности према теорији о заједничком злочиначком подухвату није довољно доказати постојање споразума или договор о учињењу казненог дела између окривљеног и особе која наређује или има контролу над војном или паравојном јединицом која чини кажњиво дело. Окривљени се може сматрати кривично одговорним по основу заједничког злочиначког подухвата само ако тужилаштво докаже ван разумне сумње да је склопио споразум или договор са релевантним физичким учиниоцима о учињењу конкретног кажњивог дела које је на крају и учињено, или ако је кажњиво дело које су учинили релевантни физички учинитељи природна и предвидива последица кажњивог дела о којем су се окривљени и релевантни физички починитељи договорили[1242]“, као и на закључак: „чињеница да су радње или понашање окривљеног олакшали или допринели учињењу кажњивог дела од стране друге особе или да су помогли у стварању кажњиве намере код те особе, није довољна да би се изван сваке разумне сумње утврдило да је међу њима постојао споразум или договор о учињењу тог конкретног кажњивог дела[1243]“.

Имајући у виду да постојање договора (ради остварења заједничког циља) представља услов за примену заједничког злочиначког подухвата, неопходно је утврдити сва лица која се јављају као креатори споразума о извршењу кажњивог дела. На основу напред наведених закључака, очигледно је да сама припадност групи није довољна утврђивање овог облика одговорности[1244], те да се као други услов јавља постојање договора за извршење кажњивог дела. И у овом делу нема несугласица, нити недоумица, тако да се на основу оваквих схватања може закључити да је пут ка утврђивању одговорности отворен и чист. Међутим, на овом месту на сцену ступа од стране судске праксе утврђени (и од дела правне теорије прихваћени) трећи облик заједничког злочиначког подухвата познатог по конструкцији „природна и предвидљива последица заједничког злочиначког подухвата“. Имајући у виду карактеристике овог облика заједничког злочиначког подухвата који се јавља као најспорнији у теорији, јасно је да су напред наведени услови у виду неопходности доказивања постојања договора за извршење кажњивих дела релативизирани до крајњих граница.

6.1.2.Постојање заједничког плана

Постојање заједничког плана, представља најделикатнији део утврђивања постојања одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата. Проблематизацији тезе о самодовољности постојања заједничког плана као основа одговорности са аспекта субјективних и објективних елемената доприносе и закључци Хашког трибунала да „план, замисао или намера не морају да буду претходно договорени или формулисани. Заједнички план или намера могу бити импровизовани на лицу места, а изводе се из чињенице да више особа делују заједно како би спровели у дело заједнички злочиначки план[1245]“ или закључак Претресног већа у случају Квочка и др. који омогућава

[1242] Пресуда Претресног већа у предмет Брђанин, параграф 347.

[1243] Пресуда Претресног већа у предмет Брђанин, параграф 352.

[1244] R. Cryer, F. Hakan, R. Darryl, E. Wilmshurts, *An introduction to International Criminal Law*, op.cit., p. 306.

[1245] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 227; Пресуда Жалбеног већа у предмету Васиљевић, од 25.04.2004.годионе, параграф 190.

вишеструки злочиначки подухват у оквиру истог: „У оквиру заједничког злочиначког подухвата може бити и других споредних кривичних подухвата[1246]“.

Наиме, имајући у виду да се ради о кумулативно постављеним условима, могуће је да начин учествовања у заједничком плану, тј. ниво одговорности за дела која је учинио оптужени омогућује да се за учешће у заједничком злочиначком подухвату као одговорни појаве, како одговорни на вишим нивоима организације, тако и најнижи учесници или починиоци дела.[1247] На тај закључак је указала одбрана у случају Стакић, истичући да оптужба мора доказати да сваки учесник у заједничком злочиначком подухвату мора имати заједничко стање свести, као и да сваки учесник заједничког злочиначког подухвата мора имати идентичну *mens rea* као и главни починилац. Овакав степен одговорности у погледу психичког односа починиоца према делу мора се доказати и на поменутим вишим нивоима организације, које несумњиво укључују „шири“ облик заједничког злочиначког подухвата. Овакав приступ у потпуности искључује било какво степеновање одговорности у оквиру заједничког злочиначког подухвата, што се у активној примени овог института јавља као теоријска и практична неминовност.

Још једно отворено питање представља и однос окривљеног према заједничком плану. Да ли се тражени однос заснива на активном деловању или на простом учешћу тог лица. Комплексном карактеру утврђивања односа окривљеног према заједничком плану у оквиру заједничког злочиначког подухвата, доприноси свакако пракса Хашког трибунала која однос према заједничком плану шири и креће се од одређења у предмету Тадић у виду „на било који други начин допринесе извршењу дела“, док се у предмету Ојданић захтева „предузимање акције“ усмерене на извршење заједничког плана.

6.1.3.Учешће окривљеног у заједничком плану

У разматрању овог института се поставља питање облика учествовања у заједничком плану, односно да ли је неопходно да сви оптужени по основу заједничког злочиначког подухвата непосредно предузимају радњу дела. Ово питање на известан начин поделило је и Хашки трибунал. Тако Жалбено веће у предмету Брђанин и у предмету Квочка, дајући посебан значај овом питању, закључује да у предмету Тадић, као ни у предмету Васиљевић и Крњојелац није дат одговор на ово питање[1248]. С тим у вези Жалбено веће у предмету Квочка закључује: „У случајевима када неки помагатељ и подржаватељ зна само то да његова помоћ користи једној особи у учињењу једног кажњивог дела, он ће се сматрати одговорним само за помагање и подржавање тог кажњивог дела. То вреди и у случајевима када главни учинилац суделује у удруженом злочиначком подухвату скопчаном са почињењем даљих злочина. Међутим, у случајевима када оптужени зна да својом помоћи даје подршку злочнима групе особа које суделују у удруженом злочиначком подухвату и када он дели њихову намеру, он се може прогласити

[1246] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка и др., параграф 307.

[1247] Иако се ово питање може појавити и као основ за утврђивање постојања олакшавајућих или отежавајућих околности приликом изрицања казне.

[1248] Пресуда Жалбеног већа у предмету Брђанин, параграф 407.

кривично одговорним као саучесник у кажњивим делима учињеним у склопу остваривања заједничког циља[1249]“.

На основу овог закључка видљиво је колико је танка и нејасна граница између одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата и подржавања и помагања као других облика кривичне одговорности. Очигледно је да у пространим оквирима које је сам креирао Хашки трибунал, нема довољно места да се одговорност утврди на један начин, већ критеријум за разликовање облика одговорности почива на постојању саме намере да се оствари подухват. Подсећамо на став овог суда који помагање и подржавање заснива на чињеници да „помагатељ и подржаватељ зна да његова помоћ користи једној особи у учињењу једног кажњивог дела“. Наравно овакав закључак није у стању да да одговор на питање постојања умишљаја. У погледу физичког предузимања радње дела исто веће закључује да:„учесник у заједничком злочиначком подухвату не мора физички суделовати ни у једном елементу неког кажњивог дела, ако су сви услови за одговорност по основу учествовања у удруженом злочиначком подухвату испуњени[1250]“.

Облике учешћа у заједничком злочиначком подухвату сагледавамо и полазећи од познате поделе на три његове категорије утврђене од стране Хашког трибунала у предмету Тадић[1251]. *Actus reus* првог облика заједничког злочиначког подухвата представља непосредно извршење радње дела поступајући у складу са заједничким планом и уз исту злочиначку намеру, те спровођење заједничког плана, чак и уколико учесници имају различите улоге у оквиру истог плана. *Mens rea* се огледа у намери да се учествује у макар једном аспекту злочиначког плана који доприноси остварењу заједничког злочиначког плана. Код другог облика заједничког злочиначког подухвата у предметима тзв. „концентрациони логори“ захтевани облик учешћа окривљеног је другачији. У смислу *actus reus* захтева се испуњење два кумулативна услова: 1) постојање оргнизованог сиситема злостављања затвореника и извршење разних злочина и 2) чињеница да је оптужени на неки начин активно учествовао у спровођењу тог система, „то јест да је охрабривао, помагао или подржавао или у сваком случају учествовао у остварењу заједничког злочиначког плана[1252]“ .

У овом делу закључујемо да се ради о једној објективној чињеници која је ван домета *actus reus* окривљеног (барем када се ради о окривљенима на нижим нивоима) у виду постојања једног организованог система. Проблем идентификујемо код другог услова. Наиме, на основу наведеног закључка јасно је да је a*ctus reus* толико широко постављен да се исти односи на радње охрабривања (које можемо сврстати у подстрекавање), те помагање или подржавање које су као облик саучесничке одговорности ипак ван доктрине заједничког злочиначког подухвата. Тек на крају се крајње паушално одређује *actus reus* у виду „..или у сваком случају учествовао у остварењу заједничког злочиначког плана“. Оваква формулација је недовољна. Због високог нивоа апстракције и неодређености она пружа могућност да се поступање окривљеног окарактерише као забрањено, тиме и кажњиво, не улазећи у сваку конкретну радњу окривљеног, чиме се *actus reus* развлачи до крајњих граница, до мере у којој му не може помоћи ни утврђивање *mens rea*. Илустративан пример представља закључивање Хашког трибунала који не налази за потребно да се радња заједничког злочиначког

[1249] Пресуда Жалбеног већа у предмету Квочка, параграф 88.

[1250]Пресуда Жалбеног већа у предмету Квочка, параграф 90.

[1251] Пресуда Жаленог већа у предмету Тадић, параграф 196-210.

[1252] Пресуда Жаленог већа у предмету Тадић, параграф 202.

подухвата директно веже за сам циљ подухвата: „Према томе, без обзира на то да ли је он физички израдио Директиву или убацио речи у инкриминишуће делове, Милетић је насловљенима, захваљујући својој централној улози у процесу израде, а по овлашћењу врховног команданта дао приказ шире визије политичког руководства...Другим речима, Милетић је наслoвљене обавестио о том плану. Претресно веће се уверило да је Милетић тиме допринео удруженом злочиначком подухвату присилног уклањања[1253]“.

У утврђивању потребног *actus reus* посебно значајно питање које је изнедрила пракса јесте и питање да ли оптужени мора да учествује у заједничком плану или је довољно да дели намеру остварења заједничког злочиначког плана? Полазећи од одговора на ово питање које је дао Хашки трибунал у више предмета, може се закључити да оптужени не мора непосредно да учествује у предузимању радњи заједничког злочиначког подухвата да би био оглашен кривим. Тако у предмету Квочка Хашки трибунал закључује:„Расправно веће је заузело став да саизвршилац у удруженом злочиначком подухвату дели и намеру извршења тог удруженог злочиначког подухвата и активно ради на његовом остваривању. Са друге стране, помагач и подржавалац не морају нужно делити намеру других учесника; он само треба бити свестан тога да својим доприносом помаже или омогућава злочин који чине други учесници[1254]“.

У одређивању заједничког злочиначког подухвата пракса не даје одговор на питање да ли се радња учесника у заједничком злочиначком подухвату мора односити на испуњење циљева целокупног злочиначког подухвата или је довољно да се радња односи на извршење кажњивог дела које се тек касније може означити као заједнички злочиначки подухват. Хашки трибунал не даје одговор на ово питање, већ се задржава на нивоу помагања и подржавања: „У случајевима када неки помагач и подржавалац зна само то да његова помоћ користи једној особи у чињењу једног кажњивог дела, он ће се сматрати одговорним само за помагање и подржавање тог кривичног дела. То се односи на случајеве када главни учинилац учествује у удруженом злочиначком подухвату скопчаном са учињењем даљих злочина. Међутим, у случајевима када оптужени зна да својом помоћи даје подршку злочинима групе особа које суделују у удруженом злочиначком подухвату и када он дели њихову намеру, он се може прогласити кривично одговорним као саизвшрилац у кривичним делима учињеним у склопу остваривања заједничког циља[1255]“. Илустративан пример недостатка радње учесника у злочиначком подухвату представља закључивање Хашког трибунала код оптуженог Милетића: „Осим тога, Милетић је био у самом језгру Главног штаба и био је особа код које су се "сливале " све информације. Имао је кључну улогу у размени – примању и дистрибуцији – информација међу релевантним актерима, како потчињеним, тако и претпостављеним, укључујући и Председника Републике Српске, Милетић је вешто и ефикасно користио своју јединствену информисаност да обавести и посаветује друге. У тој функцији је омогућио доношење одлука којима се план успешно проводио...Узимајући кумулативно у обзир сва појединачна дела и доприносе, Претресно вијеће констатује да је Милетић дао значајан допринос заједничком плану[1256]”. Наведени закључак јасно указује да се *actus reus* не мора директно ослањати на радње дела, нити на циљ заједничког злочиначког подухвата. У

[1253] Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др., параграф 1705.

[1254] Пресуда Жалбеног већа у предмету Квочка, параграф 88.

[1255] Пресуда Жалбеног већа у предмету Квочка, параграф 90.

[1256] Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др., параграф 1716.

конкретном случају нема помена радње дела, већ се закључак о кривичној одговорности заснива на „дељењу намере“.

Mens rea се пак утврђује кроз услов постојања „свести оптуженог о природи тог система“, као и намери да се спроводи заједнички план. Субјективни услов се доказује или кроз сведочење или полазећи од позиције које је окривљени заузимао у самом систему[1257]. Управо се чињеница која је карактеристична за постојање сваког система, па и злочиначког, може узети као релевантна. А то је чињеница „објективног положаја власти унутар система“. Ова чињеница је од значаја и са аспекта *actus reus* и са аспекта *mens rea* јер омогућава утврђивање објективног и субјективног елемента одговорности. Међутим, ова чињеница са аспекта заједничког злочиначког подухвата отвара низ других питања. Да ли се концепт заједничког злочиначког подухвата у случајевима тзв. „концентрационих логора“ може примењивати на сваког оптуженог или само на оне који су у оквиру система заузимали значајна места и код којих је постојала могућности утицања на сам систем и постојала свест о природи тог система. На основу овог критеријума лако се могу одредити и конкретне радње извршења дела у виду пропуштања или наређења као основа одговорности. Овај критеријум уопштено доводи у питање могућност, као и сврсисходност примене доктрине заједничког злочиначког подухвата у односу на оптужене нижих нивоа.

Трећа категорија заједничког злочиначког подухвата је „позната“ по могућности да се примени у случајевима у „којима је постојао заједнички план да се следи један начин понашања где је један од извршитеља учинио дело које је иако ван заједничког плана ипак природна и предвидљива последица извршења те заједничке намере[1258]“. И док се *actus reus* у овом случају може заснивати као и у претходним случајевима, утврђивање и примена *mens rea* представља *probatio diabolica*. Субјективни елемент код овог облика заснива се на чињеници да су учесници у подухвату, свесни да ће други учесници „вероватно учинити друга кривична дела“, осим оних предвиђених заједничким планом.

6.2.Субјективни елементи заједничког злочиначког подухвата

Субјективни елементи одговорности уопште, па тиме и субјективни елементи заједничког злочиначког подухвата представљају суштински елемент кривичне одговорности полазећи од става да: „кривична одговорност представља скуп субјективних околности које одређују психичко стање учиниоца и његов писхички однос према учињеном међународном кривичном делу[1259]“. Код међународних кривичних дела у ужем смислу субјективни елеменат свакако има кључну улогу, полазећи од природе и елемената бића кривичног дела. Овоме додајемо у чињеницу да *dolus specialis* данас представља опште место у утврђивању кривице код најзначајнијих међународних кривичних дела као што су геноцид или агресија (злочин против мира). И Статут Међународног кривичног суда утврђује у члану 30. умишљај као облик виности код међународних кривичних дела

[1257] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes,* op.cit., p.145.

[1258] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф, 204.

[1259] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 59.

из своје надлежности. На истом трагу је и Статут Хашког трибунала, те Статут Међународног кривичног суда за Руанду.

Субјективни елемент одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата разликује се од до сада препознатих категорија заједничког злочиначког подухвата. Код прве категорије или основног облика заједничког злочиначког подухвата, поред заједничке намере између учесника заједничког злочиначког подухвата, мора постојати и заједничка намера особе која је оптужена за учествовање у заједничком злочиначком подухвату кумулативно са заједничком намером особе која је физички предузела радњу дела. Односно како Хашки трибунал закључује: „оптужени мора добровољно учествовати у једном аспекту заједничког плана и ако лично не изврши убиство мора ипак намеравати тај резултат[1260]“. Овде можемо закључити постојање два нивоа намере. Једна намера која је заједничка свим учесницима заједничког злочиначког подухвата се своди на сам договорени или импровизовани циљ заједничког злочиначког подухвата. Други ниво намере који се своди на однос учесника који учествује у заједничком злочиначком подухвату са непосредним извршиоцем кажњивог дела се отелотворује у прихватању физичког акта другог учесника као свог.

Од значаја је утврђивање и временског поклапања два нивоа заједничке намере. У том смислу сматрамо релевантном чињеницу да за постојање заједничког злочиначког подухвата заједничка намера свих учесника мора бити истовремена са заједничком намером вршења кажњивих дела као начина остваривања заједничког злочиначког подухвата. Насупрот томе, Хашки трибунал омогућава утврђивање заједничке намере да се спроведе заједнички злочиначки подухват вршењем кажњивих дела и у различитом временском интервалу. Тако у предмету Стакић се закључује: „Претресно веће је уверено да су др Стакић и његови саизвршиоци деловали са свешћу да ће као директна последица њиховог спровођења заједничког циља бити учињени злочини[1261]“. На основу оваквог закључка одступило се од основног облика заједничког злочиначког подухвата, па у предмету Стакић није ни утврђивана заједничка намера у погледу извршења кажњивих дела, већ се остало само на доказивању заједничке намере у погледу заједничког злочиначког подухвата.

Када је реч о другој категорији заједничког злочиначког подухвата познатој као „концентрациони логори“, субјективни елемент је у оквиру ове категорије додатно проширен. Он се заснива на два елемента: 1) знање о карактеру система и 2) намера да се спроводи заједнички створен план злостављања логораша[1262]. У овом случају као приоритетно поставило се питање доказивања наведених услова у сваком конкретном случају. Проблемско поље доказивања *mens rea* у предметима тзв. концентрационих логора је знатно шире у односу на прву категорију заједничког злочиначког подухвата. Приступ је морао да омогући доказивање елемента знања кумулативно са елементом намере које нас води ка директном умишљају. Зато је Хашки трибунал као један од могућих начина доказивања потребног *mens rea*, утврдио да се намера може закључити из положаја власти на којима је било особље логора. Тако Хашки трибунал закључује[1263]: „Наиме, положај власти може представљати релевантан доказ за утврђивање свести

[1260] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 196.

[1261] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 496.

[1262] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 203.

[1263] Пресуда Жалбеног већа у предмету Квочка, параграф 101.

оптуженог о том систему, његово суделовање у остваривању или одржавању заједничког злочиначког циља тог система“.

Овај пример је показатељ несврсисходности примене заједничког злочиначког подухвата на сва лица која на било који начин учествују у предузимању радњи дела, а која се не могу довести у везу са постављеним заједничким циљем, и то довести у везу преко утврђивања система, на начин који не обухвата пуку припадност систему, већ преко критеријума положаја у оквиру система. Са друге стране, овом закључку се може приговорити да ствара обориву претпоставку кривице за сваког припадника система, сходно месту у хијерархији таквог система. Указује се на закључак Хашког трибунала: „У предметима везаним за концентрационе логоре наизглед се афирмише оборива претпоставка према којој обављање неке извршне, административне или безбедоносне улоге у логору представља опште суделовање у злочинима који су у њему учињени. Намера да се помогне напорима удруженог злочиначког подухвата у толикој мери да се досегне ниво саучесништва може се извести и из свести о злочинима којеи се врше у логору и настављања учествовања у њима, којим се омогућава функционисање логора[1264]“.

Уколико овоме додамо чињеницу сведену на опште место јуриспруденције Хашког трибунала да заједнички подухват може бити импровизован на лицу места без претходног договора, онда је и критеријум места у хијерархији система проблематичан са аспекта доказивања и постојања заједничког подухвата и са аспеката доказивања намере. Оваква схватања Хашког трибунала у погледу дефинисања или третирања субјективног елемента заједничког злочиначког подухвата воде нас ка објективизацији кривичне одговорности која се утврђује кроз постојање система, места и положаја у хијерархији система, из чега се извлачи доказ не само о постојању свести, већ и доказ о постојању намере која се заснива опет на директном умишљају. Посебно проблематична је примена оваквих критеријума на учеснике нижих нивоа у организацији логора.

Трећи облик заједничког злочиначког подухвата води нас у супротном правцу, стварајући од целокупне доктрине својеврсни *contradictio in adjecto*. Основна, уједно и најспорнија одлика трећег облика заједничког злочиначког подухвата представља карактеристика да се облик одговорности може утврдити и када је окривљени забрањену последицу могао да предвиди као природну или предвидљиву последицу предузимања радњи заједничког злочиначког подухвата. Субјективни елемент код трећег облика заједничког злочиначког подухвата који је креирао Хашки трибунал у предмету Тадић гласи: „Трећа категорија обухвата предмете у којима је постојао заједнички план да се следи један начин понашања где један од извршитеља учини дело које је, иако ван заједничког плана, ипак природна и предвидљива последица извршења те заједничке намере....Кривица се може приписати свим учесницима заједничког подухвата када је ризик да би могло доћи до смрти био предвидива последица извршења заједничког плана и када се истовремено оптужени према том ризику односио, било безобзирно, било индиферентно[1265]“.

Донекле различит, али довољно проблематичан став заузима Хашки трибунал у предмету Брђанин: „Да би се оптужени осудио за кажњиво дело на основу треће категорије заједничког злочиначког подухвата није потребно доказати да је он намеравао учинити злочин или чак да је са сигурношћу знао да ће злочин бити учињен. Довољно је

[1264] Пресуда Жалбеног већа у предмету Квочка, параграф 278.

[1265] Пресуда Жалбеног већа у премету Тадић, параграф, 204.

само да се оптужени упустио у удружени злочиначки подухват ради учињења другачијег злочина са свешћу да му његово учињење чини разумно предвидљивим да ће други учесници у удруженом злочиначком подухвату учинити злочин који му се ставља на терет, и да је тај злочин учињен[1266]". Основни услов за примену овог облика заједничког злочиначког подухвата огледа се у испуњености два услова у погледу утврђивања потребног *mens rea.* То су: 1) намера да се учествује у заједничком подухвату и да је спроведена злочиначка намера тог подухвата и 2) предвидљивост извршења других кривичних дела мимо свести (кривичних дела које не представљају договорени део заједничког подухвата), а који представљају природну и предивиљиву последицу која проистиче из самог карактера заједничког злочиначког подухвата. На овом месту кривична одговорност од умишљаја креће се ка евентуалном умишљају или нехату. То констатује и Хашки трибунал: „Морамо приметити да се тражи више од нехата. Оно што се тражи је стање свести у коме је нека особа, иако није намеравала проузроковати извесни резултат, била свесна да ће акције групе највероватније довести до тог резултата, а ипак је својом вољом пристала на тај ризик. Другим речима, тражи се такозвани *dolus eventualis* (у неким националним правним системима зван смотрени нехат)".

Овакав закључак има вишеструке последице. Најпре, на основу интепретрације Хашког трибунала јасно је да се ради о нехату. Основ *mens rea* у предмету Тадић, Хашки трибунал заснива на карактеру одношења оптуженог према ризику од наступања смрти на безобзиран или индиферентан начин. Суд овај облик *mens rea* дефинише као *dolus eventualis.* Овом закључку супротстављамо могућност да се евентуални умишљај може заснивати на критеријумима као што је поступање тј. одношење оптуженог према последици дела на безобзиран или индиферентан начин. Овде недостаје елеменат свести о могућности наступања последице, а посебно однос пристајања или непристајања на такву последицу. Закључак Хашког трибунала у предмету Тадић не налази потребу да се бави односом између окривљеног према могућој последици дела са аспекта свести о могућности наступања последице. Насупрот томе, Хашки трибунал утврђује свест о могућим последицама са аспекта критеријума као што су безобзирност или индиферентност. Дакле, основ примене *dolus eventualis* представља доказивање пристајања окривљеног на последицу.

У предмету Стакић сам Хашки трибунал износи другачији закључак: „Техничка дефиниција *dolus eventualis j*есте: ако субјект својим понашањем угрожава живот неке особе, лишавање живота те особе од стране субјекта постаје намерно уколико је субјект пристао или се помирио с тим да то његово понашање може довести до смрти. Стога, ако је лишавање живота учињено са очитом равнодушношћу према вредности људског живота и понашање које повлачи мали ризик може постати намерно убиство... Претресно веће наглашава да концепт *dolus eventualis* не обухвта стандард нехата или грубог нехата[1267] ". Колико је далеко отишао Хашки трибунал, указује и кратко подсећање на члан 7. Статута овог суда који у ставу 3. основе евентуалног умишљаја одређује кроз стандарде „зна или имао разлога да зна", искључујући имплицитно могућност употребе стандарда предидљивости кривичног дела.

Нехат као облик кривице потпуно је неспојив са елементима бића кривичног дела имајући у виду да се ради о међународним кривичним делима у ужем смислу. Посебно се указује да овај облик са утврђеним *dolus eventualis* апсолутно искључује могућност

[1266] Одлука по интерлокуторној жалби у предмету Брђанин од 19.03.2004.године, параграф 5.

[1267] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 587.

примене овог облика одговорности на дела као што је геноцид, за чије полазиште представља доказ о посебној намери или *dolus specialis*. Овај став данас представља опште место у међународном кривичном праву[1268]. У том смислу илустративан је закључак Хашког трибунала у предмету Стакић: „Претресно веће констатује да за учињење геноцида морају бити задовољена обележја тог кривичног дела, укључујући и *dolus specialis*. Идеја прерастања дела у геноцид или геноцида као „природне и предвидљиве последице“ неког подухвата који није усмерен дикректно на геноцид није спојива са дефиницијом геноцида према члану 4(3)(a)“[1269]. Даље, искључивање умишљаја онемогућава примену овог облика одговорности и на дело као што је агресија.

За разлику од Хашког трибунала, Међународни војни суд у Нирнбергу је утврђујући постојање заједничког плана (у оквиру дела злочин против мира, будући да је само у односу на ово дело прихваћена одговорност по основу заједничког плана) остао на линији директног умишљаја. О наведеном сведочи члан 6. Статута Међународног војног суда који прописује умишљај као захтевани субјективни однос према делу. Статут Међународног кривичног суда такође задржава у члану 25. умишљај као једини облик виности окривљеног за кажњива дела из Статута. Са друге стране, у члану 30. Статута Међународног кривичног суда виност се задржава у оквирима евентуалног умишљаја кроз одређење: „...или је свесно да услед његовог чињења или нечињења забрањена последица може наступити, па пристаје на њено наступање“.

Упоређујући елементе *mens rea* из праксе Хашког трибунала и Статута Међународног кривичног суда доћи ћемо до закључка да Статут Међународног кривичног суда није прихватио елементе *mens rea* на начин како је то креирала јуриспруденција Хашког трибунала. За разлику од Хашког трибунала који креира за три облика заједничког злочиначког подухвата три облика *mens rea*, Статут Међународног кривичног суда у овом домену не прави разлику између *mens rea* прве и друге категорије заједничког злочиначког подухвата, док трећу категорију уопште не препознаје.

Наведени цитати из Статута Међународног кривичног суда, али и Статута Хашког трибунала, па и Статута Међународног војног суда указују колико је далеко отишао Хашки трибунал када је субјективни елемент код трећег облика заједничког злочиначког подухвата засновао на критеријумима као што су то „природност “ и „предвидљивост“, те однос према последици заснован на критеријумима „безобзирно или индиферентно“. Свакако да се свест о наступању забрањене последице, кумулативно са пристајањем на наступање забрањене последице не може поистоветити са безобзирним или индиферентним односом према ризику наступања забрањене последице. Док у нормативним изворима постоји свест о последици и пристајање на последицу, Хашки трибунал не успоставља везу између последице и пропуста окривљеног, већ исту покушава на заснује на нестабилним везама као што су: предвидљивост и безобзиран или индиферентан однос према ризику наступања последице. Управо је у томе највећа грешка ове категорије заједничког злочиначког подухвата, што се врши поистовећивање између свести о последици и односа према ризику о последици.

И овај облик заједничког злочиначког подухвата потврђује већ изнете ставове да карактеризације заједничког подухвата као злочиначког представља есенцију примене

[1268] О овоме више у: Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, International Court of Justice, Advisory Opinion of 28 May 1951.

[1269] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 530.

овог облика кривичне одговорности. Наиме, трећи облик заједничког злочиначког подухвата на начин како га третира Хашки трибунал заснива се на вршењу кажњивих дела који се налазе ван заједничког злочиначког подухвата који такође подразумева вршење кажњивих дела или представља кажњиво дело само по себи. Значи, у случају када се удружени подухват не може окарактерисати као подухват који подразумева вршење кажњивих дела или се не заснива на вршењу кажњивих дела, накнадно кажњиво дело које врше други учесници у заједничком злочиначком подухвату се у потпуности удаљава од самог удруженог подухвата. Ту се ствара велико проблемско поље доказивања свести и могућности свести о могућим другим кажњивим делима која се предузимају од стране других учесника заједничког злочиначког подухвата. Отуда и потреба за утврђивањем сваког заједничког подухвата *per se*, као криминалног. Овакав приступ, исходи и потребу да се приступи утврђивању једног заједничког плана као злочиначког.

Још један приговор на рачун трећег облика заједничког злочиначког подухвата односи се на аспект намере. Уколико кренемо од намере која се као облик кривице састоји од два елемента (интелектуалног или спознајног и волунтативног), долазимо до запажања да начин на који је третиран трећи облик заједничког злочиначког подухвата указује да се интелектуални елемент заснива на критеријуму предвидљивости и природности, не наводећи том приликом било какву основу која би повезивала лична својства оптуженог са свешћу о природности или предвидљивости последице чињења. Такође се указује да не постоје довољно квалитетни критеријуми за утврђивање квалитета свести о могућим последицама дела. О значају прецизног утврђивања нивоа свести указује и Хашки трибунал у премету Блашкић: „свест о било каквом ризику, ма колико да је низак, није довољна за проглашење кривичне одговорности за тешка кршења међународног хуманитарног права[1270]“.

Са друге стране, критеријум предвидљивости дела није адекватан појмовима безобзирности или индиферентности као исказаном односу окривљеног према могућој последици дела. Ово из разлога што безобзирност и индиферентност подразумевају претходно постојање свести о последици и непредузимању било какве радње усмерене ка спречавању последице, јер се безобзирност и индиферентност јављају управо из постојања свести о могућној последици дела. Предвидљивост, са друге стране, може да обухвати и потпуно одсуство свести о перцепцији могућег вршења дела (која се може заснивати на личним особинама окривљеног). Значи предвидљивост је субјективна стварност која мора да постоји у виду свести о последици пре саме радње дела и последице, док су безобзирност и индиферентност објективне чињенице засноване на намери, која се као таква може манифестовати пре и после наступања последице.

На крају закључујемо да ова категорија заједничког злочиначког подухвата удаљава кривичну одговорност од умишљаја и опасно приближава свесном нехату, багателишући намеру као основ кривичне одговорности код међународних кривичних дела. Овако одређен субјективни елемент потпуно је различит и од других основа кривичне одговорности као што је командна одговорност за коју је такође карактеристично одступање од умишљаја.

[1270] Пресуда Жалбеног већа у предмету Блашкић, параграф 42.

7. ОБЛИЦИ ЗАЈЕДНИЧКОГ ЗЛОЧИНАЧКОГ ПОДУХВАТА

Пракса Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду дефинисала је облике заједничког злочиначког подухвата. У предмету Тадић[1271], као и у доцнијим пресудама које су прихватиле закључке Жалбеног већа у предмету Тадић (са извесним одступањем у предмету Стакић) дефинисане су три категорије заједничког злочиначког подухвата.

Прву категорију или основни облик заједничког злочиначког подухвата представљају предмети у којима сви саоптужени делују у складу са заједничким планом и поседују исту злочиначку намеру која се поистовећује са умишљајем. У овом случају постоји план да се изврше кривична дела која се представљају као заједнички план, сваки од саизвршиоца има различиту улогу у оквиру плана, с тим да умишљај свих саизвршилаца проистиче из заједничке намере да изврше кривично дело. Објективне и субјективне услове суд дефинише као: 1) оптужени мора добровољно учествовати у једном аспекту заједничког плана и 2) оптужени, чак и ако лично не изврши кривично дело, мора намеравати тај резултат[1272].

За ову категорију заједничког злочиначког подухвата карактеристично је да се одговорност саизвршиоца темељи на хтењу последице и добровољном учествовању у спровођењу заједничког плана. Међутим, овакав облик заједничког злочиначког подухвата не пружа одговор за случајеве у којима оптужени учествује у заједничком плану, оптужени наступа са умишљајем у односу на кривично дело (има сазнање о резултату и прихвата тај резултат), међутим, не предузима радњу која доводи до забрањене последице. Овде се може поставити питање где је узрочна веза између чињења оптуженог који учествује у заједничком плану без предузимања радњи које директно доводе до забрањене последице или предузимања радње која није од значаја у односу на забрањену последицу без обзира на пристајање на последицу. Односно, да ли се кривична одговорност може темељити на субјективном услову пристајања на предузимање радње (од стране других учесника у подухвату) које су усмерене ка извршењу дела, на пристајању на последицу дела, али у одсуству предузимања физички било какве радње која може допринети настанку дела или у одсуствовању предузимања било какве радње.

У оквиру ове категорије недостаје (толико потребна) веза између радње дела (укључујући и радњу која тек индиректно доприноси делу) и наступеле последице. Указујемо да предмети који су Хашком трибуналу послужили као извор права путем аналогије у предмету Алмело[1273], Јепсен и други[1274]и Понзнано[1275] не дају одговор на ово питање будући да је у њима свако од саоптужених предузео неку радњу дела, без обзира да ли се ради о радњи непосредног извршења или некој другој саизвршилачкој радњи.

[1271] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 196-211; Пресуда Жалбеног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Нтакирутимана, параграф 463;

[1272] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 196;

[1273] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 197.

[1274] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 198.

[1275] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 199.

Основна критика коју упућујемо овој категорији заједничког злочиначког подухвата јесте непримењивост у околностима у којима окривљени не предузима саму радњу дела, иако је свестан циља и пристаје на циљ, као и у случају када не предузима било какву радњу дела, али је свестан циља и пристаје на циљ.

Други облик заједничког злочиначког подухвата представљају тзв. предмети концентрационих логора. На основу навода из предмета Белсен, веће Хашког трибунала прописује неколико услова за примену овог облика заједничког злочиначког подухвата. То су: 1) постојање организованог система злостављања заточеника и извршења разних злочина, 2) свест оптуженог о природи тог система и 3) чињеница да је оптужени на неки начин активно учествовао у спровођењу тог система, то јест да је охрабривао, помагао и подражаво или у сваком случају учестововао у остварењу заједничког злочиначког плана[1276]. Имајући у виду, наведене услове може се закључити да је овај облик заједничког злочиначког подухвата резервисан за поједине категорије оптужених, па као такав нема општу примену. Наиме, из три кумулативно прописана услова јасно је да је исти примењив само на оптужене који се могу сматрати саизвршиоцима због свог објективног положаја, односно „положаја власти“ како то истиче Хашки трибунал којим су могли да утичу на организован система логора и положај затвореника. У случају Тадић оптужени је проглашен одговорним и за другу категорију заједничког злочиначког подухвата.

Наиме, и у предмету Аушвиц (на који се суд позива као извор) јасно је истакнуто да: „Иако је суд дошао до истог резултата, није применио доктрину заједничког плана, него је уместо тога имао тенденцију да бранъеника третира као помагача и подржавателъа, докле год су они остајали унутар оквира успостављеног њиховим наређењима, и као главне починиоце уколико су деловали ван тог оквира. То је значило да је, ако се није могло доказати да је оптужени себе заиста идентификовао са циљевима нацистичког режима, суд њега третирао као помагача и подржаваоца јер није имао специфичну намеру да учини кривично дело као своје.....Стајалиште, да је свако ко је био укључен у програм уништења у Аушвицу и деловао на било који начин[1277]“ у вези са тим програмом учествовао у убиствима и да је одговоран за све што се догодило, није тачно. То би значило, да би чак и она дела која нису помогла главном кривичном делу на било какав конкретан начин била кажњива....Чак и они који су на својим местима стављали мале препреке на пут овог програма убиства, иако у подређеном положају и без успеха, не би побегли казни. То не може да буде право![1278]“

Овај облик заједничког злочиначког подухвата не одређује прецизно радње дела. По становишту Хашког трибунала довољно је само „знање о карактеру система и намера да се спроводи заједнички створен план злостављања логораша[1279]“. Сматрамо да је ова категорија примењива само у односу на „више нивое“ окривљених који својим чињењем омогућавају егзистенцију једног таквог система. Такође, ова категорија не даје одговор на питање тзв. ексцесних или инцидентних кривичних дела, односно за случајеве када кривично дело није део организованог система, те да оптужени није предузео никакву радњу којом би помагао, подржавао или учествовао у остварењу плана, већ се дело јавља као појединачни акт, чак у оним случајевима када се дела понављају, али не толико често,

[1276] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 202.

[1277] Наводи Жалбеног већа у предмету Тадић,уз фусноту бр. 254.

[1278] Наводи Жалбеног већа у предмету Тадић,уз фусноту бр. 254.

[1279] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 203.

да би сама по себи била део организованог система или део циља, већ остајући иза линије инцидента или ексцеса. Одговор на ово питање може се наћи у карактеристикама трећег обика заједничког злочиначког подухвата који следи, а који предвиђа одговорност за дела која су предвидљива и природна последица радњи.

Трећа категорија заједничког злочиначког подухвата обухвата предмете у којима је постојао заједнички план да се следи један начин понашања где један од оптужених учини дело које је, иако ван заједничког плана, ипак природна и предвидива последица извршења и реализације заједничког циља. Додатни услов већа Хашког трибунала нуди у виду прихватања ризика од наступања последице када се оптужени „према том ризику односио, било безобзирно, било индиферентно[1280]“. У предмету Стакић, овај облик се означава као „шири “ облик заједничког злочиначког подухвата [1281]. Нема сумње да је ово свакако најшире постављени облик заједничког злочиначког подухвата што га чини уједно и најспорнијим. У овом облику не само да нема директне везе између чињења или нечињења оптуженог са делом, већ се и објективна веза своди на категорију као што је то „предвидљивост наступања дела“, а која се одражава и на облик виности удаљавајући окривљеног од прихватања последице или пристајања на последицу, уједно психички однос према могућности наступања дела сводећи на „безобзирност“ или „индиферентност“. Такође, указује се да Суд не наводи критеријуме на основу којих би се утврдили шта се може сматрати довољно релевантним доказом „предвидљивости вршења кривичног дела од стране трећег лица“.

Указујемо да овакво дефинисање облика заједничког злочиначког подухвата у значајној мери одступа од судске праксе на које се позвао сам суд у предмету Манели: „Однос материјалне узрочности путем које право неке од учесника чини одговорним за злочин који није био предвиђен мора се исправно схватити са стајалишта логике и права и строго разликовати од узгредног односа. Узрок, био он непосредан или посредан, симултан или сукцесиван, не може се никада помешати са пуком коинциденцијом. Да би постојао однос материјално важне узрочности између кривичног дела које је хтео један од учесника и различитог кривичног дела које је починио други, нужно је да ово друго кривично дело представља логичан и предвидив развој првог. Насупрот томе, када постоји потпуна независност између два кривична дела може се закључити, у зависности од конкретних околности, да постоји тек узгредни однос, али не и узрочни однос. У светлу ових критеријума онај који од некога тражи да рани или убије не може одговарати за пљачку коју је учинила та друга особа, јер то кривично дело не представља логичан развој намераваног кривичног дела, већ нову чињеницу која има своју узрочну аутономију и повезана је са поступањем које је хтео подстрекач тек пуким узгредним односом[1282]“.

И сам Хашки трибунал је недоследан у погледу примене трећег облика у предмету Беара и др.: „Да би се оптуженом приписала одговорност на основу треће категорије удруженог злочиначког подухвата, тужилаштво, као и код прве категорије удруженог злочиначког подухвата, мора најпре да докаже да је оптужени поседовао намеру која се тражи за кривична дела која чине део заједничког циља. Поред тога, оптуженом се "одговорност за кривично дело које излази из оквира заједничког циља може приписати само ако је, у зависности од околности предмета, (и) било предвидљиво да би неко од чланова групе могао извршити такво кривично дело и (ии) ако је оптужени својевољно

[1280] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 204.

[1281] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 436.

[1282] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 218.

прихватио ту могућност". Жалбено веће је појаснило да израз "својом вољом прихватио ту могућност" значи да је оптужени који је био "свестан да је тај злочин могућа последица прогањења дотичног подухвата, одлучио да учествује у њему[1283]“.

На тренутак враћамо се на предмет Тадић у коме Хашки трибунал заузима став о условима на којима се заснива закључак о могућностима предвидљивости дела по трећем облику заједничког злочиначког подухвата. Хашки трибунал закључује да: „је било предвидљиво да би присилно одвођење цивила пред нишане оружја могло резултирати смрћу једног или више тих цивила[1284]“. На основу оваквог схватања оптужени по основу заједничког злочиначког подухвата постаје одговоран за ново кривично дело које као такво излази из оквира договореног заједничког злочиначког подухвата, иако исти не поседује намеру, већ је могао да предвиди да ће дело бити учињено, односно да ће се дело јавити као природна или предвидљива последица заједничког злочиначког подухвата. Овде је јасно да је веома тешко успоставити било какву везу између намере и могућности предвиђања или схватања следа догађаја као природних или предвидљивих последица. Уколико узрок није обухваћен намером, како треба да изгледа могућност предвиђања, односно у који облик виности би се сврстало схватање оптуженика које би се могло задржати на нивоу намере у односу на циљ самог заједничког злочиначког подухвата, а истовремено спустити на ниво моћи предвиђања у односу на извршено дело које иде ван заједничког злочиначког подухвата.

Ово питање посебно постаје значајно уколико се има у виду да се секундарни оптужени у односу на примарног оптуженог јавља као неко ко не врши радњу дела, па се овај однос заснива на нечињењу. Наведеном додајемо и чињеницу да у овом случају као извор закључивања о предвидљивом вршењу кривичног дела Хашки трибунал види у радњи „присилног одвођења цивила пред нишане оружја“. На овом месту се може поставити питање да ли се овакав квалификатив као што је то предузимање радње у рату пред „нишаном оружја“ може на било који начин поставити као основ за могући ексцес у виду новог дела које није обухваћено основним заједничким злочиначким подухватом. Очигледно је да се наведена околност не може сматрати ни као објективна околност која представља ризик у оружаном сукобу, а свакако се не може претворити у околност која је у вези са намером секундарног учиниоца, који на овај начин преузима или „хотимично пристаје на ризик[1285]“ који га у крајњем изједначава са примарним учиниоцем. На страну што у оквирима овог критеријума није потребна ни намера примарног учиниоца.

Посебан осврт заслужује временски тренутак у коме примарни извршилац врши дело које није део договореног заједничког злочиначког подухвата. Уколико примарни извршилац не поседује такву намеру у тренутку почетка заједничког злочиначког подухвата (мислимо на намеру у односу на дело које није део основног тј. договореног заједничког злочиначког подухвата, већ се она јави касније, како ће се успоставити веза између намере (или свесног нехата) секундарног учиниоца и намере примарног извршиоца. Још једну нејасноћу представља и чињеница да се у оквиру овог облика заједничког злочиначког подухвата за секундарног учесника (у овом облику) тражи нижи овлик одговорности у виду предвиђања извршења дела, док суштина ове доктрине стоји на поставци намере у односу на кривично дело које је саставни део заједничког циља. Овај

[1283] Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др., параграф 1030.

[1284] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 220.

[1285] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 228.

облик не даје одговор и на питање да ли се предвидљиво дело јавља као теже или као лакше у односу на дело као договорени циљ заједничког злочиначког подухвата.

Хашки трибунал поистовећује пристајање на могућност са учешћем у делу које иде ван циља заједничког злочиначког подухвата, при томе не нудећи разлог на основу кога се могу поистоветити категорије као што су умишљај у односу на дела које чине део заједничког циља, са нехатом у односу на друга дела која нису део заједничког циља. Такође, овај облик дела указује да исти представља основ за примену кривичне одговорности и за она дела која излазе из оквира заједничког циља, а за која је потребна посебна намера. Наведено указује да се посебна намера доказује преко нехатних дела. Односно како Хашки трибунал закључује: „За подлегање одговорности на основу треће категорије удруженог злочиначког подухвата није потребно да оптужени поседује намеру која се тражи за проширено кривично дело, то јест кривично дело које излази из оквира заједничког циља.То вреди и за кривична дела за која се тражи посебна намера[1286]“.

Трећа категорија заједничког злочиначког подухвата, омогућава примену нехата као облика виности без одговарајућих формулација које би омогућиле разграничење између свесног и несвесног нехата[1287]. Уколико се направи аналогија између предмета Есенско линчовање и предмета Тадић, видећемо да трећи облик заједничког злочиначког подухвата није уопште егзактна категорија која шире посматрано доводи у питање и заједнички злочиначки подухват као део међународног обичајног права, што свакако има своју рефлексију и у погледу примене начела *nullum crimen sine lege*, барем када је реч о статуту Хашког трибунала.

Додатни проблем категоризацији представља константна променљивост овако усвојеног заједничког злочиначког подухвата коју Хашки трибунал означава: „Заједнички злочиначки циљ удруженог злочиначког подухвата може временом и да еволуира пошто, као што је закључило Жалбено веће, "удружени злочиначки подухват може доћи до тога да усвоји проширена кажњива средства, под условом да докази показују да су учесници удруженог злочиначког подухвата пристали на то проширење средстава". То значи да кривична дела која чине део заједничког циља могу временом еволуирати и мењати се, због чега удружени злочиначки подухват у различитим периодима може имати различите учеснике. Кључно питање је да ли је оптужени поседовао намеру чињења тих додатних кривичних дела и да ли су она постала део заједничког циља[1288]“. Међутим, разлоге за увођење овог облика заједничког злочиначког подухвата најбоље илуструју речи Лорда Стејна који указује:„Систем кривичног правосуђа постоји ради контроле злочина. Примарна функција тог система треба бити да се праведно, али ефикасно бори против оних који се с другима удружују у злочиначки подухват. Искуство је показало да удружени злочиначки подухвати и превише често ескалирају у чињење тежих кривичних дела[1289]“.

Трећа категорија заједничког злочиначког подухвата јавља се као посебно проблематична категорија индивидуалне кривичне одговорности,посебно код појединих

[1286] Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др., параграф 1031.

[1287] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 101; пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 228.

[1288] Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник, параграф 1028.

[1289] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крајишник, издвојено мишљење судије Шахабудена, параграф 48.

међународних кривичних дела, као што је геноцид. Указали смо да опште место треће категорије заједничког злочиначког подухвата ,представља одоговорност за природне и предвидљиве последице заједничког злочиначког подухвата, када је кривично дело учињено ван зацртане сврхе заједничког злочиначког подухвата, односно како Хашки трибунал закључује у предмету Тадић: „Трећа категорија обухвата предмете у којима је постојао заједнички план да се следи један начин понашања где један од извршитеља учини дело које је, иако ван заједничког плана, ипак природна и предвидива последица извршења те заједничке намере[1290]“. У предмету Стакић оптужба везу између геноцида и заједничког злочиначког подухвата, заснива на крајње широким начелима: „Одговорност за геноцид према члану 4(3)(а) чини срж аргументације оптужбе, и то на темељу следећих видова одговорности, наведених по важности: а) саизвршилаштво у удруженом злочиначком подухвату, у којем је заједнички циљ обухватао геноцид или је ескалирао до те мере да обухвата геноцид и б) саизвршилаштво у удруженом злочиначком подухвату, у којем је геноцид био природна и предвидљива последица остварења заједничког циља[1291]“.

Дакле, ради се о кажњивом делу које није обухваћено намером, нити умишљајем од стране окривљеног. Хашки трибунал саизвршилаштво заснива на геноциду као договореном заједничком циљу, затим геноциду као ескалацији договореног заједничког циља с тим што се заједнички циљ не односи на геноцид, као и геноциду као предвидљивој и природној последици заједничког циља. Већ на први поглед јасне су разлике полазећи од *dolus specialis* као основног елемента кривичног дела геноцида. У овом случају Хашки трибунал захтевани *dolus specialis* развлачи од геноцида као договореног заједничког циља до геноцида као ексцеса заједничког циља. Овакав резон негира *dolus specialis* код геноцида и своди га на нехат. На овом месту указујемо на упозоравајући закључак Хашког трибунала: “Примена неког вида одговорности не може заменити обележје кривичног дела. Оптужба брка видове одговорности и сама кривична дела. Мешање треће варијанте удруженог злочиначког подухвата и злочина геноцида довело би до тога да се *dolus specialis* у толикој мери разводни да би потпуно нестао... Идеја прерастања дела у геноцид или геноцида као природне и предвидиве последице неког подухвата који није усмерен конкретно на геноцид није спојива са дефиницијом геноцида према члану 4(3)(а)[1292]“.

Овакав приступ директно је супротан одредбама Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида јер шири могућност употребе намере на евентуални умишљај и на нехат који је супротан *dolus specialis* као основном обележју овог кривичног дела. Имајући у виду наведено сматрамо да се кривична одговорност за геноцид уопште не може тражити у трећем облику заједничког злочиначког подухвата, као ни у водама заједничког злочиначког подухвата уопште. Одредбе члана 3. Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида пружају сасвим јасно упориште за утврђивање кривичне одговорности за дело геноцида кроз споразум, непосредно и јавно подстицање на извршење геноцида, покушај геноцида и саучесништво у геноциду.

У склопу разматрања постојеће категоризације заједничког злочиначког подухвата, сматрамо потребним указати на још један проблемски аспект, а то је однос одговорности

[1290] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 204.

[1291] Пресуда Претресног већа у предмету Тадић, параграф 504.

[1292] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 530.

за дела учињена у оквиру заједничког злочиначког подухвата и накнадно учињених дела. С обзиром да заједнички злочиначки подухват подразумева одговорност свих учесника подухвата за појединачна кривична дела ма ко да их је учинио, поставља се питање да ли се он може применити и у односу на сва дела која су обављена касније, која су саставни део оптужбе за појединачна кривична дела, а која ипак (према наводима из оптужнице) нису опредељена као део заједничког злочиначког подухвата. Ово из разлога што теорија познаје раслојавање злочиначког подухвата на основно дело и споредно дело[1293].

Имајући у виду наведено, указаћемо на поједина кажњива дела, која се јављају као део заједничког злочиначког подухвата, за која судска пракса и нормативни оквири не омогућавају примену ниједног од постојећих облика заједничког злочиначког подухвата. Ову тезу обрадићемо кроз дела „поновног укопа" чиме се бавио Хашки трибунал у предмету Сребреница, с тим што конкретна дела представљају основ за уопштено закључивање као о накнадно учињеним делима у оквиру постојеће категоризације заједничког злочиначког подухвата. У том смислу као неспорни куриозитет указаћемо на предмет Крстић и предмет Беара и др. пред Хашким трибуналом. Према наводима из оптужнице[1294] генерал Радослав Крстић је између осталог оптужен да је: „Када је постало јасно да је међународна заједница сазнала за убијања и погубљења, произашла из напада на заштићену зону Сребренице, Радослав Крстић и јединице под његовом командом учествовали су у још једном покушају прикривања убијања и погубљења, тако што су ископавали тела из првобитних масовних гробница и пребацивали их у друге гробнице. Војна лица, припадници Војске Републике Српске или њихови представници под командом Радислава Крстића раскопали су следеће гробнице, наведене од броја 26.1 до броја 26.5 и тела пребацили на друга места: 26.1. Брана код Петковаца, 26.2. Ораховац, 26.3. Војна економија Брањево, 26.4. Козлук и 26.5. Глогова".

У односу на наводе из оптужнице, након спроведеног поступка, у првостепеној пресуди у предмету Крстић, Претресно веће закључује: „Током раздобља од неколико седмица, у септембру и почетком октобра 1995. године, снаге босанских Срба су отвориле један део примарних масовних гробница у којима су се налазила тела погубљених мушкараца, босанских Муслимана и та тела поново закопали у секундарне гробнице на још забаченијим локацијама (параграф 78)[1295]....Оптужба није успела доказати да је генерал Крстић био директно умешан у активности поновног укопа. Но , генерал Крстић је, ако ништа друго морао знати да се та масовна операција води у његовој зони одговорности (параграф 415.)[1296]....Оно што је најзначајније, јесте да се из форензичких доказа, које је предочила оптужба, исто тако види да су снаге босанских Срба, током раздобља од неколико недеља у септембру и почетком октобра 1995. године откопале многе од примарних масовних гробница и тела поново покопале на још забаченијим локацијама[1297]....Г. Бутлер је истакао да би у уобичајеним околностима одобравање горива за инжињерске радове било у надлежности позадинских служби и да умешаност људи из безбедности овом приликом упућује на закључак да је то гориво имало везе са

[1293] P. Zahra, *Common Purpose and Joint Criminal Enterprise,* www.publicdefenders.lawlink.nsw.gov.au; (приступ 06.11.2013).

[1294] Тачка 26.измењене и допуњене оптужнице тужилаштва Хашког трибунала од 27. 10.1999.године.

[1295] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 428.

[1296] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 476.

[1297] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 78.

криминалним активностима[1298].....Међутим, чак и по верзији догађаја коју је изнела одбрана, генерал Крстић је био командант Дринског корпуса у септембру и почетком октобра 1995. године, када су тела погубљених мушкараца, босанских Муслимана уклоњена из примарних гробница и премештена на удаљеније, секундарне масовне гробнице[1299]....Операција тог обима, која подразумева ископавање хиљада лешева и њихово пребацивање на још забаченије локације, а све унутар зоне одговорности Дринског корпуса, тешко да му је могла промаћи[1300]....Међутим, Претресно веће прихвата да је, ако ништа друго, генерал Крстић, командант Дринског корпуса, морао знати да се у његовој зони одговорности врши масовна операција поновног укопавања[1301]".

У предмету Беара и др., Хашки трибунал закључује: „Претресно веће напомиње да чињеница да је у септембру и октобру 1995. године изведена операција поновног покопавања говори у прилог његовој констатацији да су масовна погубљења која су извршена после Сребренице била планирана и организована и да су чинила део унапред смишљене операције убијања широких размера. Као што је план убијања израђен у редовима Главног штаба Војске Републике Српске и пренесен даље преко органа безбедности, тако је и план прикривања доказа о постојању тог плана потекао из Главног штаба Војске Републике Српске и пренесен је преко органа безбедности. Докази о операцији покопавања подударају се са израдом и координацијом плана убијања војно способних мушкараца, босанских Муслимана, из Сребренице, чак су им и аналогни. По мишљењу Претресног већа ти докази додатно поткрепљују закључак да је план убијања обухватао и план да се прикрије чињеница да је оно извршено[1302]". Хашки трибунал у предмету Беара и др. ослободио је окривљене за дело поновног укопавања полазећи од легитимитета у односу на ово дело. Хашки трибунал закључује: „Претресно веће напомиње да се, будући да поново покопавање није кривично дело санкционисано Статутом, ниједан од оптужених не може се сматрати кривично одговорним за ту операцију на основу треће категорије удруженог злочиначког подувата[1303]".

На основу наведеног, извесно је да је Хашки трибунал у односу на дела поновног укопа донео ослобађајућу пресуду из разлога што наведено дело није обухваћено Статутом Хашког трибунала, па самим тим није имало ни потребу да врши позиционирање овог дела у постојеће облике заједничког злочиначког подухвата. Ова чињеница не спречава нас да посматрамо „поновни укоп" као кажњиво дело у односу на постојећу категоризацију заједничког злочиначког подухвата, као и имајући у виду да је тачком 8. диспозитива у предмету Крстић, поновни укоп третиран као део злочина против човечности. Полазећи од предмета наше анализе, за нас у конкретном случају (мисли се на предмете Крстић и Беара и др.) није битно обележје кажњивог дела, већ само постојање кажњивог дела у контексту утврђивања могућности примене постојећих облика заједничког злочиначког подухвата.

Са становишта одредби о одговорности за заједнички злочиначки подухват, а у оквиру *actus reus* и *mens rea* учиниоца потребно је размотрити могућност да се ради о делу који је вршено у ширем оквиру циља заједничког злочиначког подухвата или као дело које

[1298] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 258.
[1299] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 311.
[1300] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 414.
[1301] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 415.
[1302] Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др., параграф 1067.
[1303] Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др., параграф 1083.

је обављено ван оквира заједничког злочиначког подухвата, али које се на индиректан начин повезује са последицом заједничког злочиначког подухвата. При томе није неопходно да та дела буду природна или предвидљива последица заједничког злочиначког подухвата, већ је реч о делима која могу самостално да егзистирају, али која се наслањају на дела у оквиру којих постоји заједнички злочиначки подухват. У том смислу сматрамо неоснованим закључак тужилаштва у предмету Беара и др.[1304] да је акција „поновног укопа“ била природна и предвидљива последица заједничког злочиначког подухвата. Дакле, реч је о делима која нису део заједничког плана, немају снагу услова, нити представљају средство за остварење заједничког плана, нити циљ заједничког плана. Такође, дела не представљају природну или предвидљиву последицу постојећег заједничког злочиначког подухвата (код поновног укопа убијених то најбоље долази до изражаја).

Још један критеријум који треба бити испуњен огледа се у природи кажњивог дела у односу на кажњива дела у основном заједничком злочиначком подухвату. Уколико се ради о истим или сличним кажњивим делима у погледу остваривања циља заједничког злочиначког подухвата, постојећи заједнички злочиначки подухват се једноставно проширује и могућност креирања (н)овог облика заједничког злочиначког подухвата се ту једноставно исцрпљује. У овом случају реч је о делима која по својој природи (кажњива дела) не представљају суштину основног заједничког злочиначког подухвата, већ се јављају на један начин као последица основног заједничког злочиначког подухвата, али коју карактерише последични однос према основном облику заједничког злочиначког подухвата, али не и поистовећивање са циљем основног заједничког злочиначког подухвата (сама дела поновног укопа нису директна ни неопходна последица убијања, нити су средство за остварење основног циља заједничког злочиначког подухвата, нити циљ заједничког злочиначког подухвата), те умишљајно предузимање радњи дела, која је по себи раздваја у односу на трећу категорију заједничког злочиначког подухвата.

Сматрамо да на ова дела трећи облик заједничког злочиначког подухвата није примењив. Разлике у односу на трећу категорију заједничког злочиначког подухвата огледају се у одсуству потребе да се утврђује карактер „природног и предвидљивог“ код накнадних дела која нису део договореног циља заједничког злочиначког подухвата, као и одсуству потребе да се окривљени према тим делима односи „индифернтно или безобзирно[1305]“. Ово из разлога јер је реч о накнадним делима која се предузимају са умишљајем, а полазећи од чињенице да се виност код трећег облика може засновати и на нехату, то прекида везу која би могла омогућити примену трећег облика и на ова дела која се предузиамју искључиво са умишљајем. У предметима Крстић и Беара и др. указујемо и на време извршења дела као основу за диференцијацију. У њима заједнички злочиначки подухват се окончао са 11. јулом 1995. године, али су дела „поновног укопа“ предузимана у каснијем периоду септембра и октобра 1995. године. Основни заједнички злочиначки подухват је окончан два месеца пре предузимања радњи дела која се такође доводе у везу са основним обликом заједничког злочиначког подухвата.

Имајући у виду наведено, сматрамо да можемо говорити о још једном облику заједничког злочиначког подухвата који би обухватио кажњива дела која су у вези са делима која се јављају као циљ или средство за остварење заједничког злочиначког подухвата, али која не представљају неопходан услов за извршење самог заједничког

[1304] Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др., параграф 1083.

[1305] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 204.

злочиначког подухвата. Дакле, реч је о делима која исходе из заједничког злочиначког подухвата, али која уједно не представљају неминовност у односу на кажњива дела која су основ заједничког злочиначког подухвата. Посебно је значајан карактер везе између ових дела и кажњивих дела у основном заједничком злочиначком подухвату, као и природа дела која онемогућује њихово квалификовање као посебног облика заједничког злочиначког подухвата. Поред природе дела, карактер везе између накнадних дела и постојећег заједничког злочиначког подухвата је такав да та веза није чврста у смислу апсолутне међузависности узрока који неминовно доводи до последице. У „нашем случају", кажњива дела јесу исходила из заједничког злочиначког подухвата, али последица коју су проузроковала накнадна дела није неминовност. На крају указујемо на директан умишљај као облик виности код ових дела. Све наведено, пружа основ за закључак да се може говорити о новом облику заједничког злочиначког подухвата, који се не може подвести под постојеће облике, што нам омогућава да закључимо да категоризација заједничког злочиначког подухвата представља недовршени подухват.

8. ЗАЈЕДНИЧКИ ЗЛОЧИНАЧКИ ПОДУХВАТ И ДРУГИ ОБЛИЦИ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Карактеристике заједничког злочиначког подухвата указују на бројне тачке додира са другим облицима кривичне одговорности. Наведена преклапања јављају се као резултат природе међународних кривичних дела код којих се као једна од основних карактеристика јавља учешће већег броја лица, читаве групе, организације, па и целих држава у извршењу једног или више различитих кривичних дела[1306]. И историјски развој међународног кривичног права сведочи о преплитањима појединих облика кривичне одговорности. Са друге стране, перспективе развоја међународног кривичног права захтевају одговор на питање односа заједничког злочиначког подухвата и других облика кривичне одговорности. Полазећи од различитих облика учешћа у извршењу кривичних дела, сматрамо да је потребно утврдити однос између заједничког злочиначког подухвата и других облика учешћа у извршењу међународних кривичних дела. На овом месту имамо у виду однос заједничког злочиначког подухвата према командној одговорности, одговорности за заверу, помагање и подржавање (подстрекавање), организовање злочиначког удружења, као и другим облицима одговорности који своје исходиште налазе у појму јединственог учиниоца кривичног дела.

8.1.Помагање и подржавање

Помагање и подржавање нису нови облици одговорности[1307]. Иако се не ради о синонимима, већ о суштински различитим радњама[1308], може се рећи да је реч о старим

[1306] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 57.

[1307] R.Cryer, H.Friman, R.Darryl, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., p. 310.

облицима. Полазећи од теоријског одређења да помагање представља „умишљајно доприношење, стварање услова и могућности другоме да изврши једно или више кривичних дела против човечности или међународног права[1309]“, као и да подржавање (подстрекавање) представља „умишљајно подстицање, утицање на вољу других лица у правцу изазивања или учвршћења одлуке да изврше неко од кривичих дела против човечности или међународног права[1310]“, указујемо да је судска пракса у једној мери одступила од познатих и општеприхваћених теоријских поставки. Ово се посебно односи на квалитет и ниво доприноса помагача и подржаваоца, као и на однос помагача и подржаваоца према радњи дела непосредног учиниоца. За утврђивање помагања и одговорности за заједнички злочиначки подухват, адекватан путоказ представљају елементи помагања. То су: „1) одређени однос између помагача и извршиоца дела, 2) одређени однос између помагача и извршеног кривичног дела, 3) умишљајно предузимање радње помагања и 4) да кривично дело на чије је извршење помагање било усмерено буде извршено или покушано[1311]“.

Статут Међународног војног суда у Нирнбергу у члану 6. изричито прописује одговорност организатора, подстрекача или саучесника који су учествовали у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере ради извршења било ког злочина. Видљиво је да Статут Међународног војног суда не помиње изричито радњу помагања, већ се помагач може тражити у појму саучесника или чак појму организатора. Закон број 10. Контролног савета за Немачку има другачији приступ. У оквиру злочина против мира (члан 2. став 1. тачка а) изричито се прописује планирање, док се у ставу 2. одређујући облике одговорности, подстицање јавља заједно са наређивањем и саучесништвом, док се у овом члану планирање изричито не спомиње, већ се јавља у оквиру става Д) у виду чињења које је „повезано са плановима и радњама који су довели до извршења таквог дела“.

У Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида, подстицање и помагање се јављају као кажњиве радње кривичног дела и то као „непосредно и јавно подстицање на извршење геноцида“ (члан 3. став 1. тачка Д) и као „саучесништво у геноциду“(члан 3. став 1. тачка Е). Статут Међународног кривичног суда усвојио је традиционални приступ одређивању помагања и подржавања у форми „помаже, подстиче или на други начин учествује у извршењу или покушају извршења оваквог међународног кривичног дела укључујући и обезбеђивање средстава за извршење тих дела“ (члан 25. став 3. тачка 3.).

Сматрамо потребним указати и на одредбе Кодекса о злочинима против мира и безбедности човечанства који се у члану 2(3)Д, бави приписивањем кривичне одговорности појединца који „свесно, непосредно и у битној мери помаже, доприноси или на другин начин потпомаже чињење таквог злочина, што укључује прибављање средстава за чињење злочина“. Разлике у одређењима „олакшава чињење злочина“ (у Статуту Међународног кривичног суда) и „у битној мери помаже чињењу злочина“ (у Кодексу о злочинима против мира и безбедности) указују да Статут Међународног кривичног суда шире поставља помагање и подржавање као облик саучесничке одговорности.

[1308] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка и др. параграф 254.

[1309] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 57.

[1310] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, ibid., стр. 57.

[1311] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр. 191.

Полазећи од праксе Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду, помагање и подржавање су различити модели одговорности у односу на заједнички злочиначки подухват. Објективни елеменат помагања и подржавања представљају радње практичне помоћи, охрабрења извршиоцима или моралне подршке, са додатком да таква помоћ мора имати битан утицај на извршење дела[1312]. Таква радња може се предузети пре, за време или после акта непосредног извршиоца[1313]. *Mens rea* помагача и подржаваоца заснива се на сазнању да су активности помагача и подржаваоца усмерене на извршење кривичног дела.

Можемо закључити да су видљиве разлике у погледу односа између сазнања и намере, у смислу да помагач и подржавалац имају сазнање о кривичном делу које учинилац намерава да учини, али помагач и подржавалац не морају да деле исту намеру као непосредни учинилац. Са друге стране, код заједничког злочиначког подухвата *mens rea* се заснива на намери да се учествује у заједничком плану, који повезује све учеснике заједничког злочиначког подухвата. У погледу виности јасно је да се за заједнички злочиначки подухват захтева умишљај (са изузетком треће категорије заједничког злочиначког подухвата). Помагање и подржавање такође се заснивају на умишљају у погледу односа према делу који чини главни учинилац. Полазећи од наведеног, у односу на помагање и подржавање, тешко је замислити околности конкретног случаја које омогућавају ограничење сазнања на само дело, које не иду даље од заједничког злочиначког подухвата који стоји иза самог дела. Пракса Хашког трибунала је у неколико закључака снизила ниво сазнања код помагача и подржаваоца. Разлоге томе треба тражити у креирању простора за употребу заједничког злочиначког подухвата.

Тако Хашки трибунал закључује: „потребно је да је помагач и подржавалац имао намеру да пружи асистенцију или као минимум да је прихвати да би такво асистирање било могућа и предвидива последица његовог понашања[1314]“, као и „није потребно да помагач и подржавалац зна тачан злочин који се намерава и који је учињен том приликом. Ако је он свестан да ће један или више злочина бити вероватно учињени, а један од тих злочина је заправо и учињен, он је намеравао да олакша извршење тог злочина и крив је као помагач и подстрекач[1315]“, „Није потребно показати да је помагач и подстрекач делио ментално стање коминтента, али мора бити показано да је помагач и подстрекач био свестан релевантног менталног стања коминтента – учиниоца. Јасно је, да је оно што треба да се покаже, то да је помагач и подстрекач био свестан основних елемената злочина који је коначно учињен од стране учиниоца[1316]“, „Помагач и подстрекач мора бити свестан основних елемената злочина учињеног од стане извршиоца, укључујући и учиниочево стање свести. Међутим, није потребно да помагач и подржавалац дели намеру учиниоца. Чињеница да помагач и подржавалац не дели намеру извршиоца генерално смањује његову кривичну одговорност[1317]“.

[1312] А. Касезе, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 219; Пресуда Претресног већа у предмету Фурунџија, параграф 249.

[1313] G. Metraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit., p. 285.

[1314] Пресуда Жалбеног већа у предмету Блашкић, параграф 286; Пресуда Жалбеног већа у предмету Квочка и др., параграф 255.

[1315] Пресуда Жалбеног већа у предмету Фурунџија, параграф 246; Пресуда Жалбеног већа у предмету Квочка и др., параграф 255.

[1316] Пресуда Жалбеног већа у предмету Алексовски, параграф 162.

[1317] Пресуда Жалбеног већа у предмету Васиљевић, параграф 71.

Иако је правна теорија на становишту да су заједнички злочиначки подухват и помагање и подржавање два одвојена облика одговорности[1318], можемо рећи да последње тенденције оличене у пракси Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду кроз екстензивно одређивање и још екстензивнију примену доктрине заједничког злочиначког подухвата, лагано бришу границу коју је правна теорија давно поставила. У сагледавању односа између помагања и подржавања, са једне стране, и заједничког злочиначког подухвата, са друге стране, питање *mens rea* је од суштинске важности. Уколико се *mens rea* завршава само на односу помагача и подржаваоца према непосредном извршиоцу дела, линија раздвајања је јасна и видљива. Али, уколико *mens rea* помагача и подржаваоца обухвата непосредну радњу дела учиниоца и свест да радња дела (коју помажу или подржавају) представља део ширег заједничког плана или средство за остваривање циља, у том случају јавља се потреба да се приступи утврђивању могућности примене доктрине заједничког злочиначког подухвата. Овоме у прилог је и схватање да „помагање може постојати само када код учиниоца већ постоји одлука за извршење кривичног дела[1319]“. Имајући у виду широко постављено поље заједничког злочиначког подухвата, однос помагача према предмету дела постаје веома тешко доказив. У том случају мора се приступити доказивању психичког односа помагача и подржаваоца у погледу сазнања о заједничком циљу, али и о сопственом доприносу помагача и подржаваоца заједничком циљу.

У случају да се не може успоставити оваква веза заснована на сазнању и намери, у том случају нема места примени заједничког злочиначког подухвата. Овом утврђивању отежавајућа околност јесте чињеница да се радња помагања и подржавања може предузети пре, за време или после акта непосредног извршиоца[1320], јер се у таквим условима мења и квалитет сазнања учиниоца и подржаваоца. До преплитања заједничког злочиначког подухвата и помагања и подржавања јавља се у предмету Синагога у коме су подржавалац и помагач оглашени кривим, иако нису физички присуствовали извршењу дела. Основ кривице представљало је „повремено присуство на месту злочина, у спрези са његовим статусом и чињеницом да је знао за злочиначки подухват“. У овом случају радња помагања и подржавања није заснована на конкретној помоћи извршењу дела, већ на чињеници повременог присуства, а која се уз постојање свести о заједничком плану претворила у одговорност по основу заједничког злочиначког подухвата.

Код помагања и подржавања као значајно поставља се и питање доприноса извршиоцу дела, односно какав је квалитет радњи којима помагач и подржавалац доприносе извршењу дела. Са историјског аспекта није нужно да та дела буду у виду физичке помоћи. И Хашки трибунал закључује да „у одређеним околностима помагање и доприношење не морају бити опипљиви, већ да се могу састојати у моралној подршци или охрабрењу главних извршилаца[1321]“. На основу овог закључка, као и полазећи од ставова изнетих у предметима *Schonfeld* и *Sinagoga* помагање и подржавање могу се свести и на једноставно присуство на лицу места на коме је извршено дело, кроз уобичајену синтагму о пружању „додатног самопозудања својим друговима за извршење дела[1322]“. У предмету Тадић, Хашки трибунал даје основу за разлику ових облика одговорности: „Сада је у

[1318] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p. 184.

[1319] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр. 190.

[1320] G. Metraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit., p. 285.

[1321] Пресуда Претресног већа у предмету Фурунџија, параграф 199.

[1322] Пресуда Претресног већа у предмету Фурунџија, параграф 202.

светлу претходног излагања прикладно уочити разлику између деловања приликом спровођења заједничког плана да се учини кривично дело и помагања и подржавања:

1. Помагач и подржавалац је увек саучесник у кривичном делу које је учинила друга особа, главни учинилац;

2. У случају помагања и подржавања није потребан доказ о заједнички договореном плану, а поготово не претходно постојање таквог плана. Није потребан никакав план, нити договор; штавише главни учинилац не мора ни да зна за допринос саучесника;

3. Помагач и подржавалац извршава дела конкретно усмерена на помагање, охрабривање или давање моралне подршке почињењу неког конкретног кривичног дела (убиства, истребљења, силовања, мучења, безобзирна разарања цивилне имовине итд.) и та подршка има значајног учинка на чињење кривичног дела. Насупрот томе, у случају деловања приликом спровођења заједничке намере или плана, довољно је да учесник изврши дела која су на неки начин усмерена спровођењу заједничког плана или намере и

4. У случају помагања и подржавања, тражени елеменат свести је знање за дела која чини помагач и подржавалац помажући у чињењу конкретног кривичног дела од стране главног учиниоца. Насупрот томе, у случају заједничке намере или плана тражи се више то јест или умишљај да се учини кривично дело или умишљај да се спроведе заједнички злочиначки план плус предвиђање да ће се вероватно учинити кривична дела ван заједничке злочиначке намере[1323]“.

На другом месту Хашки трибунал на другачији начин одређује разлике између помагања и подржавања и заједничког злочиначког подухвата, снижавајући постављене стандарде: „Жалбено веће у предмету Тадић на крају наводи разлике између одговорности коју повлачи учешће у удруженом злочиначком подухвату и одговорности за помагање и подржавање кривичних дела, при чему су то различити видови индивидуалне кривичне одговорности по члану 7(1) Статута. Разлике су двојаке: 1) *actus reus:* Помагач и подржавалац извршава дела конкретно усмерена на помагање, охрабривање или давање моралне подршке чињењу неког конкретног кривичног дела (убиства, итд.) и та подршка има значајан учинак на чињење тог кривичног дела. За разлику од тога, у случају деловања на остварењу заједничког злочиначког циља, довољно је да учесник изврши дела која су на неки начин усмерена на остварење заједничког циља путем чињења злочина и 2) *Mens rea:* У случају помагања и подржавања тражени елемент свести је знање да дела која чини помагач и подржавалац помажу главном учиниоцу да учини конкретно кривично дело. За разлику од тога, у случају саизвршилаштва у склопу удруженог злочиначког подухвата тражи се намера да се оствари злочиначки циљ[1324]“.

Међутим, својеврсна релативизација помагања и подржавања извршена је у истој пресуди у условима када се суд бавио оправдањима увођења заједничког злочиначког подухвата као облика одговорности. Хашки трибунал закључује: „У тим околностима, сматрати кривично одговорним као извршиоца само особу која физички изводи кривична дела значило би занемарити саизвршилачку улогу свих оних који су на неки начин омогућили учиниоцу да физички изврши то кривично дело. Истовремено зависно од

[1323] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 229.

[1324] Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник, параграф 885.

околности, сматрати ове друге одговорним само као помагаче и подржаваоце могло би подценити степен њихове кривичне одговорности[1325]“. Изнова указујемо на збуњујући став Хашког трибунала: „Претресно веће такође сматра да је могуће саизвршилаштво, као и помагање заједничког злочиначког подухвата[1326]“. На овај начин Хашки трибунал брише границу између облика одговорности, омогућавајући неограничену примену заједничког злочиначког подухвата као супститута помагања или подржавања.

Уколико се као критеријум за примену помагања и подржавања примени „знатан допринос извршењу дела“ полазећи од природе међународних кривичних дела, остаје нерешено питање да ли је тада уопште могућа примена заједничког злочиначког подухвата, у условима када се кривична одговорност може засновати на помагању и подржавању.

Можемо закључити да Статут Међународног кривичног суда представља дискретан повратак на два јасно одвојена вида одговорности. Сам Статут Међународног кривичног суда у члану 25. став 3. тачка ц) одређује помагање и подржавање као радњу усмерену да „олакша извршење кривичног дела, помаже, подстиче или на други начин доприноси његовом извршењу или покушају извршења укључујући овде и стављање на располагање средства за извршење кривичног дела“. Насупрот чињеници да Статут Међународног кривичног суда шире одређује помагање и подржавање у односу на друге акте као што је Кодекс о злочинима против мира и безбедности, сматрамо указати да се прецизирање радњи помагања и подржавања јавља као неминовност у будућем периоду. Ту се посебно мисли на однос између помагања и подржавања и стандарда о „знатном доприносу чињењу кривичног дела“. Поједини предмети указују да помоћ коју пружа помагач и подржавалац не мора бити опипљива и често се своди на моралну подршку. Полазећи од судске праксе која и сам чин физичког присуства (чак и када он није константан) сматра довољним за осуду по основу помагања и подржавања, сматрамо да је време да се у оквиру прецизирања свих облика одговорности приступи и рестриктивнијем одређењу радњи помагања и подржавања. У том правцу су и критике на рачун помагања у Статуту Међународног кривичног суда које оправдано указују да „није извесно да помагач може остварити своју помагачку радњу са евентуалним умишљајем[1327]“.

Положај власти често се јавља као окосница кривичне одговорности цивилних (политичких) лидера. У том смислу јуриспруденција Хашког трибунала овој чињеници даје велики значај, како са аспекта саизвршилаштва, тако и у условима када се оптуженом политичком (цивилном) лидеру ставља на терет вршење дела путем помагања и подржавања. Хашки трибунал закључује: „само присуство на месту злочина није пресудно за помагање и подржавање, осим ако није показано да је то присуство имало значајан утицај на главног учиниоца у смислу оправдања или охрабрења. Присуство у комбинацији са положајем власти, стога има доказну вредност...[1328]“. Овакав приступ омогућио је закључивање о одговорности и у условима одсуства окривљеног: „Штавише, Претресно

[1325] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 192.

[1326] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка, параграф 249.

[1327] М. Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту,* op.cit., стр.189.

[1328] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка, параграф 257;

веће је дошло до закључка да је он помагао и подржавао понављање бруталних поступака против двојице затвореника чак и док је био одсутан[1329]“.

На истом трагу је Хашки трибунал и у предмету Орић: „Жалбено веће напомиње да је у предмету у којима је примењена та теорија, комбинација положаја власти и физичког присуства на месту злочина омогућавала закључак да својим немешањем оптужени заиста јесте пружио прећутно одобравање и охрабрење.....Жалбено веће подсећа да нечињење у правом смислу речи може довести до индивидуалне кривичне одговорности на основу члана 7(1) Статута када постоји законска обавеза да се делује. Жалбено веће никада није детаљно износило захтеве који се морају испунити за осуду на основу нечињења. Међутим, понашање прекршитеља требало би у најмању руку задовољити основна обележја помагања и подржавања[1330]“. Наведени примери указују да се одговорност политичких (војних) лидера може засновати и нечињењем, и то не у виду одговорности надређеног, већ у оквиру постављених критеријума као што су положај власти и физичко присуство. При томе нечињење се може претворити у помагање или подржавање. Можемо рећи да овакво третирање одговорности нужно отвара питања да ли су и сви припадници оружаних снага (како оних који су учинили противправно дело, тако и оних који нису учествовали у радњи дела) чланови заједничког злочиначког подухвата. Оваква конструкција коју Оласоло назива „правном фикцијом која тешко креспондира са реалношћу[1331]“ неминовно нас води у једном правцу, у правцу колективне одговорности и омогућава примену заједничког злочиначког подухвата на најнижи, потом, средњи и на крају највиши ниво припадника оружаних снага, али и политичких (цивилних) лидера.

Статут Међународног кривичног суда разликује лице које „учествује у чињењу или покушају чињења кривичног дела од стране групе лица која делују са заједничким циљем, ако је то учествовање намерно и учињено са циљем да се поспеши злочиначка активност или злочиначки циљ групе или са знањем о намери групе да чини злочин од са друге стране лица које „у циљу олакшавања чињења злочина помаже, доприноси или на други начин помаже у чињењу или покушају чињења злочина, укључујући прибављање средстава за чињење злочина“. Овде указујемо и на члан 30. Статута Међународног кривичног суда који кривицу учиниоца заснива на постојању “свих посебних елемената кривичног дела и да је приликом извршења кривичног дела поступао свесно и вољно“. Овај Статут разликује две форме подстрекавања[1332] и то подстицање на извршење кривичног дела и наговарање да се кривично дело изврши (члан 25. став 3. тачка Б и Ц). Дихотомија је присутна и у делу помагања. Сам Статут Међународног кривичног суда не захтева „значајан допринос“, прописујући у члану 25. став 3. тачка ц) одговорност за помагање и подржавање која се директно повезује и са покушајем извршења.

У циљу приказивања односа помагања и подржавања и заједничког злочиначког подухвата илустративни су закључци Хашког трибунала у предмету Крстић. Из пресуде у предмету Крстић можемо закључити да је од суштинске важности утврдити однос помагача и подржаваоца према намераваном делу непосреног извршиоца. Тај однос се гради преко елемента сазнања о намери непосредног извршиоца, али се само на томе не

[1329] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка, параграф 257;

[1330] Пресуда Жалбеног већа у предмету Орић, параграф 42-43;

[1331] H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes,* op.cit., p.9;

[1332] М. Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту,* op.cit., стр. 184.

може заснивати. У случају да помагач и подржавалац знају за намеру непосредног извршиоца, то још увек не значи да они деле такву намеру. У том случају мора се приступити утврђивању намере самог помагача и подржаваоца и приступити утврђивању намере у смислу *dolus specialis* у односу на дело непосредног извршиоца, а не само у односу на намеру непосредног извршиоца. Имајући у виду да је Крстићу стављено на терет саучесништво у геноциду (што је усвојено првостепеном пресудом, али преиначено другостепеном пресудом), свакако је ово питање од суштинске важности јер се у случају да помагач и подржавалац знају за намеру непосредног извршиоца и деле намеру непосредног извршиоца, имају применити одредбе Конвенције о сречавању и кажњавању злочина геноцида, које помагање и подржавање третирају као кажњиво дело. У супротном ради се о облицима одговорности. На овом месту указујемо да се ова граница заснива само на *mens rea*.

Наводимо још један закључак Хашког трибунала из кога се може видети неприхватање поистовећивања заједничког злочиначког подухвата и помагања и подржавања: „Као што је навело Жалбено веће у предмету *Квочка*, ни Статутом, ни обичајним правом није предвиђен облик одговорности који би се могао описати као "помагање и подржавање удруженог злочиначког подухвата". Степеновање кривице у оквиру доктрине о удруженом злочиначком подухвату је могуће и може да се одрази у изреченим казнама. Међутим, понашање неке особе може да испуњава услове учешћа у удруженом злочиначком подухвату у ком случају се та особа карактерише као саизвршилац или да их не испуњава у ком случају не постоји одговорност за удружени злочиначки подухват. Стога последња реченица параграфа 4. Ооптужнице у текућем предмету ("Алтернативно, оптужени су у удруженом злочиначком подухвату учествовали као помагачи и подржаваоци") представља нетачан навод о кривичној одговорности, те ће бити занемарена. Жалбено веће подсећа да учешће оптужене особе у удруженом злочиначком подухвату не мора да обухвати чињење неког кривичног дела, него да може да буде у виду помагања или давања доприноса реализацији заједничког циља или сврхе[1333]. Допринос не мора да буде неопходан или знатан, али би требало да се ради, у најмању руку, о значајном доприносу кривичним делима за која је оптужени проглашен одговорним.

Са друге стране, од помоћи јесте и прецизно утврђивање самих радњи помагања и подржавања из којих се такође може извући закључак у погледу односа према сазнању о намерама непосредног извршиоца, али и у погледу односа према намери помагача и подржаваоца у условима постојања сазнања о намери непосредног извршиоца. Наведеном у прилог јесте и закључак суда у предмету *Ciklon B* у коме је власник фабрике која је вршила доставу плина за логор у Аушвицу (који је био коришћен за масовна убиства), оглашен одговорним, док је техничар који је такође био оптужени ослобођен са образложењем да „ако није био у положају (да зна за сврху доставе плина- прим. аутора), знање о сврси за који се плин користи не може га учинити кривим[1334]".

На овом месту искључујемо дело геноцида које у свом бићу јасно опредељује облике извршилаштва дела. Да ли се у тим случајевима помагање и подржавње претвара у одговорност по основу заједничког циља или заједничког злочиначког подухвата. У предмету Крстић дела поновног укопа (иако нису третирана као кажњива дела) оцењена

[1333] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крајишник, параграф 215.

[1334] R.Cryer, H.Friman, R.Darryl, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., p. 310.

су од оптужбе до пресуде као део заједничког плана, чиме је и сам заједнички план заузео временски оквир од 12. јула до почетка октобра 1995.године. Хашки трибунал је заузео став да је реч о таквој помоћи која је онемогућила било какав закључак да окривљени није имао сазнања о „генералном плану“ тј. о заједничком циљу или заједничкој намери. Управо су то били разлози због којих је жалбено веће Хашког трибунала преиначило пресуду, и уместо за саучесништво у геноциду, Крстића осудило за помагање и подржавање геноцида. Полазећи од чињенице да се Крстићу стављао на терет и накнадни ископ убијених, основано се може поставити питање како би се третирале радње поновног укопа. Да ли су то радње помагања и подржавања или заједнички злочиначки подухват. Полазећи од чињеничног стања да је реч о непосредно предузетим радњама, као и од чињенице да је реч о радњама које су предузете у вези са кривичним делима убистава, као и полазећи од чињенице да су наведене радње извршене два до три месеца након радњи дела, јасно је да ово представља пример преклапања радњи помагања и подржавања и заједничког злочиначког подухвата.

Помагање и подржавање представљају саучесничку одговорност, док заједнички злочиначки подухват представља саизвршилачку одговорност. Оваква разлика не долази до изражаја у Статуту Међународног кривичног суда, зато што сам Статут Међународног кривичног суда не уређује прецизно заједнички злочиначки подухват. Једно од решења представљало би узајамно раздвајање помагања од подржавања као облика одговорности. Ово из разлога што је реч о различитим облицима *actus reus* и *mens rea*[1335]. Из начелне разлике видљиве су и друге разлике између ова два облика саучесничке одговорности, почев од чињенице да није реч о једнаком доприносу извршењу дела код помагања и код подржавања. На основу односа према доприносу изграђују се даље разлике између ова два облика у виду односа према самом делу, па и могући однос према непосредном акту као делу ширег заједничког плана. Већ смо указали на проблемско поље утврђивања односа између одлуке учиниоца да изврши кривично дело и радње помагања, као и односа између свести помагача и саме радње дела које се код заједничког злочиначког подухвата поставља крајње широко, посебно у односу на циљ заједничког злочиначког подухвата. Још једно питање које захтева одговоре у третирању заједничког злочиначког подухвата у односу према помагању представља и време предузимања радњи помагања. Имамо у виду радњу помагања која се предузима после предузете радње извршења, али пре него што наступи последица дела, познатије као „међупомоћ[1336]“. У том смислу би било једноставније утврдити и диференцијацију између ових облика одговорности и заједничког злочиначког подухвата. На крају раздвајање помагања и подржавања имало би своје оправдање и у домену третирања олакшавајућих или отежавајућих околности. Уосталом, и пракса Међународног војног суда упућује нас на различито третирање помагања и подржавања.

8.2. Завера

Досадашње анализе доктрине заједничког злочиначког подухвата, указују да постоје тачке приближавања између концепта заједничког злочиначког подухвата и завере

[1335] Пресуда Претресног већа у предмету Фурунџија, параграф 192.

[1336] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр. 191.

као облика одговорности за међународна кривична дела. Управо, сличности између завере и заједничког злочиначког подухвата отежавају прецизно одређење заједничког злочиначког подухвата као самосталног облика одговорности или облика одговорности *sui generis*. Питање којим ћемо се бавити односи се на однос завере и заједничког злочиначког подухвата у погледу сличности и разлике које могу отежати примену ових института. У овом делу апстрахујемо разлику између планирања и завере посматрано са становишта да планирање може да изврши и једно лице за разлику од завере. Уосталом, разлику између планирања и завере у погледу броја учесника не чини ни Хашки трибунал[1337]. Сам концепт завере представља творевину англосаксонског права, премда и унутар англосаксонског правног поретка трпи значајна преиспитивања[1338]. Неслагања у погледу концепта завере између англосаксонског и континенталног права трају од усвајања Статута Међународног војног суда до усвајања Статута Међународног кривичног суда (при чему не треба пренебрегнути разлике и унутар англосаксонског права у погледу третирања кривичне одговорности у *common law* у односу на *statutory law*[1339]).

Свако разматрање завере неминовно нас води Нирнбершком суђењу које представља право исходиште примене завере у конкретном случају и уједно основу за касније теоријска и практична разматрања. Посебно је значајна чињеница да Међународни војни суд није одвојено разматрао одговорност за заједнички план у односу на заверу[1340]. Овоме доприноси и чињеница да Међународни војни суд термине заједнички план или завера употребљава као синониме. Још је у Нирнбершкој пресуди понуђен закључак да је "значајно свако учестововање у завери која је сама по себи злочиначка. Завера није дефинисана у Статуту, али по мишљењу Суда, завера јасно мора бити оцртана у својој злочиначког намери. Она не сме да се сувише временски удаљи од одлуке и акције. Планирање, да би било злочиначко, не сме се заснивати само на изјавама партијског програма, као што су оне изражене у двадесетпет тачака Програма нацистичке партије, објављеног 1920. године или у политичким ставкама изнетим у књизи Мајн кампф. Суд мора испитати да ли је постојао конкретан план за вођење рата и утврдити учеснике у том конкретном плану[1341]..... није неопходно одлучити да ли је доказима утврђено постојање једне опште завере међу оптуженима... Али докази са сигурношћу утврђују постојање многих појединачних планова пре него једне једине завере, која би све те планове обухватила[1342]".

И у делу злочин против човечности суд закључује да: „наведени злочини против цивилног становништва довољно показују да је, у сваком случају, на Истоку масовно убијање и свирепост вршена не само у намери уклањања опозиције или отпора против немачких окупационих снага. У Пољској и СССР-у ови злочини су били део једног плана

[1337] Пресуда Претресног већа у предмету Крстић, параграф 601.

[1338] М. Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту,* op.cit., стр. 195.

[1339] Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног: Командна одговорност*, op.cit., стр. 19.

[1340] A. M. Danner, J.S. Martinez, *Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p. 117.

[1341] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* op.cit., стр. 108.

[1342] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр 108.

одстрањења целокупног домаћег становништва помоћу прогонства и уништења да би се њихова територија могла употребити за немачку колонизацију[1343]“.

Међународни војни суд је полазећи од опортунистичких ставова[1344], прихватио заверу, јер је омогућавала приписивање одговорности на више лица, на више различитих нивоа и даљу примену у односу на организације које су учествовале у предузимању радњи дела[1345]. Овакав став представљао је први корак ка ширењу одговорности кроз могућност да се употребом завере дође не само до одговорности лица на највишим државним положајима, већ и до одговорности организација. Још приликом суђења у Нирнбергу овако прихваћен концепт завере, изазвао је значајно противљење француског и совјетског дела тужилаштва[1346] из ког разлога је уследио рестриктиван приступ примени завере у односу на дело ратни злочини и злочин против човечности[1347]. У том смислу илустративан је члан 6. Статута Међународног војног суда, који употребом завере омогућава: „вође, организатори, подстрекачи или саучесници који су учествовали у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере ради извршења било којег од горе поменутих злочина, одговорни су за сва дела извршена у извођењу таквог плана ма од којег лица[1348]“. У односу на даља проширења одговорности употребом завере унутар организованих ентитета илустративни су чл. 9 и 10. Статута Међународног војног суда[1349].

Из разматрања праксе Међународног војног суда можемо закључити да завера представља основ заједничког злочиначког подухвата. Иако су одредбе Статута Међународног војног суда постављене широко у погледу примене концепта завере, сам Међународни војни суд је у прихватању завере приступио рестриктивно онемогућавајући примену завере за дела ратни злочин и злочин против човечности, с тим што је и у односу на злочин против мира заверу примењивао рестриктивно о чему сведоче пресуде у односу на оптужене Деница, Шахта и Калтенбрунера који су ослобођени за учешће у завери за вођење агресорског рата.

И Међународни војни трибунал за Далеки Исток такође је заузео рестриктиван став о примени завере само у односу на злочин против мира[1350], премда је и овај Трибунал омогућио знатно приближавање учешћа у заједничком плану и завери за почињење

[1343] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 119.

[1344] A. M. Danner, J.S. Martinez, *Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p.114.

[1345] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* op.cit., стр. 41.

[1346] A. M. Danner, J.S. Martinez, *Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p.115, E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, op.cit., p.24.

[1347] R.Cryer, H.Friman, R.Darryl, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., p.317.

[1348] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* op.cit., стр. 40.

[1349] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 40-41.

[1350] R.Cryer, H.Friman, R.Darryl, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., p. 317.

дела[1351]. Разлоге томе можемо наћи у чињеници да се Међународни војни трибунал у Токију није превише обазирао на разлике између англосаксонског и континенталног права. Из наведених чињеница очигледно је да ни Међународни војни суд у Нирнбергу, ни Међународни војни трибунал у Токију нису направили јасну разлику између основне и акцесорне одговорности[1352], па је тиме изостало и утврђивање разлика између завере и заједничког плана као облика одговорности. Ови статути су насупрот томе више пажње обратили утврђивању различитих облика учешћа у заједничком плану и завери у виду организатора, вођа, саучесника и иницијатора.

У јуриспруденцији Хашког трибунала овај комплексни однос добио је веће димензије. То је омогућило увођење одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата у три облика. Члан 7. Статута Хашког трибунала прописује:„особа која ја планирала, подстицала, наређивала, починила или на други начин помагала и учествовала у планирању, припреми или извршавању неког од злочина наведених у чл. 2 до 5. овог Статута, лично је одговорна за злочин“. Полазећи од одредби Статута Хашког трибунала извесно је да Статут прописује одговорност за заверу и то као облик одговорности, иако је задржао заверу као кривчно дело у односу на геноцид. Илустративан је закључак Хашког трибунала у предмету Ојданић: „Удружени злочиначки подухват и удруживање су два различита вида одоворности[1353]“.

Међутим, поједини закључци Хашког трибунала (као и Међународног кривичног суда за Руанду) нуде другачији поглед на удруживање за вршење дела. Удруживање као генерички појам у пракси Хашког трибунала се поистовећује са планирањем. Већ смо указали на закључке Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду који под планирањем поразумевају „да једно или више лица осмишља концепцију извршења кривичног дела, како у припремној, тако и у завршној фази[1354]“. Већ у овом делу у коме планирање обухвата и осмишљавање концепта у завршној фази, показују се знатна одступања у односу на традиционални коцепт завере. У погледу *actus reus* Хашки трибунал омогућава одговорност за планирање ван везе са самом радњом извршења. Овај суд закључује:„Довољно је показати да је планирање фактор који је значајно допринео самом кривичном делу[1355]“ као и „Оптужени не мора непосредно или физички учинити планирано кривично дело да би се огласио кривим за планирање истог. Оптужени се чак не мора ни налазити на месту учињења кривичног дела, ако се утврди да су неспосредни учиниоци деловали у складу са планом оптуженог[1356]“.

У погледу *mens rea,* Хашки трибунал заузима став да је за планирање довољна само намера о планирању кривичног дела. Међутим, Хашки трибунал и овде одлази корак даље и *mens rea* проширује омогућавајући утврђивање захтеваног облика *mens rea* и кроз (алтернативно постављен) критеријум свести о „великој вероватноћи да ће кривично дело

[1351] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, op.cit., p.25.

[1352] H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, op.cit., p. 212.

[1353] Одлука по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност - Удружени злочиначки подухват од 21.маја 2003.године, параграф 23.

[1354] Пресуда Претресног већа у предмету Галић параграф 168; Пресуда Претресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Акајешу, параграф 480.

[1355] Пресуда Жалбеног већа у предмету Кордић и др., параграф 26.

[1356] Пресуда Жалбеног већа у предмету Бошкоски и др., параграф 125.

бити учињено када се планирана чињења или нечињења догоде[1357]“. Указујемо да у погледу захтеваног овлика виности нема разлике (са изузетком код трећег облика заједничког злочиначког подухвата), тако да основну разлику можемо наћи у месту радње дела у оквиру завере или заједничког злочиначког подухвата. Док се код првог облика заједничког злочиначког подухвата код окривљеног који не предузима непосредно радњу дела захтева услов (у смислу објективног и субјективног предуслова) у виду учешћа које се одређује као учешће оптуженог у једном аспекту заједничког плана, као и у виду другог облика у коме оптужени, „...чак и ако лично не изврши дело мора ипак намеравати тај резултат[1358]“, код друга два облика заједничког злочиначког подухвата сама радња дела је постављена другачије у односу на радњу дела код завере. Трећи облик заједничког злочиначког подухвата, је у највећој мери удаљен од концепта завере, полазећи од основа да се односи на дела која су извршена ван заједничког плана, али која се јављају као природна и предвидљива последица заједничке намере. Можемо закључити да је овај облик заједничког злочиначког подухвата потпуно одвојен од завере, и то како у погледу односа окривљеног према радњи дела, тако и у погледу виности.

Управо овако одређење радње указују да када учесник заједничког злочиначког подухвата непосредно предузима радњу дела, готово да се не може говорити о одступању од завере, док се у оквирима одсуства непосредно предузете радње дела, примећује значајна разлика у виду „добровољног учешћа у једном аспекту заједничког плана“ и „намеравања резултата заједничког плана“. Ова разлика пружа основ за слојевит приступ утврђивању разлике између завере и првог облика заједничког злочиначког подухвата, који се приближавају у случају заједничког злочиначког подухвата у коме оптужени учествује у једном аспекту заједничког злочиначког подухвата, док се у великој мери удаљавају у односу на ситуацију када оптужени не учествује у заједничком злочиначком подухвату, али прихвата резултат заједничког злочиначког подухвата.

Наведено указује, да је концепт заједничког злочиначког подухвата у толикој мери разуђен да се креће од приближавања до поклапања са завером, док се у одређеним тренуцима у знатној мери разликује. Основна разлика између завере и заједничког злочиначког подухвата огледа се у самом месту радње дела у оквиру заједничког злочиначког подухвата. Док се код заједничког злочиначког подухвата (имамо у виду први облик заједничког злочиначког подухвата) захтева предузимање радње дела и то кроз радњу која представља значајан допринос спровођењу заједничког плана који подразумева радњу кривичног дела, завера се ограничава само на договор или споразум два или више лица да учине кривично дело. Од оваквог третмана радње дела (посматрано у односу на заверу) делимично се одступа у предмету Стакић у коме се нуди нова дефиниција „учињења“ у контексту заједничког злочиначког подухвата: „Употребом речи учинио у овој оптужници тужилац не жели да сугерише да је оптужени физички извршио било који од злочина за које се он терети лично.....термин учинио односи се на наводно суделовање оптуженог у удруженом злочиначком подухвату у својству саизвршиоца[1359]“.

На овај начин се непотребно радња „учињења“ дела измешта из сфере физички предузете радње и враћа у нестабилне оквире приписивања радњи дела које нуди заједнички злочиначки подухват. Уједно се на овај начин врши приближавање радњи дела

[1357] Пресуда Жалбеног већа у предмету Кордић и др., параграф 29.

[1358] ПресудаЖалбеног већа у предмету Тадић, параграф 196.

[1359] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 422.

у односу на заверу која не захтева физичко учињење дела. Међутим, полазећи од става да је „за саизвршење довољно да је постојао изричит споразум или прећутна сагласност да се постигне заједнички циљ координисаном сарадњом и заједничком контролом над кривичним понашањем[1360]“ указује да се у овом случају заједнички злочиначки подухват јавља као знатно шира категорија у односу на заверу, будући да обухвата и споразум за вршење дела и радњу дела. Овакво одређење креира проблем на другој страни у погледу могућности приписивања физичког учињења радње дела.

На основу наведеног, можемо закључити да у односу на заверу, јуриспруденција Хашког трибунала у контексту заједничког злочиначког подухвата, омогућава да се поистовете завера и заједнички злочиначки подухват. Ту се, пре свега, мисли на место и улогу договора у оквиру заједничког злочиначког подухвата. Наиме, Хашки трибунал прихвата да договор егзистира пре почетка предузимања радњи дела у оквирима креирања заједничког плана (при чему се кривична дела јављају као средство или циљ заједничког плана). У овом делу нема разлике између завере и заједничког злочиначког подухвата. Међутим, указујемо на могућност коју нуди Хашки трибунал да сам договор може настати и касније, чак и након предузимања радње дела закључујући да „до постизања договора није ни морало доћи пре него што је злочин учињен[1361]“, потом да „постојање споразума не мора бити изричито, него се о њему може извести закључак на основу свих околности[1362]“, као и став да „заједнички план или намера могу бити импровизовани на лицу места, а изводи се из чињеница да више особа делују заједно како би спровели у дело заједнички злочиначки план[1363]“. Овакав став одступа од особености завере, где договор за вршење дела представља есенцију завере, омогућавајући примену заједничког злочиначког подухвата и на случајеве у којима место договора у односу на радњу дела није јасно одређено.

За разлику од Статута Хашког трибунала, који је на веома широк начин одредио појмове извршилаштва и саучесништва, омогућујући суду право на неограничену процену и примену истих, што се одразило и на сам положај оптужених пред овим судом[1364], Статут Међународног кривичног суда приступа рестриктивнијем одређењу индивидуалне кривичне одговорности. Заверу у Статуту Међународног кривичног суда (за разлику од праксе Хашког трибунала) можемо тражити имплицитно у више оквира и то најпре у оквиру посредног извршиоца (члан 25. став 3. Тачка А) и саучесништва (члан 25. став 3. Тачка Д). Оно што се може замерити Статуту Међународног кривичног суда у делу завере јесте алтернативно везивање доприноса извршењу дела учиниоцу, будући да не постоји веза између самог учиниоца и договора за вршење дела као опредељујућег елемента завере. Уместо тога, Међународни кривични суд у виду алтернативног одређења успоставља везу између *actus reus* оптуженог са завером, што изискује потребу за ширењем поља примене *mens rea* оптуженог.

У том смислу елементе завере, можемо тражити у члану 25. ст. 2 и 3. Статута Међународног кривичног суда који обухвата видове чињења кривичних дела путем

[1360] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 440.

[1361] Пресуда Претресног већа у предмету Крњојелац, параграф 80.

[1362] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 435.

[1363] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 227; Пресуда Жалбеног већа у предмету Васиљевић, параграф 190.

[1364] М. Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту,* op.cit., стр.173.

извршилаштва, саизвршилаштва, подстрекавања, помагања и других видова доприноса извршењу дела. Иако се у одредбама члана 25. могу наћи разни облици извршилаштва и саучесништва, може се рећи да традиционални концепт завере у смислу постојања групе лица која су постигла споразум или план за вршење кривичног дела, не налази своје место у овом члану. Штавише, видљивије су оне карактеристике које омогућавају примену концепта заједничког злочиначког подухвата у виду радње дела „посредством другог лица“(став 3. тачка А), „на било који други начин допринесе извршењу или покушају извршења кривичног дела иза кога стоји група лица која делује са заједничким циљем“ (став 3. тачка Д). Делимично одступање које опет није таквог квалитета да би се могло поистоветити са завером налази се у делу доприноса извршењу дела које Статут Међународног кривичног суда одређује као „намеран и учињен са циљем омогућавања даљег вршења кривичне активности или даљег остваривања циља те групе када активности и циљ те групе имају за последицу извршење кривичног дела из надлежности Суда“ (став 3. тачка Д. И). У овом делу једина веза се имплицитно одређује кроз „активности“ или „циљ“ групе које се своде на вршење кривичних дела кроз широк појам „доприноса“.

И алтернативно одређен „допринос“ (став 3. тачка Д. ИИ) додатно удаљава радњу кривичног дела од завере, будући да захтева допринос „учињен са знањем о намерама групе да учини злочин“, из разлога што оптуженог који даје допринос издваја од групе која има план или намеру да учини злочин и међусобни однос своди на сазнање о намерама групе, а не на ниво самог учесника у плану за вршење злочина од стране групе. Важно је указати на одредбе члана 30. Статута Међународног кривичног суда, где се кроз однос према последици елеменат воље (став 2. тачка Б.) проширује преко последице и на радњу чињења или нечињења. Уколико се вратимо на основну карактеристику Статута Хашког трибунала да саизвршилаштво постоји само у условима када се предузме радња извршења дела, место завере у члану 25. Статута Међународног кривичног суда постаје веома упитно.

Са друге стране, елементе завере у Статуту Међународног кривичног суда можемо пронаћи у оквиру одредби којима се уређује надлежност суда *ratione materie*. У том смислу указујемо на члан 8. Статута, који у ставу 1. одређује надлежност за ратне злочине „посебно када су ови учињени као део плана или политике“. Карактеристике завере можемо пронаћи и у оквиру злочина против човечности у делу у коме се радње дела предузимају као резултат претходног плана или договора као што је то апартхејд (члан 7. став 2. тачка Х). У делу односа према геноциду у Статуту Међународног кривичног суда, сматрамо да се треба приступити прихватању одређења из Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида које у члану 3. став 1. тачка Б. прописује као кажњиво дело „споразум о извршењу геноцида“. Иако сам Статут не утврђује заверу као кажњиво дело код геноцида, сматрамо да је примена Конвенције обезбеђена кроз одредбе члана 21. - Право које се примењује. Значајно је што сам Статут захтева допринос у извршењу радње дела. На овај начин Статут чини својеврстан отклон од других радњи у које би спадала радња договора за вршење кривичних дела као класичног обележја завере.

На основу наведеног, закључујемо да поједини елементи завере и даље постоје у одредбама Статута Међународног кривичног суда, и то претежно у оном делу у коме се везују за заједнички циљ и место доприноса радње дела остваривању заједничког циља, као и у прецизирању самог односа сазнања о заједничком циљу. Насупрот одредбама које се односе на рестриктиван приступ завери, усвојени екстензивни концепт заједничког злочиначког подухвата у Статуту омогућава његову примену у односу на она места у

којима више није могућа примена концепта завере што се одражава на положај окривљеног у самом поступку утврђивања кривице. На овај начин Статут Међународног кривичног суда је начинио значајан раскид са завером (схваћеном као кажњиво дело или као облик одговорности). Међутим, насупрот овако радикалном резу, Статут Међународног кривичног суда није у довољној мери сагледао потребу прецизног уређења завере и уместо тога омогућио је екстензивну примену заједничког злочиначког подухвата.

За утврђивање односа између завере и заједничког злочиначког подухвата сматрамо сходним указати и на изворе материјалног права. У том смислу указујемо на закључке Комисије за међународно право која је 1950. године извршила формулацију „нирнбершких принципа". У овим формулацијама (које Генерална скупштина није усвајала) као кључни принципи на којима се заснива кривична одговорност за међународна кривична дела јесу „учињење радње кривичног дела, учешће у заједничком плану или завери за извршење дела злочин против мира, као и саучесништво у вршењу злочина против мира, ратних злочина или злочина против човечности"[1365]. На овом месту указујемо и на одредбе Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, које за разлику од осталих извора међународног кривичног права, заверу за извршење геноцида инкриминише као кривично дело, а не као облик кривичне одговорности. Од значаја је и Међународна конвенција о спречавању терористичких напада експлозивним направама, као и Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма[1366]. На основу одредби наведених конвенција може се закључити да садрже готово идентичне формулације као и Статут Међународног кривичног суда, тако да све недоследности и нејасноће које се упућују Статуту Међународног кривичног суда могу се ставити на терет и овим конвенцијама. Ту пре свега имамо на уму екстензивно схватање заједничког злочиначког подухвата, који се може проширивати до крајњих граница.

Једно од ретких подручја у којима је завера јасно и прецизно дефинисана, али као кривично дело јесте геноцид. Наиме, у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида, завера да се изврши геноцид сматра се кривичним делом. Овакву формулацију је прихватио и Статут Хашког трибунала и Статут Међународног кривичног суда за Руанду. Из оваквих одредби заузет је став да се под завером да се учини геноцид сматра „споразум два или више лица са намером да се изврши геноцид, са намером да се уништи у целости или делимично национална, расна, етничка или религиозна група као таква[1367]". На комплексност завере указује и чињеница да допринос сваког учесника у погледу споразума „не мора да буде идентичан, али су сви једнако одговорни за акте осталих учесника у завери[1368]". Особеност завере код дела геноцида јесте *dolus specialis* који се односи управо на геноцид без могућности да се оваква намера односи на друга дела, при чему би се дело геноцида јавило као ексцес. Када је реч о Статуту Међународног кривичног суда исти не садржи одређење о завери да се учини геноцид као кривично дело. Са друге стране, указујемо да је у неколико случајева пред Хашким трибуналом оптужба о

[1365] *Principles odf International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal:Report of the International Law Commission on the Work of its Second Session*, UN Doc. A/1316(1950).

[1366] Службени лист СРЈ – Међународни уговори, број 7/2002.

[1367] G. Metraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit., p. 253.

[1368] G. Metraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, ibid., p. 253.

завери да се учини геноцид преточена у одговорност кроз учешће у заједничком злочиначком подухвату убијањем[1369].

Полазећи од значаја агресија као дела којим се међународно кривично право бави од својих почетака, а у циљу утврђивања односа између завере и заједничког злочиначког подухвата сматрамо упутним да однос између завере и заједничког злочиначког подухвата одредимо и кроз дело агресија. Однос између завере и заједничког злочиначког подухвата, утврђујемо кроз амандман из Кампале 2010.године. У овом амандману дело агресије подразумева: „планирање, припремање, започињање или вршење неког акта агресије који по својој природи, тежину и обиму представља очигледно кршење Повеље ОУН од стране лица које је у позицији да наређује (усмерава) политичке или војне операције неке државе или да врши стварну контролу над њима. Акт агресије је употреба оружане силе од стране једне државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе или се то чини на било који други начин који није у сагласности са Повељом ОУН[1370]“.

Указујемо и на одредбе става 4. амандмана из Кампале из 2010.године: „учинилац је свестан чињеничних околности које установљава да таква употреба оружане силе је у супротности са Повељом ОУН“, као и става 6. амандмана: „учинилац је свестан чињеничних околности коју успостављају тако манифестна кршења Повеље ОУН[1371]“. На основу наведеног, можемо закључити да дело агресије представља основ за примену завере као облика одговорности. У том смислу код агресије су испуњени сви услови почев од *actus reus* и *mens rea*, па све до утврђивања места и улоге радње у односу на биће кривичног дела. Одређење агресије обухвата одговорност, како по основу предузете радње, тако и за само планирање. Посебно је значајан амандман из Кампале зато што на више места прецизира психички однос према делу агресије у смислу оружаног напада, већ и у односу на Повељу ОУН, тако да директни умишљај представља једини облик виности код дела агресија. Такође, као још једну тачку разлаза између завере и заједничког злочиначког подухвата представља захтев у погледу односа лица које врши дело кроз критеријум „стварне контроле“. Ово нас приближава појму „посредног извршиоца“ који такође не спада у домен заједничког злочиначког подухвата, иако постоје предлози да се „посредни извршилац“ јави као алтернатива досадашњем концепту заједничког злочиначког подухвата[1372].

Уосталом, уколико је циљ примене заједничког злочиначког подухвата осуда свих одговорних за кривична дела, то је мања могућност употребе заједничког злочиначког подухвата у односу на агресију, јер циљ инкриминсања овог дела није процесуирање и кажњавање свих учесника у агресорском рату, већ само оних који су „учествовали у доношењењу одлуке о вођењу агресорског рата“ како је то истакнуто у предмету Фон Леб и други[1373]. Не можемо да не укажемо овом приликом и на извесна одступања од традиционалног концепта завере у односу на агресорски рат. Такав пример налазимо на

[1369] Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др., параграф 867-886.

[1370] Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, op.cit., стр. 226.

[1371] www.icc-cpi/int (приступ 15.09.2013.године).

[1372] Посредни извршилац као алтернатива заједничком злочиначком подухвату биће предмет посебног осврта.

[1373] R.Cryer, H.Friman, R.Darryl, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op.cit., p.271.

суђењу адмиралу Деницу, кога је Међународни војни суд осудио за „учествовање у вођењу агресорског рата, али не и за његово планирање, припремање и отпочињање[1374]“.

Полазећи од самог историјског развоја појма агресија, до последње кодификацијае у Кампали, сматрамо да је у појму агресија експлицитно примењива завера као облик одговорности, док је заједнички злочиначки подухват непримењив у односу на ово дело. Полазећи од чињенице да завера представља институт из англосаксонског правног миљеа, који омогућава схватање завере као кривичног дела удруживања више особа ради предузимања радњи кажњивог дела, а које у крајњем омогућава утврђивање кривице за сваког учесника завере, без обзира на чињеницу да ли су сви учесници завере предузели радњу дела, јасно је да је тешко одредити границу између завере и заједничког злочиначког подухвата као облика одговорности. Овакав начин утврђивања одговорности заснован је на нескривено опортунистичким разлозима који су највише дошли до изражаја у пракси Међународног војног суда[1375].

Завера се заснива на постојању споразума између две или више особа да учине кривично дело. Традиционални приступ завере представља договор или споразум да се изврши кривично дело, при чему се сам договор јавља као основа кривичне одговорности, независно да ли је дело учињено или не.[1376]. Међутим, да ли се завера завршава на нивоу постизања договора. Уочи суђења у Нирнбергу конструкција завере је проширена преко „граница“ договора. Указујемо на тзв. Бернејев меморандум који је постао правна основа за третирање завере у Међународном војном суду. У овом акту се истиче „...треба да буде оптужен ... за заверу да се почини убиство, тероризам и уништавање мирнодопске популације у супротности са законима рата ... када је завера успостављена, чин сваког члана биће приписан свим учесницима у завери[1377]“.

Правна теорија не даје коначан појам завере као облика одговорности, већ често прибегава преплитању завере са другим елементима који самом облику одговорности дају другачији призвук, до мере да омогућавају релативизацију традиционалног концепта завере. Питања простирања завере као договора за вршење дела и преплитања са другим елементима, посебно у односу на све сложеније облике криминалног удруживања или криминалног поступања, свакако оптерећује и сам појам завере[1378]. У том смислу, указујемо на схватање да елементи који творе заверу у материјалном смислу јесу: „1. договор међу учесницима у извршењу кривичних дела, што представља есенцијални елеменат завере и практично радњу извршења, 2. посебан психички однос према делу, 3. друге радње учешћа, што се може сводити на обезбеђење одређених предмета или помагање на други начин и 4. свест о заједничком деловању са другим учесницима[1379]“.

[1374] В. Ђ. Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, *Међународно и транснационално кривично право*, op.cit., стр. 200.

[1375] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p. 132.

[1376] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, op.cit. p.110; C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p. 184.

[1377] B.F. Smith, *The American Road to Nuremberg – The Documentary Record -1944-45*, Hoover Institution Press, 1982, p. 32-37.

[1378] C. Harding, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility*, op.cit., p. 125.

[1379] М. Шкулић, *Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском Статуту,* op.cit., стр. 196.

На првом месту упутно је разматрање понуђеног трећег елемента завере. У којој мери је истински потребно испунити услов у погледу „обезбеђења одређених предмета или помагања на други начин“. На овом месту правимо кратак ескурс на судску праксу у виду закључка Хашког трибунала из предмету Стакић у коме се констатује: „када је неки оптужени оглашен кривим за извршење кривичног дела, он не може бити осуђен за планирање истог[1380]“, као и закључак Хашког трибунала да: „оптужени може бити кривично одговоран и за само планирање[1381]“. Судска пракса је изнедрила другачије могућности дефинисања удруживања за вршење кривичних дела које на један начин проширује сам појам „планирања“. Тако статути Хашког трибунала и Међународног кривичног суда за Руанду указују да „планирање подразумева да једно или више лица осмишљава концепцију извршења кривичног дела како у припремној, тако и у завршној фази[1382]“.

Сам договор за извршење кривичних дела представља довољан основ за примену завере, али не и заједничког злочиначког подухвата. Поједини аутори захтевају за адекватну примену заједничког злочиначког подухвата и конкретан допринос остварењу заједничког циља, као и намеру свих учесника заједничког злочиначког подухвата да се допринесе остварењу заједничког циља[1383]. Други у завери виде врсту учињења дела, која може да активира примену доктрине о заједничком злочиначком подухвату[1384]. Притом, примена завере је омогућила да допринос сваког учесника у завери не мора да буде једнак, као и да „сваки од учесника у завери може имати различиту сферу активности[1385]“, као и да „сваки оптужени може да буде осуђен за било који акт учињен од осталих у извршењу плана или завере[1386]“, не прецизирајући да ли „сфере активности“ иду и преко договора за вршење кривичних дела и досежу до помагања или неког другог облика извршења.

И аутори попут Поморског и Ван Слиедрегта, сматрају да је завера постала „легални еквивалент саучесништву[1387]“ изједначавајући почињење дела са остваривањем циља од стране других особа у оквиру заједничког циља. Поставља се питање да ли се постојање завере ограничава само на постојање договора или се одговорност преко договора простире и на друге облике учешћа у извршењу дела. Поред наведених аутора и Жувенал Метро истиче да „захтев за постојање споразума за вршење дела води извршењу или покушају извршења дела[1388]“. Наведени теоријски приступи показују колико је завера комплексан појам сам по себи као и колико је танка линија раздвајања између завере и заједничког злочиначког подухвата, са опаском да је конкретна примена заједничког злочиначког подухвата и овако слабо видљиву границу додатно релативизовала, што се одразило и на правну теорију.

[1380] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 443.

[1381] Пресуда Претресног већа у предмету Кордић и др., параграф 386.

[1382] Пресуда Претресног већа у предмету Галић, параграф 168; Пресуда Претресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету Акајешу, параграф 480.

[1383] H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, op.cit., p. 34.

[1384] C. Harding, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility*, op.cit., p. 250.

[1385] G. Metraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit., p. 253.

[1386] A. M. Danner, J.S. Martinez, *Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p. 116.

[1387] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, op.cit., p.24.

[1388] G. Metraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, op.cit., p. 203.

Сви наведени теоријски ставови, као и практична примена указују да може доћи до преклапања појединих облика одговорности. Пракса Хашког трибунала кроз својеврсни дуалитет облика одговорности то потврђује[1389]. Завера насупрот дугом трајању у међународном кривичном праву и даље представља недефинисани облик одговорности, који у будућем периоду кодификације заслужује већу пажњу и то у правцу утврђивања односа између самодовољног услова постојања договора за извршење дела и услова у виду могућности утврђивања да ли се завера може одвојити од непосредних аката чињења дела или другог доприноса извршењу дела и остати у оквирима пуког договора више лица. Оваквим предлозима погодују и тенденције у развоју међународног кривичног права где су све гласнији предлози о увођењу одговорности мултинационалних корпорација у којима завера добија сасвим другачије облике[1390]. Правна теорија, као ни судска пракса за сада не дају одговор на ово питање.

Однос завере и заједничког злочиначког подухвата се може утврђивати кроз призму места кажњивих дела у односу на сам заједнички циљ, затим у односу на постојање договора, облика виности, као и у погледу одређивања објективног доприноса учесника завере у односу на сама кривична дела. Уколико се под завером подразумева претходни споразум за извршење кривичних дела као средства или циља заједничког плана, разлика између завере и заједничког злочиначког подухвата биће тешко утврдива. У том смислу лакше је приступити разматрању појединачних облика заједничког злочиначког подухвата и приступити утврђивању разлика између завере и трећег облика заједничког злочиначког подухвата, полазећи од чињенице да трећи облик заједничког злочиначког подухвата подразумева одговорност за дела која нису део заједничког циља, али се јављају као природна и предвидљива последица заједничког циља. И у делу виности видљива је разлика између завере и трећег облика заједничког злочиначког подухвата која се заснива на умишљају као облику виности код завере и нехата као облика виности код трећег облика заједничког злочиначког подухвата.

Међутим, утврђивање односа између завере и друга два облика заједничког злочиначког подухвата знатно је комплексније. Међународни војни суд у Нирнбергу практично поистовећује заверу и заједнички план[1391]. Са друге стране, Хашки трибунал и Међународни кривични суд не дају адекватан одговор на ово питање. Уколико су кажњива дела средство за остварење циља или циљ сам по себи, јасно је да је на овим критеријумима веома тешко направити разлику између завере и заједничког злочиначког подухвата. Из тих разлога сматрамо да је од суштинске важности извршити прецизирање критеријума на основу којих се један заједнички циљ или подухват одређује као злочиначки. Облик виности такође не представља критеријум на основу кога можемо направити разлику између завере и првог и другог облика заједничког злочиначког подухвата, будући да је у свим случајевима присутан и захтеван умишљај. У односу на заверу окривљени поступа са умишљајем у односу на заједнички циљ ради којег је завера креирана, односно са умишљајем у односу на кривична дела која предузимају остали учесници завере.

Још један критеријум на основу кога можемо направити разлику између завере и заједничког злочиначког подухвата јесу радње дела. Полазећи од закључка Међународног

[1389] M. L. Nybondas, *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, op.cit., p. 139.

[1390] C. Harding, *Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility*, op.cit., p.125.

[1391] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* op.cit., стр.60- 71.

војног суда, у коме је завера или заједнички план прихваћен само у односу на агресорски рат[1392], јасно је да се типично саизвршилачке радње као што су планирање, припремање, започињање, могу тражити у завери, а не у широким и непрецизним оквирима заједничког злочиначког подухвата. Уосталом, и Хашки трибунал не прихвата одговорност за планирање у случају када се окривљени огласи кривим по основу извршења кривичног дела[1393]. Посебно је питање да ли се радња дела на којој се темељи заједнички злочиначки подухват може приписати претходном договору учесника завере. Указујемо да завера подразумева постојање заједничког плана у основи, тј. завера за вршење дела је резултат преходне радње стварања групе или удружења са сврхом вршења дела.

За разлику од завере, заједнички злочиначки подухват омогућава успоставу заједничког плана и касније „до постизања договора није ни морало доћи пре него што је злочин учињен[1394]“, потом да „постојање споразума не мора бити изричито, него се о њему може извести закључак на основу свих околности[1395]“, као и став да „заједнички план или намера могу бити импровизовани на лицу места, а изводи се из чињеница да више особа делују заједнички како би спровели у дело заједнички злочиначки план[1396]“. Даље, код завере, одговорност се утврђује у односу на почетак креирања плана за вршење дела, које следи након стварања саме групе тј. након испуњења услова плуралитета лица и креће се према касније извршеним делима, док се код заједничког злочиначког подухвата, одговорност креће уназад од кривичних дела који преко утврђивања заједничког циља и широко одређеног психичког односа учиниоца према самом делу одређују учеснике стварања заједничког циља у оквиру заједничког злочиначког подухвата.

Може се закључити да се једна од разлика између ових института огледа у организацији групе која остварује заједнички циљ, односно у интегритету саме групе. Завера подразумева већи степен кохезије између чланова, јасније подељене улоге, јасније изражену свест о циљу завере, што у процесном смислу олакшава доказивање статуса саучесника удаљујући га од саизвршилаштва. Илустративан је закључак Међународног кривичног суда „док се за удруживање тражи доказ да се више појединаца договорило да учине извесно кривично дело или скуп кривичног дела, за удружени злочиначки подухват потребно је осим тога доказати и то да су стране у том договору предузеле неку радњу за спровођење тог договора у дело. Другим речима, док је у случају удруживања довољан само договор, одговорност члана удруженог злочиначког подухвата зависиће од тога да ли су предузете неке радње како би се тај подухват спровео у дело[1397]“. Овако широко схватање „удруживања“ у односу на заједнички злочиначки подухват, више је резултат покушаја Хашког трибунала да одбрани заједнички злочиначки подухват са аспекта Статута, имајући у виду истакнуте бројне приговоре законитости у односу на заједнички злочиначки подухват.

Сматрамо да у случају сукоба завере и заједничког злочиначког подухвата, норме се морају тумачити *stricto sensu*, као и полазећи од начела *favor rei* предност треба дати

[1392] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* ibid., стр. 110.

[1393] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 443.

[1394] Пресуда Претресног већа у предмету Крњојелац, параграф 80.

[1395] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 435.

[1396] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 227; Пресуда Жалбеног већа у предмету Васиљевић, параграф 190.

[1397] Пресуда Жалбеног већа у предмету Васиљевић, параграф 23.

завери у односу на понуђене облике одговорности. Другачији приступ, посебно у контексту питања које разматрамо, омогућио би уклањање обележја дела у односу на елементе облика одговорности као што су виност или однос према делима која иду ван заједничког циља (који је овде идентичан и у односу на заверу и у односу на заједнички злочиначки подухват). То посебно долази до изражаја код оних дела код којих се *dolus specialis* јавља као обележје бића кривичног дела. Другачије схватање било би изложено озбиљном приговору легимититета.

8.3. Посредно извршилаштво

Имајући у виду све примедбе на концепт заједничког злочиначког подухвата овај облик одговорности наилазио је у делу правне теорије на озбиљна преиспитивања. У оквирима бројних постављених питања, правна теорија је покушала да понуди алтернативу доктрини заједничког злочиначког подухвата. Као један од предлога који су уследили јавила се идеја о „посредном извршиоцу[1398]“.

Историјски развој међународног кривичног права јасно нас води закључку да се појам јединственог извршиоца кривичног дела све више доводи у питање. Разлози за овај заокрет могу да буду вишестрани, полазећи од природе међународних кривичних дела, систематског карактера дела, броја могућих учесника, пасивног субјекта који се одавно не ограничава само на просту физичку јединку, а који своје консеквенце имају у отварању великог броја питања, као што су могућности приписивања кривичне одговорности за дела, утврђивање каузалне везе између радње и последице у случајевима одсуства непосредног предузимања радње кривичног дела, као и у случајевима удаљености оптуженог у односу на непосредне извршиоце дела. Оптерећујући карактер наведених питања видљив је у целокупном легату Хашког трибунала, али и Статуту Међународног кривичног суда. Наведеном у прилог јесу и напори да се овакав облик кривичне одговорности, барем у својим најшире постављеним оквирима, утврђује и преко института „посредног извршиоца“.

Није занемарљив број теоретичара који прихватају тезу о посредном извршиоцу. Херман Ван дер Вилт (*Harmen van der Wilt*) предлаже примену функционалног доприноса као облика одговорности у међународном кривичном праву који се односи на окривљене који поседују „функционални капацитет“ који их квалификује за примену кривичне одговорности, па је као такав примењивији у односу на оне – надређене који поступају по инструкцијама[1399]. Елиас ван Слидрегт (*Elies van Sliedregt*) је такође присталица теорије о посредном извршиоцу заједно са применом „заједничке контроле“[1400], као и Каи Амбос (*Kai Ambos*) која посредно извршилаштво заснива на „теорији контроле дела у односу хијерархијски постављене организације[1401]“. На сличном трагу су и Џени Мартинез (*Jenny*

[1398] I. Bojanić, D. Derenčinović, Ž. Horvatić, D. Krapac, M. Seršić, *Teorija zajedničkog zločinačkog poduhvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze*, op.cit., str. 169-180.

[1399] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p. 162.

[1400] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, op.cit. p. 88.

[1401] K. Ambos, *Join Criminal Enterprice and Command Responsibility*, International criminal Justice, 157 (2007), P. 171- 183.

S. Martinez), те Алистон Данер (*Alison Marston Danner*)[1402]. Наравно, незаобилазна личност у овом дискурсу је свакако Клаус Роксин (*Claus Roxin*) који се сматра утемељивачем доктрине „посредног извршиоца[1403]“.

Роксинова теорија полази од става да је учинилац онај ко доминира криминалним актом. Доминацију над криминалним актом Роксин креира кроз „контролу над актом (делом)[1404]“. Он закључује да постоје три начина којима се врши доминација над делом. Један начин је у условима када сама особа предузима радњу дела, други начин када то чини заједно са другима и трећи начин када користи другу особу као алатку[1405]. Дакле, основна теза ове теорије полази од „функционалне власти над делом која се разликује од власти над делом у односима непосредног и посредног саизвршилаштва“. Сама функционална власт над делом заснива се на битном доприносу извршењу дела који се као такав не може поистоветити са помагањем у класичном смислу речи. Роксин се бавио утврђивањем посредног извршилаштва по принципу „организованог апарата власти или власти над вољом на темељу организованог апарата моћи[1406]“ који су касније прихватили и други аутори.

Имајући у виду да се овај облик не заснива на искључивом умишљају, већ прихвата и нехат као облик психичког односа према делу, акценат је стављен управо на постојању апарата моћи, као и на контроли над апаратом моћи. Посебан проблем у овом приступу представља тзв. „заједничка контрола над апаратом моћи“. Само постојање апарата моћи, уз место окривљеног у апарату моћи, представља основ за закључивање о функционалистичком доприносу делу, не улазећи у психичи однос учиниоца према делу. Са једне стране, овакав покушај омогућава скретање пажње са психичког односа на постојање апарата моћи, и сводећи (наравно непотребно) доказивање кривичне одговорности на објективне чињенице постојања апарата моћи, те места и улоге окривљеног у апарату моћи. Такав приступ иде руку под руку са напорима усмереним ка једностраном инволвирању психолошких и психоаналитичких теорија о „поданим послушницима“ или „свемоћним надређенима“ у кривичноправну теорију. У том смислу, указује се да поједини аутори полазећи од присутног аутоматизма у деловању чланова организације као основе, полазе од става да „виши политички и војни лидери, који контролишу структуре моћи, довољно је само да дају наређење и на тај начин осигурају извршење дела, без потребе да предузимају било који други акт или помоћ непосредним извршиоцима[1407]“.

У том смислу илустративан је закључак Међународног кривичног суда за Руанду: „...Основни атрибути ових облика организације су механизми који осигуравају аутоматско извршење наређења. Таква наређења се извршавају независно од позиције чланова. Функционално за извршење је неважан идентитет извршиоца. Ауторитет код оваквих организација поседује другачији облик одговорности од одговорности у односу на

[1402] A. M. Danner, J.S. Martinez, *Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p. 150.

[1403] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, op.cit., p.81.

[1404] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, ibid., p. 82.

[1405] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, ibid., p. 82.

[1406] I. Bojanić, D. Derenčinović, Ž. Horvatić, D. Krapac, M. Seršić, *Teorija zajedničkog zločinačkog poduhvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze*, op.cit., str. 171.

[1407] H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, op.cit., p. 118.

уобичајене случајеве издавања наређења[1408]“. Иако, предлози за увођење „посредног извршиоца“ у правној теорији постоје већ неколико деценија, указујемо да Статут Међународног војног суда у Нирнбергу, као и Закон број 10. Контролног савета за Немачку, те пресуда Међународног војног суда не садрже одредбе које би се могле означити као одговорност путем „посредног извршиоца“. Сама пресуда Међународног војног суда једино у одредбама које се односе на утврђивање кривичне одговорности организације садрже елементе посредног извршилаштва, које овде остају ипак у домену кривичне одговорности организација[1409].

Идеја посредног извршиоца делимично је дошла до изражаја у предмету Стакић, тако да се поједини аутори данас позивају на закључке суда у ово предмету. На почетку је важно указати на различите ставове Претресног већа и Апелационог већа Хашког трибунала у овом предмету, будући да се у закључцима Претресног већа налазе елементи примене посредног извршиоца без обзира што поједини теоретичари сматрају да овај предмет представља пример примене овог института[1410]. Са друге стране, Апелационо веће у овом предмету је заузело став да се ради о одговорности по основу заједничког злочиначког подухвата, па је у том делу и преиначена пресуда [1411]. У предмету Стакић даје се на известан начин и дефиниција саизвршилаштва. Наводимо је са разлогом да укажемо у којој мери дефиниције у предмету Стакић одударају од целокупне парадигме „посредног извршиоца“. Хашки трибунал закључује:„за саизвршење је довољно да је постојао изричит споразум или прећутна сагласност да се постигне заједнички циљ координираном сарадњом и заједничком контролом над кривичним понашањем. За ову врсту саизвршења типично је да један од учинилаца поседује способности или овлашћења којима други учинилац не располаже. То се може описати као заједничке радње којима се, када се оне доведу у везу постиже заједнички циљ на темељу истог степена контроле над извршењем заједничких радњи[1412]“.

Управо закључци из предмета Стакић указују на низ значајних питања која се рефлектују и на посредног починиоца. У том смислу указујемо на разликовање између „ефективне контроле“ и „знатног утицаја“ као основа за утврђивање одговорности[1413], са нагласком да се ови критеријуми не могу схватити као синоними. Међутим, иако је Стакић осуђен употребом доктрине заједничког злочиначког подухвата, закључујемо да у овом случају није утврђена функционална контрола над апаратом моћи код Стакића. И само Претресно веће констатује да је између окривљеног и војске постојала чврста сарадња, као и да је оптужени омогућавао координацију војске и полиције међусобно и са цивилним властима[1414]. Очигледно је да се контрола над апаратом моћи у овом случају

[1408] Потврда оптужнице Предпретресног већа Међународног кривичног суда за Руанду у предмету *Katanga and Ngudjolo Case*, параграф 515-517.

[1409] Љ. Прљета, *Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду,* op.cit., стр. 136.

[1410] H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, op.cit., p. 302.

[1411] Пресуда Жалбеног већа у предмету Стакић, параграф 62-63, параграф 104.

[1412] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 440.

[1413] Хашки трибунал у предмету Стакић прави разлику између „ефективне контроле“ и „знатног утицаја“ означавајући знатни утицај као снижену могућност да се утврди кривична одговорност јер се утврђује да је реч о утицају „који не досеже до ефективне контроле“, Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 459.

[1414] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 482.

заснива (и рекли би смо ограничава) на „координацији“ и (како сам суд утврђује) у облику „размере сарадње и међузависности[1415]“ (овде још увек нема стандарда типа „стицај међузависних узрока“).

Детаљније појашњење ових радњи налазимо у наставку пресуде у коме Суд закључује да је окривљени Стакић „сарађивао у обезбеђивању логистичке подршке (тј. горива и техничке опреме) за војску и полицију[1416]“ или да „је Стакић био најодговорнији појединац у Приједору зато што се често појављивао у јавности на радију и у средствима јавног информисања и зато што је био председник приједорског Кризног штаба[1417]“. У овом случају Суд иде и даље па и у овај вид саизвшрилаштва уводи (као облик извршења) критеријуме као што је „способност или овлашћење којима други учинилац не располаже[1418]“ чиме се у основи врши релативизација путем објективизације посредног извршиоца у односу на непосредног извршиоца на основу чињенице апстрактног типа која се одређује као „овлашћење или способност којима други учинилац не располаже“.

На основу образложења пресуде може се закључити да у овом случају недостаје елеменат функционалне власти над делом будући да се однос између цивилних власти (на чијем челу се налазио оптужени Стакић) и војних и полицијских власти заснивао на координацији, а не на контроли, чиме је ако не онемогућена, онда свакако отежана примена критеријума функционалне власти над делом путем употребе апарата моћи. Само Претресно веће закључује: „Претресно веће је свесно да је коначни исход његове дефиниције саизвршилаштва близак удруженом злочиначком подухвату са којим се чак делимично и преклапа. Међутим, Претресно веће сматра да је ова дефиниција ближа схватању „учињења“ у већини правних система, чиме се избегава збуњујући утисак да се на мала врата уводи ново кривчно дело које није обухваћено Статутом Међународног суда[1419]“. Као што видимо у овако широким поједностављањима нема помена организованог апарата моћи. Штавише, у пресуди нема констатација које би представљале било какав облик власти над делом (власт над радњом, власт над вољом или функционална власт над делом). На основу свега наведеног, извесно је да се у овом случају ради о саизвршилаштву, које је доказивано кроз употребу доктрине заједничког злочиначког подухвата и посредног извршиоца.

Незаобилазна станица у разматрању овог алтернативног предлога свакако је Статут Међународног кривичног суда, где се институт посредног извршиоца може пронаћи у више тачака у оквиру члана 25. Та чињеница представља основ за критику Статута Међународног кривичног суда. Уколико посредног извршиоца тражимо у ставу 3. тачка Б) налазимо га у радњи „наредио“. Међутим, за Статут Међународног кривичног суда као да није било довољно овакво широко одређење, па у тачки А) такође налазимо радњу у виду „извршио лично или у саучесништву са другим лицима или посредством другог лица“. Овакво одређење користи и Међународни кривични суд за Руанду, па у предмету *Katanga et all*. потврђује да је посредни извршилац укључен у Статут Међународног кривичног суда [1420].

[1415] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 484.

[1416] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 486.

[1417] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 493.

[1418] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 440.

[1419] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 441.

[1420] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, op.cit., p. 167.

Штавише, члан 25. Статута Међународног кривичног суда у вези са чланом 30. у свим облицима психичког односа према делу увек подразумева намеру или допринос који мора бити намеран, не остављајући простор за друге облике психичког односа према делу (изузимајући члан 28. Статута). Сагледавајући одредбе Статута Међународног кривичног суда, ослоне тачке за одговорност у виду функционалног доприноса делу употребом апарата моћи, можемо пронаћи у оним одредбама које се ослањају на прописивање одговорности у оквиру постојања организованог система. У том смислу упућујуће су одредбе чл. 25 и 28. Статута. Члан 25. став 3. тачка Д (и), односи се на „групу лица". Имајући у виду, да се „циљ групе" одређује у контексту „групе лица", сматрамо да и у оквирима групе лица у смислу наведене одредбе Статута Међународног кривичног суда, на једном додуше апстрактнијем нивоу, можемо говорити о постојању елемената који се могу пронаћи у схватању „организовани апарат моћи".

Са друге стране, члан 28. Статута односи се на одговорност команданата и осталих надређених заповедника који имају „својство војног заповедника". Међутим, овај члан је резервисан за командну одговорност, па је као такав по својој природи неупоредив и непримењив на посредног извршиоца. Полазећи од чињенице да члан 25. не подразумева одговорност надређеног (већ експлицитно обухвата одговорност по основу предузете радње, саучесништво, наређење, подстрекавање, помагање, подстицање, заједнички злочиначки подухват, завера), уз једно вертикално сагледавање групе (из које творимо апарат моћи), једини закључак који се намеће јесте да Статут Међународног кривичног суда ван једне прешироко постављене формулације у виду одговорности као „лично извршење посредством другог лица", не оставља велики простор за примену института „посредног извршиоца".

Уколико би се и прихватило да члан 25. став 3. тачка А) садржи могућност употребе „посредног извршиоца" у општем контексту Статута Међународног кривичног суда, можемо рећи да је такво тумачење пре резултат оптерећења и великих очекивања проналажења адекватних формула кривичне одговорности за непосредне извршиоце кажњивих дела, чиме је Статут Међународног кривичног суда извршио својеврсну релативизацију класичне кривичне одговорности на основу власти над делом и донекле напустио концепт јединственог учиниоца. Међутим, не можемо се отети утиску да у нормама Статута недостају други елементи који творе институт „посредног извршиоца", а то је постојање апарата моћи, као и елементи који би указали на место и улогу окривљеног посредног извршиоца у том организованом апарату моћи.

Можемо рећи да је код Статута Међународног кривичног суда присутан нормативни модел више него што је то у случају статута (и праксе) Хашког трибунала, јер је разлика између непосредног извршиоца и саучесника израженија и јаснија. У Статуту Међународног кривичног суда је очигледан сукоб између природноправног приступа и нормативистичког приступа. Статут Међународног кривичног суда сукоб решава дајући предност нормативистичком приступу, дајући предност не непосредном извршиоцу, већ оном ко је одговорнији за само кривично дело. Наравно, овакав приступ одражава се у минимизирању субјективног елемента дела и максимизирању објективног елемента, употребом синтагме о „функционалном доприносу извршењу дела преко организованог апарата моћи". На основу наведеног види се како се посредно извршилаштво креће широком амплитудом почевши од функционалне власти над делом, до коришћења организованог апарата власти (моћи). Предлогу за увођење одговорности путем „посредног извршиоца" употребом организованог апарата власти могу се изнети критичке примедбе.

Иако постоје велике сличности између заједничког злочиначког подухвата и посредног извршиоца, можемо рећи да постоје и значајне разлике. Основна сличност огледа се у постојању заједничког плана, као и у чињеници да је окривљени удаљен од непосреног извршења дела. Међутим, у овом сегменту посредни извршилац се удаљава не од заједничког злочиначког подухвата, већ и од непосредног извршиоца који може, али и не мора да буде део заједничког плана. Штавише, непосредни извршилац према одредбама Статута Међународног кривичног суда не мора да буде ни кривично одговоран. Већ смо указали да сам заједнички злочиначки подухват (или договор о заједничком циљу) не мора да буде тако егзактна категорија, будући да може да буде импровизован на лицу места, као и да унутар једног заједничког злочиначког подухвата може да постоји више заједничких злочиначких подухвата[1421]. Посредни извршилац, као прилог могућностима утврђивања кривичне одговорности нуди новину у виду критеријума контроле над организованим апаратом моћи.

Посредни извршилац подразумева употребу организованог апарата моћи. Уколико се томе дода умишљај, поставља се питање на чему се базира веза између посредног извршиоца као „контролора апарата моћи“ и непосредног извршиоца. Да ли на хијерахијском односу унутар организованог апарата моћи који у том случају представља наређење или на сагласности тј. договору за остварење циља тј. остварење кривичног дела. Ако је тако онда у првом случају има већ довољно основа за кривичну одговорност по основу давања наредбе, а уколико постоји међусобни договор онда постоји класично саизвршилаштво. Пут до кривичне одговорности је јасан. Као претходно питање у овом случају јавља се чињеница да ли се организовани апарат моћи налази у оквиру закона или не. Ово питање постављао је још Роксин. Реч је о питању које у знатној мери усложава одговор, захтевајући да се најпре утврди положај организованог апарата моћи у оквиру правног поретка, а потом могућности и начин утицаја на оружане формације и њихове припаднике.

Уколико се прихвати теза да се употреба „посредног извршиоца“ заснива на критеријуму доприноса делу изнад помагања, употреба института „посредног извршиоца “ не даје одговор на питање о каквом доприносу може бити речи, који би требао да буде тако значајан да истовремено буде изнад помагања, а да се разликује од класичног саизвршилаштва. Наведеном у прилог јесте и критеријум „функционалне власти над радњом у виду употребе апарата организоване моћи“ који се поставља крајње широко, и који може у великој мери процес доказивања да заснива само на потреби да се докаже постојање организованог апарата моћи и извршење дела од стране непосредних извршилаца. На овај начин непотребно се измешта поље доказивања у односу на везу између самог окривљеног и извршеног дела и исто своди на утврђивање функционалног карактера апарата моћи, те местом и улогом окривљеног учесника заједничког злочиначког подухвата у оквиру апарата моћи. У том смислу, указује се да извор проблема може да представља и постојање различитих нивоа одлучивања у сваком апарату моћи, при чему и сама моћ која проистиче из овлашћења у оквиру организованог апарата може да буде, како деривативна, тако и оригинарна. У домену постојања организације указујемо да само доказивање постојања организације представља посебно и значајно проблемско поље. То подразумева и потребу да се у конкретним приликама, у поступку утврђивања

[1421] Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, параграф 227; Пресуда Претресног у предмету Крњојелац, параграф 80; Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 435.

власти над апаратом моћи, суд бави и проблемом преплитања различитих облика и нивоа власти унутар организованог апарата моћи.

Направићемо још један осврт на Статут Међународног кривичног суда и то на одредбу о одговорности за дело извршено „посредством другог лица, без обзира да ли је то друго лице кривично одговорно“. На првом месту, поставља се питања значаја и могућности за примену услова за искључење кривичне одговорности у једном организованом апарату моћи. Уколико се и ово питање апстрахује, једино образложење своди се на радњу „контролора апарата моћи“ према непосредном извршиоцу, у виду не употребе апарата моћи, већ кроз радњу подстрекавања, односно помагања. Значај подстрекавања се заснива на месту које у организованом апарату моћи заузима посредни учинилац из чега црпе свој неспорни ауторитет за подстрекивање или давање наређења. Али онда подстрекач мора да оствари утицај и на кривично неодговорно лице у смислу члана 25. став 3. тачка А), Статута Међународног кривичног суда.

У овом случају се иде најдаље у погледу неутралисања потребне везе између окривљеног и радње дела, тако да се као својеврстан парадокс јавља чињеница да се принцип посредног извршиоца (иако потиче од принципа функционалне власти над делом), исти удаљава од самог дела, успостављајући једину везу између окривљеног и дела преко организованог апарата моћи. Употреба „организованог апарата моћи“, са друге стране, није нимало једноставна. У овом случају процес доказивања кривичне одговорности подразумевао би доказивање постојања организованог апарата власти или моћи, с тим што би се истовремено морало доказати деловање апарата моћи ван закона, односно деловање апарата моћи у сфери противправног поступања. Овако прихваћен апарат моћи приближава нас класичном схватању завере у англосаксонском праву.

Приступ посредном извршиоцу преко апарата моћи, за сада не даје одговор на питање како ће се решавати проблем преплитања овлашћења или проблем паралелних ланаца командовања, који могу не само да отежају, већ и да у својој суштини онемогуће утврђивање постојања система какав је *per definitionem* систем апарата моћи. На ову примедбу наставља се примедба да посредни извршилац не даје одговор на питање како утврдити однос између „контроле над делом преко организованог апарата моћи“ и постојања заједничке контроле над апаратом моћи. Сматрамо да нема потребе указати да овај начин уједно у великој мери отежава и положај окривљеног у поступку у кривичнопроцесном смислу.

Даље, указујемо да овакав предлог не даје одговор на питање у којој мери постојање апарата моћи објективизира кривичну одговорност окривљеног-посредног извршиоца и да ли се на тај начин умањује кривична одговорност директних извршилаца, посебно у условима када радња дела може да представља резултат заједничке одлуке или резултат наредбе? Полазећи од постојања система као израза апарата моћи може се поставити питање колико ови предлози иду руку под руку са напорима (за сада на нивоу теоријских разматрања) да се као субјекти кривичне одговорности јаве државе или мултинационалне корпорације? Указујемо на чињеницу да овај приступ (кроз утврђивање организације апарата моћи) уједно захтева и утврђивање односа подређени-надређени, односно утврђивање формалног или неформалног хијерархијског односа. Ово отвара низ

других питања у смислу утврђивања ефективне контроле, те улоге посредног извршиоца у оквиру критеријума „ефективне контроле“ и критеријума „знатног утицаја[1422]“.

Указујемо на став да: „Посредни извршилац је оно лице које остварујући све субјективне елементе кривичног дела наведе другог на остварење кривичног дела, а да се при том тај други не може сматрати извршиоцем кривичног дела[1423]“. Наведено становиште доводи у питање и могућност примене заједничког плана. Из изнетих предлога може се закључити да теорија о посредном извршиоцу представља супротност доктрини заједничког злочиначког подухвата. Полазећи од чињенице да постојање заједничког злочиначког подухвата захтева доказивање заједничке одлуке (која може бити унапред донета или донета на лицу места), управо питање постојања или могућности доказивања постојања заједничке одлуке додатно онемогућава употребу института „посредног извршиоца“ као једне алтернативе заједничком злочиначком подухвату. Да ли контрола над организованим апаратом моћи подразумева и суштински допринос приликом извршења сваког кривичног дела понаособ или је довољно доказати контролу над апаратом моћи.

Уколико приступимо утврђивању субјективних и објективних елемената посредног извршиоца закључујемо да се објективни елементи задржавају на постојању организованог апарата моћи који је карактеристичан по промењивом карактеру чланова[1424], као и место посредног извршиоца који се јавља у улози „контролора организованог апарата моћи“ из чега он црпе своју моћ или на основу чега се заснива његова одговорност. На овом месту, као проблем се може јавити сам однос између посредног извршиоца (који се налази на челу организованог апарата моћи) и самог организованог система. Наиме, свој ауторитет (који представља основ за каснију одговорност) може да извире из самог система према функцији коју у њему обавља или пак из самог начина којим управља таквим системом посредни извршилац. Полазећи од чињенице да систем организованог апарата моћи не подразумева сам по себи ауторитет за вршење кривичних дела (ова димензија је код међународних кривичних дела још израженија), поставља се питање доказивања ауторитета тј. истинског карактера моћи посредног извршиоца код извршења кривичних дела. Пресуда у предмету Стакић не даје одговор на ово питање (јер сама прави разлику између „ефективне контроле“ и „знатног утицаја“ означавајући знатни утицај као снижену могућност да се утврди кривична одговорност јер се утврђује да је реч о утицају „који не досеже до ефективне контроле[1425]“).

У случају постојања тзв. заједничке контроле над организованом апаратом моћи одговор на питање приписивања личне одговорности је невидљив. Уколико се позабавимо субјективним елементима посредног извршиоца, долазимо до закључка да је јасно да се одговорност мора заснивати на *dolus specialis*, која мора бити усмерена ка намери употребе овлашћења или контроле у односу на организовани апарат моћи и употреба овог система на извршење дела преко непосредног учиниоца. Ово из разлога што свако ко управља или контролише организовани апарат моћи јесте свестан свог положаја и својих радњи по дефиницији (зато и Статут Међународног кривичног суда садржи одредбу о

[1422] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 459.

[1423] З. **Стојановић, *Коментар Кривичног закона*, op.cit**., стр. 146.

[1424] H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, op.cit., p. 306.

[1425] Пресуда Претресног већа у предмету Стакић, параграф 459.

одговорности посредног извршиоца, чак и у условима неодговорности непосредног извршиоца). Радње се односе не само на управљање системом, већ и на функционални допринос тог система извршењу дела. Међутим, теорија дозвољава у случајевима тзв. заједничке контроле над апаратом моћи и субјективни елемент који се заснива на *dolus eventualis*[1426].

Основна разлика која у суштини онемогућава примену посредног извршиоца као алтернативу заједничком злочиначком подухвату јесте што се посредни извршилац базира на контроли над извршењем злочина и то путем контроле над апаратом моћи или заједничком контролом над апаратом моћи, док се заједнички злочиначки подухват заснива на постојању заједничког циља који укључује или подразумева вршење кажњивих дела или се кажњива дела јављају као предвидива или природна последица заједничког плана. Иако се „посредни извршилац" нуди као алтернатива трећем облику заједничког злочиначког подухвата, широко постављени оквири „посредног извршиоца" не пружају основ за прихватање овакве алтернативе. Непостојање јасних критеријума за прецизирање и идентификацију посредног извршиоца у случају контроле и у случају заједничке контроле омогућава да се преко посредног извршиоца дође до других одговорности, посредних извршилаца на вишим нивоима одлучивања и контроле над апаратом моћи. Прецизније, шири се круг могућих оптужених, до којих се долази употребом „посредног извршиоца", а на које би могао да се употреби трећи облик заједничког злочиначког подухвата (у овом случају посредни извршилац је извршио дело употребом апарата моћи које није било део заједничког плана, али се паралелном употребом трећег облика заједничког злочиначког подухвата може конституисати одговорност других окривљених који у функционалном смислу имају „заједничку контролу" над апаратом моћи, а дело посредног извршиоца било је природна и предвидљива последица употребе и контроле посредног извршиоца над апаратом моћи).

Закључујемо да теорија „посредног извршиоца" није примењива на све случајеве употребе организованог апарата моћи или само на поједине нивое организације (Слиедрег указује да је Роксинова теорија заснована на употреби два случаја Ајнхман и Сташински који ипак не омогућавају широку примену у случајевима када овај институт треба применити на окривљене који под контролом немају целу машинерију[1427]). Шта је циљ посредног извршиоца. Да ли ширење поља кривичне одговорности у условима када се кривично дела јавља као делатност организованог апарата моћи, а у условима када је тешко (ако не и немогуће) успоставити директну везу између оних који врше контролу над организованим апаратом моћи и самог дела? Тумачења и примене овог института указују управо на овакав закључак. Од првих примена овог института у предмету *Juntas Trial*[1428] или предмета *German Border Case*[1429] до предмета Стакић јасно је да је реч о нестабилном институту за утврђивање одговорности, као и колико су велике могућности за широка тумачења овог института.

[1426] H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, op.cit., p. 307.

[1427] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, op.cit., p. 83.

[1428] H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, op.cit., p. 302.

[1429]H. Olasolo, *The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, ibid., p.302.

Суштински, посредни извршилац представља ужи облик одговорности у односу на заједнички злочиначки подухват у погледу могућности примене. Примена овог облика одговорности води нас могућем одговору и у погледу нивоа примене заједничког злочиначког подухвата, и то у правцу да је заједнички злочиначки подухват примењив у односу на ниже нивое постојања заједничког плана, уз присутна ограничења, како у погледу територије на којој се предузима, тако и у погледу граница примене имајући у виду могући круг одговорних за заједнички злочиначки подухват. Овај модел одговорности, комбинујући посредно извршилаштво са извршилаштвом на основу заједничке контроле (или контроле над апаратом моћи) непотребно шири круг могућности за утврђивање кривичне одговорности, мултипликује могућност утврђивања одговорности, поред одговорности вође, овог пута и у виду одговорности оног ко врши контролу над организованим апаратом моћи, који се јавља као саизвршилац на нивоу егзекутиве. Овакав приступ је противан традиционалним облицима кривичне одговорности и заснива се на теорији импутације[1430]. Уосталом, посредни извршилац већ се примењује у случајевима одговорности војних и цивилних лидера-вођа, где је већ показао своје крајње домете.

Основна слабост ове теорије огледа се управо у могућности примене. Имајући у виду критеријуме на којима се заснива, примена посредног извршиоца без ограничења, омогућава да се непосредни извршилац (извршилац који физички предузима радњу дела) и посредни извршилац толико удаље један од другог, да ће се веза између њих заснивати искључиво на објективном критеријуму апарата моћи. Зато поједини аутори предлажу примену овог критеријума у оним случајевима који се односе на кривична дела којима се повређују основне вредности цивилизованих нација као што су: геноцид, злочин против човечности или ратни злочини почињени од стране државних структура[1431]. Овим закључцима додајемо и чињеницу да Статут Међународног кривичног суда не даје довољно широку, нити прецизну основу за примену овог института, тако да поред закључка да теорија „посредног извршиоца“ није део међународног обичајног права[1432], прихватљив је и закључак да овај предлог, који свакако представља увођење новог облика кривичне одговорности, долази под удар принципа *nullum crimen sine lege*[1433], бар у постојећим нормативним оквирима.

9. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Утврђивање кривичне одговорности у условима када више лица учествују у извршењу кривичног дела, представља једно од најсложенијих питања кривичног права. Са овим изазовом суочило се и међународно кривично право, које је покушало да да одговор на ово питање кроз доктрину о заједничком злочиначком подухвату. Природа међународних кривичних дела изнедрила је потребу да се са кривичном одговорношћу суоче и највиши представници организованих ентитета који стоје иза кривичних дела. Без обзира на чињеницу да се међународна кривична дела углавном врше од стране више

[1430] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, op.cit., p.171.

[1431] E. V. Sliedregt, *Individual reposnibility in International Law*, ibid., p. 134.

[1432] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., p. 163.

[1433] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, ibid., p. 163.

учинилаца, не сме се ни једног тренутка пренебрегнути чињеница да се кривична одговорност и казна односе на појединце, те да другачије становиште представља кривицу на основу удруживања[1434]. Међутим, суштинско питање и даље остаје „Да ли су оптужени по основу заједничког злочиначког подухвата криви због радњи својих саучесника или су криви због својих радњи[1435]?“, као и на који начин се утврђује веза између појединачних радњи и самог заједничког циља. Упадљиво је и инсистирање Статута Међународног кривичног суда на појмовима као што су „план или политика вршења кажњивих дела“(члан 8.), деловање које се заснива на основу или поводом политичког програма државе или какве друге организације“ (члан 7.), „лица која имају ефективну извршну контролу над делом“(члан 8. бис амандмана из Кампале). Утисак је да је теорија о заједничком злочиначком подухвату покушала да да одговоре на ова нерешена питања.

Можда најекспликативнији и најрационалнији разлог увођења заједничког злочиначког подухвата, нуди Лорд Хутоон у предмету Пауел:„..Али правила *common law* не темеље се само на логици, него се односе и на практичне разлоге, а у вези са кривичним делима почињеним током удруженог подухвата и на потреби да се јавности пружи ефикасна заштита од криминалаца који делују у бандама[1436]“. Уколико у наведеним ставовима нађемо исходиште доктрине о заједничком злочиначком подухвату, реч је о очигледној тенденцији ка превласти искуственог које можемо означити и као лукративно (који се можда и могу оправдати разлозима криминолошке природе), над нормативним или логичким, па и природноправним, а која није дала значајне резултате. Искуство Хашког трибунала то потврђује. Управо је заједнички злочиначки подухват потврда тезе о кривичној одговорности која може да буде дистрибуирана, а да не буде истовремено и подељена, односно „можемо да окривимо више од једне особе за одређени чин, а да не поделимо кривицу коју им приписујемо[1437]“.

Нема сумње да је јуриспруденција Хашког трибунала оставила веома контроверзан легат у погледу могућности утврђивања кривичне одговорности путем заједничког злочиначког подухвата. И судска пракса не даје поуздане основе за прихватање тезе о заједничком злочиначком подухвату без критичког промишљања. Као закључак на нивоу инцидентног у коме можемо тражити пластично појашњење доктрине заједнички злочиначки подухват наводимо закључак Хашког трибунала у предмету Тадић: „Присуство оптуженог за време учињења злочина од стране неке групе је довољно да подразумева његову одговорност уколико је претходно играо активну улогу у сличним делима које је учинила иста та група, а није се изричито изјаснио против понашања те групе. Овај став је посебно значајан јер је оптужени био актер нижег ранга, особа без икакве формалне власти...[1438]“.

Са једног другог аспекта значајан је и закључак Хашког трибунала и у предмету Квочка: „Претресно веће сматра да је могуће саизвршилаштво, као и помагање

[1434] J. D. Ohlin, *Tree Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, Cornell Law Faculty Publications, 2007, p.70.

[1435] J. D. Ohlin, *Tree Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, ibid., p.72.

[1436] Издвојено мишљење судије Шахабудена у Пресуди Жалбеног већа у предмету Крајишник од 17.03.2009. године, параграф 49.

[1437] М. Волзнер, *Праведни и неправедни ратови*, op.cit., стр.376.

[1438] Пресуда Претресног већа у предмету Тадић, параграф 690; Пресуда Претресног већа у предмету Квочка, параграф 259.

заједничког злочиначког подухвата[1439]“. Правна теорија је недовољно критички прихватила заједнички злочиначки подухват на оваквом нивоу одређења. На основу оваквог наслеђа заједнички злочиначки подухват представља „отворени ковчег“ из кога свако узима само оно што му треба. И тако унедоглед. Додатни проблем представља од стране Хашког трибунала прихваћена могућност постојања више заједничких злочиначких подухвата у оквиру једног заједничког злочиначког подухвата, креирање заједничког плана имплицитно и на лицу места или постојање сукоба два заједничка злочиначка подухвата. Али разлоге против не треба тражити на тако удаљеним тачкама.

Једна од оптужујућих карактеристика заједничког злочиначког подухвата представља управо недовољно јасан и недоследан критеријум каузалитета између самог дела и чињења оптуженог, као и место оптуженог у том односу. У широким оквирима доктрине заједничког злочиначког подухвата закони каузалитета не само да су релативизовани, већ се стиче утисак да они нису ни присутни, односно како Аврамов закључује „уместо односа узрок последица, овде постоји однос чињеница-правна последица на бази неког правила[1440]“. Можемо се упитати да ли је ово резултат сукоба између сфере реалности (радње дела коју предузима окривљени као узрока и последице) и сфере идеала (потреба да се утврди кривична одговорност оних који су на било који начин били део кривичног дела) о коме је писао Келсен. Још један од проблема заједничког злочиначког подухвата јесу ограничења у погледу утврђивања каузалне везе између појединачне кривичне одговорности и сврхе самог подухвата[1441]. Из тог разлога смо указали не неопходност утврђивања критеријума на основу којих би један подухват или циљ одредили као злочиначки.

Заједнички подухват не може да се третира као апстрактни облик одговорности који је подобан за неограничено проширење на друге појединце у условима када класично саизвршилаштво и саучесништво не пружају довољно поуздан основ. Заједнички подухват представља конкретан скуп људи који користећи се својим овлашћењима договарају и спроводе акте који су инкриминасани као кривична дела. Уколико се овде задржимо, онда се готово не могу наћи разлике између заједничког злочиначког подухвата и завере (осим ако заверу задржимо само на нивоу договора). Даље, сам заједнички злочиначки подухват не конституише групу као такву, упоређујући је са појмом групе код дела геноцида или са појмом групе која може исходити из завере или из дела агресије. Заједнички злочиначки подухват омогућава креирање и примену на „случајну групу“ коју не мора да одликује постојање било какве структуре, још мање постојање прецизно подељених улога, задатака одговорности, како у погледу циља саме групе, тако и у односу на злочиначки циљ или у односу на кривична дела која се могу јавити и као средство за остварење циља. Имајући у виду да познати и примењени облици заједничког злочиначког подухвата подразумевају и неорганизовану групу, интересантно је сагледавање на нивоу чињења, али и на нивоу нечињења групе, уз полазиште да и чињење и нечињење могу да представљају основ одговорности. У том смислу може се поставити питање (на који доктрина заједничког злочиначког подухвата не даје одговор): „Може ли (не)организована група појединаца, ван свести о заједничком циљу, која ипак функционише на нивоу групе,

[1439] Пресуда Претресног већа у предмету Квочка, параграф 249.

[1440] С. Аврамов, *Ханс Келсен- Живот и дело*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, број 1-2, 1974, стр. 23.

[1441] A. M. Danner, J.S. Martinez, *Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, op.cit., p. 135.

бити одговорна за сва чињења појединаца или за чињења колектива у условима када кривична дела представљају резултат колективног чињења?“.

Имајући у виду место и значај намере код заједничког злочиначког подухвата извесно је да отужени мора деловати са намером у односу на дела која се представљају као циљ или средство за остваривање циља заједничког злочиначког подухвата. Код прва два облика ове доктрине, намера се односи на извршење конкретног кажњивог дела које има свој нескривени однос са заједничким циљем, као и на свест о постојећем систему злочина. Код трећег облика ове доктрине, намера остаје на нивоу свести да неко од учесника заједничког подухвата може остварити дело које излази из оквира основног заједничког плана, али уједно представља природну или предвидљиву последицу основног заједничког циља. Овакво одређење у многоме је снизило праг кривице. То је присутно и код другог облика заједничког злочиначког подухвата.

На овом месту само узгред помињемо да се на овај начин повећава степен кривице код окривљеног, стављајући му на терет и чињеницу постојања заједничког плана који се у конкретном случају заснива на појединачној радњи која сама по себи тешко да може да се доведе у везу са заједничким планом скованим на вишим нивоима одлучивања. Ово посебно долази до изражаја код предмета тзв. „концентрационих логора“ у којима се постојање потребне намере заснива на критеријуму „положаја власти на којима је било особље логора“. Још један прилог контроверзном карактеру другог облика заједничког злочиначког подухвата тзв. системском облику заједничког злочиначког подухвата јесте и чињеница да одређени облик субјективног елемента омогућава да се кроз овај облик заједничког злочиначког подухвата уведе на известан начин и кривица путем удруживања, што би било најближе завери као облику удруживања за вршење кривичних дела односно одговорност *guilty by association*, а који се налази изван Статута Хашког трибунала.

Овај облик одговорности омогућава кривичну одговорност „да ако један појединац направи неки деликт буде одговоран не само за тај деликт, него и за све деликте које било кад и било где учине сви други појединци из групе појединачно или заједнички[1442]“. Код трећег или проширеног облика овај праг иде знатно испод прага који се примењује у односу на помагање или подржавање. Код помагања и подржавања, па и у случају завере, тражени елеменат свести представља сазнање да се радњама помагања или подржавања омогућава вршење кажњивог дела. Код трећег облика заједничког злочиначког подухвата, намера се своди на субјективну моћ предвиђања које је обогаћено квалификативима типа „безобзирност“ и „индиферентност“. Овакав приступ у начелу је неспојив са природом међународних кривичних дела у ужем смислу. На истом трагу је одређење виности за међународна кривична дела у Статутуту Међународног кривичног суда.

Упоређивање заједничког злочиначког подухвата и других облика кривичне одговорности указује на значајне разлике између ових облика кривичне одговорности. Додатни проблем представља различито схватање самих облика одговорности у сада већ проблематичном односу између континенталног права и англоамеричких правних система, што је све узроковало присуство великог броја „корисних нејасноћа“ и у Статуту Међународног кривичног суда. Сам Статут Међународног кривичног суда не даје одговоре на кључна питања ове доктрине као што су доња граница појединачне кривичне одговорности у условима када више лица учествује у заједничком плану[1443], ниво намере,

[1442] С. Стојановић, *Заједнички злочиначки подухват*, Правни живот, бр. 12, Том IV, Београд, 2004, стр. 532.

[1443] M. Damaška, *Boljke zajedničkog zločinačkog poduhvata*, op.cit., str.7.

каузална веза између радње кривичног дела и учесника заједничког злочиначког подухвата. Члан 25. став 3. тачка Д) Статута проблематична је управо из разлога што изједначава одговорност оптуженог који намерно учествује у предузимању радње дела са оптуженим који на било који начин допринесе извршењу дела у условима када је упознат са намером групе да изврши дело. На основу ових поставки Статут не чини било какву разлику у погледу квалитета доприноса учесника заједничком злочиначком подухвату. Овај критеријум свакако не може представљати само ствар опредељивања висине казне.

На крају закључујемо да исход овог експеримента треба окончати кроз часно одбацивање овог облика кривичне одговорности у овакво (не)одређеним поставкама. Циљ утврђивања кривичне одговорности за дела која учине заједнички више лица ради остваривања заједничког циља, мора бити засновао на одређивању доње границе индивидуалне кривичне одговорности у оквиру плуралитета извршилаца, у условима када они наступају са истим или сличним обликом виности. У том смислу једно од решења представљају измене и допуне саучесничке одговорности која представља сасвим адекватне супституте доктрини заједничког злочиначког подухвата, наравно кроз одређене измене допуне постојећег Статута Међународног кривичног суда.

ЗАКЉУЧАК

Потреба утврђивања кривичне одговорности стара је колико су стари и напори организованог људског друштва да реагује на кршења правила понашања. Од објективне одговорности, преко колективне одговорности, кривична одговорност представља свакодневни напор у циљу обезбеђења санкционисања противправног понашања. Кривична одговорност за међународна кривична дела затвара круг од близу две стотине година трагања и примене. У том циклусу она је распета између потребе, реалности и могућности, које се отелотворују на подручју несумњиве потребе реакције на кажњива дела у тријанглу правна теорија, судска пракса и ванправни фактори. Сматрамо да двовековни хронолошки оквир у коме се развија полиморфни и полисемантични појам кривичне одговорности упоредо са искуственом применом, омогућава да се након анализе садржаја њених кључних мисаоних трендова, изведу одређене генерализације, како на онтолошком, тако и на епистемолошком нивоу.

Политичке концепције проистекле из Другог светског рата, засноване на принципу колективне безбедности (уз већ одмакле процесе глобализације, трансформације рата и хуманитарних интервенција), имале су своје изразе и у кривичноправним концепцијама. И политичке и правне концепције ишле су за тим да се ужаси великог рата више никада не понове у чему је привођење учинилаца кривичних дела правди кроз утврђивање кривичне одговорности био саставни део изградње новог глобалног поретка који је требао да представља основ „вечног мира“. Глобални поредак у сврху мира захтевао је да се концепт одговорности у оквирима новонасталог космополитског права „преведе из сфере морала, савести и филозофске бриге око јавне употребе ума, у област права и глобалне политике кроз моделовање његове институционалне заштите“.

Услед тако постављене широке лепезе појмовног и практичног одређења одговорности, правна теорија и национална законодавства су остала затечена. *Differentia specifica* одговорности за међународна кривична дела од постанка до данас представља, одређивање егзактних услова нормативне природе која су примењива на међународна кривична дела, која су често узрокована ванправним факторима, заједно са потребом очувања индивидуалне кривичне одговорности. На првом месту је потреба да се одговорност за међународна кривична дела диференцира од објективне одговорности која касније представља увод у колективну одговорност. Следећи ниво проблема јесу субјекти одговорности за међународна кривична дела. На другој страни пола је нарушени однос између судске праксе и правне теорије који је у домену одговорности у најмању руку посебан, зато што одступа од свих познатих реакција законодаваца на кршења права, а које је пореметило однос и редослед између правне теорије и судске праксе.

Уколико и апстрахујемо чињеницу да развој међународног кривичног права представља не само одговор на масовна кршења људских права и намеру победника из великих сукоба да одговорне (још увек само на једној страни) приведу правди, видљив је идеолошки дискурс појединих решења у кривичном праву. У том циљу се указује на развој међународног кривичног права након Другог светског рата, који је несумњиво веома важан, како са аспекта остварених резултата у виду нормативне делатности, тако и имајући у виду примену у пракси појединих института међународног кривичног права. Илустративан закључак овог идеолошког дискурса у односу на сврху поступака утврђивања кривичне одговорности јесте закључак Канта који истиче: „у рату се не сме

десити ништа што би у потпуности онемогућило касније помирење[1444]“. На истом трагу је и Стивен Краснер: „Судске процедуре су створене да би се просудила кривица или невиност појединаца, али стварање стабилних демократских друштава и умањивање губитака људских живота захтевају разборите политичке прорачуне, а не судске пресуде[1445]“, као и Бари Гевен: „О неким питањима се просто не може решавати на суду; судови нису адекватна средства за бављење одлукама које су донете на највишим нивоима, чак и када оне укључују најодвратније злочине; а много тога може бити изгубљено услед све веће склоности да се сви политички судови сместе у правну или псеудоправну лудачку кошуљу“.

Данас можемо да закључимо да је изградња система међународног кривичног права кренула од међународних кривичних дела који су утицали на кодификацију норми међународног кривичног права, при чему је отежавајућа околност била чињеница да су међународна кривична дела са променама у друштвеној стварности, које су исходиле промену природе рата, као и промену у схватању међународног права, стално добијала нове, суровије изразе. Нормативна делатност у виду развоја међународног кривичног права је, по правилу, каскала за бруталношћу, али и за софистицираношћу међународних кривичних дела.

Утврђивање и нормирање извора кривичне одговорности за међународна кривична дела неминовно се појављује као питање пре питања утврђивања кривичне одговорности *in concreto*. Постојећи извори, уз несавршеност истих и судска пракса уз арбитражу судова, омогућили су релативизацију не само извора права, већ и саме одговорности. Из тих разлога залажемо се за што свеобухватнију кодификацију норми међународног кривичног права који би арбитражну употребу судских прецедената, па и међународног обичајног права, свео на најмању могућу меру. Имајући у виду тежину међународних кривичних дела, последице које изазивају за све чланице међународног друштва, сматрамо да је од прворазредног значаја, смањити било какав утицај ванправних елемената (који се најочитије примећују код примене судске праксе или међународних обичаја као извора права). Још је Ханс Келсен упозоравао: „Ако су правила примењена на Нирнбершком суђењу заиста била преседан-законодавни радије, него судски преседан – онда после следећег рата, владе победничких држава ће једнострано и путем ретроактивне силе, покушати да одреде учиниоце злочина из редова чланова влада поражених држава. Хајде да се надамо да нема оваквог преседана![1446]“.

Имајући у виду да је од доношења Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида прошло више од педесет година, као и прве пресуде којима су окривљени осуђени за дело геноцида, очигледно је да и даље постоје значајна питања која се односе на утврђивање бића дела и кривичне одговорности за геноцид која и данас захтевају одговоре. Посебно је значајно да у појединим сегментима теорија и пракса (имајући у виду праксу Међународног војног суда у Нирнбергу, Хашког трибунала, Међународног кривичног суда за Руанду и Међународног суда правде) заузимају различите ставове. То се првенствено односи на дефинисање питања намере код дела геноцида, квалитета намере, опсега намере, затим и питања дефинисања групе и бројности групе као заштићеног објекта, како унутар самог дела геноцида, тако и приликом прављења разлике

[1444] К. Јасперс, *Питање кривице*, op.cit., стр.43.

[1445] М.Р. Амстуц, *Међународна етика- Глобална политика:појмови, теорије и случајеви*, оп.цит., стр. 407.

[1446] П. Бојанић, *Насиље, фигуре суверености*, op.cit., стр. 171.

између злочина против човечности и геноцида. Посебан нагласак стављамо на појам и место намере код овог кривичног дела. Поједностављена схватања намеру одређују вишеструко екстензивно чиме омогућавају да се намера уништења доказује и преко односа, не према уништењу групе или дела групе, већ и преко односа према појединим традиционалним облицима живљења, објектима за живот, религиозним објектима чиме омогућавају да се успостави посебна намера у односу на целу групу или групу као такву, чак и онда када радње дела нису предузете у односу на групу као такву[1447].

Из свих наведених разлога, на становишту смо да се намера у сваком конкретном случају код оваквог дела мора тумачити *stricto sensu* и то у односу на све облике дела геноцид, са додатком да *dolus specialis* мора бити изражен, како у односу на саму радњу дела, тако и у односу на друге облике учествовања као што су планирање, завера, помагање и сл. Једино ужи приступ омогућава очување бића овог кривичног дела, као злочина над злочинима и уједно онемогућава да се екстензивним тумачењем свако кршење хуманитарног права и свако међународно кривично дело третирају као геноцид, макар и на најопштијем нивоу. И друга међународна кривична дела захтевају знатна преиспитивања и усклађивања.

Сама идеја о кривичној одговорности државе свакако представља једну од најконтроверзнијих идеја међународног кривичног права. Историјски развој идеје о одговорности државе указује на неравномерну динамику третирања одговорности државе чинећи је у великој мери зависном од друштвених и политичких кретања. Са друге стране, чињеница је повећање присуства најтежих облика међународних кривичних дела што је код појединих аутора (Касезе) узроковало предлог о увођењу „отежавајуће одговорности[1448]“ (*aggravated responsibility*) као одговорност државе за најтежа кршења есенцијалних вредности међународног друштва. Ту имамо у виду да је питање одговорности држава добијало на актуелности у теорији међународног права у условима равнотеже односа снага у међународној заједници.

И Међународни војни суд у Нирнбергу у условима равнотеже сила победница остао је на принципима индивидуалне кривичне одговорности правећи искорак у виду утврђивања злочиначког карактера организација. Наступајући хладни рат је пасивизирао даљи развој идеје о одговорности државе, сводећи је на теоријска разматрања унутар Комисије за међународно право. Крај хладног рата поново је актуелизовао напоре ка утврђивању одговорности држава за међународне злочине. Имајући у виду одредбе Версајског мировног споразума, са једне стране, које су наметале (какве такве) „кажњиве репарације“ пораженој Немачкој, као и праксу Међународног војног суда, јасно је да се међународно кривично право у начелу окренуло индивидуалној кривичној одговорности, чинећи велику реконструкцију државе као субјекта који не подлеже кривичној одговорности. Посебно проблемско поље код кривичне одговорности државе представљају околности у којима се ово питање има решавати, а које се још увек налазе на нивоу непознанице као што су: одсуство међународне судске инстанце универзалне надлежности, однос карактера унутрашњег режима државе према кривичној приписивости одговорности, питање врсте санкција и наравно основно питање које као сенка лебди над идејом кривичне одговорности држава је свакако питање виности.

[1447] Пресуда Жалбеног већа у предмету Крстић праграф 595-597.

[1448] И. Јелић, *Основ међународне одговорности држава за противправне акте физичких лица*, op.cit.,стр. 748.

Имајући у виду наведено, садашњи међународни форуми представљају плодно тло за различите експерименте који су далеко од оних образаца и критеријума на којима се утврђује кривична одговорност, али свакако остављају значајан утицај (негативан) и на међународно кривично право. То препознаје и Артур Ватс када закључује: „Има основа за мишљење да је државама за опште сврхе одржавања међународних односа довољно само да за своје понашање нађу правно оправдање које не представља очигледну бесмислицу. Од те тачке ствар преузимају политички фактори[1449]“. Слично закључује и Касезе: „Изгледа да су у само неколико дана скоро све државе пристале да један терористички напад који врши терористичка организација приподобе оружаној агресији коју врши држава и да оштећеној држави признају право да делује у самоодбрани, а трећим државама право да делују у колективној самоодбрани (на захтев прве државе). Размере терористичког напада на Њујорк и Вашингтон можда оправдавају ово проширење појма самоодбране[1450]“.

Проблем утврђивања воље у оквиру индивидуалне кривичне одговорности представља једно од најчешће постављених питања у разматрањима индивидуалне кривичне одговорности. У том смислу указујемо да вољни однос представља основ кривице, односно „кривица је психички однос учиниоца према свом делу који се изражава у постојању свести и воље у односу на обележја бића кривичног дела, односно свести или дужности и могућности постојања свести о противправности свог дела[1451]“. Соловјев указује да проблем криминалитета није у физичком чину дела, већ у злој вољи онога ко предузима радњу дела. Најпознатије начело англосаксонског права гласи: „*actus non facit reum, nisi mens sit rea*[1452]“(„не може се особа осудити и казнити у кривичној ствари уколико се не докаже да је имала крив дух“). Воља се у основи као ванправни елеменат, преко спољашњих чињеничних стања и субјеката који стоје у односу са спољашњим чињеничним стањем повезује са субјектима кривичне одговорности и постаје саставни део кривичне одговорности. Сматрамо да се воља у односу на кривицу јавља као узрок. Овакво наглашено схватање воље у односу узрок – последица највидљивије је код међународних кривичних дела. Улога воље као унутрашњег елемента значајна је и са аспекта дефинисања кривичног дела уопште о чему сведочи тзв. динамичко схватање кривичног дела[1453].

Иако је у теорији било покушаја да се „вољи“ ускрати дејство у смислу значаја за утврђивање кривичне одговорности, сматрамо да воља не представља затворени свет довољан себи, посебно у условима када се воља „предаје“ спољном свету и као таква производи последице у спољном свету. Лефлер иде и даље и „хтење“ као психолошки моменат повезује са последицама кривичног дела, те на основу односа између хтења и последице одговорност заснива и на “хтењу“ и на „знању[1454]“. На темељу оваквих разматрања креирани су облици виности и кривична одговорност у зависности од облика виности полазећи од дихотомије умишљај - нехат. Имајући у виду природу међународних

[1449] Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе неравноправни - суверени у међународном правном поретку,* op.cit., стр.358.

[1450] Г. Симпсон, *Велике силе и одметничке државе неравноправни - суверени у међународном правном поретку,* ibid., стр.358.

[1451] Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, op.cit., стр.111.

[1452] H.A and H. Palmer, *Hari`s Criminal Law*, цитирано према Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, op.cit., стр.20.

[1453] Љ.Јовановић, Д. Јовашевић, *Кривично право,Општи део*, op.cit., стр. 57-60.

[1454] Х. Келсен, *Главни проблеми теорије државног права*, op.cit., стр.129.

кривичних дела који представљају предмет нашег бављења, можемо закључити да воља у оквирима које постављају међународна кривична дела има свакако посебан значај.

И овога проистиче оправданост схватања о кривици као правном појму и кривици као нормативном појму, Код међународних кривичних дела посебно је значајан појам кривице као нормативни појам из разлога што поједини облици кривице типа заједнички злочиначки подухват или командна одговорност егзистирају као нормативна кривица, што проблем кривице код међународних кривичних дела свакако увећава путем могућности неограничене примене о чему постојећа судска пракса пружа довољно сликовити доказ. Уколико се наведеном потенцијалу схватања и примене кривице, додају и други објективни услови као што су: објекат заштите, пасивни субјект, кауални нексус, облици индиректне индивидуалне одговорности или посредног извршиоца, можемо говорити о правом галиматијасу садржине кривице код међународних кривичних дела.

Сама чињеница да се однос између воље и кривичног дела не исцрпљује кроз појам индивидуалне кривичне одговорности, посебно у одсуству непосредно предузете радње дела, указује да позитивно међународно кривично право данас још увек није дало одговоре на питања овог комплексног односа. Из наведених разлога проблем воље код међународних кривичних дела представља посебно неистражено поље које захтева константно бављење које је у складу са променљивом природом међународних кривичних дела. Из комплексног супстрата индивидуалне кривичне одговорности, закључујемо да се кривична одговорност код међународних кривичних дела заснива на тројству психолошко – правно – фактичко коме можемо додати и етичко.

Уосталом, у чему је значај и сврха проширења индивидуалне одговорности на шира подручја људи и догађаја? Удаљавањем од непосредног или директног кривца, удаљава се и морална осуда конкретног догађаја од стране друштва чиме се губи и неморални елемент противправног чињења и морална осуда друштва, односно како истиче Х.Д.Луис:„Ко сматра да појединац никада није слободан да изабере поступак на начин који није детерминисан факторима ван њега самог требало би да напусти идеју одговарајуће моралне одговорности; та позиција се не може сачувати проширивањем наше одговорности на наше окружење, а покушај да се то уради је одличан *reductio ad absurdum* гледишта да је моралност компатибилна са детерминизмом[1455]“.

Свако кривично дело представља стварност која изискује реакцију. Имајући у виду последице међународних кривичних дела, реакција се одавно своди на нужност. Код међународних кривичних дела ова констатација посебно долази до изражаја. Права реакција представља утврђивање кривичне одговорности. Кривично дело представља повреду, како појединачне, тако и колективне потребе друштва. Зато и осуда егзистира не само у односу на кривца, већ (имајући у виду превентиван карактер казне) и у односу на чланове друштва. Уколико се прихвати да се учинилац са правног гледишта посматра или може посматрати као одвојено биће у односу на кривично дело, како се кривично дело посматра у односу на стварност и то у односу на друштвену стварност или даље у односу на историјску стварност.

Уосталом, обрачун са кривичним делом јесте обрачун са негацијом права, а не са негацијом стварности. Свака пресуда у суштини представља указивање на елементе

[1455] Х.Д.Луис, *Колективна одговорност*, зборник Одговорност индивидуална и колективна, П. Бојанић, П. Крстић, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 280.

вредности у оквирима друштвене стварности, па и историјских догађаја, а не кривицу и казну у оквирима апстрактног друштвеног догађаја, ма како он протиправан био. Зато, пресуда исто као и кривично дело представља суд вредности, али и чињеницу спољног света. Ово посебно долази до изражаја код систематских кривичних дела као што су геноцид, агресија, злочин против човечности, ратни злочини или тероризам.

Суштински, кривична одговорност схваћена као позив на полагање рачуна, кроз поступак за њено утврђење, представља концепт моћи и то моћи која прописује услове одговорности и примењује тј. приписује кривичну одговорност. Можемо рећи да кроз концепт моћи кривична одговорност постаје правни појам. То је релација коју концепт моћи везује за однос друштво – појединац. Зато је било каква друга одговорност сем индивидуалне спорна у основи до границе самонегирања. Умесан је закључак: „Прво, групна или колективна одговорност не треба да замењује, него да употпуњује индивидуалну одговорност. Групна одговорност без индивидуалне сакрива ауторе догађаја и радњи, ограничава знање и историју и *de facto* уништава сваку одговорност[1456]“.

Утврђивање кривичне одговорности се као концепт моћи тешко може пренети на више групне нивое које чини мноштво или колективитет било које друге врсте иза које не би стајао било какав концепт моћи, заснован на суверености једнакости. У условима када се концепт моћи не заснива на суверенитету, процес утврђивања кривичне одговорности постаје не само отежан, већ и немогућ. У том смислу аутори који за поједина међународна кривична дела као што су геноцид или агресија, предлажу универзалну јурисдикцију, траже непотпун одговор. Са друге стране, дефицит одсуства моћи често може онемогућити у потпуности утврђивање кривичне одговорности. О наведеном сведоче бројни примери непроцесуирања појединаца за евидентна кажњива дела. У том смислу кривична одговорност као концепт моћи представља основу за размишљања о поступку утврђивања кривичне одговорности.

Одсуство било какве моћи негира могућност утврђивања кривице, односно како истиче Јасперс: „Немогуће је установити трибунал који би објективно спровео истрагу и пресудио у вези са ратом, кривицом и ратним злочинима. Такав суд нужно је пристрасан. Чак би и суд неутралних био пристрасан јер неутрални немају моћ и фактички представљају део победничке свите. Само суд који би иза себе имао силу да обема зараћеним странама наметне пресуду могао би независно да суди[1457]“. На овом простору одвија се сукоб не само између глобализације и суверенитета, већ и сукоб између активне и реактивне државе. Активна држава задржава право да као јединка у оквиру сопствене *suma potestas* препознаје не само друштвено опасна понашања, већ и облике кривичне одговорности, за разлику од реактивне државе која слепо следи постављене обрасце и стандарде, како у односу на обележја међународних кривичних дела, тако и у погледу прописивања кривичне одговорности. На крају се може рећи да је доктрина међународног кривичног права и међународног права уопште предуго била заробљеник идеолошких матрица о „крају историје“, те коспомолитских погледа на државу и суверенитет као израза постмодерног схватања државе. Наведени приступ је однос између међународног кривичног права и суверенитета погрешно свео на ниво сукоба.

[1456] П. Бојанић и П. Крстић, *Одговорност индивидуална и колективна*, op.cit., стр. 11.

[1457] К. Јасперс, *Питање кривице*, op.cit., стр. 44.

Посебан изазов пред међународно кривично право представља све већи утицај ванправних фактора, који Шаховић запажа: "Још увек се не говори довољно, као што смо напоменули указујући на значај материјалних извора, о факторима као генераторима његовог развоја, али се може приметити како се све више открива међузависност између материјалних као ванправних и формалних елемената који карактеришу специфичну природу међународног права. То је, несумњиво, последица важности политичког фактора израженог у последње време, нарочито, у облику борбе идеологија што је допринело све већем коришћењу социолошког приступа[1458]", а који своје отелотворење добијају у појединим облицима кривичне одговорности који су видљиви у јуриспруденцији *ad hoc* трибунала, али и у Статуту Међународног кривичног суда.

Кривично право није усамљено у суочавању са новим читањима. Исте процесе запажамо и у кривично процесном праву, с тим што је осетан повратни утицај модернизације кривично процесног права на кривично право. Ту имамо у виду на првом месту одустајање кривично процесног права од начела материјалне истине, као свог базичног начела. Адекватно одређивање принципа кривичне одговорности треба да онемогући склоност правосудних институција ка инцидентној или инхерентној надлежности, што у крајњем омогућава утврђивање „*la competence de la competence*" (надлежност да утврди сопствену надлежност). Без обзира на болне последице које су међународна кривична дела оставила у XX веку у виду угрожавања основних темеља људске цивилизације, даљи развој кривичне одговорности не може се развијати на уштрб права оптужених.

Данас, након суочавања индивидуалне кривичне одговорности са свим изазовима са којима се суочавало међународно право уопште, изнова се поставља питање о поимању кривичне одговорности у систему међународних кривичних дела. Одговори су веома различити и крећу се од покушаја да се сачува подвојеност између учиниоца кривичног дела схваћеног као јединке, односно како базично закључује Дамгард „сама подвојеност термина „индивидуална" од термина „кривична одговорност" служи да појача подвојеност између појединачне одговорности и сваке друге колективне одговорности[1459]", до одговорности која би добила шире облике, и као таква била примењивана на плуралитет извршилаца и даље као одговорност ентитета или одговорност државе. Поједина схватања у оваквом одређењу траже разлоге успостављања универзалне јурисдикције за међународна кривична дела, док Басиони у оваквом одређењу види и „социјални уговор између појединца и државе[1460]".

Управо је примена појединих облика кривичне одговорности као што су заједнички злочиначки подухват или командна одговорност доказала да је појам кривице код међународних кривичних дела, пре свега, нормативне, а не експликативне природе, где последица има већи значај него узрок. Можда се у тој чињеници могу тражити резултати неуспеха досадаших покушаја процесуирања за међународна кривична дела.

Посебно значајан проблем кривичне одговорности код међународних кривичних дела представља одговорност за нечињење. Овакав облик одговорности не само да релативизује однос воље и намере у односу на кривично дело и последицу, већ се одговорност за нечињење јавља у улози равноправног еквивалента у односу на

[1458] М. Шаховић, *Међународно право у међународним односима – друга половина XX века* , op.cit., стр. 31.

[1459] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, op.cit., , p. 12.

[1460] C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal law*, Transational Publishers, New York, 2003, p. 676.

одговорност за чињење, иако суштински одговорност за нечињење представља својеврсни дериват кривичне одговорности којој претходи обавеза на чињење. Овакав дуализам имао је своје консеквенце у делу кривичне одговорности код међународних кривичних дела у виду командне одговорности, делимично и код појединих облика заједничког злочиначког подухвата.

Посматрајући последње иновативне облике кривичне одговорности, поставља се питање да ли кривична одговорност може да буде дистрибуирана, а да при том кривична одговорност не буде подељена. Волзнер истиче „да можемо да окривимо више од једне особе за одређени чин, а да не поделимо кривицу коју им приписујемо[1461]“. Сматрамо да овакав постпозитивистички приступ можда одговара актуелном и променљивом тренутку у коме кривична одговорност добија разне облике примене, али свакако не одговара суштини кривичне одговорности, јер се заснива на напуштању узрочности као претпоставке одговорности. Уколико кривичну одговорности посматрамо кроз неминовност критеријума као што су виност или однос узрока и последице, сматрамо да плурализам криваца неизоставно води у поделу кривице. Сама природа међународних кривичних дела као што су геноцид, агресија или злочин против човечности не дају оправдање за став о неподељеној кривици. Недељива кривица онемогућила би примену индивидуализма код кривичне одговорности претећи да исту претвори у аутоматску одговорност и даље у објективну или колективну одговорност.

Парадокс нашег времена представља чињеница да су оружани сукоби све бруталнији, док је на нормативном плану све израженија тенденција ка проширењу круга заштитних објеката као једина реакција, упоредо са проширењем круга активних субјеката. У новонасталим околностима изгубила се потреба за дефинисањем повратне везе између саме радње кривичног дела и учиниоца која једина може да успостави толико потребну везу са кривичном одговорношћу. У том смислу враћамо се упозоравајућем закључку судије Марфија у предмету Јамашита: “Оптужница је, у ствари, омогућила Војној комисији да прогласи за злочин све што жели, а на основу свог пристрасног става о обавезама жалиоца и његовог занемаривања дужности“.

Нови одговор међународног кривичног права огледа се у редефинисању вредности, односно у кривичноправном смислу упоредо објеката заштите и активних субјеката кривичног дела, са утврђивањем каузалности између радње кривичног дела и последице и утврђивања места учиниоца у овом односу. Указали смо на недостатке нормативног одређења међународних кривичних дела, почев од геноцида у погледу нарасле потребе за редефинисањем заштићене групе, као и радње дела. Исти приступ нудимо код дела агресије и злочина против човечности. Редефинисање ових појмова омогућава уједно и извесност у погледу утврђивања кривичне одговорности. Даља хуманитарна интервенција у нормативни систем међународног кривичног права мора да буде усмерена ка инкриминишућем хуманизовању оружаних сукоба, кроз даље инсистирање на вредности појединаца у оружаним сукобима и кривичноправном ограничавању поступања појединаца - носилаца ефективе контроле.

Посебан изазов за кривичну одговорност представљају покушаји (који данас већ сежу до нивоа судске праксе имајући у виду праксу Хашког трибунала) који иду ка неограниченој дистрибуцији кривичне одговорности. Сама дистрибуција кривичне одговорности не представља проблем сам по себи јер исту налазимо у традиционалном

[1461] М. Волзнер, *Праведни и неправедни ратови*, op.cit., стр.376.

саучесништву, али сматрамо да ова дистрибуција има своје границе. Те границе имају за циљ спречавање креирања објективне одговорности која свој вулгаризовани приказ има у виду присилне супституције. Ово тим пре што објективна одговорност представља у суштини двоструку илузију кривичне одговорности. Зато, треба одбацити све предлоге који индивидуалну одговорност (макар и имплицитно) претварају и наличје објективне одговорности, који прете да се кривична одговорност претвори у метафизичку одговорност која сеже до Достојевског према коме смо „сви криви за све".

Будућност кривичне одговорности захтева шире одређење међународних кривичних дела, и уже схватање кривичне одговорности. Зато указујемо на опасну политику кривичноправних изузетака. Нема сумње да у глобализованом свету међународна кривична дела имају „перспективу". Сматрамо да се кривично право мора задржати на становишту природноправног приступа. Релевантан пример представља Међународни војни суд у Нирнбергу који је у суочавању са позитивистичком оптужницом излаз пронашао у принципима природног права. У том смислу кривично право мора да одоли сарданском осмеху постпозитивистичког и постмодерног виђења права. Односно како истиче Роберт Пирсиг „узроке треба тражити у корену, не у гранама", или Едмунд Хусерл „натраг ка самим стварима". У том смислу овај рад представља покушај да се кроз преиспитивања кривичне одговорности за међународна кривична дела, изврши „велика реконструкција" индивидуалне кривичне одговорности.

ЛИТЕРАТУРА

ДОМАЋА ЛИТЕРАТУРА

Аврамов Смиља, Креħа Миленко, Међународно јавно право, Савремена администрација, Београд, 2001.

Аврамов Смиља, Међународно јавно право, Савремена администрација, Београд, 1999.

Аврамов Смиља, Геноцид у Југославији, 1941-1945,1991... I , Академија за дипломатију и безбедност, Београд, 2008.

Аврамов Смиља, Геноцид у Југославији, 1941-1945,1991... II , Академија за дипломатију и безбедност, Београд, 2008.

Амбос Каи, Допринос МКТЈ развоју општих начела материјалног међународног кривичног права, објављено: Под Лупом: суђења за ратне злочине, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2000.

Amstuc R. Mark, Međunarodna etika, Službeni glasnik, Beograd, 2008.

Арент Хана, Ајхман у Јерусалиму – Извештај о баналности зла, Самиздат, 1999.

Арент Хана, Лична одговорност под диктатуром, Заточеници зла: завештање Арент Хане, Београдски круг, Београд, 2002.

Arčer.H., Dz. Feris, H. Hertvigi, T. Travers, Svetska istorija ratovanja, Aleksandrija Pres, Beograd, 2006.

Аћимовић М.М., Субјективни елеменат кривичног дела у америчком праву, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1966.

Бакић Ј., Ратни злочин као злочин пораза, Зборник радова, Јагње божје и звер из бездана: Философија рата, Светигора, Цетиње, 1996.

Бојанић Петар, Насиље, фигуре суверености, Институт за филозофију и друштвену теорију, ИП Филип Вишњић, Београд, 2007.

Бојанић Петар, Крстић Предраг, Одговорност: индивидуална и колективна, Службени Гласник, Београд, 2008.

Бубало Ђорђе, Душанов Законик, Завод за уџбенике, Београд, 2010.

Бувије Антоан, Сасоли Марко, Како право штити у рату?, Међународни Комитет Црвеног крста, Београд, 2003.

Ван Кревелд Мартин, Трансформација рата, Службени гласник, Београд, 2010.

Ван Кревелд Мартин, Командовање у рату, Војноиздавачки и новински Центар, Београд, 1992.

Василијевић А. Владан, Права Човека - Зборник докумената, Прометеј, Београд, 1991.

Василијевић А. Владан, Међународни кривични суд, Београд, 1968.

Васиљевић А. Владан, Злочин и одговорност - Оглед о међународном кривичном праву и распаду Југославије, Београд, 1995.

Видановић Х. Видан, Марко Милановић, Међународно јавно право – збирка докумената, Београдски центар за људска права, Београд, 2005.

Винсент Ендрју, Теорије државе, Службени гласник, Београд, 2009.

Волзнер Мајкл, Праведни и неправедни ратови, Службени гласник, Београд, 2010.

Волзнер Мајкл, Морал и прљаве руке – Филозофија, политика, рат, Албатрос Плус, Београд, 2010.

Вучинић Зоран, Кривична одговорност државе у међународном праву, Службени лист СРЈ, Београд, 1999.

Гали Бутрос, УН 1945-1995 између признања и покуде, Службени гласник, Београд, 1995.

Гатман Рој, Риф Дејвид, Лексикон ратних злочина, Самиздтат, Београд, 1999.

Герварт Роберт, Хорн Џон, Рат у миру - Паравојно насиље у Европи после Првог светског рата 1918-1923, Архипелаг, Београд, 2013.

Деган Владимир-Ђуро, Павишић Берислав, Бешировић Виолета, Међународно и транснационално кривично право, Службени гласник, Београд, 2011.

Димитријевић Војин, Рачић Обрад, Ђерић Владимир, Папић Татјана, Петровић Весна, Обрадовић Саша, Основи међународног јавног права, Београдски Центар за људска права, Београд, 2005.

Дузинас Костас, Људска права и имеприја-политичка филозофија космополитизма, Службени гласник, Београд, 2009.

Ђајић Сања, Међународни и национални судови – Од сукоба до сарадње, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2003.

Ђурђић Војислав, Јовашевић Драган, Међународно кривично право, НОМОС, Београд, 2003.

Ђурђић Војислав, Јовашевић Драган, Кривично право- Посебни део, НОМОС Београд, 2006.

Ђурђић Војислав, *Кривично процесно право*, Ниш, 2007.

Ђурђић Војислав, Јовашевић Драган, *Практикум за кривично право, Општи део*, Београд, 2008.

Жарић Данијела, Индивидуална одговорност за злочин агресије, необјављена магистарска теза, Београд, 2009.

Живановић Тома,Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804.до 1865, Српска Академија науке и уметности, Београд, 1967.

Живановић Тома, Основни проблеми кривичног права, Београд, 1930.

Живановић Тома, Основни проблеми кривичног права и друге студије, Службени лист, Београд, 1986.

Живановић Тома, Основи кривичног права-општи део-II књига, Београд, 1937.

Живановић Тома, Систем синтетичке филозофије права , Београд, 1959.

Живановић Тома, Међународно кривично право, Правосуђе, Београд, 1940.

Златарић Богдан, Проблем застаре међународних злочина у успоредном и међународном праву, Међународно кривично право, Службени гласник, Београд, 2006.

Игњатовић Александар, Геноцид у међународном и националним кривичном праву“, Војска, Београд , 1996.

Игњатовић Александар, Командна одговорност у међународном и кривичном праву, Војска, Београд, 2002.

Јанковић Бранимир, Радивојевић Зоран, Међународно јавно право, Ниш, 2005.

Јасперс Карл, Питање кривице, Фондација Конрад Аденауер, Београд, 2009.

Јовановић Љубиша, Јовашевић Драган, Кривично право- Општи део, Београд, 2002.

Јовашевић Драган, Међународна кривична дела: одговорност и кажњивост, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010.

Јовашевић Драган, Међународно кривично право, Правни факултет Ниш, Ниш, 2011.

Јовашевић Драган, Кривично право- Општи део, НОМОС, Београд, 2006.

Јовашевић Драган, Коментар Кривичног закона СР Југославије са судском праксом, Београд , 2002.

Јовашевић Драган, Коментар Кривичног закона Републике Србије, Београд, 2003.

Јовашевић Драган, Лексикон кривичног права, Београд, 2006.

Јовашевић Драган, Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007.

Кант Имануел, Вечни Мир, Гутенбергова галаксија, Београд-Ваљево, 1995.

Карбоније Жан, Правна социологија,Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, 1992.

Касезе Антионио, Међународно кривично право, Београдски центар за људска права, Београд, 2005.

Келсен Ханс, Општа теорија права и државе, Правни факултет у Београду, Беорад, 2010.

Келсен Ханс, Главни проблеми теорије државног права, Службени лист СРЈ-ЦИД Подгорица, 2001.

Константиновић Вилић Слободанка, Николић Ристановић Весна, Костић Миомира, Криминологија, Пеликан Принт, Ниш, 2009.

Лазаревић Љубиша, Коментар Кривичног Законика Републике Србије, Савремена администрација, Београд, 2006.

Лопичић-Јанчић Ђ. Јелена, Статус рањеника и болесника у међународном и кривичном праву, Музеј Жртава геноцида, Београд, 2012.

Лопичић-Јанчић Ђ. Јелена, Ратни злочини немачких окупатора у Југославији 1941-1945. године-Пресуде Југословенских војних судова, Музеј Жртава геноцида, Београд, 2010.

Лопичић-Јанчић Ђ. Јелена, Ратни злочини против ратних заробљеника –судска пракса, Ваша књига, Београд, 2005.

Лопичић Н. Ђорђе, Међународно кривично право, Службени гласник, Београд, 2006.

Марковић Иван, Војска Југославије и Косово и Метохија 1998-1999 – примена правила међународног права оружаних сукоба, Војска, Београд, 2001.

Милинковић Бранислав, Уједињене нације 1945-1995- између признања и покуде, Међународна политика, Београд, 1995.

Мирковић С. Зоран, Карађорђев Законик (кривично, породично и државно право устаничке Србије), Правни факултет у Београду, Београд, 2008.

Митић Андреј, Космополитска демократија као модел наднационалне демократије, (необјављена магистарска теза), Правни факултет Ниш, 2010.

Митић Миодраг, Међународно право у сенци силе, Службени гласник, Београд, 2000.

Мулинен Де Фредерик, Приручник о ратном праву за оружане снаге, Друштво Црвеног Крста, Београд, 2002.

Николић Драган, Ђорђевић Александар, Законски текстови старог и средњег века, Правни факултет у Нишу, 2011.

Обрадовић Констатин, Међународно хуманитарно право, развој примена санкције, Београдски центар за људска права, Београд, 2002.

Обрадовић Константин, Одговорност држава за међународне противправне чине – Општа начела, Београдски центар за људска права, Београд, 2000.

Обрадовић Константин, Хуманитарно право- Савремена теорија и пракса, Београдски центар за људска права, Београд, 1997.

Пановић-Ђурић Силвија, Начела легалитета и легитимитета у кривичном праву, Београд, 1995.

Паунд Роско, Увод у филозофију права, Подгорица, 1996.

Печујлић Мирослав, Илић Владимир, Методологија друштвених науке, Визартис, Београд, 2003.

Перовић Слободан, Завршни документ, Копаоничка школа природног права, Београд, 2011.

Петровић Борислав, Јовашевић Драган, Кривично/Казнено право Босне и Херцеговине – Опћи део, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2005.

Поповић Милијан, О филозофији права код Срба, Службени гласник, Београд, 2000

Платон, Закони, Бигз, 1971.

Прадел Жан, Историјат кривичних доктрина, Правни факултет у Београду, Београд, 2008.

Прљета Љубомир, Злочини против човечности и међународног права – нирнбершка пресуда и документи о геноциду, Службени лист СРЈ, Београд, 1992.

Радбрух Густав, Филозофија права, Нолит, Београд, 1980.

Ристивојевић Бранислав, Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност, Ристивојевић Бранислав, Нови Сад, 2003.

Ристивојевић Бранислав, Међународна кривична дела I део, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011.

Ролс Џон, Право народа, Alexandria Press - НСПМ, Београд, 2003.

Сасоли Марко, Бувије Антоан, Како право штити у рату- случајеви и документа, Међународни комитет Црвеног крста, Београд, 1999.

Симић Д.Мирољуб, Јарић М.Светислав, Теорија значења и тумачења права, НАУКА, Београд, 2000.

Симовић-Хибер Ивана, Систем расправа о идеји владавине права, основима кривичног закона, појма злочиначке групе и интернационализацији кривичног права, Београд, 2007.

Симпсон Гари, Велике силе и одметничке државе-неравноправни суверени у међународном правном поретку, Београдски центар за људска права, Београд, 2008.

Срзентић Никола, Стајић Александар, Лазаревић Љубиша, Кривично право Југославије - Општи део, Савремена администрација, Београд, 1995.

Стојановић Радослав, Србија пред међународним судом правде I, Филип Вишњић, Београд, 2007.

Стојановић Радослав,Србија пред међународним судом правде II, Филип Вишњић, Београд , 2007.

Стојановић Зоран, Међународно кривично право, Правна Књига, Београд, 2008.

Стојановић Зоран, Коментар Кривичног законика, Службени гласник, Београд, 2007.

Стојановић Зоран, Кривично право, Општи део, Јустинијан , Београд, 2004.

Српска Академија Наука и Уметности (одељење друштвених наука), Законик Цара Стефана и Душана – струшки и атонски рукопис, Београд, 1975.

Старчевић Миодраг, Извори међународног кривичног права-Приручник за професионалне војнике, правнике и активисте Црвеног Крста, Међународни комитет Црвеног Крста, Београд, 2002.

Тадић Љубомир, Филозофија права, Службени гласник, Београд, 2006.

Тарановски Теодор, Историја српског права у немањићкој држави, Лирика, Београд, 2002.

Тофлер Алвин и Хајди, Рат и антират, Београд, 1998.

Ћирић Јован, Објективна одговорност у кривичном праву, Институт за упоредно право, Београд, 2008.

Хабермас Јирген, Постнационална констелација, Откровење, Београд, 2002.

Хегел Г. В. Ф., Основне црте филозофије права, Веселин Маслеша, Сарајево, 1989.

Хејвуд Ендрју, Политика, Clio, 2004.

Хелд Дејвид, Демократија и глобални поредак: од модерне државе ка космополитској владавини, Вишњић Филип, Београд, 1997.

Хобсбаум Ерик, Доба Екстрема,-Историја кратког Двадесетог века 1914-1991, Дерета, Београд, 2002.

Чавошки Коста, Пресуђивање историји у Хагу, Хришћанска мисао, Београд, 2002.

Шаховић Милан, Међународно право у међународним односима – друга половина XX века, Службени гласник, Београд, 2008.

Шкулић Милан, Међународни кривични суд, Надлежности и поступак, Београд, 2005.

Шурлан Тијана, Злочин против човечности у међународном кривичном праву, Службени гласник, Београд, 2011.

СТРАНА ЛИТЕРАТУРА

Ackerman J.E., Sullivan E.O., Practice and Procedure of the Internacional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia with Selected Materials from International Criminal Tribunals for Rwanda, Hague, London, Boston, 2000.

Archibugi Daniele, The Global Commonwealth of Citizens, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2008.

Ambos Kai, Join Criminal Enterprice and Command Responsibility, International criminal Justice, 2007.

Ambos Kai, Problematični aspekti načela zapovjedne odgovornosti s gledišta krivičnog prava, Zapovjedna odgovornost, Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava, Zagreb, 2003.

Arendt Hannah, Jaspers Karl, Briefwechsel 1926-1929, Piper, Munchen, 1985.

Allison Marston Danner and JennyS. Martinez, Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law, California law Review, 2005.

Alonso Olasilo Hector, Crimial responsibility of political and military leaders for genocide, crimes against humanity and war crimes, Hart Publishing, 2009.

Allen Michael, Textbook on Criminal law, Sixth edition, Blackstone press, London, 2001.

Ashworth Andrew, Principles of criminal law, Third edition, Oxford, 1999.

Bassiouni Cherif, Introduction to International Criminal law, Transational Publishers, New York, 2003.

Bassiouni C.M., Draft Statute International Tribunal, Paris, AIDP, 1993.

Bassiouni C.M.,International Criminal Court, Roma, 1998.

Bassiouni C.M. Manikas P., The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, New York, 1996.

Bassiouni C. M, Crimes against Humanity in International Cmininal Law, Dordrecht, 1992.

Broomwhal B., International justice and the international criminal court, Oxford, 2003.

Bederman David, The Spirit of International Law, University of Georgia Press, 2002.

Bojanić Igor, Derenčinović Davor, Horvatić Željko, Krapac Davor, Seršić Maja, Teorija zajedničko zločinačkog poduhvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, MMVII.

Conversi Daniele, Genocide, Ethnic Cleansing and Nationalism, The Sage Handbook of nation and nationalism, Edit by Gerard Delanty, Krishan Kumar, Sage Publication London, UK, 2006.

Cryer Robert, Friman Hakan, Robinson Darryl, Wilmshurst Elzabeth, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Damgaard Ciara, Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes, Springer, 2008.

Drost Pieter Nicolas, The crime of state: penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples 1: Humanicide- international governmental crime against individual human rights, Leyden, 1959.

Dobson Paul, Criminal law, Sixth edition, Sweet Maxwell, London, 2002.

Duffy Helen, Odgovornost nadredjenih osoba. Najnoviji razvoj u pravu i praksi ad hoc medjunarodnih kaznenih sudova, Zapovjedna odgovornost, HHO, Zagreb, 2003.

Gargarella Roberto, Human Rights, International Courts and Deliberative Democracy, Critical Perspektive in Transitional Justice, Oxford, 2012.

Glueck S., War Criminals - Their Procecution and punishment, New York, 1944.

Guenael Mettraux, International crimes and ad hoc tribunals, Oxfor University Press, 2005.

Guenael Mettraux, Pravo komandne odgovornosti, Fond za humanitarno pravo, Sarajevo, 2010

Harding Christopher, Criminal Enterprise- Individual, organization and criminal responsibility, Willan publishing, 2007.

Jaques Mallesons Stephen, Natalie Zerial, Sophia Rihani, Special Court for Sierra Leone: Joint Criminal En terprise, Human Law Perspectives, Australian Red Cross, 2010.

Jay Luban, Sullivan O David, Stewart R. Julie, David P., International and Transnational Criminal Law, Apen Publichers, New York, 2010.

Jorgensen H.B. Nina, The Reponsibility of states for international crimes, Oxford University Press, 2005 .

Лупу А.А., Ослјкина И. Ио., Международное уголонвое право, Дашков и К., Москва, 2012.

May Larry, Hoskins Zachary, International Criminal Law and philosopshy-ASIL Studies in International Legal Theory, Cambbridge University Press, 2010.

Maria L. Nybondas, Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors, T.M.C, Asser Press, The Hague, 2010.

Nye Jr. Joseph S., Understanding International Conflicts – An Introduction to Theory and History, Longman, 2003.

Ohlin Jens David, Tree Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, Cornell Law Faculty Publications, 2007.

Olasolo Hector, The Criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes, Hart Publishing, Portland, 2010.

Pavišić, B, Kazneno pravo Vijeća Europe, Zagreb, 2006.

Rockwood P.Lawrence, Walknig Away from Nuremberg – Just war and the doctrine of command responsibility, University of Massachusetts press, 2007.

Slidregt Van Elies, Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford Univesity Press, 2012.

Smith, F. B. The American Road to Nuremberg – The Documentary Record -1944-45, Hoover Institution Press, 1982.

Schabas William, Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Tadros Victor, Criminal responsibility, Oxford University Press, 2010.

Tzu Sun, *Umijeće ratovanja*, Mozaik knjiga, Zagreb, 2009.

Wedgwood Ruth, Budućnost zapovjedne odgovornosti, Zbornik zapovjedna odgovornost, HHO, Zagreb, 2003.

ДОКУМЕНТИ

Judgment of the Tribunal:Report of the International Law Commission on the Work of its Second Session, UN Doc. A/1316(1950).

Легалност претње нуклеарним наоружањем у употребе нууклеарног наоружања, Саветодавно мишљење, 8, јул 1996, ICJ Reports 1996.

Одлука по интерлокуротној жалби одбране на надлежност суда у предмету Тадић од 02.октобра.1995.године (IT-94/01).

Одлука по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност – удружени злочиначки подухват од 21. маја 2003.године (IT-05-87).

Одлука по интерлокуторној жалби у предмету Брђанин од 19.03.2004.године (IT-99-36).

Principles odf International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal:Report of the International Law Commission on the Work of its Second Session, UN Doc. A/1316(1950).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Хаџихасановић и др. по Интерлокуторној жалби којом се оспорава надлежност са обзиром на командну одговорност од 16. јула 2003.године(IT-01-47)

Пресуда Претресног већа у предмету Стакић (IT-97-24).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Стакић (IT-97-24).

Пресуда Претресног већа у предмету Фурунџија (IT-95-17/1).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Фурунџија (IT-95-17/1)

Пресуда Претресног већа у предмету Ојданић и др (IT-05-87).

Пресуда Претресног већа у предмету Алексовски (IT-95-14/1).

Пресуда Претресног већа у предмету Хаџихасановић (IT-01-47).

Пресуда Претресног већа у предмету Кордић (IT-95-14/2).

Пресуда Претресног већа у предмету Беара и др (IT-05-88).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Квочка (IT-98-30/01).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Блашкић (IT-95-14).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић (IT-94/01).

Пресуда Претресног већа у предмету Крајишник (IT-00-39).

Пресуда Претресног већа у предмету Крстић (IT-98-33).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Крстић (IT-98-33).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Крњојелац (IT-97-25).

Пресуда Претресног већа у предмету Кунарац и др. (IT-96-23).

Пресуда Претресног већа у предмету Благојевић и др (IT-02-60).

Пресуда Претресног већа у предмету Готовина и др (IT-06-90).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Готовина (IT-06-90).

Пресуда Претресног већа у предмету Толимир (IT-05-88/2).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Орић (IT-03-68).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Васиљевић (IT-98-32).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Алексовски (IT-95-14/1).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Бошкоски и др. (IT-04-82).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Кордић и др. (IT-95-14/2).

Пресуда Претресног већа у предмету Галић (IT-98-29).

Пресуда Претресног већа у предмету „Логор Челебићи“.

Пресуда Претресног већа у предмету Халиловић (IT-01-48).

Пресуда Претресног већа у предмету Мркшић и др. (IT-95-13/1).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Мркшић и др. (IT-95-13/1).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Стругар (IT-01-42).

Пресуда Жалбеног већа у предмету Хаџихасановић и др. по Интерлокуторној жалби којом се оспорава надлежност са обзиром на командну одговорност од 16. јула 2003.године(IT-01-47).

Пресуда Жалбеног већа МКСР у предмету Нтакирутимана.

Пресуда Претресног већа МКСР у предмету Акајешу.

Пресуда Претресног већа МКСР у предмету Мусема.

Пресуда Жалбеног већаМКСР у предмету Баглишема.

Резолуција СБ број 713/1991.

Резолуција СБ број 771/1992.

Резолуција број 3314/1974.

Резолуцији број 47/121 од 18.12.1992.

Резолуцији Савета безбедности број 1534 од 26.04.2004.

Резолуција Генералне скупштине број 47/37 од 25.новембра 1992.

Службени весник Президијума народне скупштине ФНРЈ, број 2/50.

Службени лист ФНРЈ, број 24/50.

Службени лист ФНРЈ, број 59/46, 106/47 и 110/47.

Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, број 16/78.

Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, број 4/1956.

Службени лист ФНРЈ - Међународни уговори, број 50/70.

Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, број 16/78.

Службени лист СФРЈ, број 44/76, 36/77, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, и 54/90.

Службени лист СРЈ, број 35/92, 37/93, 24/94.

Службени лист СРЈ-Међународни уговори, број 5/2001.

Службени лист СРЈ- Међународни уговори, број 7/2002.

Службени лист СРЈ, број 39/2003.

Службени гласник РС, број 85/05, 88/05, 107/05 и 72/09 и 2012/2013.

UN, Doc.A/CN.4/25, 26. април 1950.

UN, Doc.A/CN.4/25, 26. април 1950.

UN Doc. A/1316(1950).

Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780(1992), UN Doc. S/1994/674, 27. may 1994.

ОСТАЛИ ИЗВОРИ

www.icty.org;

www.icc.-cpi.int;

www.icj-cij.org;

www.publicdefenders.lawlink.nsw.gov.au;

www.ess.uwe.ac.uk;

www.unictr.org;