



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

Predmet br: IT-96-22-A
Datum: 7. oktobar 1997.
Original: engleski

PRED ŽALBENIM VEĆEM

U sastavu: Sudija Antonio Cassese, predsedavajući
Sudija Gabrielle Kirk McDonald
Sudija Haopei Li
Sudija Ninian Stephen
Sudija Lal Chand Vohrah

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 7. oktobra 1997.

TUŽILAC

protiv

DRAŽENA ERDEMOVIĆA

IZDVOJENO I PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE STEPHENA

Tužilaštvo:

g. Grant Niemann
g. Payam Akhavan

Obrana podnosioca žalbe:

g. Jovan Babić

1. Brojni aspekti ove žalbe na presudu I pretresnog veća ovog Međunarodnog suda u predmetu Dražena Erdemovića (u daljem tekstu "podnosilac žalbe"), o kome se iscrpniji prikaz činjenica i okolnosti može naći u drugim Mišljenjima, zahtevaju posebno razmatranje. Svi se oni tiču iskaza podnosioca žalbe o tome da se smatra krivim, čemu je Pretresno veće posvetilo znatnu pažnju u uvodnom delu svoje Presude o kazni od 29. novembra 1996.¹

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

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

4. Dana 31. maja 1996. podnosilac žalbe doveden je pred Pretresno veće, pročitana mu je Optužnica i od njega je zatraženo da se izjasni o svojoj krivici po tačkama Optužnice. Tom prilikom, kao i pri svim kasnijim pojavljivanjima, podnosioca žalbe predstavljao je advokat koga je sam izabrao, g. Jovan Babić, član jugoslovenske Advokatske komore. Podnosilac žalbe izjavio je da se oseća krivim po prvoj od dve alternativne tačke Optužnice, kojom se tereti za zločin protiv čovečnosti. Tužilaštvo (u daljem tekstu "Tužilac") je prihvatilo ovu njegovu izjavu, te je povuklo alternativnu optužbu za kršenje ratnog prava ili običaja ratovanja.

¹ Presuda o kazni, *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, Predmet br. IT-96-22-T, I pretresno veće, 29. novembar 1996 (u daljem tekstu "*Presuda o kazni*").

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

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

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

“Poštovani sude, ja sam to morao da radim. Da sam odbio to da radim, ubili bi i mene sa tim ljudima. Kad sam odbijao da radim, rekli su mi: “Ako ti je žao, stani i ti sa njima da i tebe ubijemo.” Meni nije bilo žao mene, meni je bilo žao moje porodice i moga... Moje supruge i moga sina koje je tada imao devet meseci i koji bi isto... da nisam... da sam odbio to da radim... To je sve... što želim...”²

7. Prilikom izjašnjavanja, podnosilac žalbe delovao je pometeno, te je Pretresno veće, nesumnjivo na osnovu njegovog ponašanja, naložilo da se on podvrgne psihijatrijskom veštačenju. To je i učinjeno, te je u tu svrhu sazvana komisija sastavljena od medicinskih stručnjaka. Komisija je 24. juna 1996. izvestila Pretresno

² Transkript audio-trake sa prvog pojavljivanja pred Sudom 31. maja 1996. (IT-96-22-T, D248)

veće o tome da podnosilac žalbe pati od post-traumatskog stresnog sindroma, i to tako ozbiljnog da mu se u to vreme ne može suditi. Preporučila je da se kroz šest do devet meseci podnosilac žalbe ponovo pregleda.

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

ali sam prvo odbio, a Brano Gojković mi je rekao ako mi je žao tih ljudi da stanem sa njima; i znao sam da to nije puka pretnja već da bi se stvarno moglo desiti, jer je u našoj jedinici situacija bila takva da je komandir grupe imao pravo da na mestu strelja svakog pojedinca koji ugrožava bezbednost grupe ili se na bilo koji način suprotstavlja komandiru grupe koga je postavio komandant Milorad Pelemiš.³

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

10. Shodno tome, 19. i 20. novembra 1996. Pretresno veće je održalo ročište o izricanju kazne. Na početku je pročitani relevantni deo transkripta sednice o stanju u postupku od 4. jula 1996, na kojoj je podnosilac žalbe potvrdio da se oseća krivim. Zatim je, 19. i 20. novembra, podnosilac žalbe opširno svedočio o događajima od 16. jula 1995. Na početku svog svedočenja od 19. novembra podnosilac žalbe je još jednom ponovio da nije želeo da učini ono što je učinio, ali da mu je izdato naređenje; u slučaju da mu se nije povinovao njegovoj porodici bi bilo učinjeno nažao, a ništa se ne bi promenilo. Nakon toga je svedočio o tome kako, kad su ga odredili da bude član streljačkog odreda, a pre nego što je stigao prvi autobus natovaren zatvorenicima,

³ Transkript, *Tužilac protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića*, predmeti br. IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, 5. juli 1996, str. 46.

odmah sam rekao da neću u tome da učestvujem i rekao sam “Jeste li vi normalni? Zna li šta radite?” Ali niko me nije slušao i rekli su mi “Ako nećeš, ako - slobodno idi i stani s njima. Daj nam svoju pušku.”⁴

11. Na kraju ročišta o izricanju kazne 20. novembra 1996, podnosilac žalbe ovako je prepričao razgovor koji je vodio sa svojim braniocem, g. Babićem, o tome zašto je sve vreme stajao pri svom iskazu o krivici:

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

Iako sam znao da će moja porodica, moji roditelji, brat, sestra, zbog toga imati problema, nisam hteo to da menjam. Strašno mi je krivo zbog svega što se dogodilo, ali ništa nisam mogao da uradim. Kad sam nešto mogao da uradim, uradio sam. Hvala vam. Nemam ništa više da kažem.⁵

12. Odmah se postavlja pitanje da li iskaz podnosioca žalbe o tome da se oseća krivim, kada mu se doda izjava, koju je kasnije dopunio, o tome da je postupao po naređenju svog pretpostavljenog i pod pretnjom da će smesta biti ubijen ako se naređenju ne povinuje, postaje tako dvosmislen da bi Pretresno veće moralo da u zapisnik unese negativan iskaz o krivici i da potom održi suđenje, umesto što je prihvatilo pozitivan iskaz o krivici i prešlo na izricanje kazne.

13. Pretresno veće je dobro znalo da se na osnovu konkretnih okolnosti mora postaviti ovakvo pitanje, pa je na početku svoje Presude o kazni iznelo razloge zbog kojih je prihvatilo izjavu podnosioca žalbe o tome da se oseća krivim. Prvo je skrenulo pažnju na član 7, paragraf 4, Statuta Međunarodnog suda (u daljem tekstu “Statut”), u kojem se kaže da postojanje naređenja nadređenih ne čini odbranu, ali se može navesti kao osnov za izricanje blaže kazne. Dalje je priznalo da, u sprezi sa fizičkom i moralnom prinudom, ovi činioци mogu ne samo da ublaže kaznu već “zavisno od svoje probativne vrednosti i jačine” mogu činiti i odbranu time što će

⁴ *Transkript suđenja, supra*, 19. novembar 1996, str. 40.

⁵ *Ibid.*, 20. novembar 1996, str. 68.

eliminirati “*mens rea* krivičnog dela, te tako i samo krivično delo”. U takvom slučaju, zaključilo je, pozitivan iskaz o krivici postao bi nevaljan. U skladu s tim, Veće je ispitalo “elemente na koje je ukazano”, kako ih je nazvalo.

Pri tom je primetilo da, za razliku od slučaja naređenja nadređenih, Statut ne pruža nikakve smernice o prihvatljivosti odbrane prinudom. To je, razume se, tačno; Statut uopšte ne govori o raspoloživim mogućnostima odbrane, osim što pominje naređenja nadređenih. Međunarodnom sudu je ostavljeno da u postupcima koji se pred njim vode primenjuje postojeći korpus međunarodnog humanitarnog prava.

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

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

16. Nakon ovih preliminarnih primedbi, Pretresno veće iznelo je svoj zaključak po pitanju prinude. Njega bi najbolje bilo citirati u celosti, kako sledi:

Shodno tome, iako se ne isključuje sasvim mogućnost potpune odbrane zasnovane na moralnoj prinudi i/ili stanju nužde koje proističe iz naređenja nadređenih, uslovi za njeno prihvatanje posebno su strogi. Treba ih tražiti ne samo u samom postojanju naređenja nadređenih - koje prvo treba dokazati - već takođe, i naročito - u konkretnim okolnostima izdavanja i prijema naređenja. Kada se svakom predmetu ovako priđe pojedinačno - kao što su to činili ovi posleratni sudovi - pri proceni objektivnih i subjektivnih elemenata koji karakterišu prinudu ili stanje nužde, Pretresno veće mora da ispita da nije optuženi u situaciji u kojoj se našao bio dužan da ne poslušava naređenje, da li je imao mogućnost moralnog izbora da to učini ili pokuša da učini. U primeni ovog strogog i restriktivnog pristupa, Pretresno veće oslanja se ne samo na opšta načela prava iskazana u brojnim nacionalnim zakonima i primerima iz sudske prakse, već bi želelo i da svojim neograničenim pravom odlučivanja jasno stavi do znanja da opseg njegove nadležnosti od njega zahteva da presuđuje o najozbiljnijim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava.

U pogledu zločina protiv čovečnosti, mišljenje je Pretresnog veća da život optuženog i život žrtve nisu sasvim ekvivalentni. Za razliku od običnog prava, ovde predmet kršenja nije više fizičko blagostanje same žrtve već čitavog čovečanstva.

Na osnovu ovakvog zasebnog pristupa svakom pojedinačnom slučaju i u svetlu svih elemenata koji su mu predloženi, Pretresno veće nalazi da nije pružen dokaz o postojanju specifičnih okolnosti koje bi optuženog u potpunosti oslobodile odgovornosti. Dakle, odbrana pozivanjem na prinudu koja prati naređenje nadređenih uzeće se u obzir, kako se čini da Generalni sekretar predlaže u svom izveštaju, istovremeno sa drugim činionicima prilikom razmatranja olakšavajućih okolnosti.

Zaključujemo da Pretresno veće, zbog svih činjeničnih i pravnih razloga koji se tiču izjave Dražena Erdemovića o tome da se oseća krivim, smatra ovu izjavu valjanom.⁶

17. Koliko ja vidim, Pretresno veće je u ovom delu teksta iznelo dva razloga zbog kojih smatra da je iskaz podnosioca žalbe o krivici valjan, a ne dvosmislen i kao takav bezvredan, uprkos tome što je on više puta pomenuo da je bio podvrgnut prinudi, što bi, kako je Veće priznalo, u određenim okolnostima moglo predstavljati potpunu odbranu.

⁶ *Presuda o kazni, supra* bel. 1, paragraf 19 (fusnote izostavljene).

Ova dva razloga zapravo deluju kumulativno. Sastoje se u tome, prvo, da podnosilac molbe nije podneo dokaze o prinudi koji bi zadovoljili stroge uslove koji se postavljaju u slučaju takve odbrane i, drugo, da pošto je ovde reč o zločinu protiv čovečnosti, ne može biti ispunjen uslov srazmernosti, koji je Pretresno veće prethodno opisalo u smislu da sredstvo izbegavanja zla ne sme biti nesrazmerno prema samom zlu.

18. S dužnim poštovanjem, ovakvo rezonovanje ne mogu da prihvatim. Ukratko, smatram da su razlozi zbog kojih je Pretresno veće prihvatilo pozitivan iskaz o krivici pogrešni, i to iz sledećih razloga. Za Pretresno veće se pitanje dovoljnosti ili nedovoljnosti dokaza o prinudi i ne postavlja. U onoj fazi postupka do koje se došlo kada se podnosilac žalbe izjasnio kao kriv, nije ni bilo govora o stvarima kao što su dokazi i dokazni materijal; podnosilac žalbe nije se bio zakleo, nije svedočio, niti je imao prilike da svedoči o krivici ili nevinosti, jer je to nešto do čega dolazi tek na samom suđenju. Shodno tome, bilo je sasvim očigledno da “nije pružen dokaz o postojanju specifičnih okolnosti koje bi optuženog u potpunosti oslobodile odgovornosti”, te da se to nije ni moglo očekivati; odsustvo takvih dokaza ne bi, dakle, moglo predstavljati osnov za to da se iskaz o krivici oceni kao nedvosmislen. Istina je da je za vreme dugotrajnog postupka, čija je dužina Pretresnom veću nametnuta kako prvobitnim psihičkim stanjem podnosioca žalbe tako i njegovom ulogom svedoka u postupku protiv drugih optuženika održanom u skladu sa pravilom 61, podnosilac žalbe prilikom postupka po pravilu 61, a zatim i na svom ročištu o izricanju kazne, svedočio pod zakletvom (što se u stvari svelo na ponavljanje njegove prvobitne izjave, samo u iscrpnijem obliku), ali je dotle njegov iskaz o tome da se oseća krivim odavno već bio zaveden i preostajalo je još samo da mu se odredi kazna. Čitavo njegovo svedočenje dato je, i od strane Pretresnog veća primljeno, na temelju pozitivnog iskaza o krivici i tako da se odnosi jedino na određivanje kazne.

19. Što se tiče pitanja srazmernosti, i to je u suštini nešto o čemu treba da se odluči jedino na osnovu sveukupnih dokaza podnetih na suđenju. Ako se pri iznošenju dokaza pokaže da se dokazi slažu sa ponovljenim izjavama podnosioca žalbe o tome da nije bio u prilici da bira između smrti žrtava i sopstvene smrti, već između njihove smrti i njihove smrti zajedno sa sopstvenom, onda se čitavo pitanje srazernosti mora nužno pokazati kao besmisleno; tada ne bi bilo reči o vaganju jednog života spram drugog ili drugih, već bi izbor, ako se to može opisati kao izbor, bio između mnogo života i mnogo života plus jedan, sopstveni. Podnosilac žalbe bio je samo jedan od pripadnika streljačkog stroja i, prema njegovim izjavama, nijedan drugi pripadnik nije ga podržao kada se pobunio. Niti se može realno pretpostaviti, budući da je on bio

Hrvat u jedinici vojske bosanskih Srba, da bi ,u slučaju da je nakon svog protesta predao oružje i pridružio se prvoj grupi muslimanskih civila za streljanje, ostali pripadnici streljačkog stroja odbili da izvrše naređenje i sve ih streljaju. Čak i da je neko od njih odbio, što su, prema rečima podnosioca žalbe, neki učinili kasnije, kada je posle četiri sata ubijanja odredu naređeno da ubije još petsto civila zatvorenih u obližnjem domu, tu su bili i drugi, voljni krvnici, koji su bili spremni da ubiju tih petsto ljudi, i koji su ih i ubili. Štaviše, za vreme prva četiri sata ubijanja civila, streljačkom odredu u kome je bio podnosilac žalbe pridružili su se pripadnici jedne druge jedinice, koji ne samo da su učestvovali u naređenom streljanju, već su žrtve tukli i maltretirali pre nego što bi ih ubili. Sigurno je teško pretpostaviti da bi eventualni junački čin samopožrtvovanja od strane podnosioca žalbe, Hrvata, sprečio vojsku bosanskih Srba da izvrši započeti zadatak istrebljenja muslimanskih civila.

20. Prihvatajući iskaz podnosioca žalbe o tome da se oseća krivim, Pretresno veće je navelo pravo optuženog da sam odabere strategiju odbrane, čiji bi jedan elemenat mogao biti i iskaz o krivici. Jasno je da nijedan prvostepeni sud, suočen sa izvesnim neslaganjem između pozitivnog iskaza o krivici i onoga što optuženi odabere da tome doda o počinjenju krivičnog dela za koje se tereti, ne može situaciju da reši tako što će prosto prihvatiti iskaz o krivici. Odlučujući o tome kakve je prirode iskaz optuženog, sud mora imati u vidu njegovu pravo da odabere određenu strategiju; optuženi može odlučiti da je u njegovom interesu da se izjasni kao kriv, insistirajući na tome, ma koliko to bilo neprikladno u ovoj fazi postupka, da pomene olakšavajuće okolnosti ili da dâ izjavu kojom praktično poriče krivicu, u nadi da će mu se time ublažiti kazna, i to mu se mora dozvoliti. U značajnom predmetu *North Carolina v. Alford*,⁷ Vrhovni sud SAD je prilično detaljno razmatrao ovo pitanje prava optuženog da mu se pozitivan iskaz o krivici prihvati uprkos tome što tvrdi da nije počinio zločin za koji se tereti. Većinskom odlukom je zaključio da u slučaju kada se pozitivan iskaz o krivici može protumačiti kao sasvim razložen zbog jačine dokaza kojima raspolaže tužilaštvo, a o čemu se prvostepeni sud uverio, kao i onda kada bi se optuženi koji je izjavio da se oseća krivim mogao osuditi samo na dugotrajnu zatvorsku kaznu, dok bi u redovnom sudskom postupku nužno bio osuđen na smrtnu kaznu, tada se iskaz o krivici može prihvatiti uprkos očitom neslaganju između samog iskaza i činjenice da optuženi poriče krivicu.

21. Slučaj pred nama sasvim je različit; Pretresnom veću nije predočen nikakav materijal o okolnostima u kojima je podnosilac žalbe ubio muslimanske civile osim njegovog opisa zbivanja, niti su izneseni bilo kakvi dokazi koji bi doveli u sumnju

⁷ *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 1970.

izjave podnosioca žalbe o prinudi, niti je podnosilac žalbe pred ovim Međunarodnim sudom suočen sa teškim izborom između zatvorske i smrtne kazne. Iz onoga što je branilac podnosioca žalbe izneo na ročištu pred ovim Žalbenim većem jasno je da se podnosilac žalbe izjasnio kao kriv protivno savetu svog branioca, koji mu je rekao da nema dokaza o tome da je počinio krivično delo, ali je podnosilac žalbe insistirao na tome da se izjasni kao kriv zbog moralnog stava koji je zauzeo, a na temelju činjenice da on jeste učestvovao u streljanju muslimanskih civila. Ovaj stav podnosioca žalbe potvrđuju i delovi iz njegovih izjava koje sam ranije naveo. Kako su tvrdili i podnosilac žalbe i njegov branilac, nije bilo sporazuma o krivici, niti išta ukazuje na to da je njegov iskaz o krivici deo nekakve strategije; pre bi se reklo da je u pitanju izraz osećanja moralne krivice, koji nema nikakve veze sa postojanjem mogućnosti odbrane prinudom.

22. U svojoj Presudi o kazni Pretresno veće je imalo priliku da iznese razloge zbog kojih je prihvatilo iskaz o krivici podnosioca žalbe uprkos tome što priznaje da je moguće pozvati se na prinudu prilikom odbrane od optužbi u vezi s kojima je podnosilac žalbe izjavio da se oseća krivim. Pri tom je Veće moralo da pregleda jedini materijal koji mu je predočen, odnosno izjave podnosioca žalbe, ali je smatralo da mu zadatak nije prosto da odredi da li se na osnovu njega na suđenju može eventualno dozvoliti odbrana prinudom, već radije da odluči o tome da li je postojanje specifičnih okolnosti koje bi podnosioca žalbe u potpunosti oslobodile odgovornosti utvrđeno na osnovu dokaza. Izgleda da je pri tom Veće odlučilo da je na podnosiocu žalbe da obezbedi dokaze, te da je to učinilo u fazi izjašnjavanja o krivici, pre nego što je uopšte pokrenuto pitanje svedočenja. U toj fazi, pošto je podnosilac žalbe već izneo znatne dokaze o postojanju okolnosti koje bi prilikom suđenja mogle predstavljati dovoljnu osnovu za odbranu prinudom, smatram da je Pretresno veće trebalo da zaključi pregledanje raspoloživih dokaza, koje je nužno moralo biti kratko, i da u zapisnik unese negativan iskaz o krivici. Tada bi Pretresno veće imalo priliku da na suđenju pomnije i brižljivije pregleda sve raspoložive dokaze koji bi tada bili podneseni i da razmotri relevantna pravna pitanja. Pored toga, stav koji je Pretresno veće iznelo o tome da u slučaju zločina protiv čovečanstva život optuženog ne može biti u potpunosti ekvivalentan životu žrtve svakako je doprineo prihvatanju iskaza o krivici, naročito kad se ovome doda i ranije donet zaključak o tome da je srazmernost jedan od osnovnih uslova za prihvatanje odbrane prinudom. Kao što sam već rekao, smatram da su pogrešni svi ovi pristupi pronalaženju odgovora na pitanje da li je iskaz o krivici bio dvosmislen. Po mom mišljenju, izjave podnosioca žalbe očigledno ukazuju na dvosmislenost koja iziskuje da se u zapisnik unese negativan iskaz o krivici, pod uslovom da međunarodno pravo zaista dopušta da se neko ko je optužen

za ubistvo okvalifikovano kao zločin protiv čovečnosti u svojoj odbrani poziva na prinudu.

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

Iskaz o krivici mora, međutim, biti nedvosmislen i ne sme nastati u okolnostima koje bi ukazivale na to da nije reč o istinskom priznanju krivice ... Ako se prvostepenom sudiji iz bilo kog razloga učini da iskaz o krivici nije istinit, on ili ona mora (ovo nije stvar slobodne odluke) pribaviti nedvosmislen iskaz o krivici ili izdati uputstvo da se u zapisnik unese negativan iskaz o krivici.⁸

Stigao sam tako i do onog aspekta ove žalbe po kome se, na svoju nesreću, ne slažem sa Zajedničkim zasebnim mišljenjem sudija McDonald i Vohrah, odnosno da li u međunarodnom pravu prinuda može biti odbrana od optužbe za ubistvo ili bilo koje optužbe koja se tiče ubijanja nevinih lica. Stav je Tužilaštva da ne može i da prinuda u najboljem slučaju može predstavljati olakšavajuću okolnost. Ono tvrdi da ogromna većina materijala o suđenjima za ratne zločine u periodu posle II svetskog rata pokazuje da se prinuda nikad ne može navesti kao odbrana od optužbi za ubistvo. Tužilaštvo priznaje da su odluke na koje se poziva u najvećoj meri odluke sudova poniklih iz anglosaksonskog prava, ali tvrdi da je doktrina kojom se odbacuje prinuda kao odbrana od optužbi za ubistvo danas sastavni deo međunarodnog prava, uprkos činjenici da vodi poreklo iz anglosaksonskog prava.

24. Po mom mišljenju, Tužilaštvo nije u pravu kad tvrdi da ogromna većina ovakvih odluka pokazuje kako u međunarodnom pravu prinuda ne čini odbranu od optužbe za ubistvo. Poštovani sudija Cassese veoma je pomno razmotrio ovo pitanje i ja se slažem sa njegovim zaključkom da pažljiv uvid u ove odluke ne podržava tvrdnju Tužilaštva. Ono što, po mom mišljenju, ove odluke pokazuju jeste to da u pogledu prinude postoji snažna tendencija da se primenjuju načela krivičnog prava izvedena iz analognih municipalnih odredbi određenog suda, i to uprkos malobrojnim odstupanjima od ove tendencije, kao što su *obiter dictum* vojnog sudije u predmetu *Einsatzgruppen*⁹ i primedbe vojnog sudije u predmetu *Stalag Luft III*¹⁰. Izgleda da

⁸ *Maxwell v. The Queen*, [1996] Aust. Highct. Lexis, str. 26, na str. 48-49.

⁹ *Trial of Otto Ohlendorf et al.*, (u daljem tekstu predmet "Einsatzgruppen"), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, U.S. Govt. Printing Office, Washington D. C., 1950 (u daljem tekstu "Trials of War Criminals") IV tom, str. 3.

vojni sudovi posle II svetskog rata nisu svoj stav o prinudi svesno usklađivali sa direktivama međunarodnog prava, kao što su, na primer, to činili u svom tretmanu doktrine o naređenjima nadređenih. Čini mi se da se ne može reći da je u primeni jednog ili drugog načela u pojedinačnim predmetima postojalo *opinio iuris sine necessitatis*, neophodno da bi se uspostavilo bilo kakvo pravilo običajnog međunarodnog prava.

25. Sada ću, dakle, govoriti o onim “opštim pravnim načelima što ih priznaju civilizovane države”, a koja se u članu 38 (1) (c) Statuta Međunarodnog suda pravde navode kao još jedan izvor međunarodnog prava. Kako kaže Bogdan u svom članku “Opšta pravna načela i problem praznina u međunarodnom javnom pravu”¹¹, da bi se popunile praznine nije neophodno da neko načelo bude prihvaćeno od strane svih država koje pripadaju glavnim pravnim sistemima; dovoljno je da “preovlađujući broj država u svakoj od glavnih pravnih porodica” prizna to načelo. Kao što je rečeno u predmetu *Taoci*,¹² ako se ustanovi da je neko načelo “opšte prihvaćeno kao temeljno pravilo pravde u municipalnom pravu većine država, čini se da je sasvim opravdano proglasiti ga pravilom međunarodnog prava”. Detaljno ispitivanje nacionalnih krivičnih zakonika sprovedeno u Zajedničkom zasebnom mišljenju sudija McDonald i Vohrah pokazuje da je odbrana od optužbi za ubistvo pozivanjem na prinudu dopuštena u većini ispitanih pravnih sistema, sa izuzetkom anglosaksonskog prava. U ovim sistemima se prinuda, kako god da je opisana, uz malobrojne izuzetka tretira kao opšta odbrana i može se reći da je u tim sistemima ovo prihvaćeno kao opšte načelo. Neretko je ova odbrana ograničena restrikcijama, koje se često, mada ne uvek, tiču pitanja srazmernosti, ali se ne predviđa poseban izuzetak u slučaju ubistva, mada u nekim slučajevima do njegovog izuzimanja može doći zbog određenog stupnja srazmernosti koji se zahteva. U sistemima anglosaksonskog prava kaže se da za prinudu, koja se danas, zahvaljujući zbivanjima u ovom veku, uopšte uzev smatra odbranom kod većine optužbi za krivična dela, u slučaju ubistva ipak važi izuzetak, barem u zemljama Komonvelta. Međutim, nadam se da ću pokazati da je ovo ograničeno izuzeće, i samo čest predmet kritike, zasnovano na predmetima u kojima je optuženi bio u prilici da bira između svog i tuđeg života, a ne na predmetima u kojima takav izbor nije imao, već je u pitanju bila ili smrt jednog ili smrt oboje.

¹⁰ *Trial of Max Wielen and 17 Others* (u daljem tekstu “predmet *Stalag Luft III*”), *Law Reports of Trials of War Criminals*, U.N. War Crimes Commission, H.M. Stationery Office, London, 1949 (u daljem tekstu “*Law Reports*”), XI tom, str. 31.

¹¹ Michael Bogdan, “General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations”, *Nordic Journal of International Law*, 46, str. 37, na str. 46.

¹² *USA v. Wilhelm List and Others* (u daljem tekstu predmet “*Taoci*”), *Law Reports*, VIII tom, str. 34, na str. 49.

26. Da u anglosaksonskom pravu nema ovog izuzetka u pogledu ubistva (a kada to kažem, iz ovoga isključujem neke američke države, na šta ću se kasnije vratiti), mislim da bi bilo gotovo izvesno da prinudu, premda uz odgovarajuća ograničenja, treba i u međunarodnom pravu tretirati kao opšte pravno načelo koje civilizovane države priznaju kao prihvatljivu odbranu od optužbi za sve vrste zločina. Da ovo nije samo stvar pristupa građanskopravnih sistema već prosto stvar pravde, možda se najbolje može pokazati primerom, postavljenim u kontekst domaćeg, a ne međunarodnog humanitarnog prava, budući da se anglosaksonski pristup razvio upravo u domaćem kontekstu.

Ako bi civila, pri obavljanju zakonitih delatnosti, iznenada presreo naoružan čovek i naredio mu, pod pretnjom neposredne i inače neizbežne smrti, a bez objašnjenja, da na licu mesta ubije osobu koja se tu nalazi, pri čemu mu je ta osoba sasvim nepoznata i protiv nje ne može imati nikakve zle namere, zaista bi bila neobična ona pravda koja bi tom civilu uskratila mogućnost odbrane prinudom. A opet, ako se povinuje naređenju i ubije nepoznatu osobu, šta je to, prema anglosaksonskom pravu, ako ne ubistvo, u kom slučaju prinuda, njegova jedina odbrana, ne predstavlja odbranu?

27. Razume se, moglo bi se reći da ni u kom razumnom sistemu sprovođenja zakona ovaj civil ne bi bio optužen za ubistvo. Ali to samo pokazuje koje su posledice izuzimanja prinude kao odbrane od optužbi za ubistvo; umesto sudske odluke o krivici ili nevinosti imamo neizvesnost slobodne odluke tužioca. Moglo bi se opet reći - ako to dozvoljava dotični sistem krivičnog prava - da u tim okolnostima i uprkos osudi za ubistvo, kazna bi mogla biti u tolikoj meri ublažena da bi počinitelac dobio ili veoma blagu ili nikakvu kaznu; to, međutim, jedva da bi bilo bolje, pošto bi on i dalje nosio pečat osude za ubistvo. Postojala bi i mogućnost da se utvrdi nepostojanje *mens rea* prilikom ubistva žrtve, te da se on oslobodi krivice, ali čim se uvede pitanje namere istovremeno se na mala vrata, da tako kažem, uvodi i prinuda, za koju neki autori smatraju da poništava *mens rea*.

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

29. Ako, dakle, izuzimanje prinude u slučajevima ubistva u anglosaksonskom pravu dovodi do sumnji u pogledu prinude u međunarodnom pravu, verujem da je jasno, ako ništa drugo, barem to da u anglosaksonskom pravu nema zadovoljavajućeg i rezonovanog načela o izuzimanju prinude u slučaju veoma teških zločina, među koje spada i ubistvo. U predmetu *Lynch v. D.P.P. for Northern Ireland*¹³, Lord Edmund-Davies je, po mom mišljenju, sasvim opravdano primetio da uvid kako u stroge zakonske odredbe tako i u praktično-političke smernice u onoj meri u kojoj one utiču na odbranu prinudom u engleskom pravu “otkriva krajnje žalosnu pravosudnu zbrku”. Slično tome, u predmetu *R. v. Howe* Lord Brandon od Oakbrooka rekao je o anglosaksonskom pristupu prinudi: “Nije logično, a mislim da ne može biti ni pravedno, da se prinuda prihvata kao potpuna odbrana od optužbi za sva krivična dela manje težine od ubistva, a da se kod optužbi za to krivično delo ne može prihvatiti čak ni kao delimična odbrana”¹⁴. Takođe je, u predmetu *R. v. Gotts*¹⁵, Lord Lowry govorio o tome da i sudije i tekstopisci ističu da je zakon u pogledu prinude i neodređen i nejasan, te je citirao iz Stephenove *History of the Criminal Law of England*, gde je, više od sto godina ranije, rečeno da “jedva da postoji grana engleskog prava koja je oskudnija ili manje prihvatljiva od prava koje se tiče ovog pitanja”¹⁶.

30. Položaj prinude u engleskom pravu posebno je važan zbog toga što su engleske odluke i tekstovi odigrali značajnu ulogu svojim uticajem na razvoj običajnog prava o prinudi širom Komonvelta. Štaviše, kako se ističe u presudama u predmetu *Lynch*¹⁷, odredbe o prinudi u brojnim krivičnim zakonicima širom Komonvelta uobličene su pod neposrednim uticajem izveštaja engleske Komisije za krivično pravo iz 1879. Stoga tretman prinude u ovim zakonicima nosi obeležja pravne misli od pre više od jednog stoleća. Od tog doba, kako je istakao Lord Wilberforce u predmetu *Lynch*¹⁸, i kako su ponovo podvukli on i Lord Edmund-Davies u svojoj zajedničkoj presudi u predmetu *Abbot v. The Queen*¹⁹, stav anglosaksonskog prava prema prinudi znatno se promenio. Dok je Stephen 1883. mogao da izjavi da “prinuda pretnjom ni u kom slučaju ne treba da se prihvati kao opravdanje za zločin, mada može - i treba - da deluje na ublažavanje kazne u većini slučajevima, mada ne u svim”²⁰, danas se prinuda prihvata kao mogućna odbrana kod najrazličitijih zločina,

¹³ *Lynch v. D.P.P. for Northern Ireland*, [1975] AC, str. 653, na str. 704.

¹⁴ *R. v. Howe and others*, [1987] AC, str. 417, na str. 438.

¹⁵ *R. v. Gotts*, [1992] 2 AC, str. 412, na str. 438.

¹⁶ Sir J. Stephen, *History of the Criminal Law of England*, 1883, 2. tom, str. 105.

¹⁷ *Lynch*, *supra* bel. 13, na str. 684 (Lord Wilberforce) i na str. 707 (Lord Edmund-Davies).

¹⁸ *Ibid.*, str. 680.

¹⁹ *Abbott v. The Queen*, [1977] AC, str. 755, na str. 771.

²⁰ Stephen, *op. cit.*, str. 107-108.

pri čemu su jedini izuzeci, kako se čini, ubistvo i neki slučajevi izdaje, premda je po pitanju ubistva bilo mnogo različitih mišljenja.

31. Prvi engleski pravni izvori u oblasti krivičnog prava uspostavili su obrazac kasnijeg tretmana prinude u vezi sa ubistvom, koji se proširio kroz pravosuđa tadašnje Britanske imperije. Počevši od dela *Pleas of the Crown*, koje je 1800. napisao Lord Hale, kasniji pravni izvori prihvatili su njegov stav da čovek podvrgnut prinudi na taj način da “mora da umiri bes svog napadača tako što će ubiti prisutnu nedužnu osobu, ako to delo počini, strah i primenjena sila ne mogu ga osloboditi odgovornosti za zločin ubistva i odgovarajuće kazne; jer je trebalo radije da i sam pogine nego da ubije nedužnu osobu”²¹, te stoga ne samo da se ne može braniti pozivanjem na prinudu već, kako kaže Lord Hale, mora da bude kažnjen “kaznom za ubistvo”, a tada je to, razume se, bila smrtna kazna; ovde nije bilo mesta prinudi čak ni kao eventualnom motivu za ublažavanje kazne. Lord Wilberforce primećuje, u predmetu *Lynch*, kako bi autori iz prošlog veka svakako priznali da su pravna misao i praksa od njihovog vremena daleko odmakle, te ističe da je razlog što Lord Hale nije uopšte dopuštao odbranu prinudom kod optužbi koje uključuju ubistvo u tome što licu podvrgnutom prinudi “zakon pruža dovoljan lek od takvih strepnji time što od sudova i pravosudnih službenika može tražiti nalog ili naredbu *de securitate pacis*”²². Ako je ovo ikad i bio prihvatljiv razlog za prihvatanje nekog pravila u domaćem pravu, on to svakako ne može biti kada je reč o pravilu međunarodnog prava koje se primenjuje u situaciji oružanog sukoba.

32. Kada je donosio presudu u čuvenom predmetu *R. v. Dudley and Stephens*²³, Vrhovni sudija Lord Coleridge oslanjao se upravo na “veliki autoritet Lorda Halea” i kasnijih autora koji su ga sledili. I zaista, odjek reči Lorda Halea izrečenih pre sto pedeset godina može se čuti čak i u brojnim suđenjima za ratne zločine pred britanskim vojnim sudovima nakon II svetskog rata²⁴.

33. Suštinu izuzetka u pogledu ubistva u anglosaksonskom pravu čini pojam ekvivalentnosti o kome govori Lord Hale, zlo do koga dolazi pri pokušaju da se jedan život izvaga spram drugog. To on nije mogao da prihvati; stoga čovek podvrgnut

²¹ Lord Hale, *Pleas of the Crown*, 1800, 1. tom, str. 51.

²² *Lynch*, *supra* bel. 13, str. 681-682.

²³ *R. v. Dudley and Stephens*, [1881-1885] All ER, str. 61.

²⁴ Vidi *Trial of Valentin Feurstein and Others, Proceedings of a Military Court Held at Hamburg*, 4 - 24. avgust 1948, Public Record Office, Kew, Richmond, dosije br. 235/55; *Law Reports*, XV tom, str. 173; *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Hölzer and Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach held at Aurich, Germany*, 25. mart - 6. april 1946, 1. tom, str. 1; *Law Reports*, V tom, str. 16.

prinudi “treba radije da i sam pogine nego da ubije nedužnu osobu” ako je u pitanju izbor između vlastitog i tuđeg života. Ovim shvatanjem prožeti su i radovi kasnijih pravnih autora iz oblasti anglosaksonskog prava, koji nikada nisu morali da razmatraju situaciju u kojoj se pred optuženim ne postavlja izbor između jednog ili drugog života već između jednog života ili oba života, što je upravo situacija u kojoj se, sudeći po svojim izjavama, našao podnosilac žalbe u ovom predmetu.

34. Predmet *R. v. Dudley and Stephens*²⁵, u kome je bilo reči o nuždi pre nego o prinudi, ticao se slučaja mornara koji su doživeli brodolom i koji su se našli u čamcu nasred okeana. Ubili su jednog od svojih drugova, dečaka, pojeli njegovo telo i popili mu krv, ne bi li sebe spasli smrti, a kada su naposljetku spaseni i izvedeni pred sud pod optužbom za ubistvo, branili su se pozivanjem na nuždu. Uprkos tesnoj načelnoj povezanosti nužde i prinude, ovaj predmet zapravo nema mnogo zajedničkog sa predmetom koji mi razmatramo; bio je to primer izbora “on ili ja”, nalik na često citirani izmišljeni primer dvojice ljudi u vodi, kojima preti davljenje a imaju na raspolaganju dasku koja je dovoljno velika samo za jednog od njih. Problem kojim je Lord Coleridge bio toliko zaokupljen, samerljivost uporedne vrednosti životâ, i koji je on rešio prihvativši mišljenje Lorda Halea da čovek treba sam da pogine radije nego da ubije nedužnu osobu, uopšte se i ne postavlja ako će nedužna osoba u svakom slučaju stradati.

35. Iako su engleski pravni izvori dugo bili jednoglasni u neprihvatanju prinude kao bilo kakve odbrane od optužbi za ubistvo, čini se da je sve do predmeta *Lynch*, sedamdesetih godina ovog veka, u proteklih sto pedeset godina zabeležen jedan jedini neposredno relevantan predmet, *R. v. Tyler and Price*²⁶. On je sam po sebi indikativan jer je zabeleženo da je Vrhovni sudija Denman tom prilikom izjavio: “Ne može se dovoljno puta ponoviti da strah od opasnosti po sebe nije nikakvo opravdanje za pomaganje u počinjenju bilo kog protivzakonitog dela”. Isključivši tako očigledno odbranu prinudom u slučaju svih protivzakonitih dela, izjava Lorda Denmana ne odražava razvoj zakonskih odredbi u Engleskoj u ovom veku ništa više nego što to čine već navedeni Stephenovi stavovi pedesetak godina kasnije.

36. U predmetu *Lynch* se prvi put u ovom veku Gornji dom našao u situaciji da odlučuje o primenljivosti odbrane prinudom u slučaju ubistva, mada drugostepenog ubistva, i o tome da li je pravilno da se po ovom pitanju razlikuje ubistvo od drugih teških zločina. U predmetu *Lynch* radilo se o izboru između jednog i drugog života,

²⁵ *Dudley and Stephens*, *supra* bel. 23.

²⁶ *R. v. Tyler and Price*, 1838, 8 C&P, str. 616.

što je upravo situacija na koju se odnosi mišljenje Lorda Halea. Uprkos tome, većina lordova nije u predmetu *Lynch* našla osnova za uskraćivanje odbrane prinudom. Lord Morris je postavio pitanje o tome postoji li “ikakav razlog što odbrana prinudom, koja se priznaje kao odbrana u slučaju najraznovrsnijih zločina, ne može eventualno biti odbrana od optužbe za drugostepeno ubistvo”²⁷. On nije video nikakvog razloga i zaključio je da “i rezonovanje uopšte i zahtevi pravde”²⁸ vode zaključku da prinuda može biti odbrana u slučaju drugostepenog ubistva o kakvom se radi u predmetu *Lynch*.

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

Ako se izrazi mišljenje da naše pravo priznaje prisilu kao odbranu u svim slučajevima osim ubistva, a ovo mišljenje se zasniva na prihvatanju toga da do oslobađanja od optužbi dolazi zbog toga što je strana kojoj je zaprećeno lišena slobode izbora, onda mi deluje nerazložno, u svetlu razvoja prava od vremena starih holandskih i engleskih autora, izuzimati prisilu kao potpunu odbranu od optužbi za ubistvo ako je lice kome je zaprećeno bilo pod tako snažnom prinudom da bilo koja razumna osoba pod istom takvom prinudom ne bi drugačije postupila. Jedini osnov za takvo izuzimanje bio bi tada da uprkos tome što je osoba kojoj je zaprećeno lišena slobodne volje, čin joj se ipak pripisuje zbog toga što se nije povinovala onome što se opisuje kao najviši etički ideal. U primeni našeg krivičnog prava u slučajevima kada se o delima podnosioca žalbe sudi na osnovu objektivnih merila, važi načelo prema kome se od optuženika nikad ne

²⁷ *Lynch, supra* bel. 13, str. 671.

²⁸ *Ibid.*, str. 677.

može zahtevati više od onoga što je razumno, a razumno u ovom kontekstu znači ono što se može očekivati od obične, prosečne osobe u određenim okolnostima. Opšte je prihvaćeno, a s tim se slažu i etičari, da obična osoba uopšte uzev smatra svoj život vrednijim od tuđeg. Jedino će ljudi koji se odlikuju herojstvom svojevolumno ponuditi sopstveni život umesto tuđeg. Ako bi, dakle, krivično pravo stalo na stanovište da prisila nikad ne može biti odbrana od optužbi za ubistvo, ono bi zahtevalo da osoba koja je pod prinudom ubila drugu osobu, bez obzira na okolnosti, mora da se ponaša u skladu sa strožim merilima nego što su ona koja se očekuju od obične osobe. Smatram da ovakav izuzetak od opšteg pravila koje vlada u krivičnom pravu nije opravdan.²⁹

Lord Wilberforce je zaključio da su pravni izvori, barem u slučajevima koji se ne tiču prvostepenog ubistva, skloniji da prihvate odbranu prinudom. Pošto je u oblasti običajnog prava zadatak sudija uvek da postavljaju merila razboritih ljudi uobičajene moralne čvrstine i ljudskosti na nivo u koji ljudi mogu da prihvate i poštuju, Lord Wilberforce je zaključio da se u konkretnom slučaju može prihvatiti odbrana prinudom, a da će se slučajevi prvostepenog ubistva razmatrati kako se budu javljali. Takav jedan slučaj veoma se brzo pojavio u predmetu *Abbot v. The Queen*³⁰, o kome će biti reči nešto kasnije.

38. Lord Edmund-Davies, treći zastupnik većinskog mišljenja u predmetu *Lynch*, govorio je o današnjoj tendenciji u anglosaksonskom pravu da se prihvata odbrana prinudom kod najraznovrsnijih zločina i naveo pravne izvore koji ilustruju tu tendenciju. Potom je detaljno pregledao slučajeve koji predstavljaju presedane i zaključio da “ne može da prihvati da je u pravu, logici, etici ili društvenoj praksi uspostavljen bilo kakav osnov kojim bi se opravdalo uskraćivanje odbrane prinudom u ovom predmetu”³¹.

39. Dvojica zastupnika manjinskog mišljenja, Lord Simon od Glaisdaled i Lord Kilbrandon, zauzeli su suprotan stav. Lord Simon se oslanjao na ono što je smatrao neposredno relevantnim pravnim izvorom, predmetom *R. v. Dudley and Stephens*³², iako je tu u pitanju bila nužda, a ne istinska prinuda; smatrao je da se ne može napraviti razlika između prvooptuženih za ubistvo i drugooptuženih, pozvao se na istaknute autore dela o krivičnom pravu iz prošlog veka koji nisu prihvatili odbranu prinudom, i zaključio da bilo kakve izmene u onome što je smatrao ustaljenim pravom

²⁹ *State v. Goliath*, 1972, (3) S.A.L.R., str. 465, na str. 480.

³⁰ *Abbott v. The Queen*, *supra* bel. 19.

³¹ *Lynch*, *supra* bel. 13, str. 715.

³² *Dudley and Stephens*, *supra* bel. 23.

treba da se uvode zakonodavnim putem, a ne na sudu. I Lord Kilbrandon polazio je od stava da ono što je smatrao odavno ustaljenim zakonom nije poželjno menjati presudom, već zakonodavnim aktima. Govorio je i o opštoj politici i činjenicama u konkretnom predmetu, koji je stigao po žalbi iz Severne Irske, gde prisila može poslušne građane pretvoriti u ubice protiv sopstvene volje, te je zaključio da su pitanja opšte politike “toliko duboko usađena u pravnu doktrinu koju mi treba da preispitamo”³³ da je većinska presuda zapravo proglas o opštoj politici, što jednom sudu ne priliči, već tako što treba rešavati zakonodavnim putem.

40. Većinskom presudom u predmetu *Lynch* ni u kom slučaju nije konačno rešeno ovo pitanje. Dve godine kasnije, u predmetu *Abbott v. The Queen*³⁴, koji je stigao pred Vrhovno veće po žalbi iz Trinidata i Tobaga, Lord Wilberforce i Lord Edmund-Davies, ovaj put u manjini, primenili su svoje rezonovanje u predmetu *Lynch* na slučaj počinioca prvostepenog ubistva, ne našavši logičnog osnova za razlikovanje takvog slučaja od slučaja saučesništva. Većina, u kojoj su se Lordu Kilbrandonu sada pridružili Lord Hailsham i Lord Salmon, koji je izrekao presudu većine, izrazila je veoma ozbiljno neslaganje sa predmetom *Lynch*, naglasivši da je tu bilo u pitanju samo sučesništvo u ubistvu, i pozvala se na *Blackstone* i kasnije priručnike, kao i na krivične zakonike širom Komonvelta, zatim na neprihvatanje - kako su to protumačili - odbrane pozivanjem na naređenje nadređenih i na prinudu prilikom suđenja za ratne zločine posle II svetskog rata, te su ponovili strahovanja Lorda Simona u predmetu *Lynch* da bi dopuštanje ovakve odbrane služilo kao “ovlašćenje teroristima, predvodnicima zločinačkih bandi i otmičarima”³⁵. Uz dužno poštovanje, čini se da ova strahovanja ispuštaju iz vida stroge uslove koji se obično postavljaju pri odbrani prinudom, uslove koji, u primerima eventualne zloupotrebe prinude koje navodi Lord Simon, ne bi bili zadovoljeni, te odbrana prinudom ne bi ni uspela. Takođe se ispušta iz vida i činjenica da se u zemljama građanskog prava priznaje prinuda, a da njih ipak nisu zadesile ove strašne posledice.

41. Smatram da su u svojoj zajedničkoj presudi dvojica pripadnika manjine, Lord Wilberforce i Lord Edmund-Davies, uverljivo pobili sve ove tačke, koje su u predmetu *Lynch* već bile pretresane. Takođe su ukazali i na činjenicu da sve do 1898. optuženik u Engleskoj nije mogao da svedoči u svoju korist, te u svakom slučaju nije mogao da se brani prinudom tako što bi poroti objasnio da je postupio onako kako je postupio usled prinude kojoj je podvrgnut.³⁶

³³ *Lynch, supra* bel. 13, str. 702.

³⁴ *Abbott v. The Queen, supra* bel. 19.

³⁵ *Lynch, supra* bel. 13, str. 688.

³⁶ *Abbott v. The Queen, supra* bel. 19, str. 772.

42. Deset godina nakon predmeta *Abbott* usledio je predmet *R. v. Howe*³⁷, kojim je oborena odluka u predmetu *Lynch*, a u englesko običajno pravo ponovo je uvedeno neprihvatanje prinude kao odbrane od optužbi za ubistvo, s tim što su petorica članova sudskog veća, mada jednoglasni u svojoj odluci, naveli donekle različite razloge kojima su se pri tom rukovodili. Lord Hailsham se pozivao na istaknute autore iz devetnaestog veka, na manjinsko mišljenje u predmetu *Lynch*, na predmet *R. v. Dudley and Stephens*, te na član 8 Statuta Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu, koji govori o naređenjima nadređenih, a ne o prinudi, s tim što je, po mišljenju Lorda Hailshama, pod nacističkim režimom razlika između ova dva pojma bila zanemarljiva. Zaključio je da se većinsko mišljenje u predmetu *Lynch* ne može opravdati ranijim pravnim izvorima i da pravo treba vratiti u prvobitno stanje, a o predmetu *Lynch* rekao je da je lišio “nedužne žrtve zaštite krivičnog prava”, da bi “zaštitnički zaogrnuo kukavice i ništarije”.³⁸

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

44. Lord Griffith je pregledao i dela autoriteta i sudske predmete iz prošlosti, o kojima je detaljno raspravljano u izveštaju Pravne komisije iz 1977, koji preporučuje da se prinuda prihvati kao odbrana od optužbi za sve zločine, uključujući ubistvo, ali je primetio da Parlament nije izmenio zakon shodno tome, zatim je pomenuo “plimu nasilja i terorizma” protiv koje zakon mora čvrsto da se postavi i, “čvrsto uveren” da ubici ne treba da stoji na raspolaganju odbrana prinudom, nije našao nikakvog pravičnog i pouzdanog načina da se napravi razlika između raznih učesnika u ubistvu. Stoga se i on složio sa obaranjem odluke u predmetu *Lynch*. Lord Mackay od

³⁷ *Howe, supra* bel. 14, str. 417.

³⁸ *Ibid.*, str. 432.

Clashferna pozvao se na autore koji su o ovome ranije pisali i odbio je, u skladu sa svojom koncepcijom pravilne primene doktrine o presedanima, da dopusti prinudu u slučajevima prvostepenog ubistva, ali je prihvatio stav da se ne može razložno praviti razlika između počinitelaca različitih stepena ubistva. Zaključio je da, ako bi se dopustila odbrana prinudom u slučaju prvostepenog ubistva, u praksi se ovakva odbrana nikad ne bi mogla dokazati. Međutim, naveo je škotskog pravnog stručnjaka Humea, koji je u delu *Commentaries on the Law of Scotland respecting Crimes*, govoreći o jednom predmetu u kome je prinuda navedena kao odbrana od optužbe za oružanu pljačku, rekao:

Ali uopšte uzev, i s obzirom na uobičajene okolnosti jednog dobro uređenog društva, gde svako uživa zaštitu zakona i ima načina da toj zaštiti pribegne, ovo je u najmanju ruku donekle teško opravdanje i jedva da može biti od koristi kod suđenja za bilo koji užasan zločin, osim ako se podrži sledećim uslovima: neposredna pretnja smrću ili teškim telesnim oštećenjem; nemogućnost odupiranja nasilju; nevoljno i podređeno učešće u počinjenju, te otkrivanje dela prvom bezbednom i zgodnom prilikom, uz vraćanje plena.³⁹

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

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

Čini mi se da su složenosti i anomalije s kojima se suočavamo u razmatranju odbrane prinudom takve prirode da bi bilo mnogo bolje prepustiti Parlamentu da se njima pozabavi u svetlu širih političkih obzira.⁴⁰

Sa ovim stavom se Lord Templeman, zastupnik većinskog mišljenja, izričito složio, a i drugi članovi su izneli slične stavove. Štaviše, Lord Lowry, pripadnik

³⁹ Hume, *Commentaries on the Law of Scotland respecting Crimes*, 3. izdanje, 1829, str. 53.

⁴⁰ *Gotts*, *supra* bel. 15, str. 419.

manjine, izneo je veoma uverljivu primedbu o tome da se u anglosaksonskom pristupu odbrani prinudom u slučaju ubistva

odbrana uskraćuje uz obrazloženje da je zločin tako gnusan da se ne može umanjiti; a ipak, ako se dozvoli da okolnosti ublaže izrečenu kaznu, to je u suprotnosti sa načelom kojim se uskraćuje odbrana prinudom.⁴¹

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

Teško mogu da prihvatim da lice koje postupa pod prinudom stvarno ima zle namere. Ono ne želi smrt žrtve. Ako čoveka, pod pretnjom da će se naneti zlo njegovoj ženi i deci, neko natera da vozilo kreto eksplozivom odveze do određenog kontrolnog punkta, pri čemu je cilj da se ubiju stražari koji su tamo na dužnosti, pa ako taj cilj srećom ne bude ispunjen, vozača će ovakav ishod verovatno isto tako obradovati kao i bilo koga drugog.⁴²

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

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

⁴¹ *Ibid.*, str. 439.

⁴² *Ibid.*, str. 418-419.

48. U Sjedinjenim Američkim Državama, odeljak 2.09 Predloga krivičnog zakonika⁴³, kojim se dozvoljava odbrana prinudom, usvojen je, koliko je meni poznato, u 32 države, s tim da se u 12 država prinuda prihvata u slučajevima ubistva, kao i kod drugih zločina; u druge dve države prinuda može uticati na preinačenje optužbe za ubistvo u ubistvo iz nehata. U preostalih 18 država koje su usvojile Zakonik ubistvo čini izuzetak od prihvatanja odbrane prinudom, a mislim da je tako i u državama koje Zakonik do danas nisu usvojile.

49. Smatram da predmet *Lynch*, u kome su trojica zastupnika većinskog mišljenja posebno ispitali razvoj prinude u anglosaksonskom pravu, sadrži najprincipijelnije pravno rezonovanje o tretmanu prinude u slučaju ubistva u anglosaksonskom pravu. Iako je naknadno oboreno u predmetu *Howe*, rezonovanje u predmetu *Lynch* i dalje dovodi u ozbiljnu sumnju celokupnu osnovu za izuzimanje prinude u slučaju ubistva kada je u pitanju izbor između “jednog ili drugog života”. Možda su najuverljivije razloge da se zanemare efekti predmeta *Howe* kasnije izneli Smith i Hogan, autori uticajnog dela *Criminal Law*, koje sadrži pregled predmeta iz Engleske i Komonvelta i gde autori, pošto su svaki razlog iznesen u predmetu *Howe* u prilog obaranju predmeta *Lynch* analizirali i pobili, zaključuju da “nijedan od ovih razloga nije uverljiv”.⁴⁴ Pored toga, autori su pokazali i, kako kažu, “tehničke i apsurdne” razlike koje su povučene između ubice i saučesnika - *supra*. Brojne istaknute engleske sudije, koji su u raznim gore opisanim predmetima tvrdili da prinuda ne čini odbranu od optužbe za ubistvo, i sami su приметili da nema nikakvog solidnog osnova za pravljenje razlike između ubice i saučesnika.

50. U svom nedavnom članku u časopisu *Journal of Transnational Law and Policy*, Reed zastupa mišljenje slično mišljenju Smitha i Hogana. Ispitavši pitanje prinude u engleskoj pravnoj nauci, on sadašnji stav engleskog prava opisuje kao “nečuven”⁴⁵. Zalaže se za to da se prinuda prizna kao odbrana od optužbi za ubistvo, kao što je to slučaj u Predlogu krivičnog zakonika Sjedinjenih Američkih Država.

51. U svom predavanju iz serije Hamlyn 1989. godine, “Opravdanje i izvinjenje u krivičnom pravu”, jedan od dvojice autora priručnika *Criminal Law*, Sir John Smith, detaljno je ispitao sveukupno pitanje prinude u anglosaksonskom pravu, izložio kritici rezonovanje u predmetu *Howe* i založio se za to da se odbrana prinudom dopusti u slučajevima kada bi prosečna osoba razumne moralne čvrstine podlegla pretnji koja

⁴³ American Law Institute, *Model Penal Code*, 1985, odeljak 2.09.

⁴⁴ Sir John Smith i Brian Hogan, *Criminal Law*, 8. izdanje, 1996, str. 241.

⁴⁵ Alan Reed, “Duress and Provocation as Excuses to Murder: Salutary Lessons from Recent Anglo-American Jurisprudence”, *Journal of Transnational Law and Policy*, VI tom, str. 51, na str. 53.

joj je upućena. Smith primećuje da preovlađujući stav o prinudi u engleskom pravu predstavlja “nacrt za teoriju svetosti, tačnije herojstva”⁴⁶.

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

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

Čini mi se da razlog što su uticajni autori toliko dugo odbijali mogućnost odbrane prinudom kod optužbi za ubistvo sasvim očigledno leži u vrhunskom značaju koji pravo pridaje zaštiti ljudskog života, te je stoga izgledalo sasvim neprihvatljivo da bi pravo moglo bilo kog pojedinca, u bilo kakvim i ma kako ekstremnim okolnostima, ovlastiti da odlučuje o tome da se ubije jedna nevina osoba, a ne druga.⁴⁷

54. Sudeći prema izjavama podnosioca žalbe, njemu ovakav moralni izbor nije bio dostupan. Za šta god da se opredelio, nevini ljudi izgubili bi živote, a on nije bio u stanju da to spreči. U tom smislu se može reći da podnosilac žalbe nije imao mogućnost moralnog izbora. Naravno da jeste imao izbor: da li da položi svoj život zarad najviših etičkih načela ili ne. Ali to nije vrsta izbora koju bi krivično pravo trebalo kaznenim merama da nameće; u okolnostima o kojima govori podnosilac

⁴⁶ Sir John Smith, *Justification and Excuse in the Common Law*, Hamlyn Lectures, 1989, str. 94.

⁴⁷ *Howe*, *supra* bel. 14, str. 456.

žalbe, nagon za samoodržanjem nije samo nagonski već i razložan, a zakon koji bi zahtevao da mu se čovek suprotstavi u raskoraku je, kako kaže Lord Morris, sa iracionalnim pravnim sistemom' koji "u punoj meri uzima u obzir merila čestitih i razboritih ljudi"⁴⁸.

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

56. U drugom njegovom primeru reč je o dva britanska planinara, po imenu Yates i Simpson, koji su bili povezani istim konopcem. Simpson je pao sa jedne litice i visio je u vazduhu jedan sat, a sve slabiji Yates ga je držao dok na kraju, shvativši da će i sam skliznuti preko ruba litice, nije presekao konopac. Ni ovde ne može biti govora o izboru između jednog života i dva: radilo se, zapravo, o izboru između života jednog i života obojice, pri čemu je početnim padom izbor zapravo predodređen. Planinar koji je pao ipak je preživio, pošto se zaustavio na neprimećenom ledenom mostu nešto niže; ali da je poginuo, to bi, prema trenutnom stanju stvari u anglosaksonskim pravnim izvorima, trebalo smatrati ubistvom koje je počinio Yates.

57. Sličnost ovog potonjeg primera sa našim predmetom posebno je očigledna jer je u pitanju izbor između jednog života ili dva, a ne jednog života ili drugog, a oba primera pokazuju koje bi bile posledice ako bi se u slučajevima gde nema govora o istinskom izboru između jednog života i drugog primenili presedani kod kojih je takav

⁴⁸ *Lynch, supra* bel. 13, str. 670.

izbor postojao. Kod prinude, u onoj meri u kojoj su se njome bavili predmeti u okviru anglosaksonskog prava, takav izbor je postojao, što sudu pruža priliku da od optuženog zahteva herojstvo i smrt. Šta god mislili o pravednosti takvih predmeta, oni ništa ne govore o predmetima u kojima takvog izbora nema.

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

59. Karakterističan primer logičkih poteškoća vezanih za pristup prinudi u anglosaksonskom pravu predstavljaju, kako kaže Dinstein u svojoj studiji *Odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih u međunarodnom pravu*⁴⁹, promenljivi stavovi istaknutog pravnog stručnjaka Lauterpachta o naređenjima nadređenih praćenim prisilom. Godine 1944. Lauterpacht je napisao da je neposredna pretnja smrću u slučaju nepovinoanjanja naređenju dovoljan osnov za oslobađanje vojnika od odgovornosti za izvršenje tog naređenja.⁵⁰ Međutim, 1952. godine, pošto su najkrupniji nacistički ratni zločinci izvedeni pred sud, Lauterpacht je promenio stav i odbacio ideju da pojedinac sme da spase vlastiti život na račun tuđih života.⁵¹ Komentarišući ovu promenu stava, Dinstein je smatrao da nije nužno "tražiti odgovor na pitanje da li međunarodno pravo priznaje valjanost bilo koje odbrane zasnovane na prisili i, ako priznaje, koja ograničenja tu važe"⁵². Upravo je to, međutim, nužnost koja stoji pred Žalbenim većem pri rešavanju ove žalbe. Dinstein dalje kaže da, po njegovom mišljenju, "postavka koja proističe iz doktrine apsolutne odgovornosti ... nije prihvatljiva"⁵³. Izlažući ukratko svoje stavove, on kaže:

Možemo zaključiti da se činjenica povinovanja naređenjima nadređenih može uzeti u obzir u svrhu odbrane u odgovarajućim slučajevima, ali samo u okviru drugih vrsta odbrane, i to pozivanjem

⁴⁹ Yoram Dinstein, *The Defence of Obedience to Superior Orders in International Law*, Sijthoff, 1965, str. 78-79.

⁵⁰ Sir Hersch Lauterpacht, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, 21 British Yearbook of International Law, 1944, str. 58.

⁵¹ *Oppenheim's International Law: A Treatise*, prir. Sir Hersch Lauterpacht, Longmans, London, 7. izdanje, 1952, 2. tom, str. 571-572.

⁵² Dinstein, *op. cit.*, str. 80.

⁵³ *Ibid.*, str. 81.

na pravne greške i prisilu, u onoj meri u kojoj ove potonje zaista predstavljaju valjane vrste odbrane prema međunarodnom pravu.⁵⁴

On smatra da naređenja nadređenih sama po sebi ne čine odbranu, ali da doprinose, u sprezi sa drugim činjenicama, potkrepljenju odbrane kakva se u međunarodnoj sferi priznaje.⁵⁵

60. Dinsteinova studija nirnberškog suđenja vođama Trećeg rajha posebno je vredna zbog toga što razmatra način na koji je tom prilikom Međunarodni vojni sud govorio o “moralnom izboru”. Kada je taj sud, raspravljajući o članu 8 svog Statuta, kojim se ne isključuje mogućnost odbrane pozivanjem na naređenja nadređenih, rekao da “pravo merilo, koje se u različitom stepenu nalazi u krivičnom pravu većine zemalja, nije postojanje naređenja već eventualna mogućnost moralnog izbora”, on je time dodao odbacivanju odbrane pozivanjem na naređenja nadređenih, koje je sadržano u članu 8, i sopstveni doprinos, kako to Dinstein kaže, u vidu merila moralnog izbora.⁵⁶ Prema Dinsteinovom tumačenju ovog merila, zasnovanom i na francuskom i na engleskom tekstu presude Suda, “ako ne postoji mogućnost moralnog izbora - ili moralne slobode (*liberté morale*) i sposobnosti izbora (*faculté de choisir*), kako stoji u francuskoj verziji - optuženog treba osloboditi krivične odgovornosti, a ne samo osuditi na blagu kaznu”⁵⁷. Dinstein potom ispituje okolnosti u kojima nema moralnog izbora i zaključuje:

Kada neko zaista postupa pod prisilom, odnosno kada ga neodoljiva sila fizički primora da se ponaša na određen način, on nema izbora. U svakom drugom slučaju, pred njim zapravo stoji izbor. Čak i ako postupa pod pretnjom oružja i u strahu od neposredne smrti, još uvek na raspolaganju ima izbor - počinjenje dela i život, ili nepočinjenje i smrt. Život ili smrt uslediće kao ishod izbora, no bez obzira na to, izbor postoji. Pa ipak, u mnogim slučajevima je nemoguće, s moralne tačke gledišta, očekivati da će se neko opredeliti za smrt. S moralne tačke gledišta, čovek u tom slučaju nema izbora: unapred se mirimo s tim da će se on opredeliti za postupak koji će mu spasti život. Stoga se može reći da on nema mogućnost moralnog izbora. Nije u svakom slučaju prisile čovek lišen moralnog izbora, jer po definiciji ovde moralno stanovište određuje kada čovek nema izbora do da se pokori sili. Bez sumnje, međutim, barem u nekim slučajevima prisile moralni izbor biva eliminisan, i jasno je da se merilo koje je postavio Međunarodni vojni sud odnosi na prisilu.⁵⁸

⁵⁴ *Ibid.*, str. 82.

⁵⁵ *Ibid.*, str. 81.

⁵⁶ *Ibid.*, str. 147-148.

⁵⁷ *Ibid.*, str. 149.

⁵⁸ *Ibid.*, str. 152.

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

61. U jednom članku u časopisu *Columbia Law Review*, u kome je pisala o američkim iskustvima u vezi s prinudom kao odbranom od optužbi za ubistvo, Dienstagova je prepričala takozvani “*black letter law*”, kojim se uskraćuje odbrana prinudom u bilo kom slučaju ubistva, da bi potom rekla kako je “savremeniji pristup ubistvu pod prinudom ne samo intelektualno prihvatljiviji već i pošteniji”⁵⁹. Ona navodi Predlog krivičnog zakonika, o čijem sam prihvatanju od strane brojnih američkih država već govorio, kao paradigmu novije formulacije odbrane prinudom. Ovaj Zakonik ne predviđa izuzetak u slučaju ubistva, pod uslovom da je sila kojom se pretilo tolika da joj “osoba razumne moralne čvrstine u takvoj situaciji ne bi mogla odoljeti”. Dienstagova smatra da su moralni argumenti u prilog prihvatanju odbrane prinudom uverljivi i primećuje da je i nepravedno i licemerno kažnjavati optuženog za ponašanje “koje je prouzrokovano pritiskom kakvom bi i same sudije koje mu sude verovatno podlegle”⁶⁰, te zaključuje da se “pristup anglosaksonskog prava može shvatiti kao nasleđe starije pravne nauke, ali se njene dogmatske zapovesti danas ne mogu prihvatiti”⁶¹. Međutim, iz razloga opšte politike, ona bi ratne zločine tretirala kao zasebnu kategoriju. Primitivši da su u znatnom broju suđenja za ratne zločine američki vojni sudovi prihvatili odbranu prinudom, nakon što je Međunarodni vojni sud usvojio moralni izbor kao “istinsko merilo” za ustanovljavanje prinude, ona ukazuje na to da u suđenjima u kojima je takva odbrana prihvaćena optuženi industrijalci nisu bili počinioci okrutnih zločina⁶². Ona se zalaže za pristup koji ne priznaje odbranu prinudom i nema sumnje da se štošta može reći u prilog njenom stavu, ali, po mom mišljenju, činjenice u našem predmetu, barem u ograničenoj meri u kojoj su nam dostupne na osnovu svedočenja podnosioca molbe, pokazuju koliko je nepravedno svako apsolutno ukidanje mogućnosti da se prinuda upotrebi kao odbrana u slučaju ubistva. Potpuno uskraćivanje prinude kao odbrane u slučaju ratnih zločina sračunato je na uskraćivanje pravde u onim slučajevima, ma koliko bili retki, koji

⁵⁹ Abbe L. Dienstag, “Fedorenko v. United States: War Crimes, the Defence of Duress, and American Nationality Law”, 82 *Columbia Law Review*, 1982, str 120, na str. 142.

⁶⁰ *Ibid.*, str. 144.

⁶¹ *Ibid.*, str. 145.

⁶² *Ibid.*, str. 147.

zadovoljavaju stroge uslove koji uvek treba da budu ispunjeni kako bi odbrana prinudom uspela, uključujući i uslov srazmernosti.

62. Verujem da u svakom razmatranju prihvatljivosti prinude kao odbrane od optužbi za ubistvo mnogo toga zavisi od pitanja srazmernosti, od poređenja između zla koje biva počinjeno ako se učini ono što prinuditelj zahteva i štete koju će pretrpeti lice izloženo prinudi ako taj zahtev ne ispuni. Ako je moguće načiniti takvo poređenje, moguće je i proceniti i u moralnom pogledu izvagati ta dva ishoda. Međutim, tamo gde otpor zahtevu neće sprečiti zlo već će ga samo uvećati, jer će od njega stradati i lice pod prinudom, srazmernost ne igra više nikakvu ulogu. Kao što sam već pokušao da pokažem, to je upravo situacija u kojoj se, sudeći po njegovom iskazu, našao podnosilac žalbe.

63. Ako sam u ovom Mišljenju iole precizno opisao kako anglosaksonsko pravo pristupa prinudi kao odbrani od optužbi za ubistvo, a bez obzira na kritike koje bi se takvom pristupu mogle uputiti, ostaje pitanje o tome da li zbog toga u svim okolnostima prinudu treba isključiti kao odbranu u slučaju ubistva u međunarodnom pravu zato što se ne može reći da je to opšte pravno načelo koje prihvataju glavni pravni sistemi u svetu. U traganju za opštim pravnim načelom mora se ići dalje od konkretnih pravila; moraju se potražiti uzroci njihovog ustanovljavanja i ispitati način njihove primene. Pri razmatranju prinude u slučaju određenog zločina, sudovi u zemljama anglosaksonskog prava, na primer, uzimaju u obzir i primenjuju pravna načela koja se tiču prinude i nužde primenljiva na sve ostale kategorije zločina, iako će konačni zaljučak zavistiti od primenljivih pravnih izvora i praktičnopolitičkih obzira ili od zakonodavne intervencije. Slično tome, u sistemima građanskog prava koji slede opšti model francuskih i nemačkih zakonika, odredbe o “prinudi”, “prisili”, “sili” ili “nuždi” najčešće se mogu naći u onom delu zakonika koji se bavi opštim odredbama i jednako se primenjuju na sve kategorije zločina o kojima je reč u posebnim odredbama koje za tim slede, s tim što se kod nekih zločina u relevantnim delovima zakonika mogu predvideti posebni izuzeci. Stoga je verovatnije da će se opšta načela koja upravljaju prinudom naći u tim opštim pravilima nego u posebnim izuzecima koji postoje kod pojedinih zločina.

64. Iako je naizgled jasno da su načela koja se nalaze u osnovi odbrane prinudom i nuždom “prihvaćena kao temeljna odredba pravde u municipalnom pravu većine zemalja”⁶³, opseg njihove primene u međunarodnom pravu dovodi se u pitanje, kako sam već rekao, samo zato što anglosaksonsko pravo čini izuzetak u slučajevima

⁶³ Predmet *Taoci*, *supra* bel. 12.

ubijanja nevinih ljudi. Nema sumnje da u pronalaženju nekog opšteg načela jedan međunarodni sud ne sme, kako to kaže jedan autor, “da vrši nasilje nad temeljnim pojmovima bilo kog od tih sistema”⁶⁴. Međutim, ako ne računamo izuzetak u pogledu ubistva, odbrana prinudom danas je “temeljni pojam” anglosaksonskog prava, a osnove njenog izuzimanja u slučaju ubistva dobro je opisao Lord Mackay u predmetu *Howe* (odlomak sam citirao u paragrafu 53, *supra*), rekavši da se sudije u sistemu anglosaksonskog prava rukovode vrhunskim značajem koji pravo pridaje zaštiti ljudskog života, te da im je zato sasvim neprihvatljiva mogućnost da pravo “bilo kog pojedinca, u bilo kakvim i ma kako ekstremnim okolnostima, ovlasti da odlučuje o tome da se ubije jedna nevinna osoba, a ne druga”. Nijedan od ovih motiva ne može biti relevantan u slučaju optuženika koji ne može ni na koji način da spase život koji zakon teži da zaštiti, te pred njim uopšte ne stoji mogućnost izbora između nevinih života. U takvom slučaju se gubi osnov na kome počiva izuzetak kojim anglosaksonsko pravo odstupa od inače opšte prihvaćenog priznanja odbrane prinudom, a ostaje uloga prinude u oslobađanju osuđenog od krivične odgovornosti onda kada su strogi uslovi za to ispunjeni. Takođe, u takvom slučaju nema ničega ni u načelima anglosaksonskog prava ni u predmetima u kojima su ta načela primenjivana čime bi se isključila odbrana prinudom; načelo koje ovo isključivanje podržava u slučaju ubijanja nedužnih ljudi ovde nije prisutno. Ako se u međunarodnom pravu prizna odbrana prinudom u takvim slučajevima, time se ne vrši nasilje nad temeljnim načelima anglosaksonskog prava. Da li se ovakva odbrana u međunarodnom pravu može prihvatiti u drugim okolnostima kod zločina pri kojima dolazi do ubijanja nedužnih ljudi, o tome treba da se odlučuje nekom drugom prilikom i u nekom drugom predmetu.

65. Došavši do ovakvog zaključka, imao sam u vidu Brownlievu primedbu da jedan međunarodni sud poput našeg u izvođenju argumenata iz opštih pravnih načela može da uzme u obzir pravno rezonovanje i analogni tretman sličnih zločina u domaćem kontekstu, ako mu to može pomoći u unapređenju “realnog i zrelog međunarodnog prava”⁶⁵. Istovremeno imam u vidu i brigu koju su izrazili ostali članovi Žalbenog veća o potrebi da se zaštite nedužni životi u sukobima kao što je sukob u bivšoj Jugoslaviji, u kojima nedužnim životima pretila tako velika opasnost. Po mom mišljenju, međutim, ovaj cilj se ne može ostvariti tako što će se uskratiti

⁶⁴ H. C. Gutteridge, *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2. izdanje, 1949, str. 65.

⁶⁵ Vidi Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 4. izdanje, 1990, str. 16, gde citira *Oppenheim's International Law: A Treatise*, prir. Sir Hersch Lauterpacht, Longmans, London, 8. izdanje, 1955, 1. tom, str. 29.

pravedna odbrana licu koje nije u mogućnosti da sopstvenom voljom zaštiti nedužne živote.

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

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

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

69. Iz ovoga što sam napisao sledi da bih odbio i zahtev da ovo Žalbeno veće oslobodi podnosioca žalbe, kao i zahtev da mu preinači kaznu. Pošto sam, kako je već rečeno, zaključio da se podnosilac žalbe nije sa punom svešću izjasnio o krivici, predmet bi trebalo vratiti jednom Pretresnom veću, kako bi podnosilac žalbe imao priliku da se ponovo izjasni o krivici, s punom svešću o posledicama svog iskaza.

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

Sudija Ninian Stephen

Dana 7. oktobra 1997.
u Hagu, Holandija

[Pečat Suda]