



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

Predmet br. IT-95-5/18-PT

Datum: 28. april 2009

Original: engleski

**PRED PRETRESNIM VIJEĆEM**

**U sastavu:** sudija Iain Bonomy, predsjedavajući  
sudija Christoph Flügge  
sudija Michèle Picard

**V.d. sekretara:** g. John Hocking

**Odluka od:** 28. aprila 2009.

**TUŽILAC**

**protiv**

**RADOVANA KARADŽIĆA**

**JAVNO**

**ODLUKA PO ŠEST PRELIMINARNIH PODNESAKA  
KOJIMA SE OSPORAVA NADLEŽNOST**

**Tužilaštvo:**

g. Alan Tieger  
g. Hildegard Uertz-Retzlaff

**Optuženi:**

g. Radovan Karadžić

**OVO PRETRESNO VIJEĆE** Međunarodnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine (dalje u tekstu: Međunarodni sud) rješava po sljedećim podnescima optuženog: “Preliminarnom podnesku za odbacivanje paragrafa 60(k) zbog nenadležnosti” zavedenom 10. marta 2009. (dalje u tekstu: Prigovor na paragraf 60(k)); “Preliminarnom podnesku za odbacivanje udruženog zločinačkog poduhvata III – Predvidivost” zavedenom 16. marta 2009. (dalje u tekstu: Prigovor na predvidivost); “Preliminarnom podnesku za odbacivanje tačke 11 zbog nenadležnosti” zavedenom 18. marta 2009. (dalje u tekstu: Prigovor na tačku 11); “Preliminarnom podnesku o nenadležnosti s obzirom na odgovornost po osnovu nečinjenja” zavedenom 25. marta 2009. (dalje u tekstu: Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja); “Preliminarnom podnesku za odbacivanje UZP-a III – Krivična djela s posebnom namjerom” zavedenom 27. marta 2009. (dalje u tekstu: Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom); i “Preliminarnom podnesku o nenadležnosti: Odgovornost nadređenog” zavedenom 30. marta 2009., (dalje u tekstu: Prigovor na odgovornost nadređenog), i ovim donosi odluku o njima.

### **I. Proceduralni kontekst i argumentacija strana**

1. Prigovor na paragraf 60(k), Prigovor na predvidivost, Prigovor na tačku 11, Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja, Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom i Prigovor na odgovornost nadređenog (dalje u tekstu: Prigovori) optuženi je podnio na osnovu pravila 72 Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda (dalje u tekstu: Pravilnik), sa ciljem da ospori nadležnost Međunarodnog suda da ga krivično goni za zločine koji mu se stavljaju na teret Trećom izmijenjenom optužnicom (dalje u tekstu: Optužnica).

2. Tužilaštvo (dalje u tekstu: tužilac) je dostavilo sljedeće podneske: (1) “Odgovor tužilaštva na Preliminarni podnesak za odbacivanje paragrafa 60(k) zbog nenadležnosti”, 23. marta 2009. (dalje u tekstu: Odgovor u vezi s paragrafom 60(k)), za koji je optuženi zatražio dozvolu za repliku i replicirao 20. aprila 2009. (dalje u tekstu: Replika u vezi s paragrafom 60(k)); (2) “Odgovor tužilaštva na Preliminarni podnesak za odbacivanje udruženog zločinačkog poduhvata III – Predvidivost”, 25. marta 2009. (dalje u tekstu: Odgovor u vezi s predvidivošću), za koji je optuženi zatražio dozvolu za repliku i replicirao 3. aprila 2009. (dalje u tekstu: Replika u vezi s predvidivošću); (3) “Odgovor tužilaštva na Preliminarni podnesak za odbacivanje tačke 11 zbog nenadležnosti”, 1. aprila 2009. (dalje u tekstu: Odgovor u vezi s tačkom 11), za koji je optuženi zatražio dozvolu za repliku i replicirao 8. aprila 2009. (dalje u tekstu: Replika u vezi s tačkom 11); (4) “Odgovor tužilaštva na ‘Preliminarni podnesak o nenadležnosti s obzirom na odgovornost po osnovu nečinjenja’”, 7. aprila 2009. (dalje u tekstu: Odgovor u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja), za koji je optuženi zatražio dozvolu za repliku i replicirao

Predmet br. IT-95-5/18-PT

14. aprila 2009. (dalje u tekstu: Replika u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja); (5) "Odgovor tužilaštva na 'Preliminarni podnesak za odbacivanje UZP-a III – Krivična djela s posebnom namjerom'", 14. aprila 2009. (dalje u tekstu: Odgovor u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom), za koji je optuženi zatražio dozvolu za repliku i replicirao 20. aprila 2009. (dalje u tekstu: Replika u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom); (6) "Odgovor tužilaštva na Preliminarni podnesak o nenadležnosti: Odgovornost nadređenog" od 9. aprila 2009. (dalje u tekstu: Odgovor u vezi s odgovornošću nadređenog), za koji je optuženi 14. aprila 2009. zatražio produženje roka i dozvolu za ulaganje replike, koju je 20. aprila 2009. i dostavio (dalje u tekstu: Replika u vezi s odgovornošću nadređenog).

3. Vijeće će ukratko iznijeti argumente strana u postupku redom za svaki od Prigovora.

#### A. Prigovor na paragraf 60(k)

4. Optuženi traži da Pretresno vijeće odbaci paragraf 60(k) Optužnice na osnovu toga što djela progona koja su opisana u njemu nisu dovoljno teška da bi se mogla smatrati zločinom protiv čovječnosti kažnjivim po članu 5 Statuta Međunarodnog suda (dalje u tekstu: Statut). Konkretno, optuženi tvrdi da ta djela nisu navedena među djelima u osnovi u članu 5 i da, sudeći po Optužnici, ona ni pojedinačno ni kumulativno ne dosežu isti nivo težine kao djela u osnovi navedena u Statutu. U prilog toj tvrdnji optuženi napominje da Optužnica ne sadrži nikakav prilog sa pregledom tih djela, da nije konkretno naveden broj njima pogođenih osoba i da se ne opisuju nikakve otežavajuće okolnosti.<sup>1</sup> Alternativno, on tvrdi da paragraf 60(k) "sadrži tako malo činjenica da je optuženom nemoguće da pripremi odbranu u vezi s tim navodima" jer se "[n]e navode konkretno nikakva djela, žrtve, počinioci, mjesta počinjenja ili datumi".<sup>2</sup>

5. Paragraf 60(k) Optužnice glasi:

Djela progona koja su izvršili pripadnici srpskih snaga i politički i državni organi bosanskih Srba u sklopu jednog ili više udruženih zločinačkih poduhvata uključivala su sljedeće:

... nametanje i održavanje restriktivnih i diskriminatornih mjera, uključujući sljedeće:

- i. uskraćivanje slobode kretanja;
- ii. uklanjanje s rukovodećih položaja u lokalnim državnim institucijama i policiji, kao i opšte otpuštanje s posla;
- iii. povredu privatnosti pretresanjem domova bez naloga;
- iv. protivpravno hapšenje i/ili uskraćivanje prava na sudski postupak; i/ili
- v. uskraćivanje ravnopravnog pristupa javnim službama.

<sup>1</sup> Prigovor na paragraf 60(k), par. 5.

<sup>2</sup> Prigovor na paragraf 60(k), par. 6.

6. U Odgovoru u vezi s paragrafom 60(k), tužilac traži da Pretresno vijeće odbije Prigovor na paragraf 60(k) iz više razloga. Prvo, on se poziva na relevantnu jurisprudenciju Žalbenog vijeća i tvrdi da jednak nivo težine koji imaju druga djela u osnovi iz člana 5 mora biti dosegnut kumulativnim efektom svih djela u osnovi progona, a ne samo djelima navedenim u paragrafu 60(k) Optužnice posmatranim zasebno.<sup>3</sup> Drugo, tužilac tvrdi da se ocjena težine djela ne može smatrati pitanjem nadležnosti u pravom smislu zato što je posrijedi činjenično pitanje koje će biti predmet dokazivanja na suđenju u kontekstu dokaznog spisa u cjelini.<sup>4</sup>

7. Treće, s obzirom na navod o nekonkretnosti paragrafa 60(k), tužilac tvrdi da nije potrebno da se u optužnici navode dokazi kojima će se relevantna djela dokazivati na suđenju i da se, s obzirom na visoki položaj optuženog i razmjere zločina za koje se tereti, za navođenje činjenica u vezi s bazom zločina, kao što su imena svih žrtava ili počinitelaca, traži niži stepen konkretizacije navoda.<sup>5</sup> On tvrdi da se identitet počinitelaca i žrtava u Optužnici navodi na osnovu pripadnosti određenoj kategoriji ili grupi, tj. udruženom zločinačkom poduhvatu, odnosno bosanskim Muslimanima ili bosanskim Hrvatima kao grupama.<sup>6</sup> Pored toga, tužilac tvrdi da su sporna djela, kao i njihova mjesta i datumi, u Optužnici dovoljno konkretno navedena u okviru tačke koja sadrži optužbu za progon.<sup>7</sup> Nadalje, tužilac tvrdi da optuženi, u okviru pretpretresnog objelodanjivanja i shodno pravilu 65<sup>ter</sup> Pravilnika, dobiva dokazni materijal na kojem su zasnovani navodi iz paragrafa 60(k) i da, u skladu s odgovarajućim postupkom usvojenim u precedentnom pravu Međunarodnog suda, može od tužioca zatražiti dodatne podatke o krivičnim djelima koja mu se stavljaju na teret.<sup>8</sup>

8. Alternativno, tužilac tvrdi da bi, čak ako Vijeće i ocijeni da Optužnica ima nedostatke, primjereno pravno sredstvo bilo da se izda nalog kojim bi se od tužioca zatražilo da iznese dodatne pravno relevantne činjenice, a ne da se navodi odbace.

9. Optuženi je zatražio dozvolu za ulaganje Replike u vezi s paragrafom 60(k) sa ciljem da dokaže "grešku u tužiočevom stanovištu". Pored toga, on tvrdi da se ponašanje koje ne doseže jednak nivo težine ne može kombinovati kako bi se dobio nivo potreban za zločin protiv čovječnosti u kontekstu udruženog zločinačkog poduhvata, zato što bi se tako mogla uključiti djela koja su izvršili razni akteri na raznim mjestima i različitim datuma.<sup>9</sup> Što se tiče navoda o nedovoljnoj konkretnosti, optuženi ističe da navođenjem u Optužnici 27 opština i cijelog perioda

<sup>3</sup> Odgovor u vezi s paragrafom 60(k), par. 4–6.

<sup>4</sup> Odgovor u vezi s paragrafom 60(k), par. 7.

<sup>5</sup> Odgovor u vezi s paragrafom 60(k), par. 12–13.

<sup>6</sup> Odgovor u vezi s paragrafom 60(k), par. 18.

<sup>7</sup> Odgovor u vezi s paragrafom 60(k), par. 15–16.

<sup>8</sup> Odgovor u vezi s paragrafom 60(k), par. 20–21.

na koji se ona odnosi kao vremena u kojem su ta djela navodno počinjena, on nije u dovoljnoj mjeri obaviješten o optužbama protiv njega.<sup>10</sup>

## B. Prigovor na predvidivost

10. Pozivajući se na pravilo 72(A)(i) Pravidnika, optuženi tvrdi da terećenje odgovornošću po osnovu trećeg oblika udruženog zločinačkog poduhvata uz svaku tačku Optužnice treba da se odbaci zbog toga što ovaj Međunarodni sud nema nadležnost za nenamjerna djela koja su “mogli” počiniti jedan ili više učesnika udruženog zločinačkog poduhvata i koja su stoga bila “moguća” posljedica namjeravanog zajedničkog plana. Umjesto toga, kako tvrdi optuženi, relevantan standard jeste to da su dotična djela bila “prirodna” posljedica tog plana i da ih je optuženi stoga predviđao kao “vjerovatna”.<sup>11</sup> U prilog tome optuženi upućuje na niz predmeta iz sudstva raznih država,<sup>12</sup> kao i na dosadašnju jurisprudenciju Međunarodnog suda. Što se tiče potonje, on napominje da se standard uvijek definisao kao “prirodne i predvidive” posljedice. Što se tiče pitanja da li je konkretni optuženi te posljedice predviđao kao moguće ili vjerovatne, optuženi napominje da praksa Međunarodnog suda u tom pogledu nije jednoobrazna.<sup>13</sup> Zbog te neodređenosti, tvrdi optuženi, trebalo bi da se primijeni za njega povoljnije načelo i koristi standard “vjerovatnoće”. Iz gorenavedenih razloga, on zaključuje da je Optužnica zasnovana na vidu odgovornosti za koji Međunarodni sud nema nadležnost.<sup>14</sup>

11. U Odgovoru u vezi s predvidivošću, tužilac se protivi Prigovoru i tvrdi (i) da je u Optužnici naveden ispravan standard *mens rea* za treći oblik udruženog zločinačkog poduhvata, i (ii) da prigovor optuženog na nadležnost nije valjan. U prilog prvom argumentu, tužilac navodi Drugostepenu presudu u predmetu *Vasiljević*, u kojoj je primijenjen standard koji je tužilac naveo u u Optužnici.<sup>15</sup> Što se tiče drugog argumenta, tužilac tvrdi da to nije valjan osnov za osporavanje nadležnosti u smislu pravila 72(A)(i) jer optuženi jednostavno nastoji izmijeniti “prihvaćena obilježja bića krivičnog djela”, a to pitanje “nije [...] primjereno razmatrati u preliminarnoj fazi postupka.”<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Replika u vezi s paragrafom 60(k), par. 4, 7.

<sup>10</sup> Replika u vezi s paragrafom 60(k), par. 9.

<sup>11</sup> Prigovor na predvidivost, par. 1–4.

<sup>12</sup> Prigovor na predvidivost, par. 5–18.

<sup>13</sup> Prigovor na predvidivost, par. 19–25.

<sup>14</sup> Prigovor na predvidivost, par. 25–26.

<sup>15</sup> Odgovor u vezi s predvidivošću, par. 1–3.

<sup>16</sup> Odgovor u vezi s predvidivošću, par. 4–6.

12. Optuženi je zatražio dozvolu za Repliku u vezi s predvidivošću “kako bi se Pretresno vijeće moglo više koncentrisati” na pitanja koja su između njega i tužioca sporna.<sup>17</sup> Nadalje, on tvrdi da je - pošto je jurisprudencija Međunarodnog suda u pogledu uslova za odgovornost po osnovu trećeg oblika udruženog zločinačkog poduhvata nekonsistentna, što rezultira razlikama u praksi - primjereno da Pretresno vijeće razmotri koji su standardi konsistentni sa međunarodnim običajnim pravom.<sup>18</sup> On osporava i tužiočevu tvrdnju da njegov Prigovor na predvidivost nije valjan osnov za osporavanje nadležnosti.<sup>19</sup>

### C. Prigovor na tačku 11

13. Optuženi takođe tvrdi da tačka 11 Optužnice, kojom se tereti za “uzimanje talaca” kao kršenje zakona i običaja ratovanja na osnovu člana 3 Statuta, sadrži navode o ponašanju koje se ne može povezati sa članom 3. U Prigovoru na tačku 11 on analizira stanje međunarodnog običajnog prava 1995. godine, kada su se inkriminirani događaji odigrali, i zaključuje da krivično djelo “uzimanja talaca” iz zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija, obuhvaćeno članom 3 Statuta, ne pokriva uzimanje civilnih talaca ni postupanje sa “zatočenim pripadnicima zaraćenih strana”.<sup>20</sup> Njegovi glavni argumenti u prilog ovom zaključku su sljedeći:

- (i) pravo u vezi s uzimanjem talaca razvijalo se u kontekstu zaštite civila;
- (ii) osoblje opisano u tački 11 Optužnice nisu bili civili, nego ratni zarobljenici za koje je mjerodavna Treća ženevska konvencija;
- (iii) za razliku od Četvrte ženevske konvencije koja se odnosi na civile, u Trećoj ženevskoj konvenciji krivično djelo uzimanja civila spominje se samo u zajedničkom članu 3. Ženevskih konvencija, ali koji se odnosi isključivo na nemeđunarodne sukobe;
- (iv) zajednički član 3 mora se tumačiti restriktivno kako bi se izbjeglo da njegova primjena rezultira davanjem veće zaštite pojedincima u nemeđunarodnim oružanim sukobima nego pojedincima u međunarodnim oružanim sukobima;
- (v) jedno od obilježja krivičnog djela uzimanja talaca je protivpravno zatočenje.<sup>21</sup>

14. Tužilac odgovara, prvo, da Prigovor na tačku 11 ne daje osnov za osporavanje nadležnosti u smislu pravila 72(D), nego da sadrži argumente u vezi s obilježjima krivičnog

<sup>17</sup> Replika u vezi s predvidivošću, par. 3.

<sup>18</sup> Replika u vezi s predvidivošću, par. 10.

<sup>19</sup> Replika u vezi s predvidivošću, par. 12–16.

<sup>20</sup> Prigovor na tačku 11, par. 59–60.

<sup>21</sup> Prigovor na tačku 11, par. 49–57.

djela uzimanja talaca i činjeničnim pitanjima u vezi s njim. Kao argument navodi i to da, prema zajedničkom članu 3 Ženevskih konvencija, krivično djelo uzimanja talaca nije ograničeno na civile i da ne postoji uslov protivpravnog zatočenja kao obilježja tog krivičnog djela.<sup>22</sup>

15. Optuženi je dozvolu za ulaganje Replike u vezi s tačkom 11 zatražio tvrdeći da je ona neophodna kako bi se “obradilo tužiočevo pogrešno tumačenje” njegovih argumenata iz Prigovora na tačku 11.<sup>23</sup> U predloženoj Replici, suprotno tvrdnjama tužioca, tvrdi se da taj Prigovor itekako sadrži valjan osnov za osporavanje nadležnosti jer se osporavanje obilježja bića krivičnog djela sankcionisanog međunarodnim običajnim pravom tiče upravo nadležnosti i u prilog tom stavu upućuje na jednu odluku Žalbenog vijeća u predmetu *Gotovina*.<sup>24</sup> Kao jedno od obilježja uzimanja talaca prema međunarodnom običajnom pravu navodi se civilni status žrtve, a pominje se i obilježje koje se odnosi na protivpravni karakter zatočenja dotičnih osoba.

#### **D. Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja**

16. U Prigovoru na odgovornost po osnovu nečinjenja, optuženi traži da Vijeće izda uputstvo tužiocu da izbriše reference na krivičnu odgovornost po osnovu nečinjenja, sadržane u paragrafima 30 i 31 (koji se odnose na odgovornost optuženog za nečinjenje u vezi s planiranjem, podsticanjem, naređivanjem i/ili pomaganjem i podržavanjem) i paragrafa 88 Optužnice (koje se odnosi na nečinjenje u kontekstu zločina protiv čovječnosti), i da ne izvodi dokaze ili ne iznosi argumente u vezi s odgovornošću optuženog za propuste da djeluje, nego samo po navodu kojim se on tereti krivičnom odgovornošću kao nadređeni na osnovu člana 7(3) Statuta Međunarodnog suda.<sup>25</sup> Optuženi tvrdi da se, prema međunarodnom pravu, krivična odgovornost po osnovu propusta da djeluje za bilo koji od zločina navedenih u Optužnici može pripisati samo kao odgovornost po članu 7(3).<sup>26</sup> prema tome, svaka referenca na nečinjenje kao oblik krivične odgovornosti, bez pozivanja na odgovornost nadređenog, izlazi iz okvira nadležnosti Međunarodnog suda.<sup>27</sup>

17. U prilog svojim navodima, optuženi iznosi četiri opšta argumenta. Prvo, on tvrdi da Međunarodni sud ne može razmatrati nijedan oblik odgovornosti ili krivično djelo prije nego što se prvo utvrdi da oni postoje i da su prihvaćeni u međunarodnom običajnom pravu, te da nema *dokaza* za tvrdnju da je “odgovornost po osnovu nečinjenja” u međunarodnom običajnom pravu – van konteksta odgovornosti nadređenog – postala priznata kao osnov za pripisivanje

<sup>22</sup> Odgovor u vezi s tačkom 11, par. 1–2.

<sup>23</sup> Replika u vezi s tačkom 11, par. 1.

<sup>24</sup> Replika u vezi s tačkom 11, par. 5.

<sup>25</sup> Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja, par. 22; vidi i Optužnicu, par. 30–31, 88.

<sup>26</sup> Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja, par. 2.

individualne krivične odgovornosti u međunarodnom krivičnom pravu.<sup>28</sup> Drugo, on tvrdi da, uprkos tome što se u jurisprudenciji Međunarodnog suda zasnivanje koncepcija odgovornosti po osnovu nečinjenja sreće u kontekstu pomaganja i podržavanja, planiranja, podsticanja i naređivanja, u svim takvim primjerima zapravo su posrijedi reference na pozitivne radnje (a ne nečinjenje)<sup>29</sup> ili na odgovornost nadređenog.<sup>30</sup> Treće, optuženi tvrdi da je odgovornost nadređenog, kako je utvrđena u članu 7(3) Statuta Međunarodnog suda, “*lex specialis* za odgovornost po osnovu nečinjenja u međunarodnom krivičnom pravu” i da se kažnjavanje pojedinca za nečinjenje mora ograničiti na taj priznati oblik krivične odgovornosti “ili će biti prekršeno načelo *nullum crimen sine lege*”.<sup>31</sup> Najzad, optuženi tvrdi da je “obaveza tužioca da dokaže oblike odgovornosti na koje se namjerava pozvati” i da optuženi nije dužan da dokazuje da takva pravila ne postoje.<sup>32</sup>

18. U Odgovoru u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, tužilac traži da se Prigovor optuženog odbaci jer je Žalbeno vijeće Međunarodnog suda potvrdilo da međunarodno običajno pravo dopušta krivičnu odgovornost po osnovu nečinjenja i van konteksta odgovornosti nadređenog i jer optuženi nije pokazao nijedan uvjerljiv razlog iz kojeg bi se odstupilo od precedentnog prava Žalbenog vijeća.<sup>33</sup> Tužilac tvrdi da činjenica da precedentno pravo Žalbenog vijeća priznaje odgovornost po osnovu nečinjenja odražava izvore međunarodnog običajnog prava<sup>34</sup> i da optuženi nije pokazao da su ti presedani rezultat “pogrešnih odluka”.<sup>35</sup>

19. Tužilac takođe tvrdi da iz propusta da se djeluje, u situaciji kad postoji zakonska dužnost djelovanja, može proisteći više vidova odgovornosti, navedenih u članu 7(1) Statuta, i da je ovaj Međunarodni sud više optuženih osudio i za počinjenje krivičnog djela i za pomaganje i podržavanje, odnosno doprinos u udruženom zločinačkom poduhvatu, po osnovu nečinjenja.<sup>36</sup> Tužilac takođe tvrdi da je odgovornost nadređenog “samo jedna vrsta odgovornosti za nečinjenje” i da iz propusta nadređene osobe da djeluje može proisteći odgovornost i po članu 7(1) i po članu 7(3), zavisno od toga da li postoji uzročna veza između nečinjenja optuženog i počinjenja zločina.<sup>37</sup> Najzad, tužilac tvrdi da “pripisivanje odgovornosti po osnovu nečinjenja

<sup>27</sup> Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja, par. 2.

<sup>28</sup> Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja, par. 2.1, 4–9.

<sup>29</sup> Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja, par. 2.2, 11.

<sup>30</sup> Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja, par. 12–16.

<sup>31</sup> Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja, par. 2.3, 19–20.

<sup>32</sup> Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja, par. 2.4.

<sup>33</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 1, 17.

<sup>34</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 7–12.

<sup>35</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 7.

<sup>36</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 2–4; vidi i Odgovor u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 5, gdje se govori o nečinjenju u slučaju naređivanja, planiranja i podsticanja.

<sup>37</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 6.



van konteksta odgovornosti nadređenog, shodno Statutu Međunarodnog suda, ne može rezultirati kršenjem načela *nullum crimen sine lege*” zato što je taj oblik odgovornosti “čvrsto utemeljen u međunarodnom običajnom pravu”, a Međunarodni sud ionako mora definisati obilježja zasebnih vidova odgovornosti iz člana 7(1) Statuta.<sup>38</sup>

20. Optuženi je dozvolu za ulaganje replike na tužiočev Odgovor u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja zatražio kako bi upoznao Vijeće sa tim kako pobija tužiočeve tvrdnje i izvore na koje se on poziva.<sup>39</sup> Optuženi tvrdi da tužilac nije ispunio svoju obavezu da “dokazima” pokaže da u međunarodnom običajnom pravu postoji odgovornost po osnovu nečinjenja van konteksta odgovornosti nadređenog<sup>40</sup> i da reference na jurisprudenciju Međunarodnog suda u Odgovoru u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja potvrđuju činjenicu da u međunarodnom pravu ne postoji osnov za odgovornost po osnovu nečinjenja.<sup>41</sup>

#### E. Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom

21. U Prigovoru na krivična djela s posebnom namjerom, optuženi tvrdi da navodi iz Optužnice, tačka 1 (genocid), tačka 2 (genocid), i tačka 3 (progon), treba da se odbace u dijelu u kojem se odnose na navodnu krivičnu odgovornost optuženog po osnovu trećeg oblika udruženog zločinačkog poduhvata jer se za njega ne zahtijeva posebna namjera neophodna za počinjenje tih zločina. Optuženi pored toga iznosi argument da član 7(1) Statuta ne priznaje korištenje tog oblika odgovornosti kako bi se on (ili bilo koji drugi optuženi) osudio kao “glavni izvršilac” zločina s posebnom namjerom. U prilog tome optuženi tvrdi da se ni u jednom predmetu, kako u međunarodnoj tako i u domaćoj sudskoj praksi, ne može naći ni nagovještaj te mogućnosti, a u onima gdje se taj problem razmatrao zapravo je utvrđeno upravo suprotno.<sup>42</sup> On priznaje da je Žalbeno vijeće u predmetu *Brđanin* većinom glasova sudija zauzelo stav da se osuđujuće presude za genocid mogu zasnovati na trećem obliku odgovornosti po osnovu udruženog zločinačkog poduhvata. Međutim, on ukazuje i na, kako on to naziva, “protivno mišljenje” jednog od članova sudskog vijeća.<sup>43</sup> Pored toga, optuženi tvrdi da se Žalbeno vijeće u predmetu *Krstić* “implicitno nije složilo” s odlukom većine u predmetu *Brđanin*, a da su i teoretičari saglasni u kritici te ideje.<sup>44</sup> On napominje i to da ovaj Međunarodni sud nikad nije razmatrao pitanje da li običajno pravo dopušta mogućnost odgovornosti po osnovu trećeg oblika

<sup>38</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 16.

<sup>39</sup> Replika u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 1.

<sup>40</sup> Replika u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 2; vidi i par. 7–15 s konkretnim primjerima da dokazi o tome ne postoje.

<sup>41</sup> Replika u vezi s odgovornošću po osnovu nečinjenja, par. 3–6.

<sup>42</sup> Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom, par. 1–5.

<sup>43</sup> Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom, par. 6–8.

<sup>44</sup> Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom, par. 9–11.

udruženog zločinačkog poduhvata za izricanje osuđujućih presuda za krivična djela s posebnom namjerom, a onda analizira više međunarodnih i domaćih predmeta za koje tvrdi da potkrepljuju njegov stav.<sup>45</sup>

22. U Odgovoru u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom, tužilac tvrdi da Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom treba da se odbaci jer odgovornost za takva krivična djela logički potpada pod treći oblik udruženog zločinačkog poduhvata prema, prema njegovoj definiciji u međunarodnom običajnom pravu. Tužilac se poziva i na konkretan zaključak Žalbenog vijeća u predmetu *Brđanin*, da se taj oblik odgovornosti može primijeniti na krivična djela s posebnom namjerom i napominje da u tom predmetu nije postojalo nikakvo protivno, nego samo izdvojeno mišljenje.<sup>46</sup> Tužilac pored toga tvrdi da nema potrebe za traženjem dokaza u *opinio juris* i sudskoj praksi država vezanoj za taj konkretan problem zbog toga što je Žalbeno vijeće utvrdilo da je treći oblik udruženog zločinačkog poduhvata dio međunarodnog običajnog prava i zato što se to pravo, u sadašnjem vidu, objektivno može primijeniti na krivična djela s posebnom namjerom.<sup>47</sup> Pored toga, tužilac tvrdi da optuženi “griješi zato što subjektivno obilježje određenog vida odgovornosti brka s *mens rea* krivičnog djela” i ističe zaključak Žalbenog vijeća da se taj oblik odgovornosti ni po čemu ne razlikuje od drugih oblika odgovornosti za koje se ne traži dokaz namjere počinjenja krivičnog djela”.<sup>48</sup> Najzad, tužilac napominje da je Žalbeno vijeće potvrdilo osuđujuće presude za krivična djela s posebnom namjerom, npr. za progon i mučenje, zasnovane na trećem obliku udruženog zločinačkog poduhvata i osporava tumačenje Drugostepene presude u predmetu *Krstić* i drugih predmeta iz perioda nakon Drugog svjetskog rata koje daje optuženi.<sup>49</sup>

23. Optuženi je zatražio dozvolu za Repliku u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom sa ciljem da obradi dva “pogrešna” tužiočeva odgovora, odnosno da “njegova teorija odgovornosti ne mora biti konsistentna s međunarodnim običajnim pravom”, a “ako i mora, međunarodno običajno pravo tu teoriju ne isključuje”.<sup>50</sup> Optuženi tvrdi da je Žalbeno vijeće Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (dalje u tekstu: MKSR) u predmetu *Rwamakuba* odbacilo argument da je u predmetu *Brđanin* implicitno utvrđeno da je “u običajnom pravu prihvaćeno postojanje [trećeg oblika udruženog zločinačkog poduhvata] za sva krivična djela, uključujući i krivična djela s posebnom namjerom poput genocida i progona”.<sup>51</sup> Optuženi zatim

<sup>45</sup> Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom, par. 12–45.

<sup>46</sup> Odgovor u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom, par. 1.

<sup>47</sup> Odgovor u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom, par. 3–7.

<sup>48</sup> Odgovor u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom, par. 8–10.

<sup>49</sup> Odgovor u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom, par. 11–12, 15–19.

<sup>50</sup> Replika u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom, par. 2.

<sup>51</sup> Replika u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom, par. 5–6.

tvrdi da je Žalbeno vijeće MKSR-a poslije utvrdilo to postojanje, ali samo za odgovornost po prvom obliku udruženog zločinačkog poduhvata.<sup>52</sup>

#### F. Prigovor na odgovornost nadređenog

24. U Prigovoru na odgovornost nadređenog optuženi traži da Pretresno vijeće odbaci drugu referencu na član 7(3) Statuta u paragrafu 35 Optužnice koja sadrži navod o njegovoj odgovornosti na osnovu člana 7(3) za kršenja istog člana od strane njegovih podređenih,<sup>53</sup> zato što član 7(3) Statuta ne obuhvata “višestruku odgovornost nadređenog”, što znači da takva optužba izlazi iz okvira nadležnosti Međunarodnog suda i predstavlja kršenje temeljnih načela krivičnog prava.<sup>54</sup> Optuženi napominje da se u precedentnom pravu Međunarodnog suda u vezi sa članom 7(3) postavlja uslov “bliske povezanosti” između nadređenog i podređenog, koja se može utvrditi pomoću dva elementa, tj. “efektivne kontrole” nadređenog nad podređenim i “znanja” nadređenog o krivičnom djelu podređenog.<sup>55</sup> Zbog uslova bliske povezanosti, kako tvrdi optuženi, “nadređeni može biti proglašen krivim i kažnjen za krivična djela u kojima je njegov podređeni aktivno učestvovao ili za krivična djela koje je zapravo počinio podređeni”.<sup>56</sup> Dakle, “odgovornost nadređenog po članu 7(3) Statuta ne može proisteći iz efektivne kontrole nad ‘posrednim nadređenim’ koji je direktno podređen nadređenom, niti iz njegovog znanja o tome da on nije intervenisao”.<sup>57</sup> Kako tvrdi optuženi, ako se primijeni koncepcija “višestruke odgovornosti nadređenog”, njemu bi se onda mogla pripisati krivična odgovornost “za to što nije spriječio ili kaznio svog podređenog koji isto tako nije spriječio ili kaznio svog podređenog za počinjena krivična djela”.<sup>58</sup> Optuženi naposljetku tvrdi da se “nadređeni ne može smatrati odgovornim i kazniti za krivična djela u kojima je njegov podređeni učestvovao nečinjenjem”.<sup>59</sup>

25. U Odgovoru u vezi s odgovornošću nadređenog tužilac ponovo tvrdi da optuženi nema valjan osnov za osporavanje nadležnost na osnovu pravila 72(A)(i) jer se njegovi argumenti odnose na obilježja određenog oblika odgovornosti, a to je pitanje koje treba da se riješi na suđenju.<sup>60</sup> Alternativno, tužilac iznosi argument da se nadređenom *može* pripisati odgovornost po članu 7(3) za propust njegovih podređenih da spriječe ili kazne osobe pod svojom efektivnom

<sup>52</sup> Replika u vezi s krivičnim djelima s posebnom namjerom, par. 7–8.

<sup>53</sup> Prigovor na odgovornost nadređenog, par. 1, 20

<sup>54</sup> Prigovor na odgovornost nadređenog, par. 2, 5–7, 12.

<sup>55</sup> Prigovor na odgovornost nadređenog, par. 2.1, 2.2, 4–8.

<sup>56</sup> Prigovor na odgovornost nadređenog, par. 2.3.

<sup>57</sup> Prigovor na odgovornost nadređenog, par. 8.

<sup>58</sup> Prigovor na odgovornost nadređenog, par. 12.

<sup>59</sup> Prigovor na odgovornost nadređenog, par. 15; vidi i par. 14.

<sup>60</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću nadređenog, par. 1–5.

kontrolom u vezi s počinjenjem krivičnih djela.<sup>61</sup> Pozivajući se na jurisprudenciju Međunarodnog suda, na međunarodno običajno pravo i druge izvore, tužilac tvrdi da reference na krivična djela “počinjena” od strane podređenog iz člana 7(3) obuhvataju svako kažnjivo ponašanje podređenog ostvareno putem bilo kog vida odgovornosti predviđenog Statutom, uključujući i odgovornost nadređenog za krivična djela koja su fizički izvršile druge osobe pod njegovom komandom.<sup>62</sup> Nadalje, tužilac dodaje da “krivična odgovornost nadređene osobe ne obuhvata samo aktivno učešće podređenih nego i njihovo nečinjenje”.<sup>63</sup>

26. Optuženi je dozvolu za ulaganje Replike u vezi s odgovornošću nadređenog zatražio na osnovu toga što je potrebno pobiti tužiočeve argumente i što će to Vijeću pomoći u donošenju odluke. Optuženi pobija tužiočev argument da Prigovor na odgovornost nadređenog nije valjan osnov za osporavanje nadležnosti. Pored toga, on iznosi argument da tužilac nije pokazao da je u međunarodnom običajnom pravu koncepcija višestruke odgovornosti nadređenog postojala u vrijeme kada su počinjena krivična djela koja se navode Optužnici ili da uopšte postoji, kao i da nije uputio ni na jedan predmet na ovom Međunarodnom sudu u kojem je optuženi osuđen zato što nije spriječio ili kaznio podređenog za propust da spriječi ili kazni.<sup>64</sup>

### **III. Osporavanje nadležnosti**

27. Relevantan dio pravila 72 Pravilnika predviđa sljedeće:

(A) Preliminarni podnesci, to jest podnesci kojima se

(i) osporava nadležnost,

[...]

podnose se u pismenom obliku i to najkasnije trideset dana nakon što je tužilac odbrani objelodanio sav materijal i izjave navedene u pravilu 66(A)(i) i moraju biti riješeni najkasnije šezdeset dana nakon podnošenja, a prije početka uvodnih izlaganja predviđenih pravilom 84.

[...]

<sup>61</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću nadređenog, par. 8–14, 23.

<sup>62</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću nadređenog, par. 15–19, 27.

<sup>63</sup> Odgovor u vezi s odgovornošću nadređenog, par. 21–22, 26.

<sup>64</sup> Replika u vezi s odgovornošću nadređenog, par. 8–21.

(D) Za potrebe stavova (A)(i) i B(i), podnesak kojim se osporava nadležnost podrazumijeva isključivo podnesak kojim se osporava optužnica na osnovu toga što se ne odnosi:

- (i) ni na jednu od osoba navedenih u članovima 1, 6, 7 i 9 Statuta;
- (ii) na teritorije navedene u članovima 1, 8 i 9 Statuta;
- (iii) na razdoblje navedeno u članovima 1, 8 i 9 Statuta;
- (iv) ni na jedno od kršenja navedenih u članovima 2, 3, 4, 5 i 7 Statuta.

28. Optuženi svaki od svojih šest Prigovora karakteriše kao prigovor na nadležnost u smislu pravila 72(D)(iv), dok tužilac osporava da se mnoga pitanja koja je optuženi pokrenuo mogu smatrati pitanjima nadležnosti u pravom smislu. Vijeće će stoga prvo razmotriti taj problem.

29. U tim Prigovorima optuženi ne osporava da Međunarodni sud ima nadležnost za (a) progon kao djelo u osnovi zločina protiv čovječnosti iz člana 5 Statuta; (b) vid odgovornosti poznat kao treći oblik udruženog zločinačkog poduhvata iz člana 7 Statuta; (c) uzimanje talaca kao djelo u osnovi zločina "kršenja zakona i običaja ratovanja" iz člana 3 Statuta; (d) razne vidove odgovornosti iz člana 7(1) Statuta; (e) krivična djela s posebnom namjerom; odnosno (f) vid odgovornosti poznat kao odgovornost nadređenog. Njegova argumentacija sastoji se zapravo u tome da je način na koji se ti zločini i vidovi odgovornosti navode u Optužnici pogrešan jer je tužilac pogrešno shvatio (i) šta može biti oblik progona koji se može podvesti pod član 5(h); (ii) šta su subjektivna obilježja odgovornosti po osnovu trećeg oblika udruženog zločinačkog poduhvata; (iii) što se u međunarodnom običajnom pravu smatra obilježjima vezanim za *actus reus* krivičnog djela uzimanja talaca; (iv) šta su obilježja različitih vidova odgovornosti po članu 7(1) i da li se za njih traži pozitivno djelovanje, a ne nečinjenje; (v) u kakvom su odnosu krivična djela s posebnom namjerom i udruženi zločinački poduhvat; i (vi) šta je potrebno za utvrđivanje obilježja odgovornosti nadređenog iz člana 7(3).

30. U prilog svom stavu da se u međunarodnom običajnom pravu osporavanje obilježja bića krivičnog djela smatra valjanom osnovom za osporavanje nadležnosti optuženi se poziva na jednu odluku Žalbenog vijeća iz predmeta *Gotovina*. Međutim, odluka na koju se on poziva ne govori nedvosmisleno u prilog njegovoj tvrdnji. U tom predmetu, žalilac se žalio na jednu odluku Pretresnog vijeća po četiri osnova, tvrdeći da su to valjani osnovi za osporavanje nadležnosti Međunarodnog suda jer pokazuju da je u optužnici prekršeno načelo *nullum crimen sine lege* zato što je definicija krivičnih djela iz običajnog prava proširena. Žalbeno vijeće je, međutim, utvrdilo da nijedan od tih prigovora nije relevantan za nadležnost. Što se tiče prvog Predmet br. IT-95-5/18-PT

prigovora, u okviru kojeg je žalilac tvrdio da nadležnost za deportaciju i prisilno premještanje postoji samo ako je teritorija na kojoj su se takva djela dogodila u predmetno vrijeme bila “okupirana teritorija”,<sup>65</sup> ono je konstatovalo sljedeće:

Žalitelj ovdje ne osporava da Međunarodni sud ima nadležnost nad [deportiranjem i prisilnim premještanjem kao zločinima protiv čovječnosti] koji su u Spojenoj optužnici inkriminirani po članku 5 Statuta, u skladu s njihovim definicijama i elementima usvojenim u međunarodnom običajnom pravu, kako se ono tumači u praksi Međunarodnog suda. Umjesto toga, on tvrdi da tumačenje definicije elementa *actus reus* tih zločina treba biti usko i ograničeno na raseljavanje s okupiranog teritorija. S obzirom na gore navedeno, žalitelj te argumente može iznijeti pred Raspravnim vijećem na suđenju kako bi se razmotrio njihov meritum; međutim, ti argumenti ne pokazuju da Međunarodni sud nema stvarnu nadležnost.<sup>66</sup>

Slične formulacije mogu se naći i u diskusiji Žalbenog vijeća u vezi sa drugim i četvrtim prigovorom.<sup>67</sup> Po svemu sudeći, argument optuženog sastojao se u sljedećem: da je Gotovina tvrdio da se za deportaciju i prisilno premještanje u Optužnici ne tereti *u skladu s obilježjima tih djela prema međunarodnom običajnom pravu*, Žalbena vijeće bi to smatralo valjanom osnovom za osporavanje nadležnosti. Međutim, Žalbena vijeće to pitanje nije razriješilo upravo zbog toga što nije smatralo da je posrijedi valjan osnov za osporavanje nadležnosti. Štaviše, u vezi s četvrtim prigovorom u kojem je, upravo kao u predmetnom Prigovoru na predvidivost, riječ bila o subjektivnom obilježju primjenjivom u kontekstu treće kategorije udruženog zločinačkog poduhvata, Žalbena vijeće je konstatovalo sljedeće:

Što se tiče žaliteljeve tvrdnje da tužiteljstvo nije na primjeren način u Optužnici navelo neki element tog vida odgovornosti, takav argument se odnosi na praksu sastavljanja optužnica, kao i na formu optužnice, i ne predstavlja prigovor na nadležnost.<sup>68</sup>

31. Poslije donošenja Odluke u predmetu *Gotovina*, Žalbena vijeće je u predmetu *Tolimir* podržalo zaključke Pretresnog vijeća da se prigovori slični ovima o kojima je ovdje riječ tiču “pravni pitanja i pitanja dokaza, koja je primjereno pokrenuti i dokazivati u toku suđenja”.<sup>69</sup> U tom predmetu dotični prigovori odnosili su se na način na koji se u Optužnici tereti za krivična djela genocida i udruživanja radi počinjenja genocida, a jedan od Tolimirovih argumenata bio je da se “neka djela, budući da ih Optužnica ne predstavlja kao djela koja proističu iz ‘genocidnih

<sup>65</sup> *Tužilac protiv Gotovine i drugih*, predmet br. IT-06-90-AR72.1, Odluka po interlokutornoj žalbi Ante Gotovine na odluku po više podnesaka kojima se osporava nadležnost, 6. juni 2007. (dalje u tekstu: Odluka o nadležnosti u predmetu *Gotovina*), par. 11.

<sup>66</sup> Odluka o nadležnosti u predmetu *Gotovina*, par. 15.

<sup>67</sup> Odluka o nadležnosti u predmetu *Gotovina*, par. 18 i 24.

<sup>68</sup> Odluka o nadležnosti u predmetu *Gotovina*, par. 24.

<sup>69</sup> *Tužilac protiv Tolimira*, predmet br. IT-05-88/2-AR72.1, Odluka po Tolimirovoj “Interlokutornoj žalbi na odluku Pretresnog vijeća u vezi s dijelom Drugog preliminarnog podneska u vezi s nadležnošću Međunarodnog suda”, 25. februar 2009. (dalje u tekstu: Odluka u predmetu *Tolimir*), par. 10, gdje se citira Odluka po Drugom preliminarnom podnesku u vezi s Optužnicom na osnovu pravila 72 pravilnika, koju je Pretresno vijeće II donijelo 1. oktobra 2008., par. 37.

namjera' nego kao prirodne i predvidive posljedice udruženih zločinačkih poduhvata (dalje u tekstu: UZP-ovi) ne mogu smatrati djelima genocida". Drugi prigovor odnosio se na pitanje primjenjivosti teorije udruženog zločinačkog poduhvata za pripisivanje odgovornosti za genocid i udruživanje radi počinjenja genocida.<sup>70</sup> Drugim riječima, pokrenuta pitanja bila su slična onima koja se navode u Prigovoru na krivična djela s posebnom namjerom. Žalbeno vijeće izjavilo je sljedeće:

Premda se na prvi pogled donekle odnose na stvarnu nadležnost, Tolimir u svojim tvrdnjama ne navodi da se tereti za zločin za koji Međunarodni sud nije stvarno nadležan. Genocid i udruživanje radi vršenja genocida, za koje Međunarodni sud jeste stvarno nadležan, i dalje mu se stavljaju na teret, *kakav god da je odnos između ovih krivičnih djela i UZP-ova i bez obzira na to da li je tužilaštvo iznijelo dovoljne ili valjane pojedinosti u vezi s actus reus i mens rea.*<sup>71</sup>

Ta odluka je u saglasnosti sa stavom zauzetim u predmetu *Milutinović i drugi*, gdje je Pretresno vijeće ocijenilo da je optuženi Ojdanić iznio tvrdnju koja,

ne pokreće problem nadležnosti Međunarodnog suda nad aktivnostima [udruženog zločinačkog poduhvata, tj. UZP-a], nego se odnosi na obeležja odgovornosti [po osnovu] UZP. Kao i prigovori u vezi s materijalnim obeležjima krivičnih dela, prigovori u vezi s obeležjima nekog oblika odgovornosti jesu pitanja koja treba rešavati na suđenju. Pitanje na suđenju u vezi s Ojdanićem i svakim od njegovih saoptuženih – gde se za sve njih navodi da su bili učesnici u UZP – biće da li je dokazano da je svaki od njih, učestvovanjem u UZP, počinio zločine.<sup>72</sup>

32. Iz tih razloga, Vijeće konstatuje da se nijedan od Prigovora ne može smatrati osporavanjem nadležnosti u smislu pravila 72(D)(iv). Pored toga, Vijeće smatra primjerenim da kaže još nešto o Prigovoru na krivična djela s posebnom namjerom, odnosno, da, čak kad bi se argumenti koje je optuženi iznio u tom Prigovoru i razmatrali kao valjani prigovori na nadležnost, Vijeće bi ih odbilo jer postoji jasan presedan Žalbenog vijeća o tome da se osuđujuća presuda za genocid, krivično djelo koje uključuje posebnu namjeru, može izreći za vid odgovornosti po osnovu trećeg oblika udruženog zločinačkog poduhvata. Naime, suprotno tome što tvrdi optuženi, Odluka u predmetu *Brđanin* po tom pitanju bila je jednoglasna. Sudija Shahabudden dao je izdvojeno mišljenje u kojem je podržao odluku većine, s objašnjenjem da se, po njegovom mišljenju, posebna namjera osobe optužene za genocid po osnovu trećeg oblika udruženog zločinačkog poduhvata može dokazati putem konkretnih okolnosti tog vida odgovornosti. Drugim riječima, sudija Shahabudden bio je mišljenja da se posebna namjera može dokazati na osnovu predviđanja.<sup>73</sup> Suprotno argumentima optuženog, Vijeće je takođe

<sup>70</sup> Odluka u predmetu *Tolimir*, par. 7.

<sup>71</sup> Odluka u predmetu *Tolimir*, par. 10 (fusnote izostavljene, naglasak dodat).

<sup>72</sup> *Tužilac protiv Milutinovića i drugih*, predmet br. IT-05-87-PT, Odluka po Ojdanićevom podnesku kojim se osporava nadležnost: Posredno saizvršilaštvo, 22. mart 2006., par. 23 (fusnote izostavljene).

<sup>73</sup> *Tužilac protiv Brđanina*, predmet br. IT-99-36-A, Odluka po interlokutornoj žalbi, 19. mart 2004., Izdvojeno mišljenje sudije Shahabuddena, par. 1-6.

mišljenja da se Žalbena vijeće MKSR-a u predmetu *Rwamakuba* vrlo jasno izjasnilo o tome da su u međunarodnom običajnom pravu prihvaćena *sva tri oblika* odgovornosti po osnovu udruženog zločinačkog poduhvata za zločin genocida:

Žalbena vijeće smatra da je međunarodno običajno pravo priznalo primjenu udruženog zločinačkog poduhvata kao vida odgovornosti za zločin genocida prije 1992. godine i da je konstatacija u tom smislu u Drugostepenoj presudi u predmetu *Tadić* stoga pravno valjana. Shodno tome, [MKSR] ima nadležnost da sudi žalioocu po optužbi za genocid za vid odgovornosti po osnovu udruženog zločinačkog poduhvata.<sup>74</sup>

33. Zaključivši da nijedan od navoda u Prigovorima nije osnov za osporavanje nadležnosti, Vijeće smatra da je pitanja pokrenuta u nekim od njih primjerenije razmatrati kao navode o nedostacima u formi optužnice u smislu pravila 72(A)(ii) tako da će ih u nastavku razmotriti iz te perspektive. Naime, u Prigovoru na paragraf 60(k) optuženi je iznio konkretan prigovor na formu Optužnice kao alternativan osnov za odbacivanje tog paragrafa.

### III. Nedostaci u formi optužnice

34. Član 18(4) Statuta predviđa da, nakon što utvrdi da *prima facie* postoje osnove za to, tužilac priprema optužnicu "koja sadrži sažet prikaz činjenica i krivično djelo ili djela za koja se optuženi tereti prema Statutu". U članu 21(4) stoji da se optuženom garantuju minimalna prava da bude pravovremeno i detaljno obaviješten o prirodi i razlozima optužbi protiv njega. Najzad, pravilo 47 detaljnije obrađuje postupak podizanja optužnice od strane tužioca i, u stavu (C), predviđa da se u njoj moraju navesti ime i ostali podaci osumnjičenog, kao i sažet prikaz činjenica iz predmeta i krivičnog djela za koje se osumnjičeni tereti. Žalbena vijeće je u više prilika izražavalo stav da se tužiočeva obveza iz člana 18(4) Statuta i pravila 47(C) Pravilnika da se u optužnici moraju navesti sažeti prikaz činjenica iz predmeta i krivična djela za koja se tereti mora tumačiti zajedno sa pravima optuženog iznijetim u članovima 21(2), 21(4)(a) i (b) Statuta, koji optuženom daju pravo da bude obaviješten o prirodi i razlozima optužbi protiv njega, kao i da dobije odgovarajuće vrijeme i uslove za pripremu odbrane.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> *Andre Rwamakuba protiv tužioca*, predmet br. ICTR-98-44-AR72.4, Odluka po interlokutornoj žalbi u vezi s primjenom udruženog zločinačkog poduhvata na krivično djelo genocida, 22. oktobar 2004., par. 31.

<sup>75</sup> Vidi npr. *Tužilac protiv Naletilića i drugih*, predmet br. IT-98-34-A, Presuda, 3. maj 2006. (dalje u tekstu: Drugostepena presuda u predmetu *Naletilić*), par. 23; *Tužilac protiv Kvočke i drugih*, predmet br. IT-98-30/1-A, Presuda, 28. februar 2005. (dalje u tekstu: Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka*), par. 27; *Tužilac protiv Blaškića*, predmet br. IT-95-14-A, Presuda, 29. juli 2004. (dalje u tekstu: Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*), par. 209; *Tužilac protiv Kupreškića*, predmet br. IT-95-16-A, Presuda po žalbama, 23. oktobar 2001. (dalje u tekstu: Drugostepena presuda u predmetu *Kupreškić*), par. 88.



35. Prema tome, glavna funkcija optužnice jeste da se optuženi na koncizan način obavijesti o prirodi krivičnih djela za koja se tereti i da se iznese činjenična osnova optužbi.<sup>76</sup> Tužilac je dužan da u optužnici navede pravno relevantne činjenice na kojima zasniva optužbe.<sup>77</sup> Da li je neka činjenica pravno relevantna ovisi o prirodi tužiočeve teze, pri čemu je presudan faktor priroda kažnjivog ponašanja koje se stavlja na teret, uključujući i blisku povezanost optuženog sa predmetnim događajima.<sup>78</sup>

36. U skladu s tim, ako se optuženom odgovornost želi pripisati na osnovu udruženog zločinačkog poduhvata, tužilac mora navesti cilj tog poduhvata, identitet učesnika i prirodu učešća optuženog u tom poduhvatu.<sup>79</sup> Naravno, činjenice u vezi s prirodom njegovog učešća u udruženom zločinačkom poduhvatu koje se moraju navesti u optužnici ovisiće o pravnim uslovima za taj vid odgovornosti, uključujući relevantno subjektivno obilježje koje treba da se primijeni. Isto tako, činjenice koje treba navesti u vezi s navodnim učešćem optuženog u konkretnom krivičnom djelu ovisiće o konkretnom djelu/djelima u osnovi za koja se optuženi tereti i o pravnim obilježjima dotičnog krivičnog djela. Da li su identitet navedenih žrtava, kao i mjesto i približan datum navedenih kažnjivih radnji "pravno relevantni" ovisi o prirodi tužiočeve teze i treba da se utvrdi za svaki slučaj pojedinačno, uzimajući u obzir, pored ostalog, i to da li je zbog samih razmjera navedenih krivičnih djela za koja se optuženi tereti neizvedivo zahtijevati visok stepen konkretnosti i blisku povezanost optuženog s inkriminiranim događajima.<sup>80</sup> Pored toga, u jurisprudenciji se ustalilo da, koliko je to moguće, tužilac treba da navede identitet žrtava.<sup>81</sup>

#### A. Prigovor na paragraf 60(k)

37. Član 5 Statuta predviđa sljedeće:

<sup>76</sup> *Tužilac protiv Blaškića*, predmet br. IT-95-14, Odluka o preliminarnom prijedlogu obrane za odbacivanje optužnice zbog formalnih nedostataka (nepreciznost/neodgovarajuće informacije o djelima za koja se optuženi tereti), 4. april 1997.; *Tužilac protiv Krnojelca*, predmet br. IT-97-25, Odluka po preliminarnom podnesku zbog prigovora na formu Izmijenjene optužnice, 11. februar 2000., par. 17; *Tužilac protiv Brđanina*, predmet br. IT-99-36-T, Odluka po prigovoru Momira Talića na formu Izmijenjene optužnice, 20. februar 2001., par. 18.

<sup>77</sup> *Tužilac protiv Hadžihasanovića*, predmet br. IT-01-47, Odluka o formi Optužnice, 7. decembar 2001., par. 12; Drugostepena presuda u predmetu *Kupreškić*, par. 88.

<sup>78</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Kupreškić*, par. 89; *Tužilac protiv Deronjića*, predmet br. IT-02-61, Odluka o formi optužnice, 25. oktobar 2002., par. 5.

<sup>79</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka*, par. 28.

<sup>80</sup> Vidi npr. *Tužilac protiv Gotovine*, predmet br. IT-06-90-AR73.3, Odluka po zajedničkoj interlokutornoj žalbi obrane na Odluku Raspravnog vijeća po zajedničkom zahtjevu obrane da se odbaci daljnje pojašnjenje identiteta žrtava koje je dostavilo tužiteljstvo, 26. januar 2009. (dalje u tekstu: Odluka u vezi sa žrtvama u predmetu *Gotovina*), par. 17; Drugostepena presuda u predmetu *Naletilić*, par. 24; Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 210; Drugostepena presuda u predmetu *Kupreškić*, par. 89-90.

<sup>81</sup> Odluka u vezi sa žrtvama u predmetu *Gotovina*, par. 19; Drugostepena presuda u predmetu *Kupreškić*, par. 90; Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka*, par. 28; Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 210.

Međunarodni sud je nadležan da krivično goni osobe odgovorne za sljedeća krivična djela kada su počinjena u oružanom sukobu, bilo međunarodnog bilo unutrašnjeg karaktera, i usmjerena protiv civilnog stanovništva:

- (a) ubistvo;
- (b) istrebljivanje;
- (c) porobljavanje;
- (d) deportacija;
- (e) zatvaranje;
- (f) mučenje;
- (g) silovanje;
- (h) progona na političkoj, rasnoj i vjerskoj osnovi;
- (i) druga nehumana djela.

38. Žalbeno vijeće je u više navrata iznijelo stav da, iako se oblici progona iz člana 5(h) Statuta ne moraju sami po sebi smatrati krivičnim djelima u međunarodnom pravu, ta djela moraju biti jednake težine kao djela u osnovi navedena u članu 5 Statuta kako bi predstavljala progon, bilo posmatrana pojedinačno, bilo zajedno sa nekim drugim djelima.<sup>82</sup> Prilikom utvrđivanja da li ta djela imaju jednaku težinu kao druga nabrojana djela u osnovi Žalbeno vijeće je ocijenilo i sljedeće:

Kako je već objašnjeno, nije potrebno da svako pojedino djelo u osnovi krivičnog djela progona ima istu težinu kao drugi zločini protiv čovječnosti: djela u osnovi progona mogu se posmatrati zajedno. Nivo težine ekvivalentan nivou težine drugih zločina protiv čovječnosti mora se dostići kumulativnim efektom svih djela u osnovi krivičnog djela progona. Nadalje, za potrebe ocjenjivanja njihove težine posebno je važan kontekst u kojem se ta djela u osnovi događaju.<sup>83</sup>

39. U Presudi u predmetu *Brđanin*, Pretresno vijeće je zaključilo da “uskraćivanje [prava na zapošljavanje, slobodu kretanja, propisan sudski postupak i odgovarajuću ljekarsku njegu] ima jednaku težinu kao i druga djela navedena u članu 5 Statuta”.<sup>84</sup>

40. U svojoj presudi u predmetu *Krajišnik*, Pretresno vijeće je dalo pregled relevantnog precedentnog prava i ocijenilo sljedeće:

[R]azna djela navedena u ... Optužnic[i] [odnosno, (i) uskraćivanje slobode kretanja; (ii) uskraćivanje zaposlenja putem uklanjanja s rukovodećih položaja u lokalnim državnim institucijama i policiji i opštim otpuštanjem s posla; (iii) ometanje privatnosti putem samovoljnih pretresanja stanova; (iv) uskraćivanje prava na sudski postupak; i (v) uskraćivanje ravnopravnog pristupa javnim službama], koja su izvršena na

<sup>82</sup> *Tužilac protiv Brđanina*, predmet br. IT-99-36-A, Drugostepena presuda, 3. april 2007. (dalje u tekstu: Drugostepena presuda u predmetu *Brđanin*), par. 296; Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka*, par. 321-323. Vidi i *Tužilac protiv Simića*, predmet br. IT-95-9-A, Drugostepena presuda, 28. novembar 2006., par. 177; Drugostepena presuda u predmetu *Naletilić*, 3, par. 574; Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 135; *Tužilac protiv Krnojelca*, predmet br. IT-95-27-A, Drugostepena presuda, 17. septembar 2003., par. 199, 221.

<sup>83</sup> *Tužilac protiv Nahimane*, predmet br. ICTR-99-52-A, Presuda, 28. novembar 2007. (dalje u tekstu: Drugostepena presuda u predmetu *Nahimana*), par. 987.

<sup>84</sup> *Tužilac protiv Brđanina*, predmet br. IT-99-36-T, Presuda, 1. septembar 2004.. (dalje u tekstu: Prvostepena presuda u predmetu *Brđanin*), par. 1049.

diskriminatornoj osnovi (zbog čega će se odsada smatrati *de facto* diskriminatornima i izvršenim s diskriminatornom namjerom) i za koja su ispunjeni opšti uslovi za zločine protiv čovječnosti, predstavljaju zločin progona kada se razmatraju zajedno s drugim djelima.<sup>85</sup>

Shodno tome, Vijeće je konstatovalo:

[M]jere ograničavanja i diskriminacije – konkretno, uskraćivanje zaposlenja, ograničavanje slobode kretanja, kršenje prava na privatnost i uskraćivanje ravnopravnog pristupa javnim službama – bile [su] dio rasprostranjenog i sistematskog napada na civilno stanovništvo muslimanske i hrvatske nacionalnosti. Vijeće stoga zaključuje da gorenavedena djela uvođenja mjera ograničavanja i diskriminacije protiv Muslimana i Hrvata predstavljaju progon kao zločin protiv čovječnosti.<sup>86</sup>

41. Žalbeno vijeće u predmetu *Brđanin* odbilo je argument da uskraćivanje prava na zapošljavanje, slobodu kretanja, propisan sudski postupak i odgovarajuću ljekarsku njegu u pravnom smislu izlaze iz okvira nadležnosti Međunarodnog suda jer ne dosežu nivo teškog kršenja međunarodnog humanitarnog prava.<sup>87</sup> Žalbeno vijeće je u vezi s tim zaključilo da je to “jedini Brđaninov argument u pogledu načina na koji je Pretresno vijeće tumačilo pravo, te [da] on ne tvrdi da je Pretresno vijeće pogrešno utvrdilo činjenično stanje u slučajevima gdje je utvrdilo da je uskraćivanje tih prava imalo jednaku težinu kao zločini navedeni u članu 5 Statuta”.<sup>88</sup>

42. Pretresno vijeće smatra da se ocjena da li određena djela ispunjavaju uslov dovoljne težine za oblike u osnovi progona sastoji iz dva koraka: (i) apstraktne ocjene da li se, u pravnom smislu, može smatrati da ta djela zadovoljavaju kriterij jednake težine i (ii) ocjene da li su, u kontekstu dokaza izvedenih na suđenju, ta djela, u činjeničnom smislu, i stvarno zadovoljila kriterij jednake težine. Iako se slaže s tužiocem da je stvarna težina inkriminiranih djela činjenično pitanje koje se može riješiti samo na suđenju, Vijeće smatra potrebnim da ispita da li dotična djela mogu zadovoljiti kriterij jednake težine tako da predstavljaju djelo u osnovi progona kao zločina protiv čovječnosti, kako bi se obezbijedilo da forma optužnice bude adekvatna. Shodno tome, Pretresno vijeće će se pozabaviti argumentom optuženog da djela navedena u paragrafu 60(k) Optužnice ni pojedinačno ni kumulativno ne ispunjavaju uslov jednake težine.

43. Pretresno vijeće podsjeća na jasno načelo, primjenjivano u praksi, a najjasnije izraženo u predmetu *Nahimana*, da “nivo težine ekvivalentan nivou težine drugih zločina protiv čovječnosti

<sup>85</sup> *Tužilac protiv Krajišnika*, predmet br. IT-00-39-T, Presuda, 27. septembar 2006. (dalje u tekstu: Prvostepena presuda u predmetu *Krajišnik*), par. 741.

<sup>86</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Krajišnik*, par. 790.

<sup>87</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Brđanin*, par. 295–297.

mora biti dosegnut kumulativnim efektom svih djela u osnovi progona”.<sup>89</sup> Na osnovu nekih od oblika ponašanja nabrojanih u paragrafu 60(k) Optužnice teretilo se i u predmetu *Brđanin*, a Pretresno vijeće je, u odluci koju je Žalbeno vijeće podržalo, zaključilo da, posmatrani zajedno, oni mogu ispuniti kriterij jednake težine kako bi se smatralo da je, u pravnom smislu, njima ostvaren progon. U predmetu *Krajišnik* Pretresno vijeće je bilo mišljenja da bi oblici ponašanja, praktično istovjetni onima koji su nabrojani u paragrafu 60(k) Optužnice,<sup>90</sup> posmatrani zajedno s ostalim navedenim djelima u osnovi progona, mogli predstavljati progon. Ponovno pregledavši navode iz paragrafa 60(k), Vijeće se uvjerilo da bi u njemu navedeni oblici ponašanja, posmatrani zajedno, mogli zadovoljiti kriterij jednake težine i, shodno tome, predstavljati progon u smislu člana 5 Statuta. Iz toga proizlazi da se Vijeće uvjerilo i u to da je situacija ista ako se oni uzmu u obzir zajedno s ponašanjem navedenim u drugim potparagrafima paragrafa 60 Optužnice. Što se tiče argumenta optuženog da se dotična djela ne mogu kombinovati da bi činila zločin protiv čovječnosti u kontekstu udruženog zločinačkog poduhvata, Vijeće napominje da je u oba gorepomenuta predmeta odgovornost optuženog bila zasnovana na udruženom zločinačkom poduhvatu<sup>91</sup> ili na djelovanju “u saradnji” s drugim osobama.<sup>92</sup> Pitanja ko je, gdje i kada izvršio neko od djela o kojima je riječ i da li se ta djela mogu kombinovati da bi predstavljala zločin protiv čovječnosti činjenična su i pravna pitanja koja se moraju riješiti na suđenju. Nije posrijedi problem nadležnosti Međunarodnog suda, nego to da li su navodi iz paragrafa 60(k) Optužnice relevantni za optužbu za progon, što, kako proističe iz gornje analize, svakako jeste slučaj.

44. Što se tiče drugog argumenta optuženog, da bi paragraf 60(k) trebalo da se odbaci zato što on ne može pripremiti odbranu u vezi s tim navodima jer oni nisu dovoljno konkretni, Vijeće napominje da se navodi da je progon kao zločin protiv čovječnosti u geografskom smislu počinjen na 28 mjesta, u periodu duljem od tri godine. Zbog širokih razmjera i dugotrajnosti inkriminisane kampanje progona i uzimajući u obzir visoki položaj optuženog, kao i činjenicu da tužilac ne navodi da je on fizički izvršio bilo koji od tih zločina, Vijeće konstatuje da je tužilac, imajući u vidu sve okolnosti ovog predmeta, u dovoljnoj mjeri obavijestio optuženog o tezama na koje mora da odgovori. Ondje gdje se ne može konkretno navesti tačan identitet

<sup>88</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Brđanin*, par. 297.

<sup>89</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Nahimana*, par. 987.

<sup>90</sup> Upor. *Tužilac protiv Krajišnika*, predmet br. IT-00-39-PT, Izmijenjena konsolidovana optužnica, 7. mart 2002. (dalje u tekstu: Optužnica u predmetu *Krajišnik*), par. 19(a).

<sup>91</sup> *Tužilac protiv Brđanina i drugih*, predmet br. IT-99-36-PT, Druga izmijenjena optužnica, 6. oktobar 2004., par. 21ff.

<sup>92</sup> Optužnica u predmetu *Krajišnik*, par. 26.

žrtava, dovoljno je da one budu navedene kao kategorija ili kao grupa,<sup>93</sup> a takav način navođenja može se smatrati dovoljnim i u pogledu identiteta osoba koje su fizički izvršile navedena djela.<sup>94</sup> Vijeće smatra da djela nabrojana u paragrafu 60(k), zajedno s naznakom drugdje u Optužnici da je do progona došlo u navedenim opštinama i tokom perioda na koji se Optužnica odnosi, dovoljno su i jasno obavještenje optuženom o optužbama protiv njega.

## B. Prigovor na predvidivost

45. U svjetlu stavova Žalbenog vijeća u predmetu *Gotovina* u vezi sa sličnim prigovorom,<sup>95</sup> Vijeće smatra da se Prigovor na predvidivost može i zapravo mora tumačiti kao prigovor na formu Optužnice u smislu člana 18(4) i pravila 47(C). Kako je već objašnjeno u paragrafu 10, optuženi ukazuje na neodređenost jurisprudencije Međunarodnog suda u vezi sa subjektivnim obilježjima trećeg oblika udruženog zločinačkog poduhvata. U suštini, pitanje glasi koji je stepen predviđanja od strane optuženog potreban kako bi se potreban standard smatrao zadovoljenim, prije nego što se može utvrditi njegova odgovornost. Iako se pitanje da li bi optuženi morao predvidjeti mogućnost ili vjerovatnost počinjenja zločina koji nisu planirani ili koji predstavljaju odstupanje može činiti prilično teoretskim, optuženi u kontradiktornom sistemu Međunarodnog suda ima pravo da prije početka suđenja zna koje će se subjektivno obilježje primijeniti na pitanje njegove individualne krivične odgovornosti. Vijeće napominje da se tužilac pozvao na kriterij formulisan u predmetu *Vasiljević*, ali napominje i to da se u izjašnjenjima o pravnim pitanjima u drugim predmetima upotrebljava više različitih formulacija. Vijeće će stoga sada obraditi ovaj prigovor.

46. Iako je srž problema pitanje da li optuženi treba da predvidi mogućnost, a ne vjerovatnoću zločina koji predstavljaju odstupanje, u raznim prilikama diskutovalo se i o drugim uslovima relevantnim za potrebno subjektivno obilježje, uključujući i izvornu Drugostepenu presudu u predmetu *Tadić* u kojoj su izloženi oblici udruženog zločinačkog poduhvata, pri čemu je subjektivno obilježje obično definisano kao obilježje koje se sastoji od više pod-obilježja, pored stvarnog predviđanja koje se traži od optuženog. Vijeća su po pravilu u tom uslovu vidjela više i objektivnih i subjektivnih obilježja. Pretresno vijeće u predmetu *Krajišnik* je u Presudi iz septembra 2006. tu problematiku saželo ovako:

<sup>93</sup> *Tužilac protiv Brđanina i drugih*, predmet br. IT-99-36-PT, Odluka po prigovoru Momira Talića na formu Izmijenjene optužnice, 20. februar 2001., par. 22; *Tužilac protiv Krnojelca*, IT-97-25-PT, Odluka po preliminarnom podnesku odbrane zbog prigovora na formu Optužnice, 24. februar 1999., par. 55.

<sup>94</sup> *Tužilac protiv Krajišnika*, predmet br. IT-00-39-PT, Odluka po preliminarnom podnesku o formi Optužnice, 1. august 2000., par. 9; *Tužilac protiv Kvočke i drugih*, predmet br. IT-95-30-PT, Odluka po preliminarnim podnescima odbrane o formi Optužnice, 12. april 1999., par. 22.

<sup>95</sup> Vidi gore, par. 29.

U ovom kontekstu postoje dva uslova, jedan objektivne, a drugi subjektivne prirode. Objektivni element ne zavisi od stanja svijesti optuženog. To je uslov da počinjeni zločin bude prirodna i predvidiva posljedica provođenja UZP-a. Treba ga razlikovati od subjektivnog stanja svijesti, to jest od situacije u kojoj je optuženi svjestan da provođenje UZP-a može za posledicu imati činjenje zločina i s tom sviješću učestvuje u njegovom provođenju.<sup>96</sup>

47. Nije lako naslutiti šta se tačno misli pod “prirodnom i predvidivom posljedicom”. To može da se shvati kao pokušaj da se ograniči odgovornost za zločine koji predstavljaju odstupanje, da se odrede granice potencijalne krivične odgovornosti. Međutim, ta mogućnost teško je spojiva sa načinom na koji su objektivna i subjektivna obilježja tretirana u predmetu *Kvočka i drugi*. U tom predmetu Žalbeno vijeće je bilo mišljenja da se “optuženi može smatrati odgovornim za zločine koji su počinjeni mimo ostvarivanja cilja sistemskog udruženog zločinačkog poduhvata, ako su ti zločini predstavljali prirodnu i predvidivu posljedicu tog poduhvata”.<sup>97</sup> Zatim slijedi objašnjenje uslova da predmetni zločin mora biti prirodna i predvidiva posljedica udruženog zločinačkog poduhvata:

[T]reba naglasiti da se ovo pitanje mora procijeniti u odnosu na lična saznanja dotičnog optuženog. To je naročito značajno za sistemski oblik udruženog zločinačkog poduhvata, koji može uključivati veliki broj učesnika čije su uloge međusobno udaljene i odvojene. Ono što može izgledati prirodno i predvidivo jednom učesniku u sistemskom udruženom zločinačkom poduhvatu ne mora biti prirodno i predvidivo nekom drugom učesniku, zavisno od informacija koje su im dostupne. Stoga, učestvovanje u sistemskom udruženom zločinačkom poduhvatu ne povlači nužno krivičnu odgovornost za sve zločine koji, premda nisu obuhvaćeni zajedničkim ciljem poduhvata, predstavljaju prirodnu i predvidivu posljedicu tog poduhvata. Neki učesnik može se smatrati odgovornim za takve zločine samo ako tužilaštvo dokaže da je optuženi bio dovoljno upućen da bi, s njegove tačke gledišta, dodatni zločini bili prirodna i predvidiva posljedica.<sup>98</sup>

Dakle, naglasak je bio na predvidivosti od strane optuženog, što treba da se shvati kao “stvarno predviđanje” od strane optuženog. Žalbeno vijeće je to smatralo ograničenjem nečega što bi inače bila odgovornost za posljedice koje su bile “prirodne i predvidive”. Tako gledano, teško je razumjeti šta se postiže postavljanjem uslova prirodnih i predvidivih posljedica kada se na kraju praktični kriterij odnosi na predviđanje samog optuženog.

48. Drugostepena presuda u predmetu *Tadić* je prvobitan izvor tih, naizgled različitih objektivnih i subjektivnih uslova. Ti uslovi izraženi su na više načina u kojima je potrebno razabrati suštinske elemente. U paragrafu 220 Žalbeno vijeće je izjavilo sljedeće:

Što se tiče treće kategorije slučajeva, primjena koncepta “zajedničke nakane” umjesna je samo kad su ispunjeni sljedeći uslovi u vezi *mens rea*: (i) namjera da se učestvuje u zajedničkom zločinačkom poduhvatu i da se – individualno i zajednički – sprovede

<sup>96</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Krajišnik*, par. 882.

<sup>97</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka*, par. 86.

<sup>98</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka*, par. 86.

zločinačka nakana tog poduhvata; i (ii) predvidivost mogućeg počinjenja, od strane drugih pripadnika grupe, krivičnih djela koja ne predstavljaju cilj zajedničke zločinačke nakane.<sup>99</sup> Znači, učesnici moraju imati na umu namjeru, na primjer da se zlostavlja ratne zarobljenike (čak i ako je takva namjera improvizovana na licu mjesta) i jedan ili neki pripadnici grupe su ih odista i ubili. Međutim, da bi se odgovornost za smrti mogla pripisati i drugima, svako u grupi mora da je bio u stanju *predvidjeti* takav rezultat. Moramo primijetiti da se traži više od nehaja. Ono što se traži je stanje svijesti u kome je neka osoba, iako nije namjeravala prouzročiti izvjesni rezultat, bila svjesna da će akcije grupe najvjerovatnije dovesti do tog rezultata, a ipak je svojom voljom pristala na taj rizik. Drugim riječima, traži se takozvani *dolus eventualis* (u nekim nacionalnim pravnim sistemima zvan "smotreni nehaj").<sup>100</sup>

49. U paragrafu 228 Vijeće je zatim rezimiralo svoj stav i u još konciznijem obliku nabrojalo ključna subjektivna obilježja. Izjasnivši se o uslovu da je optuženi morao imati namjeru da učestvuje u ostvarenju kažnjivog cilja i da mu doprinese, Vijeće je u nastavku izjavilo sljedeće:

Nadalje, do odgovornosti za krivično djelo različito od onog koje je dogovoreno zajedničkim planom dolazi samo ako je, u uslovima tog slučaja, bilo *predvidivo* da će jedan ili drugi pripadnici grupe počiniti takvo krivično djelo i (ii) optuženi je *hotimično pristao na taj rizik*.<sup>101</sup>

50. Posmatrajući te različite konstatacije zajedno, teško je sa sigurnošću reći da li se zahtijeva predviđanje mogućnosti ili vjerovatnoće. Postoji očigledna razlika između predviđanja da će određene radnje "najvjerovatnije dovesti do te posljedice" i predvidljivosti da "se može izvršiti takav zločin". Primjenjujući svoje razne konstatacije na činjenice tog predmeta, Žalbena vijeće je na kraju u paragrafu 232 utvrdilo sljedeće:

Prema tome, jedini mogući zaključak koji se može izvući jeste da je [Tadić] imao namjeru sprovesti zločinačku nakanu uklanjanja nesrpskog stanovništva iz regiona Prijedora izvršavanjem nečovječnih djela nad njima. Da su ne-Srbi mogli biti ubijeni u sprovođenju ovog zajedničkog cilja, bilo je predvidivo u okolnostima ovog predmeta. [Tadić] je bio svjestan da akcije grupe kojoj je pripadao mogu vjerovatno dovesti do takvih ubistava, ali je ipak hotimično pristao na taj rizik.<sup>102</sup>

Čini se da Vijeće ovdje – u svom konačnom zaključku – kaže da posljedice, uopšteno govoreći, moraju biti predvidive, ali da je nužno da ih konkretni optuženi stvarno predvidi kao vjerovatne i hotimično pristane na taj rizik, uprkos tom saznanju.

51. Ista misao je zatim izražavana na razne načine. Na primjer, u predmetu *Krstić* Žalbena vijeće je navelo sljedeće:

Dovoljno je pokazati da je optuženi bio svjestan da su ta druga djela koja nisu dio dogovorenog udruženog zločinačkog poduhvata prirodna i predvidiva posljedica

<sup>99</sup> *Tužilac protiv Tadića*, predmet br. IT-94-1-A, Presuda, 15. juli 1999. (dalje u tekstu: Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*), par. 220.

<sup>100</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, par. 220 (naglasak dodat).

<sup>101</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, par. 228 (naglasak kao u originalu).

<sup>102</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, par. 232.

dogovorenog udruženog zločinačkog poduhvata, i da je učestvovao u tom poduhvatu svjestan vjerovatnosti da će on rezultirati tim djelima.<sup>103</sup>

U toj konstataciji se na prilično neobičan način kombinuju vjerovatnoću i mogućnost.

52. U martu 2004., u Odluci po interlokutornoj žalbi u predmetu *Brđanin*, isti stav je formulisan ovako:

Dovoljno je samo da se optuženi [uključio] u udruženi zločinački poduhvat radi počinjenja drugačijeg zločina sa sviješću da mu njegovo počinjenje čini razumno predvidivim da će drugi učesnici u udruženom zločinačkom poduhvatu počiniti zločin koji mu se stavlja na teret, i da je taj zločin počinjen.<sup>104</sup>

Sličnu formulaciju naći ćemo i u Odluci na osnovu pravila 98bis u predmetu *Milošević* i u Prvostepenoj presudi u predmetu *Milutinović i drugi*.<sup>105</sup>

53. Međutim, u raznim predmetima, taj kriterij je formulisan na sličan način kao u Odluci o formi Optužnice u predmetu *Brđanin i Talić* iz juna 2001., odnosno, traži se dokaz da je (i) taj drugačiji zločin koji predstavlja odstupanje bio prirodna i predvidiva posljedica provođenja udruženog zločinačkog poduhvata, i da je (ii) optuženi bio svjestan da je taj zločin koji predstavlja odstupanje moguća posljedica provođenja udruženog zločinačkog poduhvata, ali je svjesno prihvatio tu mogućnost, učestvujući u udruženom zločinačkom poduhvatu.<sup>106</sup>

54. Žalbena vijeće se ovom problematikom nedavno bavilo u predmetu *Martić* dajući sljedeće objašnjenje:

Kako bi se optuženom mogla pripisati odgovornost po osnovu treće kategorije UZP-a, nije dovoljno da je on stvorio uslove koji su omogućili činjenje zločina koji nije obuhvaćen opštim ciljem; ono što je neophodno jeste to da je optuženi mogao da predvidi da će doći do takvog zločina i da je svesno prihvatio opasnost da taj zločin bude počinjen.<sup>107</sup>

Ovdje se naglašavaju znanje i stanje svijesti optuženog. To je srž traženog subjektivnog obilježja. Važno je ono što je optuženi predviđao. Međutim, nakon što je predviđanje od strane optuženog definisalo kao valjan kriterijum, Pretresno vijeće se nije jasno izjasnilo o tome da li se to predviđanje odnosi na mogućnost ili na vjerovatnoću počinjenja zločina koji predstavlja

<sup>103</sup> *Tužilac protiv Krstića*, predmet br. IT-98-33-A, Presuda, 19. april 2004., par. 150.

<sup>104</sup> *Tužilac protiv Brđanina*, predmet br. IT-99-36-A, Odluka po interlokutornoj žalbi, 19. mart 2004., par. 5-6.

<sup>105</sup> *Tužilac protiv Slobodana Miloševića*, predmet br. IT-02-54-T, Odluka po predlogu za donošenje oslobađajuće presude, 16. juni 2004., par. 290; *Tužilac protiv Milutinovića*, predmet br. IT-05-87-T, Presuda, tom 1 od 4, 26. februar 2009. (dalje u tekstu: Prvostepena presuda u predmetu *Milutinović*, tom I), par. 111.

<sup>106</sup> Vidi npr. *Tužilac protiv Brđanina i Talića*, predmet br. IT-99-36-PT, Odluka o formi dodatno izmijenjene optužnice i zahtjevu tužilaštva za izmjenu Optužnice, 26. juni 2001., par. 28-31; Drugostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 33; Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka*, par. 83; *Tužilac protiv Stakića*, predmet br. IT-97-24-A, Presuda, 22. mart 2006., par. 65, 87.

<sup>107</sup> *Tužilac protiv Martića*, predmet br. IT-95-11-A, Presuda, 8. oktobar 2008., par. 83.



odstupanje. Iako formulacija “svesno prihvatio mogućnost da taj zločin bude počinjen” upućuje na mogućnost, nije posve jasno da je Vijeće pritom mislilo na stepen predvidivosti.

55. Ovaj pregled jurisprudencije Međunarodnog suda u vezi s pitanjem da li se dotični kriterij odnosi na vjerovatnoću ili na mogućnost, navodi Vijeće na dva zaključka. Prvo, u Drugostepenoj presudi u predmetu *Tadić* postavljen je uslov da optuženi predvidi da se mogu dogoditi zločini koji predstavljaju odstupanje, tj. da će se oni vjerovatno dogoditi. Drugo, iako je sudska praksa kasnije u više navrata upućivala na mogućnost i vjerovatnoću, čini se da kriterij definisan u predmetu *Tadić* ni u jednoj fazi nije nedvosmisleno odbačen. Iako se standard postavljen u tom predmetu izražavao na različite načine u različitim prilikama, uslov je da optuženi predvidi da će se vjerovatno dogoditi zločini koji predstavljaju odstupanje.

56. Što se tiče objektivnog uslova za standard subjektivnog obilježja, iako je Žalbeno vijeće u predmetu *Tadić* smatralo da zločini koji predstavljaju odstupanje moraju biti “prirodna i predvidiva” posljedica zločinačkog plana ili cilja, Vijeće je, poput Žalbenog vijeća u predmetu *Kvočka*, mišljenja da izraz “prirodna” uključuje više subjektivnih konotacija. Na primjer, nešto što je u jednom skupu okolnosti prirodno, to možda neće biti u nekom drugom. Iz tog razloga, Vijeće smatra da je primjereniji kriterij razumno predvidivih posljedica. Drugačije rečeno, za utvrđivanje onoga što je optuženi predviđao relevantno može biti ono što bi bilo predvidivo za bilo koju razumnu osobu u istoj situaciji.

57. Vijeće ne odbacuje navode Optužnice zasnovane na ovom vidu odgovornosti, nego tužiocu daje mogućnost da predloži izmjene kojima bi se ovaj nedostatak u formi Optužnice ispravio.

### C. Prigovor na tačku 11

58. Nema sumnje da je uzimanje talaca zabranjeno zajedničkim članom 3 Ženevskih konvencija i da su povrede zajedničkog člana 3 pokrivene članom 3 Statuta Međunarodnog suda.<sup>108</sup> Vijeće napominje da naizgled zajednički član 3 ne zabranjuje samo uzimanje talaca koji su civilne osobe, nego i osobe koje “ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima”. Međutim, da li, prema argumentaciji optuženog, žrtve uzimanja talaca moraju biti civilne osobe ili osobe koje su protivpravno lišene slobode jesu pitanja koja se tiču obilježja bića tog krivičnog djela. I ovdje, u svjetlu stavova Žalbenog vijeća u predmetu *Gotovina*, Vijeće smatra da je posrijedi prigovor na formu Optužnice. Vijeće takođe smatra da je to pitanje primjereno riješiti prije početka glavnog

<sup>108</sup> *Tužilac protiv Tadića*, predmet br. IT-94-1-AR72, Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda, 2. oktobar 1995. (dalje u tekstu: Odluka o nadležnosti u predmetu *Tadić*), par. 89; *Tužilac protiv Blaškića*, IT-95-14-T, Presuda, 3. mart 2000. (dalje u tekstu: Prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*), par.147.

pretresa jer bi odluka Vijeća mogla imati značajan uticaj na način na koji će strane u postupku izvoditi svoje dokaze.

59. Uprkos opširnoj i zamršenoj argumentaciji optuženog o ovom pitanju i u Prigovoru na tačku 11 i u Replici u vezi s njom, Vijeće je mišljenja da je stvar relativno jednostavna. Žalbeno vijeće stoji na stanovištu da su zaštitni mehanizmi iz zajedničkog člana 3 sada ugrađeni u član 3 Statuta.<sup>109</sup> Nadalje, Žalbeno vijeće je, pozivajući se na predmet *Nikaragva* koji je 1986. rješavao Međunarodni sud pravde, konstatovalo i to da se zajednički član 3 Ženevskih konvencija primjenjuje i u međunarodnim i u nemeđunarodnim oružanim sukobima, što znači da je karakter sukoba za tu odredbu irelevantan.<sup>110</sup> Shodno tome, argument optuženog da zaštitni mehanizmi iz člana 3 nisu bili dio međunarodnog običajnog prava u kontekstu međunarodnog oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini nije valjan, kao neminovno i njegov argument da tužilac protivno zdravom razumu pokušava “preslikati pravila” iz “relativno neregulisanog konteksta unutrašnjeg oružanog sukoba” u “visoko regulisan kontekst međunarodnog oružanog sukoba”.<sup>111</sup> Naime, mnogo puta prije i poslije 1995. rečeno je da je član 3 “minimalno mjerilo, uz kompleksnija pravila koja se takođe primjenjuju na međunarodne sukobe”.<sup>112</sup> Stoga, čak ako i prihvati argument optuženog da tužilac pokušava “preslikavati pravila”, Vijeće smatra da nema ničeg protivnog zdravom razumu u prenošenju onoga što je široko prihvaćeno kao minimalna zaštita zajamčena osobama koje ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima u kontekst međunarodnih oružanih sukoba.

60. U dva ranija predmeta, u predmetu *Blaškić* i predmetu *Kordić i Čerkez*, Međunarodni sud je razmatrao krivično djelo uzimanja talaca. Međutim, ta vijeća su se bavila navodima vezanim za uzimanje civila za taoce tako da se baš nisu bavila konkretnim pitanjem stausa osoba koje su, u kontekstu uzimanja talaca, zaštićene članom 3. Ipak, zajednički član 3 Ženevskih konvencija štiti osobe “koje neposredno ne sudjeluju u neprijateljstvima, uključujući pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i osobe koje su izvan borbenog stroja (*hors de combat*) zbog ... lišenja slobode ili bilo kojeg drugog razloga”.<sup>113</sup> U skladu s tim, minimum zaštite ukratko naveden u zajedničkom članu 3, koji uključuje i zabranu uzimanja talaca, primjenjuje se i na osobe koje su van borbenog stroja zato što su lišene slobode. To je potvrdilo i Pretresno vijeće u predmetu *Blaškić* u kojem su izrečene osuđujuće presude za uzimanje talaca u vezi sa

<sup>109</sup> Odluka o nadležnosti u predmetu *Tadić*, par. 89.

<sup>110</sup> Odluka o nadležnosti u predmetu *Tadić*, par. 102.

<sup>111</sup> Prigovor na tačku 11, par. 7–8.

<sup>112</sup> Predmet u vezi s vojnim i paravojnim aktivnostima u Nikaragvi i protiv Nikaragve (*Nicaragua v. United States of America /Nikaragva protiv SAD-a/*), Presuda od 27. juna 1986. (meritum), par. 218; Odluka o nadležnosti u predmetu *Tadić*, par. 102, 109; *Tužilac protiv Tadića*, predmet br. IT-94-1-T, Odluka o prigovoru odbrane na nadležnost, 8. august 1995., par. 66–67.

<sup>113</sup> Zajednički član 3(1) Ženevskih konvencija.

lišavanjem slobode velikog broja bosanskih Muslimana, o čemu je Vijeće reklo sljedeće: “Ako i nisu svi bili civili, niko od njih nije učestvovao u borbi”.<sup>114</sup> Vijeće napominje da su pripadnici snaga UN za koje se navodi da su u Srebrenici uzeti kao taoci bili, najblaže rečeno, lišavanjem slobode stavljeni van borbenog stroja.

61. Osim toga, u predmetima *Blaškić i Kordić i Čerkez* mogu se naći korisne smjernice kada se radi o pitanju da li je protivpravno lišavanje slobode djelo u osnovi uzimanja talaca. U predmetu *Blaškić* optuženi je za uzimanje talaca optužen po članu 2(h), tj. za uzimanje za taoce civila kao tešku povredu Ženevskih konvencija, kao i po članu 3. Govoreći o ovom prvom, Vijeće je navelo sljedeće:

U smislu člana 2 Statuta, civili uzeti za taoce su lica koja su protivzakonito lišena slobode, često samovoljno, a ponekad pod prijetnjom smrću. Međutim, kao što tvrdi odbrana, zatočavanje može biti zakonito u određenim okolnostima, konkretno kada se radi o zaštiti civila ili kada to nameću razlozi bezbjednosti. Optužba mora pokazati da je u trenutku navodnog zatočenja, čin za koji se tvrdi da je kažnjiv, počinjen da bi se ishodilo neki ustupak ili ostvarila korist. Elementi te povrede slični su onima iz člana 3(b) Ženevskih konvencija koji su obuhvaćeni članom 3 Statuta.<sup>115</sup>

62. Što se tiče člana 3, Vijeće se pozvalo na definiciju talaca iz komentara zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija, odnosno, da su taoci “državljeni jedne od zaraćenih država koji se milom ili silom nalaze u vlasti neprijatelja i slobodom i životom odgovaraju za izvršavanje njegovih naređenja i bezbjednost njegovih oružanih snaga”.<sup>116</sup> Vijeće je navelo sljedeće:

Definiciju talaca treba shvatiti u smislu teških povreda iz člana 2 Statuta, odnosno kao lica koja su protivzakonito lišena slobode, često na samovoljan način, a ponekad i pod prijetnjom smrću. Strane u postupku ne osporavaju da zatočenici, da bi bili smatrani taocima, moraju biti upotrebljeni u svrhu stjecanja neke koristi ili postizanja određenog angažmana jedne od zaraćenih strana, neke druge osobe ili grupe osoba.<sup>117</sup>

63. U predmetu *Kordić i Čerkez*, Pretresno vijeće je takođe razmotrilo optužbe za uzimanje talaca i po članu 2(h) i po članu 3 Statuta. Što se tiče prvog, obilježja djela formulisana su ovako:

Prema tome, Vijeće smatra da neka osoba čini krivično djelo uzimanja civila za taoce onda kada prijeti da će civile, koji su protivpravno zatočeni, izložiti nečovječnom postupanju ili pogibiji u cilju ispunjenja nekog uslova.<sup>118</sup>

64. Razmatrajući obilježja uzimanja talaca iz člana 3, isto Vijeće je pobrojalo razne kategorije zaštićenih osoba obuhvaćene zajedničkim članom 3 i zauzelo stav, pozivajući se na

<sup>114</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 708.

<sup>115</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 158.

<sup>116</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 187.

<sup>117</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 187.

<sup>118</sup> *Tužilac protiv Kordića i Čerkeza*, Presuda, IT-95-14/2-T, 26. februar 2001. (dalje u tekstu: Prvostepena presuda u predmetu *Kordić*), par. 314-315.

Prvostepenu presudu u predmetu *Blaškić*, da su obilježja bića krivičnog djela uzimanja talaca iz člana 3 Statuta u suštini istovjetna obilježjima bića krivičnog djela uzimanja civila za taoce iz člana 2(h), odnosno, da su to osobe koje su “protivzakonito lišen[e] slobode, često na samovoljan način, a ponekad i pod prijetnjom smrću” i uzete kao taoci “u svrhu stjecanja neke koristi ili postizanja određenog angažmana jedne od zaraćenih strana, neke druge osobe ili grupe osoba”.<sup>119</sup>

65. S obzirom na gore rečeno, Vijeće je mišljenja da je protivpravno lišavanje slobode zaista obilježje bića krivičnog djela uzimanja talaca. Pravovaljanost lišavanja slobode ne ovisi o okolnostima u kojima je neka osoba dospjela u ruke neprijatelja, nego ovisi o sveukupnim okolnostima vezanim za način i razloge tog lišenja slobode. Prema tome, protivpravnost lišenja slobode odnosi se na ideju da civili ili osobe koje ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima nisu uzeti ili držani kao taoci radi njihove bezbjednosti ili zaštite, nego radi ostvarivanja nekog dobitka ili iznuđivanja nekog ustupka. Druga okolnost koja pravovaljano lišavanje slobode može učiniti potencijalno protivpravnim jesu prijetnje ubijanjem i/ili ranjavanjem tim osobama ili stvarna primjena nasilja nad njima. U predmetu *Blaškić*, osuđujuće presude za uzimanje talaca bile su izrečene zbog uzimanja talaca bosanskih Muslimana, od kojih su neki bili van borbenog stroja, budući da se to “zatočavanje nikako ne može smatrati zakonitim jer mu je glavni cilj bio da se Armija BiH prisili na zaustavljanje napredovanja”. Pored toga, Vijeće je zaključilo da je svim tim zatočenicima bilo zapriječeno smrću.<sup>120</sup> U Optužnici u ovom predmetu, u tački 11 izričito se navodi da su pripadnici snaga UN uzeti kao taoci sa ciljem da se NATO primora da se uzdrži od vazdušnih udara na vojne ciljeve bosanskih Srba. Navodi se i to da je tim pripadnicima snaga UN priječeno smrću i/ili ranjavanjem tokom dok su bili u zatočeništvu.<sup>121</sup>

66. Iz gorenavedenih razloga, Vijeće smatra da, što se tiče tačke 11, Optužnica nema nikakvih nedostataka.

#### **D. Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja**

67. Vijeće smatra da i Prigovor na odgovornost po osnovu nečinjenja treba da se tumači kao prigovor na formu Optužnice na osnovu člana 18(4) i pravila 47(C), shodno stavovima Žalbenog vijeća u predmetu *Gotovina*. Naime, optuženi tvrdi da paragrafi 30, 31 i 88 imaju nedostatke zato što se u njima spominje nečinjenje. Pored toga, Vijeće smatra primjerenim da ovaj prigovor razmotri sada, kako bi i optuženi i tužilac mogli u skladu s tim prilagoditi svoje navode.

<sup>119</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Kordić*, par. 319. Vidi i Drugostepenu presudu u predmetu *Blaškić*, par. 638–639.

<sup>120</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 708.

<sup>121</sup> Optužnica, par. 84, 86.

68. Član 7(1) Statuta predviđa sljedeće:

Osoba koja je planirala, poticala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i podržala planiranje, pripremu ili izvršenje nekog od krivičnih djela navedenih u članovima od 2 do 5 ovog Statuta snosi individualnu odgovornost za to krivično djelo.

69. Iako se u paragrafu 30 govori o planiranju, podsticanju, naređivanju i/ili pomaganju i podržavanju putem činjenja i *nečinjenja*, jasno je, čita li se on u kontekstu paragrafa 31, da se to nečinjenje odnosi samo na navod o individualnoj krivičnoj odgovornosti optuženog po osnovu podsticanja i pomaganja i podržavanja, a ne po osnovu planiranja ili naređivanja.<sup>122</sup> Shodno tome, Vijeće će razmotriti samo pitanje da li krivična odgovornost optuženog po osnovu pomaganja i podržavanja, odnosno podsticanja, može proizaći iz nečinjenja.

70. Žalbeno vijeće je više puta iznosilo stav da optuženi može pomagati i podržavati ne samo pozitivnim djelovanjem, nego i nečinjenjem.<sup>123</sup> Na primjer, u predmetu *Ntagerura i drugi*, Žalbeno vijeće je konstatovalo da odgovornost optuženog može proisteći iz kažnjivog propusta,<sup>124</sup> a isti pristup preuzelo je i u predmetu *Galić*.<sup>125</sup> U predmetu *Mrkšić i drugi* Pretresno vijeće je zaključilo sljedeće:

Mada se svaki predmet rešava na osnovu činjenica koje su u njemu iznete, samo prisustvo na mestu zločina obično ne predstavlja pomaganje i podržavanje; međutim, prisustvo može biti dovoljno ako daje legitimitet stvarnom počiniocu ili mu se njime pruža ohrabrenje. Na primer, prisustvo nadređenog može da deluje kao ohrabrenje ili podrška u relevantnom smislu. Bez obzira na to da li je prisustvo optuženog na licu mesta ohrabrilo izvršioce, odgovornost za pomaganje i podržavanje zločina nečinjenjem može da proistekne iz toga što je optuženi bio dužan da spreči činjenje zločina, ali nije delovao, pod uslovom da je to što nije delovao značajno uticalo na počinjenje zločina i da je posedovao potrebnu *mens rea*.<sup>126</sup>

71. Pretresno vijeće u predmetu *Milutinović i drugi* potvrdilo je ovaj stav i zaključilo sljedeće:

<sup>122</sup> Vidi Optužnicu, par. 30–31, 88.

<sup>123</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Nahimana*, par. 482; *Tužilac protiv Stanislava Galića*, predmet br. IT-98-29-A, Presuda, 30. novembar 2006. (dalje u tekstu: Drugostepena presuda u predmetu *Galić*), par. 175, *Tužilac protiv Orića*, predmet br. IT-03-68-A, Drugostepena presuda, 3. juli 2008., par. 43; *Tužilac protiv Ntagerure, Bagambikija i Imanishimwea*, predmet br. ICTR-99-46-A, Presuda, 7. juli 2006., par. 334.

<sup>124</sup> *Tužilac protiv Ntagerure, Bagambikija i Imanishimwea*, predmet br. ICTR-99-46-A, Drugostepena presuda, 7. juli 2006., par. 334; vidi i *Tužilac protiv Ntagerure, Bagambikija i Imanishimwea*, predmet br. ICTR-99-46-T, Presuda, 25. februar 2004., par. 659.

<sup>125</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Galić*, par. 175.

<sup>126</sup> *Tužilac protiv Mrkšića, Radića i Šljivancanina*, predmet br. 95-13/1-T, Presuda, 27. septembar 2007. (dalje u tekstu: Prvostepena presuda u predmetu *Mrkšić*), par. 553 (fusnote izostavljene); vidi i Drugostepenu presudu u predmetu *Blaškić*, par. 47; *Tužilac protiv Aleksovskog*, predmet br. IT-95-14/1-T, Presuda, 25. juni 1999., par. 87; *Tužilac protiv Kunarca, Kovača i Vukovića*, predmeti br. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Presuda, 22. februar 2001., par. 391; *Tužilac protiv Krnojelca*, predmet br. IT-95-27-T, Presuda, 15. mart 2002., par. 88; *Tužilac protiv Vasiljevića*, predmet br. IT-98-32-T, Presuda, 29. novembar 2002.; par. 70; Prvostepena presuda u predmetu *Brđanin*, par. 271; *Tužilac protiv Blagojevića i Jokića*, predmet br. IT-02-60-T, Presuda, 17. januar 2005., par. 726; *Tužilac protiv Orića*, predmet br. IT-03-68-T, Presuda, 30. juni 2006. (dalje u tekstu: Prvostepena presuda u predmetu *Orić*), par. 283.

[Z]ajedno s doktrinom “lica koje s odobravanjem posmatra”, [odgovornost po osnovu pomaganja i podržavanja] uključuje i kažnjivo nečinjenje ukoliko (a) postoji pravna obaveza da se deluje, (b) optuženi ima mogućnost da deluje, (c) optuženi propusti da deluje bilo zato što namerava da dođe do kažnjivih posledica, bilo sa svešću ili pristajući na to da će takve posledice uslediti i (d) propust da se deluje za posledicu ima počinjenje zločina.<sup>127</sup>

72. Vijeće smatra da se jurisprudencija Međunarodnog suda u vezi s odgovornošću po osnovu pomaganja i podržavanja nečinjenjem jasno iskristalisala. Optuženi nije pokazao da su zaključci pretresnih i Žalbenog vijeća u ovom pogledu pogrešni i Vijeće, prema tome, smatra da iz nečinjenja optuženog *može* proisteći krivična odgovornost po osnovu pomaganja i podržavanja. Shodno tome i s obzirom na činjenicu da se tekst iz paragrafa 30 Optužnice može tumačiti tako da obuhvata nečinjenje u odnosu na sve ili *neke* vidove odgovornosti koji su u njemu sadržani, Vijeće konstatuje da paragraf o kojem je riječ nema nikakav nedostatak.

73. Međutim, paragraf 31 sadrži konkretne navode o nečinjenju i u vezi s podsticanjem i u vezi s pomaganjem i podržavanjem. Kao i za pomaganje i podržavanje, Vijeće napominje da je u jurisprudenciji Međunarodnog suda prihvaćeno da se podsticanje kao vid odgovornosti može utvrditi onda kada je prisutno fizičko obilježje namjernog navođenja druge osobe da djeluje na određen način — bilo putem pozitivnog djelovanja bilo *nečinjenjem*. Pretresno vijeće u predmetu *Blaškić* ocijenilo je da se takvo nečinjenje *može* smatrati podsticanjem u smislu člana 7(1) Statuta Međunarodnog suda, uz objašnjenje da podstrekivanje koje se smatra podsticanjem *može* biti ostvareno i kažnjivim propustom, a ne samo pozitivnim djelovanjem.<sup>128</sup> Pretresno vijeće je objasnilo da vojni zapovjednik može biti odgovoran za podsticanje ako je on, time što nije preduzeo mjere protiv podređenih koji krše zakone ratovanja, podređenim jedinicama dopustio da nastave činiti ta djela. U tom slučaju, vojnom zapovjedniku bi se pripisala odgovornost po članu 7(1) po osnovu podsticanja, a ne po članu 7(3), ako je dokazano da postoji uzročna veza između podsticanja i izvršenja djela koje predstavlja krivično djelo i da podređeni ne bi počinili nove zločine da zapovjednik nije propustio da ih kazni za one koji su počinjeni ranije.<sup>129</sup>

74. Sličan pristup su poslije toga usvojila mnoga pretresna vijeća.<sup>130</sup> Konkretno, Pretresno vijeće u predmetu *Brđanin* zaključilo je da se podsticanje može “izvršiti i činjenjem i

<sup>127</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Milutinović*, tom I, par. 90.

<sup>128</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 280.

<sup>129</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*, par. 338–339.

<sup>130</sup> *Tužilac protiv Stanislava Galića*, predmet br. IT-98-29-T, Presuda i mišljenje, 5. decembar 2003. (dalje u tekstu: Prvostepena presuda u predmetu *Galić*), par. 168 (fusnote izostavljene), gdje se konstatuje da je “[u] vezi s terminom ‘poticanje’ primijećeno [...] da propusti postaju ‘poticanje’ u slučaju kada je komandant stvorio okruženje koje je pogodno za zločinačko ponašanje potčinjenih”; Prvostepena presuda u predmetu *Orić*, par. 283 (fusnote izostavljene), gdje je zaključeno da, “[u] istoj mjeri kao što je to slučaj sa poticanjem, i pomaganje i podržavanje se može ostvariti eksplicitnim ili implicitnim postupanjem, činjenjem kao i nečinjenjem, pod uslovom da je u potonjem slučaju, u datim okolnostima, optuženi bio dužan da spriječi počinjenje krivičnog

nečinjenjem, a obuhvata i eksplicitno i implicitno ponašanje”,<sup>131</sup> a istovjetnu formulaciju usvojila su i pretresna vijeća u predmetima *Limaj i drugi* i *Boškoski i Tarčulovski*.<sup>132</sup> Noviji primjer je stav Pretresnog vijeća u predmetu *Milutinović* da “optuženi može da navodi [na krivično djelo] ne samo pozitivnim delovanjem, već i nečinjenjem”.<sup>133</sup>

75. Nadalje, Žalbeno vijeće je u predmetu *Galić* potvrdilo da, u načelu, iz nečinjenja u situaciji kada postoji zakonska dužnost da se djeluje može proisteći krivična odgovornost po osnovu člana 7(1) Statuta.<sup>134</sup> Pretresno vijeće u predmetu *Galić* prije toga je zaključilo da se vidovi odgovornosti iz člana 7(1) Statuta “mogu [...] manifestirati činjenjem ili kažnjivim propustom”.<sup>135</sup> *Galić* je zaključke Pretresnog vijeća osporavao argumentom da djela osoba optuženih po osnovu člana 7(1) Statuta ne moraju biti izvršena putem kažnjivog propusta i da se za pripisivanje odgovornosti po članu 7(1) Statuta traži pozitivan čin “koji jasno ukazuje na učestvovanje u protivpravnoj radnji”.<sup>136</sup> Iako je utvrdilo gorespomenuto opšte načelo, Žalbeno vijeće je poništilo zaključke Pretresnog vijeća u predmetu *Galić* u vezi s *naređivanjem* putem *nečinjenja*. Međutim, ono nije razmatralo druge oblike odgovornosti po osnovu člana 7(1) putem nečinjenja, što znači da nije diralo u zaključak Pretresnog vijeća da nečinjenje može predstavljati podsticanje.<sup>137</sup>

76. Optuženi nije pokazao nikakav razlog da Vijeće odstupi od jurisprudencije Međunarodnog suda. Vijeće priznaje da, iako u praksi može biti gotovo nemoguće razlikovati pozitivno djelovanje od nečinjenja, kao i odgovornost za podsticanje putem nečinjenja od odgovornosti nadređenog, to ne znači da je podsticanje putem nečinjenja nemoguće u svim

djela”; Prvostepena presuda u predmetu *Mrkšić*, par. 549; vidi i *Tužilac protiv Ramuša Haradinaja i dr.*, predmet br. IT-04-84-T, Presuda, 3. april 2008., par. 141 (radnja verzija prevoda, fusnote izostavljene), gdje se iznosi sljedeće mišljenje:

Član 7 (1) obuhvata pre svega fizičko izvršenje zločina ili kažnjivi propust da se postupi onako kako obavezuje zakon. Član 7(1) takođe odražava načelo da krivičnoj odgovornosti za neki zločin iz članova od 2 do 5 Statuta ne podležu samo lica koja čine zločine, već se može proširiti na lica koja doprinose zločinima na druge načine, o kojima je bilo reči gore. Da bi se neki optuženi smatrao odgovornim za činjenje zločina po nekom od navedenih vidova odgovornosti, predmetni zločin mora zapravo da bude počinjen. Uz to, njegovi postupci moraju da doprinose počinjenju zločina. Odgovornost može da se pripíše i zbog propusta, ukoliko je postojala obaveza da se deluje.

<sup>131</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Brđanin*, par. 269.

<sup>132</sup> *Tužilac protiv Limaja i drugih*, predmet br. IT-03-66-T, Presuda, 30. novembar 2005., par. 514; *Tužilac protiv Boškoskog i Tarčulovskog*, predmet br. IT-04-82-T, Presuda, 10. juli 2008., par. 399.

<sup>133</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Milutinović*, tom. I, par. 83.

<sup>134</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Galić*, par. 175.

<sup>135</sup> Prvostepena presuda u predmetu *Galić*, par. 168.

<sup>136</sup> *Tužilac protiv Stanislava Galića*, predmet br. IT-98-29-A, Žalbeni podnesak odbrane, 19. juli 2004. (dalje u tekstu: Žalbeni podnesak odbrane u predmetu *Galić*), par. 108-109, gdje se upućuje na Prvostepenu presudu u predmetu *Galić*, par. 168. *Galić* je osporavao i zaključke Pretresnog vijeća da se “nadređeni se može proglasiti krivim po članu 7(1) [Statuta] kada je njegovo ponašanje nadređenog imalo pozitivan učinak na počinjenje zločina od strane podređenih, pod uslovom da postoji *mens rea* koja se zahtijeva za odgovornost po tom članu” (Prvostepena presuda u predmetu *Galić*, par. 169); Žalbeni podnesak odbrane u predmetu *Galić*, par. 110.

<sup>137</sup> Drugostepena presuda u predmetu *Galić*, par. 176.

okolnostima. Vijeće stoga prihvata da nečinjenje *može* predstavljati podsticanje, i smatra da postojeći tekst paragrafa 31 sam po sebi ne predstavlja nedostatak Optužnice.

77. Kako je već rečeno, optuženi ne osporava nadležnost Vijeća za podsticanje i pomaganje i podržavanje kao oblike odgovornosti. Oba ta izraza označavaju ponašanje koje se, u cijelosti ili dijelom, sastoji u propustu da se djeluje, uključujući i situacije kada postoji dužnost da se djeluje. Da li i do koje se mjere za te propuste, odnosno za nečinjenje može reći da predstavljaju ili doprinose podsticanju, odnosno pomaganju i podržavanju u izvršenju krivičnog djela, može se utvrditi samo u svjetlu dokaza stvarno izvedenih na suđenju. Samo na taj način to se može utvrditi u skladu s uobičajenim značenjem tih izraza u engleskom jeziku. Vijeće napominje da tužilac navodi da je optuženi činjenjem *i* nečinjenjem podsticao, odnosno pomagao i podržavao izvršenje zločina. Stoga će Vijeće, prije nego što utvrdi da li su njegovi propusti zapravo bili element u podsticanju ili u pomaganju i podržavanju u eventualnim zločinima, razmotriti cjelokupno, i negativno i pozitivno ponašanje optuženog. Tako će se optuženom dati mogućnost da osporava dokaznu vrijednost svih eventualnih dokaza vezanih za navode o njegovim propustima da djeluje koji idu u prilog tim vidovima odgovornosti.

78. Vijeće se, prema tome, uvjerilo da paragrafi 30, 31 i 88 Optužnice ne sadrže nikakve pravne nedostatke i odbacuje prigovore na Optužnicu iznijete u Prigovoru na odgovornost po osnovu nečinjenja.

#### **E. Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom**

79. Nakon što je konstatovalo da Prigovor na krivična djela s posebnom namjerom nije prigovor na nadležnost u pravom smislu, Vijeće konstatuje da se on ne može smatrati ni prigovorom na formu Optužnice.

#### **F. Prigovor na odgovornost nadređenog**

80. Nakon što je konstatovalo da se Prigovorom na odgovornost nadređenog ne pokreću pitanja vezana za nadležnost, Vijeće konstatuje da se ni on ne može smatrati prigovorom na formu Optužnice. Naime, kako je zaključeno u predmetu *Perišić*, pitanja pokrenuta u Prigovoru na odgovornost nadređenog moraju se riješiti u kontekstu dokaza koji će na suđenju biti izvedeni u pogledu "efektivne kontrole" optuženog nad osobama umiješanim u počinjenje zločina navedenih u Optužnici.<sup>138</sup>



#### IV. Dispozitiv

81. Vijeće podsjeća strane u postupku da je njihovo automatsko pravo na žalbu ograničeno na prigovore u vezi s nadležnošću, što podrazumijeva utvrđivanje da li se neki prigovor zaista odnosi na nadležnost. Ako je za prigovor okarakterisan kao prigovor na nadležnost Pretresno vijeće utvrdilo da zapravo nije vezan za nadležnost i ipak ga razmotrilo kao prigovor na formu Optužnice, strane u postupku moraju zatražiti dozvolu ako se žele žaliti na zaključke Vijeća u vezi s formom Optužnice.

82. Iz svih gorenavedenih razloga, na osnovu pravila 47, 54 i 72 Pravilnika, Vijeće ovim:

- (a) **ODOBRAVA** optuženom produženje roka za ulaganje replike na tužiočev Odgovor u vezi s odgovornošću nadređenog i ulaganje replike u vezi s tim, te ujedno prihvata njegovu Repliku u vezi s odgovornošću nadređenog zavedenu 20. aprila 2009. godine.
- (b) **ODOBRAVA** optuženom ulaganje replike na tužiočeve odgovore u vezi s paragrafom 60(k), predvidivošću, tačkom 11, odgovornošću po osnovu nečinjenja i krivičnim djelima s posebnom namjerom.
- (c) **USVAJA**, djelimično, Prigovor na predvidivost, i **NALAŽE** tužiocu da predloži izmjene Optužnice u smislu diskusije o tom prigovoru u relevantnom dijelu ove odluke. Rok za te izmjene biće razmotren na narednoj statusnoj konferenciji zakazanoj za 6. maj 2009. godine.
- (d) **ODBIJA** prigovore u svim ostalim aspektima.

---

<sup>138</sup> *Tužilac protiv Perišića*, predmet br. IT-04-81-PT, Odluka po preliminarnim zahtevima, 29. august 2005., par. 31.

Sastavljeno na engleskom i francuskom, a mjerodavan je engleski tekst.

/potpis na originalu/  
sudija Iain Bonomy,  
predsjedavajući

Dana 28. aprila 2009.  
U Haagu,  
Nizozemska

[pečat Međunarodnog suda]