



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

Predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-A bis

Datum: 26. januar 2000.

Original: engleski

PRED @ALBENIM VIJE]EM

U sastavu: sudija Mohamed Shahabuddeen, predsjedavajući
sudija Florence Ndepele Mwachande Mumba, potpredsjednica Suda
sudija Antonio Cassese
sudija Wang Tieya
sudija Rafael Nieto-Navia

Sekretar: g|a Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 26. januara 2000.

TU@ILAC

protiv

DU[KA TADI]A

PRESUDA O @ALBI NA KAZNU

Tu`ilaftvo:

g. Upawansa Yapa

Pravni zastupnici `alioca:

**g. William Clegg
g. John Livingston**

I. UVOD

A. Istorijat postupka

1. Pred @albenim vije}em Me|unarodnog suda za krivi-no gonjenje lica odgovornih za te{ka kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava po-injena na teritoriji biv{e Jugoslavije od 1991. (u daljem tekstu: Me|unarodni sud) nalaze se dvije `albe Du{ka Tadi}a (u daljem tekstu: `alilac) na presude o kazni koje su pretresna vije}a Me|unarodnog suda donijela 14. jula 1997., odnosno 11. novembra 1999. Istorijat dosada{njeg postupka po ovim `albama iznesena je u nastavku.

2. @alilac je uhap{en 12. februara 1994. u Saveznoj Republici Njema-koj, gdje je tada `ivio, zbog sumnje da je u junu 1992. po-inio zlo-ine u logoru Omarska u biv{o}j Jugoslaviji, izme|u ostalog mu-enje i podr`avanje genocida, {to su po njema-kom zakonu krivi-na djela.

3. Postupak protiv `alioca pred Me|unarodnim sudom po-eo je 12. oktobra 1994. kad je tu`ilac Me|unarodnog suda podnio molbu za izdavanje formalnog zahtjeva Saveznoj Republici Njema-koj da njema-ki sudovi ustupe nadle`nost Me|unarodnom sudu. Taj je zahtjev Pretresno vije}e izdalo 8. novembra 1994.¹ @alilac je preba-en na Me|unarodni sud 24. aprila 1995., gdje do danas boravi u pritvoru u Pritvorskoj jedinici Ujedinjenih nacija.

4. Izmijenjenom optu`nicom optu`eni se tereti za 34 krivi-na djela u nadle`nosti Me|unarodnog suda. Na prvom pojavljivanju pred Sudom 26. aprila 1995. optu`eni se izjasnio da nije kriv po svim ta-kama. Tri ta-ke naknadno su povu-ene za vrijeme su|enja.

5. Dana 7. maja 1997. Pretresno vije}e II (sudije Gabrielle Kirk McDonald, Ninian Stephen i Lal Chand Vohrah) proglasili su optu`enog krivim po devet ta-aka, djelimi-no

¹ "Odluka Pretresnog vije}a po molbi tu`ioca za izdavanje formalnog zahtjeva za ustupanje nadle`nosti", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-D, Pretresno vije}e I, 8. nov. 1994.

krivim po dvije ta-ke a oslobodili ga krivice po 20 ta-aka. Konkretno, Pretresno vijeće osudilo je optuženog za kr{enja zakona i obi-aja rata na osnovu člana 3 Statuta Međunarodnog suda (u daljem tekstu: Statut) po ta-kama 10, 13, 16, 22 i 33 optužnice. Vijeće je nadalje optuženog proglasilo krivim na osnovu člana 5 Statuta za zlo-ine protiv-ovje-nosti u vidu "progona" po ta-ki 1 optužnice i "ne-ovje-nih djela" po ta-kama 11, 14, 17, 23 i 34. [to se ti-e ta-aka kojima se optuženog teretilo za te{ka kr{enja @enevskih konvencija, Pretresno vijeće je većinom glasova oslobodilo `alioca na osnovu neprimjenjivosti člana 2 Statuta jer nije bilo dokazano da su `rtve u predmetno vrijeme bile za{ti}ena lica u smislu @enevskih konvencija.² [to se ti-e nekih drugih ta-aka optužnice, Pretresno vijeće je konstatovalo da dokazi nisu dostatni da se utvrdi krivica van svake razumne sumnje.³

6. Pretresno vijeće II je zatim u svojoj Presudi o kazni od 14. jula 1997. (u daljem tekstu: Presuda o kazni od 14. jula 1997.) izreklo kaznu po svakoj ta-ki optužnice za koju je optuženi proglašen krivim. Izre-ene kazne kretale su se između 6 i 20 godina zatvora, a Pretresno vijeće je naložilo da se kazne izdr`avaju uporedo *inter se*. Pretresno vijeće je preporučilo da, izuzev ako su u pitanju izuzetne okolnosti, izre-enu kaznu ne bi trebalo ublažiti ili na drugi na-in svesti na manje od deset godina, računajući od datuma izdavanja Presude o kazni "ili datuma kona-ne odluke u `albenom postupku", {to god bude kasnije.⁴ Računajući vrijeme provedeno u pritvoru "u o-ekivanju predaje Međunarodnom sudu ili okon-anja sudskog ili `albenog postupka", koje `alilac ima pravo da mu se ura-una u kaznu, Pretresno vijeće je zaklju-ilo da `alilac ima pravo da mu se ura-una samo vrijeme od trenutka upuživanja zahtjeva Saveznoj Republici Njema-koj za ustupanje nadle`nosti Međunarodnom sudu.⁵ Pretresno vijeće je tako|e naložilo da se u minimum slu`enja kazne ne ura-una vrijeme provedeno u pritvoru.⁶

7. Nakon {to su obje strane izjavile `albu na Mi{ljenje i presudu (u daljem tekstu: @alba na mi{ljenje i presudu), Du{ko Tadi} je 11. avgusta 1997. uložio jednu `albu na

² "Mi{ljenje i presuda", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vijeće II, 7. maj 1997., str. 227-228, para. 607-608 i str. 300.

³ *Ibid.*, str. 300-301.

⁴ "Presuda o kazni", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vijeće II, 14. juli 1997., str. 41, para. 76.

⁵ *Ibid.*, para. 77.

Presudu o kazni od 14. jula 1997. (u daljem tekstu: *@albi* na Presudu o kazni od 14. jula 1997.)⁷ Nakon zavr{etka dugotrajnih procedura koje su se izme|u ostalog odnosile na prihvatljivost novih dokaza, tokom -ega su obje strane u vi{e navrata tra`ile odgodu postupka,⁸ Pretresno vije}e je u aprilu 1999. saslu{alo usmene argumente o sve tri `albe.

8. *@albeno vije}e* je 15. jula 1999. izreklo presudu po `albama na Mi{ljenje i presudu od 15. jula 1999.⁹ *@albeno vije}e* je izme|u ostalog konstatovalo da su `rtve pomenute u relevantnim dijelovima optu`nice bile za{ti}ena lica u smislu mjerodavne odredbe @enevske konvencije IV. Dalje, *@albeno vije}e* je zaklju-ilo da je Pretresno vije}e pogrije{ilo kad je zauzelo stav da se, na osnovu izvedenih dokaza, nije van svake razumne sumnje osvjedo-ilo da je `alilac krivi-no odgovoran za djela koja se terete ta-kama 29, 30 i 31 optu`nice. Preina-iv{i taj dio presude Pretresnog vije}a, *@albeno vije}e* je shodno tome `alioca proglasilo krivim po ta-kama 8, 9, 12, 15, 21, 29, 30, 31 i 32 optu`nice (u daljem tekstu: dodatne ta-ke).¹⁰ *@albeno vije}e* je, uz saglasnost strana, odgodilo izricanje kazne po dodatnim ta-kama za kasniju fazu postupka odmjeravanja kazne. *@albeno vije}e* je tako|e odgodilo dono{enje odluke po `albi na Presudu o kazni od 14. jula 1997. dok se ne zavr{i taj naknadni postupak odmjeravanja kazne.¹¹

⁶ *Ibid.*

⁷ "Obavijest o `albi odbrane na Presudu o kazni od 14. jula 1997.", 11. avgust 1997.

⁸ Vidi "Zahtjev za produ`enje roka", 10. septembar 1997.; "Zahtjev za produ`enje roka" (povjerljivo), 6. oktobar 1997.; "Zahtjev za produ`enje roka", 17. mart 1998.; "Molba za produ`enje roka radi podno{enja dodatnih dokaza u `albenom postupku", 1. maj 1998.; "Molba za produ`enje roka radi podno{enja replike na odgovor protiv`alioca na podneske `alioca od 9. marta 1998. o Zahtjevu za izvo|enje dodatnih dokaza shodno pravilu 115", 15. juni 1998.; "Zahtjev za produ`enje roka radi podno{enja odgovora na podnesak `alioca pod naslovom "Zahtjev za produ`enje roka", 9. oktobar 1997.; "Zahtjev za izmjenu naloga @albenog vije}a od 22. januara 1998.", 13. februar 1998.; "Zahtjev za izmjenu naloga @albenog vije}a od 2. februara 1998.", 7. maj 1998. Po tim zahtjevima donijeti su sljede}i nalozi: "Nalog o rasporedu", predmet br. IT-94-1-A, 24. novembar 1997.; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevu za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 23. mart 1998.; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevima za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 13. maj 1998.; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevu za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 10. juni 1998.; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevu za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 17. juni 1998.; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevu za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 9. oktobar 1997.; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevu za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 19. februar 1998.; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevima za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 13. maj 1998.

⁹ "Presuda", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-A, 15. juli 1999. (u daljem tekstu: Presuda o `albi).

¹⁰ *Ibid.*, str. 144, para. 327.

¹¹ *Ibid.*, str. 11, para. 27 i str. 144, para. 327.

9. Razmotriv{i usmene i pismene podneske,¹² u kojima su obje strane izrazile sklonost takvom rje{enju, @albeno vije}e je pitanje odmjeravanja kazne po dodatnim ta-kama povjerilo Pretresnom vije}u koje imenuje predsjednik Me|unarodnog suda.¹³

10. Dana 11. novembra 1999., Pretresno vije}e sastavljeno od sudija Gabrielle Kirk McDonald, Lala Chanda Vohre i Patricka Liptona Robinsona donijelo je Presudu o kazni po dodatnim ta-kama (u daljem tekstu: Presuda o kazni od 11. novembra 1999.).¹⁴ Pretresno vije}e izreklo je kazne izme|u 6 i 25 godina zatvora po svakoj ta-ki po kojoj je `alioca @albeno vije}e proglasilo krivim, i odredilo da }e se nove kazne izdr`avati usporedo i *inter se* i u odnosu na svaku od kazni izre~enih Presudom o kazni od 14. jula 1997.¹⁵

11. Pretresno vije}e je primilo na znanje da je `alilac tu`iocu dostavio izvjesne materijale i konstatovalo da takav postupak `alioca predstavlja odre|eni stepen saradnje sa tu`iocem. Me|utim, s obzirom na prirodu i sadr`aj tih materijala, Pretresno vije}e je zauzelo stav da taj postupak ne predstavlja "zna-ajnu saradnju" u smislu potpravila 101(B)(ii) Pravilnika o postupku i dokazima Me|unarodnog suda (u daljem tekstu: Pravilnik) i da se to stoga ne}e uzeti u obzir pri odmjeravanju kazne `aliocu. Odre|uju}i vrijeme provedeno u pritvoru "u o-ekivanju predaje Me|unarodnom sudu ili okon-anja sudskog ili `albenog postupka", za koje `alilac ima pravo da mu se ura-una u kaznu, Pretresno vije}e je zaklju-ilo da `alilac nema pravo na ura-unavanje tog vremena od trenutka kad je prvi put uhap{en u Saveznoj Republici Njema-koj, nego samo od trenutka upu}ivanja zahtjeva Saveznoj Republici Njema-koj za ustupanje nadle`nosti Me|unarodnom sudu.¹⁶

¹² "Podnesak Tu`ila{tva o primjerenom forumu za dodatni postupak odmjeravanja kazne", 25. avgust 1999; "Dodatni podnesak o kazni slijedom Presude @albenog vije}a od 15. jula 1999.", 25. avgust 1999., str. 7, para 12; Transkript rasprave u predmetu *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-A (u daljem tekstu: T), 30. avgust 1999., str. 361, 366, 368 i 370, 307. (Svi brojevi stranica transkripta koji se pominju u ovoj Presudi o kazni uzeti su iz neslu`bene, neredigovane verzije engleskog transkripta. Mo`e do}i do manjih razmimoila`enja izme|u ove paginacije i kona-nog engleskog transkripta dostupnog javnosti).

¹³ "Nalog kojim se odmjeravanje kazne povjerava Pretresnom vije}u", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-A, 10. septembar 1999., str. 3.

¹⁴ "Presuda o kazni", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-Tbis-R117, 11. novembar 1999.

¹⁵ *Ibid.*, str. 17.

¹⁶ *Ibid.*, str. 12, para. 22 i str. 17.

12. Dana 25. novembra 1999., `alilac je podnio Obavijest o `albi na Presudu o kazni od 11. novembra 1999. (u daljem tekstu: @alba na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.), u kojoj je izme|u ostalog zatra`io da se ta `alba pridru`i @albi na Presudu o kazni od 14. jula 1997.¹⁷ Nalogom od 3. decembra 1999., @albeno vije}e nalo`ilo je spajanje tih dviju `albi.¹⁸

13. Nakon {to su strane podnijele pismene podneske,¹⁹ 14. januara 2000. saslu{ani su usmeni argumenti u `albi na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.

¹⁷ "Obavijest o `albi na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.", 25. novembar 1999., str. 4, para. 8.

¹⁸ "Nalog", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-Abis, 3. decembar 1999., str. 3.

¹⁹ "@albeni podnesak u `albi na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.", 15. decembar 1999. (u daljem tekstu: @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999.); "Odgovor na @albeni podnesak u `albi na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.", 22. decembar 1999. (u daljem tekstu: "Odgovor na @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999.")

B. Osnovi za `albu

1. @alba na Presudu o kazni od 14. jula 1997.

14. @alilac je iznio sljede}e osnove za `albu na Presudu o kazni od 14. jula 1997.:

Osnov (1): Ukupna kazna od 20 godina koju je izreklo Pretresno vije}e nepravilna je.²⁰

(i) kazna je nepravilna jer je te`a nego {to zahtijeva ~injeno stanje.²¹

(ii) Pretresno vije}e je pogrije{ilo {to nije u dovoljnoj mjeri uzelo u obzir op{tu praksu odmjeravanja zatvorskih kazni na sudovima biv{e Jugoslavije, kako tra`i ~lan 24 Statuta Me|unarodnog suda (u daljem tekstu: Statut).²²

(iii) Pretresno vije}e je pogrije{ilo {to nije posvetilo dovoljno pa`nje li-nim prilikama `alioa.²³

Osnov (2): Pretresno vije}e je pogrije{ilo odrediv{i da se preporu~eni minimum slu`enja kazne ra~una "od kasnijeg od sljede}a dva datuma - datuma izdavanja Presude o kazni ili datuma kona~ne odluke u `albenom postupku".²⁴

Osnov (3): Pretresno vije}e je pogrije{ilo {to `aliocu nije ura~unalo vrijeme provedeno u pritvoru u Njema~koj prije upu}ivanja zahtjeva za ustupanje nadle`nosti Me|unarodnom sudu.²⁵

²⁰ "@albeni podnesak protiv Presude o kazni", 12. januar 1998. (u daljem tekstu: @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 14. jula 1997."), str. 1-9, para. 1-5; T. 303 (21. april 1999.).

²¹ *Ibid.*, str. 3-4, para. 5 ((a) - (d)); T. 303 (21. april 1999.)

²² *Ibid.*, str. 4-6; T. 304, 311 (21. april 1999.)

²³ *Ibid.*, str. 9-10, para. 7 ((a) - (d)); T. 305 (21. april 1999.)

²⁴ *Ibid.*, str. 10, para. 8; T. 306-308 (21. april 1999.)

²⁵ *Ibid.*, str. 14; T. 308-309 (21. april 1999.)

2. @alba na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.

15. @alilac navodi {est glavnih osnova za `albu na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.:

Osnov (1): Pretresno vije}e je pogrije{ilo {to je pri odmjeravanju primjerene kazne za kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava stavilo prevelik naglasak na odvra}anje.²⁶

Osnov (2): Pretresno vije}e je pogrije{ilo {to nije posvetilo dovoljno pa`nje potrebi da se ustanovi dijapazon kazni koje }e primjereno odra`avati relativni polo`aj razli-utih optu`enih i njihovu ulogu u doga|ajima u koje su bili umije{ani.²⁷

Osnov (3): Pretresno vije}e je pogre{no ocijenilo da postupak `alioaca, tj. predaja izvjesnih materijala Tu`ila{tvu, ne predstavlja zna-ajnu saradnju u smislu potpravila 101(B)(ii) Pravilnika.²⁸

Osnov (4): Pretresno vije}e je pogre{no ocijenilo da se za zlo-ine protiv ~ovje-nosti, pod uslovom da je sve drugo isto, treba izre}i te`a kazna nego za ratne zlo-ine.²⁹

Osnov (5): Pretresno vije}e je pogrije{ilo {to nije pridalo dovoljno va`nosti op{toj praksi izricanja zatvorskih kazni na sudovima biv{e Jugoslavije.³⁰

Osnov (6): Pretresno vije}e je pogrije{ilo {to `alioocu nije ura-unalo vrijeme provedeno u pritvoru u Njema-koj prije upu}ivanja zahtjeva za ustupanje nadle`nosti Me|unarodnom sudu.³¹

²⁶ @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 1-15, para. 1-8; T. 482-485 (14. januar 2000.).

²⁷ *Ibid.*, str. 15-18, para. 9-13; T. 477-482 (14. januar 2000.).

²⁸ *Ibid.*, str. 18-19, para. 14-15; T. 489-490 (14. januar 2000.).

²⁹ *Ibid.*, str. 19-20, para. 16; T. 485-489 (14. januar 2000.).

³⁰ *Ibid.*, str. 20-21, para. 17; T. 490 (14. januar 2000.).

³¹ T. 476 (14. januar 2000.).

C. Zatra`eno rje{enje

1. @alba na Presudu o kazni od 14. jula 1997.

16. @albom na Presudu o kazni od 14. jula 1997. `alilac tra`i sljede}e:³²

(i) da se smanji kazna koju je izreklo @albeno vije}e;

(ii) da se minimum slu`enja kazne koji je odredilo @albeno vije}e preina-i tako da po-ne te}i od po-etka pritvora `alioca u Njema-koj;

(iii) da se `aliocu ura-una vrijeme provedeno u pritvoru u Njema-koj prije nego {to je Me|unarodni sud uputio zahtjev za ustupanje nadle`nosti.

2. @alba na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.

17. @albom na Presudu o kazni od 11. novembra 1999. `alilac tra`i sljede}e:³³

(i) da se smanji kazna koju je izreklo Pretresno vije}e.

(ii) da se `aliocu ura-una vrijeme provedeno u pritvoru u Njema-koj prije nego {to je Me|unarodni sud uputio zahtjev za ustupanje nadle`nosti.

³² "Obavijest o `albi odbrane na Presudu o kazni od 14. jula 1997.", 11. avgust 1997.; T. 303, 306, 309 (21. april 1999.)

³³ "Obavijest o `albi na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.", 25. novembar 1999.; T. 476 (14. januar 2000.)

II. @ALBA NA PRESUDU O KAZNI OD 14. JULA 1997.

A. Prvi osnov `albe: da je kazna koju je izreklo Pretresno vije}e nepravi-na

1. Argumenti strana

(a) @alilac

18. Kao prvi osnov `albe na Presudu o kazni od 14. jula 1997. `alilac navodi da je kazna od 20 godina koju je izreklo Pretresno vije}e II nepravi-na.³⁴

(i) @alilac tvrdi da je kazna te`a nego {to tra`i ~injeni-no stanje. Konkretno, `alilac tvrdi da je Pretresno vije}e pogrije{ilo kad nije uop{te uzelo u obzir "relativnu hijerarhiju krivi-ne odgovornosti". @alilac primje}uje da, prema op{tem principu odmjeravanja kazne, treba izricati te`e kazne onima koji po~ine najte`e zlo~ine i koji snose najve}u odgovornost za te zlo~ine, te tvrdi da je na Pretresnom vije}u da pri odmjeravanju kazne ima u vidu potrebu da se ustanovi primjerena ljestvica koja }e odra`avati razli~itu vinost razli~itih optu`enih. @alilac tvrdi da bi se po svom rangu, aktivnosti i polo`aju u hijerarhiji trebao nalaziti na samom dnu takve ljestvice vinosti, a da se ta ~injenica uop{te ne odra`ava u odluci Pretresnog vije}a kojom se izri~e kazna od 20 godina zatvora.³⁵

(ii) Kao drugi vid ovog osnova `albe, `alilac navodi da Pretresno vije}e pri izricanju kazne nije u dovoljnoj mjeri uzelo u obzir praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima u biv{oj Jugoslaviji, kako to nala`e ~lan 24(1) Statuta. @alilac uva`ava da Statut tu praksu izricanja zatvorskih kazni nije u~inio obavezuju}om za Pretresna vije}a, ali s tim u vezi primje}uje da je zbog nepostojanja smrtne kazne najstro`a kazna koja se mogla izre}i prema zakonima biv{e Jugoslavije zatvorska kazna od 20 godina.³⁶

(iii) @alilac dalje tvrdi da Pretresno vije}e nije posvetilo dovoljno pa`nje njegovim li~nim prilikama. On navodi da je u predmetno vrijeme bio izlo`en smi{ljenoj

³⁴ @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 14. jula 1997., str. 1-4; T. 303 (21. april 1999.)

³⁵ *Ibid.*, str. 3-4, para. 5((a) - (d)); T. 303 (21. april 1999.)

propagandnoj kampanji koja je pozivala na u-estvovanje u etni-kom -i{}enju. @alilac tako|e pominje da je sada u zatvoru i da }e svoju kaznu izdr`avati u stranoj zemlji, daleko od supruge i porodice, i li{}en kontakta sa osobama svoje sopstvene nacionalnosti. @alilac dalje navodi da }e nakon {to bude pu{ten na slobodu trpjeti zbog svoje reputacije prvog ratnog zlo-inca koji je osu|en na Me|unarodnom sudu, {to }e, u kombinaciji sa drugim faktorima, onemogu}iti njegov povratak u rodni kraj.³⁷

(b) Respondent

19. Tu`ila{tvo (u daljem tekstu: respondent) tvrdi da za prvi osnov `albe `alilac nije ispunio obavezu dokazivanja da je Pretresno vije}e pogre{no utvrdilo mjerodavno pravo u vezi sa opcijama koje mu stoje na raspolaganju za odmjeravanje kazne, odnosno da je zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo izricanja kazne.³⁸ @alilac tvrdi da je izre-ena kazna i u skladu sa zakonom i primjerena s obzirom na po-injene zlo-ine i prilike po-inioca. Respondent nadalje smatra da je Pretresno vije}e pri odmjeravanju kazne uzelo u obzir sve relevantne faktore koje zahtijeva Statut i Pravilnik. Stoga je stav Respondenta da kaznu od 20 godina koju je `aliocu izreklo Pretresno vije}e II ne bi trebalo mijenjati u `albenom postupku.³⁹

(i) Respondent tvrdi da je Pretresno vije}e pri odmjeravanju kazne uzelo u obzir koncept relativne krivi-ne odgovornosti i primijenilo ga na `alio-ev polo`aj u pore|enju sa drugima u vrijeme po-injenja krivi-nih djela. Respondent primje}uje da je Pretresno vije}e u svojoj Presudi o kazni od 14. jula 1997. izri-ito pomenulo "relativnu neva`nost" `alioca kao olak{avaju}i faktor.⁴⁰ Osim toga, respondent napominje da je prema Statutu @albeno vije}e imalo mogu}nost da `aliocu izrekne do`ivotnu kaznu ili da mu izrekne uzastopne kazne. Umjesto toga, Pretresno vije}e je odlu-ilo da najstro`a kazna izre-ena `aliocu bude zatvorska kazna od 20 godina, te da se kazne izdr`avaju usporedno. Respondent tvrdi da to ukazuje na to da Pretresno vije}e jeste uzelo u obzir li-ne prilike i

³⁶ *Ibid.*, str. 4-6; T. 304, 311 (21. april 1999.)

³⁷ *Ibid.*, str. 9-10; T. 305 (21. april 1999.)

³⁸ "Odgovor na @albeni podnesak u `albi na Presudu o kazni podnijet 12. januara 1998.", 16. novembar 1998. (u daljem tekstu: Odgovor na @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 14. jula 1997.), str. 4-6; T. 314 (21. april 1999.)

³⁹ *Ibid.*, str. 11-13, para. 5.4, 5.8; T. 312 (21. april 1999.)

vinost `alioca, i nagla{ava da kazna za koju se odlu-ilo Pretresno vije}e nije bila neprimjerena. Respondent shodno tome tvrdi da `alilac nije ispunio svoju obavezu dokazivanja u odnosu na ovu ta~ku.⁴¹

(ii) Respondent primje}uje da, premda ~lan 24 Statuta propisuje da Pretresno vije}e prilikom odmjeravanja kazne mora imati u vidu op{tu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima u biv{oj Jugoslaviji, Pretresno vije}e se pri izricanju kazne na kraju ipak mora rukovoditi vlastitom prosudbom. Respondent primje}uje da je Pretresno vije}e izri-ito navelo da je uzelo u obzir praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima u biv{oj Jugoslaviji, i tvrdi da `alilac nije zadovoljio svoju obavezu dokazivanja da je Pretresno vije}e zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo time {to tom faktoru nije dalo jo{ ve}u te`inu pri odmjeravanju kazne `aliocu.⁴²

(iii) [to se ti-e li-nih prilika `alioca, respondent tvrdi da je Pretresno vije}e ne samo uva`ilo postojanje propagandne kampanje i njezin uticaj na ljude u regiji, nego je tako|e uzelo u obzir i `alio-evu ulogu u toj kampanji. Respondent isti-e da je u ocjenjivanju okolnosti koje su relevantne za `alioca, Pretresno vije}e tako|e uzelo u obzir brutalnost djela u kojima je on li-no u-estvovao i njegovu spremnost da sudjeluje u etni-kom ~i{}enju koje se dogodilo u tom podru-ju. Stoga respondent smatra da, s obzirom na voljno u-estvovanje `alioca u ~itavom obimu kampanje etni-kog ~i{}enja u tom podru-ju, kazna od 20 godina zatvora nije pretjerana i ne predstavlja zloupotrebu diskrecionog prava Pretresnog vije}a.⁴³

2. Diskusija

20. [to se ti-e tvrdnje `alioca da je kazna od 20 godina nepravilna jer je du`a nego {to zahtijeva ~injenino stanje na koje se odnose optu`be, @albeno vije}e ne nalazi nikakve gre{ke u na~inu na koji je Pretresno vije}e iskoristilo svoje diskreciono pravo u tom pogledu. Kazna od 20 godina ulazi u okvir u kojem Pretresno vije}e prema Statutu

⁴⁰ *Ibid.*, str. 7.

⁴¹ *Ibid.*, str. 14, para 5.12; T. 313-314 (21. april 1999.)

⁴² *Ibid.*, str. 9, para. 4.7; T. 314-315 (21. april 1999.)

⁴³ T. 315-316 (21. april 1999.)

mo`e vr{iti svoje diskreciono pravo i stoga @albeno vije}e ne}e poni{titi presudu o kazni i samo izre}i kaznu.

21. @albeno vije}e ne nalazi temelja tvrdnji `alioca da Pretresno vije}e nije u dovoljnoj mjeri uzelo u obzir praksu izricanja zatvorskih kazni u biv{oj Jugoslaviji, a osobito maksimalne kazne koje se mogu izre}i. Sudska praksa ovog Suda dosljedno slijedi glediti{te da, premda pretresna vije}a pri odmjeravanju kazne treba da uzimaju u obzir zakone i praksu biv{e Jugoslavije, sama formulacija potpravila 101(A) Pravilnika, koja omogu}ava izricanje do`ivotnih kazni, pokazuje da diskreciono pravo pretresnog vije}a pri izricanju kazne nije vezano maksimalnom zatvorskom kaznom koja se primjenjuje u nekom nacionalnom sistemu. @albeno vije}e nije uvjereno da je Pretresno vije}e, izrekav{i kaznu od 20 godina, pogre{no primijenilo svoje diskreciono pravo. Stoga je neumjesno pozivanje `alioca na zakon biv{e Jugoslavije koji propisuje maksimalnu kaznu od 20 godina kao alternativu smrtnoj kazni, osobito ako se uzme u obzir -injenica da je u vrijeme kad su krivi-na djela po-injena prema tom zakonu bilo mogu}e izre}i smrtnu kaznu za sli-na djela.

22. [to se ti-e posljednje ta-ke kojom `alilac osporava kaznu, tj. da Pretresno vije}e nije na primjeren na-in uzelo u obzir njegove li-ne prilike, @albeno vije}e ne nalazi nikakve potkrepe toj tvrdnji. Odluka Pretresnog vije}a obradila je pitanje indoktrinacije javnosti, a iz ostatka analize Pretresnog vije}a ne mo`e se i{-itati nikakva gre{ka koja bi omogu}ila @albenom vije}u da odluku Pretresnog vije}a zamijeni sopstvenom.

3. Zaklju-ak

23. Iz razloga koji su gore navedeni, prvi osnov `albe ne stoji te se stoga odbacuje.

B. Drugi osnov `albe: pogre{na odluka da se preporu~eni minimum slu`enja kazne ra-una "od kasnijeg od sljede}a dva datuma - datuma izdavanja Presude o kazni ili datuma kona~ne odluke u `albenom postupku"

1. Argumenti strana

(a) @alilac

24. @alilac je zauzeo stav da, premda nije na prvi pogled o~ito da Pretresno vije}e ima ovlasti da preporu~i minimum slu`enja kazne, on ne osporava nadle`nost Pretresnog vije}a po tom osnovu. Umjesto toga, `alilac iznosi argument da navodna nepravilnost proizilazi iz preporuke Pretresnog vije}a da se minimum slu`enja kazne ra-una tek od trenutka zavr{etka `albenog postupka. @alilac tvrdi da je na taj na~in fakti~ki ka`njen zbog kori{}enja prava na `albu, za odga|anja prouzrokovana opstrukcijom Republike Srpske, kao i za proceduralna ka{njenja koja su neizbjeg`na u postupku ove vrste.⁴⁴

25. @alilac iznosi argument da je su{tinski nepravilno ka`njavati kori{}enje prava na `albu i da takav prestrog dispozitiv nije u skladu sa svrhom Statuta. Stoga, po mi{ljenju `alilaca, pravda mo`e biti zadovoljena jedino ako se minimum slu`enja kazne ra-una od trenutka kad je `alilac prvi put li{en slobode.⁴⁵

(b) Respondent

26. Respondent tvrdi da je minimum slu`enja kazne koji je preporu~ilo Pretresno vije}e primjeren i da, budu}i da `alilac nije pokazao da odre|ivanje minimuma slu`enja kazne predstavlja zloupotrebu diskrecionog prava Pretresnog vije}a, u tu preporuku ne treba dirati u `albenom postupku. Respondent smatra da se preporuka Pretresnog vije}a zasniva na neposrednom posmatranju optu`enog i svjedoka, {to je dovelo do zaklju~ka da je minimum koji `alilac duguje dru{tvu zbog svojih zlodjela i okolnosti svojih krivi~nih

⁴⁴ T. 306-308 (21. april 1999.)

⁴⁵ T. 307 (21. april 1999.)

djela jeste deset godina zatvora povrh vremena koje je proveo u pritvoru -ekaju}i na su|enje i `albeni postupak.⁴⁶

2. Diskusija

27. Kazne koje je izreklo Pretresno vije}e u Presudi o kazni od 14. jula 1997. kretale su se izme|u 6 i 20 godina. S obzirom na -injenicu da }e se kazne izre-ene `aliocu izdr`avati usporedo, @albeno vije}e razmotri}e pitanje preporu-enog minimuma slu`enja kazne i pitanje vremena provedenog u pritvoru koje se ura-unava shodno pravilu 101 Pravilnika, samo u odnosu na vi{u kaznu od 20 godina.

28. Ni Statut ni Pravilnik ne daju uputstva za kori{}enje pravosudnog diskrecionog prava u vezi sa preporukom o minimumu izdr`avanja kazne. Diskreciono pravo Pretresnog vije}a da preporu-i minimalnu kaznu proistje-e iz ovla{}enja koja su inherentna njegovoj pravosudnoj funkciji i ne predstavlja odstupanje od Statuta i Pravilnika. Me|utim, pravosudno diskreciono pravo Pretresnog vije}a da odredi uslove za izdr`avanje kazne podlije`e ograni-enjima koja name}e temeljna pravi-nost.

29. Pravo pojedinca da se `ali na osu|uju}u presudu Pretresnog vije}a postavljeno je -lanom 25 Statuta i mora mu se pridati znatna te`ina. Tako ustanovljeno pravo na `albu odra`ava stav op{teg korpusa me|unarodnog prava o ljudskim pravima. (Vidi osobito Me|unarodni pakt o gra|anskim i politi-kim pravima, -lan 14(5), Evropsku konvenciju o za{titi ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokol 7, -lan 2 i Ameri-ku konvenciju o ljudskim pravima, -lan 8(2)(h)). U svjetlu su{tinske va`nosti ovog prava, Pretresno vije}e ne bi trebalo nametati neopravdana optere}enja koja bi osu|eno lice mogla odvratiti od kori{}enja pravom na `albu.

30. Uop{teno govore}i, pravi-nost zahtijeva da se optu`enu ili osu|enu osobu ne ka`njava za kori{}enje nekog proceduralnog prava. @albeno vije}e prihvata mi{ljenje Vrhovnog suda Sjedinjenih Dr`ava da "sud nema 'pravo da ... postavlja cijenu za `albu.

⁴⁶ Odgovor na @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 14. jula 1997., str. 16-17; T. 317-318 (21. april 1999.)

Optu`eni se mora slobodno i neoptere}eno slu`iti svojim pravom na `albu ... Nepravi-no je koristiti veliku mo} koja je data sudovima pri odmjeravanju kazne da se optu`eni dovede u dilemu da u~ini neslobodan izbor."⁴⁷

31. S tim u vezi, preporuka Pretresnog vije}a da se minimum slu`enja kazne od 10 godina ra-una "od kasnijeg od sljede}a dva datuma - datuma izdavanja Presude o kazni ili datuma kona-ne odluke u `albenom postupku" izaziva opravdanu zabrinutost. Takav uslov mogao bi eventualnim `aliocima dati naslutiti da bi kori{}enje prava na `albu moglo dovesti do te`ih posljedica po njih. Kao rezultat toga, odvra}anje od `albe moglo bi @albeno vije}e li{}iti prilike da presu|uje u `albama u kojima se postavljaju su{tinska pravna pitanja.

32. @albeno vije}e stoga smatra da je Pretresno vije}e pogrije{ilo utoliko {to je odredilo da se preporu~eni minimum ra-una od trenutka kona-ne presude u eventualnom `albenom postupku. Me|utim, @albeno vije}e nije uvjereno, i `alilac nije iznio nikakav argument u prilog tome, da je Pretresno vije}e pogrije{ilo u kori{}enju svog diskrecionog prava kad je nalo`ilo da se preporu~eni minimum ra-una od datuma Presude o kazni od 14. jula 1997., ili da je pogrije{ilo kad je nalo`ilo da `aliocu vrijeme provedeno u pritvoru ne}e biti ura-unato shodno pravilu 101 u minimum slu`enja kazne. Kako bi se zadr`ao taj dio preporuke, @albeno vije}e preporu~a da `alilac izdr`ava zatvorsku kaznu najranije do 14. jula 2007.

3. Zaklju~ak

33. @albeno vije}e odobrava preporuku Pretresnog vije}a o minimumu slu`enja kazne kako je formulirana u paragrafu 32 u gornjem tekstu. @alilac nema pravo da mu se vrijeme provedeno u pritvoru ura-una u minimum slu`enja kazne shodno pravilu 101. Stoga bi `alilac, osim ako nastupe izvanredne okolnosti, trebao izdr`avati zatvorsku kaznu najranije do 14. jula 2007.

⁴⁷ *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 724 (1969) (citirano iz *Worcester v. Commissioner*, 370 F.2d. 713, 718).

C. Tre}i osnov`albe: pogre{na odluka da se `aliocu ne ura-una vrijeme provedeno u pritvoru prije upu}ivanja zahtjeva za ustupanje nadle`nosti od strane

Me|unarodnog suda

1. Argumenti strana

(a) @alilac

34. @alilac tvrdi da je Pretresno vije}e II na-inilo na-elnu gre{ku time {to mu nije ura-unalo vrijeme koje je proveo u pritvoru u Njema-koj izme|u 12. februara 1994. i 8. novembra 1994. @alilac iznosi argument da, budu}i da je Pretresno vije}e utvrdilo da su se obje grupe istraga (tj. one u Njema-koj i one koje je sproveo Me|unarodni sud) odnosile na ista krivi-na djela, bilo bi pravi-no da mu se ura-una -itavo vrijeme koje je proveo u pritvoru u Njema-koj.⁴⁸ On isti-e da je u Njema-koj bio li{en slobode ukupno 14 mjeseci i tvrdi da, bez obzira na sadr`aj pravila 101 i na -injenicu da je prije prebacivanja u pritvorski objekt Ujedinjenih nacija bio u pritvoru u sasvim drugoj jurisdikciji, uticaj pritvora na njega ostaje isti, nalazio se on u Njema-koj ili u Hagu. @alilac stoga tra`i da Pretresno vije}e preina-i kaznu i ura-una mu -itavo vrijeme koje je proveo u pritvoru.⁴⁹

(b) Respondent

35. Respondent tvrdi da je Pretresno vije}e ispravno ura-unalo vrijeme koje je `alilac proveo u pritvoru u Njema-koj, kako je propisano potpravilom 101(D) (koje je tada bilo potpravilo 101(E)). Respondent tako|e iznosi argument da potpravilo 101(D) tra`i da se ura-una samo vrijeme koje je osu|enik proveo u pritvoru -ekaju}i na izru-enje Me|unarodnom sudu, te da `alilac nije pokazao postojanje gre{ke u primjeni prava niti zloupotrebu diskrecionog prava od strane Pretresnog vije}a pri dono{enju odluke da se ura-una kra}i period.⁵⁰

⁴⁸ @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 14. jula 1997., str. 14, para. 9; T. 308-309 (21. april 1999.)

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Odgovor na @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 14. jula 1997., str. 18, para. 7.3; T. 318 (21. april 1999.)

36. Iznose}i argument da @albeno vije}e ima pravo da promijeni pravilo u slu-aju da je ono nepravedno, respondent tvrdi da bi se za tim ovla{}enjem ipak smjelo posegnuti samo ako bi se primjenom pravila `aliocu uskratila temeljna pravi-nost. Respondent tvrdi da doti-no pravilo nije u suprotnosti sa postoje}im pravilima krivi-nog prava i da, budu}i da je Pretresno vije}e to pravilo ispravno primijenilo, u njegovu primjenu ne bi trebalo dirati u `albenom postupku.⁵¹

2. Diskusija

37. Pitanje koje se nalazi pred Pretresnim vije}em jeste da li je Pretresno vije}e II pogrije{ilo u primjeni potpravila 101(E), koje je u me|uvremenu do`ivjelo izmjene i dopune i postalo potpravilo 101(D).⁵² Potpravilo 101(D) glasi:

Osu|eniku }e se ura-unati eventualno vrijeme koje je proveo u pritvoru -ekaju}i na izru-enje Me|unarodnom sudu ili -ekaju}i na su|enje ili `albeni postupak.

38. Prema potpravilu 101(D) `alilac ima pravo da mu se od ukupnog vremena provedenog u pritvoru u Saveznoj Republici Njema-koj ura-una samo razdoblje -ekanja na izru-enje Me|unarodnom sudu. Me|utim, @albeno vije}e uvi|a da se krivi-ni postupak protiv `alioca u Saveznoj Republici Njema-koj odnosio na uglavnom isto kriminalno pona{anje za koje je sad osu|en pred Me|unarodnim sudom. Stoga pravi-nost zahtijeva da se uzme u obzir i period koji je `alilac proveo u Saveznoj Republici Njema-koj prije upu}ivanja formalnog zahtjeva za ustupanje nadle`nosti od strane Me|unarodnog suda.

⁵¹ T. 319-320 (21. april 1999.)

⁵² Razlika izme|u formulacije potpravila 101(E) i potpravila 101(D) sastoji se u tome {to je u potpravilu 101(D) izbrisana zamjenica "njegovo" [izru-enje Me|unarodnom sudu]. [to se ti-e u-inka te izmjene, potpravilo 6(D) propisuje sljede}e:

Izmjene i dopune stupaju na snagu sedam dana nakon izdavanja slu`benog dokumenta Suda koji sadr`i te izmjene i dopune, ali se ne}e primijeniti na na-in koji bi ugrozio prava optu`enog u bilo kojem predmetu koji je u toku.

S obzirom na karakter izmjene, @albeno vije}e smatra da prava `alioca nisu ugro`ena primjenom izmijenjene verzije pravila.

39. @albeno vije}e stoga pozitivno rje{ava ovaj osnov `albe.

3. Zaključak

40. Iz razloga koji su gore navedeni, @albeno vijeće smatra da interesi pravde nalažu da se `aliocu uračuna isto vrijeme provedeno u pritvoru u Saveznoj Republici Njemačkoj. Stoga vrijeme koje se `aliocu uzima u obzir treba računati od 12. februara 1994. Prema tome, `aliocu se uračunava pet godina, jedanaest mjeseci i trinaest dana, računajući od dana donošenja ove presude.

III. @ALBA NA PRESUDU O KAZNI OD 11. NOVEMBRA 1999.

A. Prvi osnov `albe: Pretresno vije}e je pogrije{ilo {to je pri odmjeravanju primjerene kazne za kr{enja me|unarnodnog humanitarnog prava stavilo prevelik naglasak na odvra}anje

1. Argumenti strana

(a) @alilac

41. Kao prvi osnov za `albu, `alilac navodi da je Pretresno vije}e pogrije{ilo {to je pri odmjeravanju kazne stavilo prevelik naglasak na faktor odvra}anja.⁵³ Konkretno, `alilac sugerije da je Pretresno vije}e pogrije{ilo kad se slo`ilo s mi{ljenjima iznijetim u predmetima *^elebi}*⁵⁴ i *Furund`ija*⁵⁵ o u-inku odvra}anja, te dovodi u pitanje slaganje Pretresnog vije}a sa stavom da je "[o]dvra}anje vjerovatno najva`niji -inilac u procjeni odgovaraju}ih kazni za kr{enje me|unarnodnog humanitarnog prava".⁵⁶ Citiraju}i radove pravnika koji su se bavili pitanjem odvra}anja, `alilac iznosi argument da najja-e sredstvo odvra}anja od kr{enja me|unarnodnog humanitarnog prava nije s`amo trajanje zatvorske kazne nego subjektivna ocjena po-inioca o vjerojatnosti da bude optu`en, uhap{en, su|en i osu|en.⁵⁷

42. @alilac dalje tvrdi da ka`njavanje radi odvra}anja nije potrebno niti kao sredstvo borbe protiv neka`njivosti niti kao doprinos uspostavi i odr`avanju mira u biv{oj Jugoslaviji. @alilac tvrdi da }e najbolje sredstvo za postizanje ta dva cilja biti izricanje zaslu`ene kazne za po-injeno krivi-no djelo, uzev{i u obzir te`inu {tete koju je prouzrokovao po-inilac, stepen vinosti i eventualne olak{avaju}e okolnosti.⁵⁸

⁵³ @albeni podnesak protiv presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 1-15; T. 482-485 (14. januar 2000.)

⁵⁴ "Presuda", *Tu`ilac protiv Zejnila Delali}a i ostalih*, predmet br. IT-96-21-T, 16. novembar 1998. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *^elebi}*).

⁵⁵ "Presuda", *Tu`ilac protiv Ante Furund`ije*, predmet br. IT-95-17/1-T, 10. decembar 1998.

⁵⁶ Presuda o kazni od 11. novembra 1999., str. 6, para. 7, citat iz Presude u predmetu *^elebi}*, para. 1234. Vidi @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 2.

⁵⁷ *Ibid.*, str. 3; T. 482-485 (14. januar 2000.)

43. ^ak i kad bi odvr{anje od budu}ih kr{enja me|unarodnog prava opravdavalo izricanje dugotrajnih zatvorskih kazni, napominje `alilac, moglo bi se postaviti pitanje da li se time ostvaruje cilj ako krivci nisu visoki funkcioneri ili vojni oficiri. U tom kontekstu, `alilac tako |e nagla{ava da su njegova krivi-na djela po-injena u trenutku kad je obi-no srpsko stanovni{tvo bilo bombardirano sna`nom i uvjerljivom nacionalisti-kom propagandom u medijima.⁵⁹

(b) Respondent

44. Respondent odbacuje argumente `alioca po ovom pitanju, i tvrdi da `alilac ignorira stvarne nalaze Pretresnog vije}a o faktorima koje je uzelo u obzir pri dono{enju odluke.⁶⁰

45. Respondent tvrdi da se `alilac usredsredio samo na pitanje odvr{anja, umjesto da uzme u obzir jasnu formulaciju Presude o kazni od 11. novembra 1999. u kojoj je Pretresno vije}e istaklo da "dijeli mi{ljenje izra`eno u gore navedenim predmetima [^elebi}i i Furund`ija] u pogledu odmazde i odvr{anja koji predstavljaju prevashodnu svrhu kazne. Shodno tome, prilikom odmjeravanja odgovaraju}e kazne, Pretresno vije}e je uzelo u obzir te razloge kao jedan od relevantnih `inilaca."⁶¹

46. Respondent nadalje tvrdi da `alilac nije obratio pa`nju na nalaz Pretresnog vije}a da "mada svrha krivi-no-pravnih sankcija obuhvata ciljeve kao {to su pravi-na kazna, odvr{anje, onemogu}avanje opasnih lica i rehabilitacija, Pretresno vije}e prihvata da prema 'savremenim principima penologije kazna treba da bude primjerena prekr{iocu a ne samo krivi-nom djelu"⁶².

47. Respondent tvrdi da taj zaklju~ak pokazuje da se Pretresno vije}e zaista rukovodilo upravo onim faktorima za koje `alilac poziva @albeno vije}e da ih uzme u

⁵⁸ *Ibid.*, str. 4, para. 2(f).

⁵⁹ *Ibid.*, str. 4-6, para. 2(g) i (h).

⁶⁰ Odgovor na @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 3-6, para. 2-5.

⁶¹ Presuda o kazni od 11. novembra 1999., str. 6, para. 9. Vidi Odgovor na @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 3-4, para. 2.

obzir, i isti-e da `alilac nije naveo nijedan element Presude o kazni od 11. novembra 1999. koji bi jasno ukazivao da je Pretresno vije}e stavilo prevelik naglasak na faktor odvra}anja.⁶³

2. Diskusija

48. Pri odmjeravanju kazne `alioocu, Pretresno vije}e je kao jedan od relevantnih faktora uzelo u obzir princip odvra}anja. @albeno vije}e prihvata da je to element koji se opravdano mo`e razmatrati pri odmjeravanju kazne, {to `alilac ni ne osporava. Tako|e, @albeno vije}e prihvata da tom faktoru ne valja pridati preveliku va`nost u sveukupnom odmjeravanju kazni koje }e se izre}i licima osu|enim pred Me|unarodnim sudom. U okolnostima predmeta koji je pred nama, @albeno vije}e nije osvjedo-eno da je Pretresno vije}e stavilo prevelik naglasak na odvra}anje kao faktor u odmjeravanju primjerene kazne koju valja izre}i `alioocu.

49. Stoga prvi osnov `albe ne stoji.

3. Zaklju-ak

50. Prvi osnov `albe se odbacuje.

⁶² Presuda o kazni od 11. novembra 1999., str. 13, para. 25 (bez fusnote). Vidi Odgovor na @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 3-4, para. 2.

⁶³ *Ibid.*; T. 498-499 (14. januar 2000.)

B. Drugi osnov žalbe: greška u odnosu na potrebu da se ustanovi dijapazon kazni koje je primjereno odražavati relativni položaj optuženog

1. Argumenti strana

(a) @alilac

51. Kao drugi osnov žalbe, žalilac navodi da Pretresno vijeće nije posvetilo pažnju potrebi da se razradi prepoznatljiva ljestvica ili dijapazon kazni koji na primjeren način odražava relativan položaj različitih optuženih i njihovu ulogu u događajima na kojima se temelje optužbe protiv njih. Naglašavajući potrebu da se usvoji dosljedan pristup odmjerenju kazne koji je važiti za različita pretresna vijeća, žalilac tvrdi da postoji znatan raskorak između njegove kazne od 25 godina i kazni koje su izrečene u drugim predmetima pred Međunarodnim sudom. S tim u vezi, žalilac konkretno navodi da njegova uloga, odgovornost i položaj u hijerarhiji ne opravdavaju dužinu kazne kolika je njemu dosuđena.⁶⁴

52. žalilac nadalje iznosi argument da bi se pri razradi primjerenog dijapazona kazni vijeća Međunarodnog suda trebala rukovoditi razinama kazni koje su izricali vojni tribunali u Nürnbergu nakon 2. svjetskog rata, te uzeti u obzir činjenicu da u pritvoru Međunarodnog suda našle su se određeni broj visokih funkcionera, među kojima su i vojne starješine. žalilac navodi nekoliko primjera kazni koje su izrekli, između ostalih, vojni sudovi nakon 2. svjetskog rata, gdje su optuženima, premda su imali mnogo veće odgovornosti i počinili krivna djela puno većih razmjera, izrečene kraće kazne nego njemu. žalilac tvrdi da njemu, budući da nije bio ni visoki funkcioner ni vojni oficir, ne bi trebala biti izrečena kazna iste težine kao takvim pojedincima. Stoga žalilac tvrdi da se iz riješenih predmeta vidi da je kazna koja mu je izrečena očigledno pretjerana.⁶⁵

(b) Respondent

⁶⁴ žalbeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 15-16, para. 9-11; T. 477-482 (14. januar 2000.)

53. Respondent tvrdi da `alilac nije naveo nikakvu -injeni~nu ni pravnu osnovu u prilog svojim tvrdnjama da je Pretresno vije}e pogrije{ilo u odmjeravanju primjerene kazne i da je ta kazna o~igledno pretjerana. Konkretno, respondent tvrdi da `alilac nije dao nikakvo stvarno pore|enje izme|u okolnosti u svom sopstvenom predmetu i okolnosti u drugim predmetima o kojima je rje{avao Me|unarodni sud, niti je naveo ijedan element Presude o kazni od 11. novembra 1999. koji bi ukazivao na to da Pretresno vije}e nije posvetilo du`nu pa`nju -itavom dijapazonu mogu}ih kazni. Nasuprot argumentima `alioca, respondent tvrdi da kazna koja je izre~ena `aliocu sasvim odgovara kaznama izre~enim drugim licima osu|enim pred Me|unarodnim sudom.⁶⁶

54. Respondent nadalje tvrdi da je pozivanje `alioca na sudsku praksu nakon 2. svjetskog rata neprimjereno jer su kazne koje su izrekli pomenuti tribunali izre~ene u potpuno razli~itom kontekstu i odra`avaju stavove o ka`njavanju tog vremena. Respondent tvrdi da primjerena kazna za `alioca mora odra`avati vrijednosti i na~ela me|unarodne zajednice u njihovom savremenom obliku.⁶⁷

2. Diskusija

55. Po mi{ljenju @albenog vije}a, odluka Pretresnog vije}a, kad se poredi sa sudskom praksom Me|unarodnog suda i Me|unarodnog krivi-nog suda za Ruandu,⁶⁸ ne uzima dovoljno u obzir potrebu da kazne odra`avaju relativni zna~aj uloge `alioca u {irem kontekstu sukoba u biv{oj Jugoslaviji.

56. Premda je kriminalno pona{anje na kojem se zasnivaju optu`be po kojima je `alilac sada progla{en krivim neosporno gnjusno, njegov polo`aj u strukturi komandovanja, u pore|enju sa polo`ajem njegovih nadre|enih tj. komandanata, ili polo`ajem samih tvoraca strategije etni~kog -i}enja, veoma je nizak.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 16-18, para. 12-13; T. 479-481 (14. januar 2000.)

⁶⁶ Odgovor na @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 9, para. 11; T. 494 (14. januar 2000.)

⁶⁷ *Ibid.*, str. 9, para. 11; T. 496-497 (14. januar 2000.)

⁶⁸ Puni naziv: Me|unarodni krivi-ni sud za krivi-no gonjenje lica odgovornih za genocid i druga te{ka kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava po~injena na teritoriji Ruande i gra|ana Ruande odgovornih za genocid i druga takva kr{enja po~injena na teritoriji susjednih dr`va izme|u 1. januara 1994. i 31. decembra 1994.

57. U okolnostima ovog predmeta, @albeno vije}e smatra da je kazna te`a od 20 godina zatvora po bilo kojoj ta-ki optu`nice po kojoj je `alilac progla{en krivim pretjerana i neodr`iva.

3. Zaklju-ak

58. Preina~uju}i Presudu o kazni od 11. novembra 1999., @albeno vije}e izri~e kaznu od 20 godina po svakoj od ta-aka 29, 30 i 31 optu`nice.

C. Tre}i osnov `albe: pogre{na ocjena da materijali koje je `alilac dostavio tu`iocu ne predstavljaju zna-ajnu saradnju u smislu potpravila 101(B)(ii)

1. Argumenti strana

(a) @alilac

59. Kao tre}i osnov `albe, `alilac navodi da je Pretresno vije}e pogrije{no ocijenilo da postupak `alioaca, tj. dostava odre|enih materijala tu`iocu, predstavlja "odre|eni stepen saradnje" ali ne zadovoljava standarde za "zna-ajnu saradnju" u smislu potpravila 101(B)(ii) Pravidnika. @alilac od Pretresnog vije}a tra`i da ponovo pregleda relevantne materijale, te tvrdi da bi oni, ako se ispravno analiziraju, zadovoljili standard postavljen u Pravidniku. @alilac izme|u ostalog tvrdi da relevantno pravilo ne tra`i da se samo ocijeni korist od predatih materijala za rad Tu`ila{tva, nego se usredsre|uje na sam -in `alioaca, odnosno dostavu materijala te vrste tu`iocu. @alilac tvrdi da, iz njegovog ugla gledanja, materijal predstavlja svu saradnju koju on uop{te mo`e da pru`i tu`iocu.⁶⁹

60. @alilac tako|e od @albenog vije}a tra`i da kao op{tu olak{avaju}u okolnost uzme u obzir izvjesnu pomo} koju je on pru`io organima krivi-nog gonjenja Njema-ke nakon dono{enja Presude o kazni od 11. novembra 1999.⁷⁰

(b) Respondent

61. Respondent tvrdi da `alilac nije naveo nikakav direktni argument ili -injenice koje bi ukazivale da je Pretresno vije}e po-inilo gre{ku u utvr|ivanju -injeni-nog stanja koja je dovela do osuje}enja pravde ili je pogre{no primijenilo pravo pri ocjeni materijala koje je dostavio `alilac ili te`ine koju mu treba pridati.⁷¹

⁶⁹ @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 18-19, para. 14-15; T. 489-490 (14. januar 2000.); transkripti postupka u predmetu *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-Tbis-R117, Pretresno vije}e Tbis, 441-442 (15. oktobar 1999.)

⁷⁰ @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 19, para. 15.

⁷¹ Odgovor na @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 7, para. 7.

62. Respondent sugeriše da poziv @albenom vijeću da sprovede postupak preispitivanja ne smije biti dovoljan da potkrijepi osnov `albe. Shodno tome, respondent traži da se ovaj osnov `albe odbaci zbog toga što žalilac nije zadovoljio obavezu iznošenja uvjerljivih argumenata koja u ovom slučaju leži na njemu.⁷²

2. Diskusija

63. Pretresno vijeće nije se osvjedočilo da je za ovaj osnov `albe naveden ikakav pravni ili činjenični temelj. Stoga taj osnov `albe ne stoji.

3. Zaključak

64. Treći osnov `albe se odbacuje.

⁷² *Ibid.*

D. ^etvrti osnov `albe: pogre{na ocjena da za zlo-ine protiv ~ovje-nosti valja izre}i te` u kaznu nego za ratne zlo-ine

1. Argumenti strana

(a) @alilac

65. @alilac tvrdi da bi @albeno vije}e trebalo ponovo razmotriti ovo pitanje (koje se postavlja samo u odnosu na `albu na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.) u svjetlu Izdvojenog mi{ljenja sudije Robinsona u prvostepenom postupku.⁷³ On tvrdi da kazna koja se izri-e optu`enom treba odra`avati te`inu samih po-injenih dijela i stepen vinosti optu`enog, te da optu`eni ne bi trebao snositi te`u kaznu za ista djela samo zbog pravnog opisa koji im je dat.⁷⁴

66. Na usmenoj raspravi odr`anoj 14. januara 2000. `alilac je dodao da se niti iz Statuta Me|unarodnog krivi-nog suda niti iz sudske prakse su|enja u Nirnbergu nakon 2. svjetskog rata ne mo`e razabrati nikakva razlika u te`ini izme|u ratnog zlo-ina i zlo-ina protiv ~ovje-nosti.⁷⁵

(b) Respondent

67. Na usmenoj raspravi odr`anoj 14. januara 2000. respondent je iznio argument da te`inu zlo-ina odre|uje dru{tvo na osnovu odre|enih interesa po kojima se ujedno razlikuju pojedini zlo-ini.⁷⁶ Respondent je tako|e tvrdio da se "u mnogim nacionalnim jurisdikcijama" za isto djelo mogu izre}i razli-ite kazne ovisno o tipu `rtve.⁷⁷ Respondent taj argument temelji na stavu Pretresnog vije}a nakon dono{enja odluke u predmetu *Erdemovi*},⁷⁸ tj. da je zlo-in protiv ~ovje-nosti, pod uslovom da je sve drugo isto, te`e

⁷³ @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 19-20, para. 16.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ T. 487-488 (14. januar 2000.)

⁷⁶ T. 499 (14. januar 2000.)

⁷⁷ T. 499-500 (14. januar 2000.)

⁷⁸ "Presuda", *Tu`ilac protiv Dra`ena Erdemovi}a*, predmet br. IT-96-22-A, @albeno vije}e, 7. oktobar 1997.

krivi-no djelo od obi-nog ratnog zlo-ina.⁷⁹ Osvrćući se na mogućnost da se pojam zlo-ina protiv -ovje-nosti u početku odnosio na pitanje -ovje-nosti određenih djela, što je bilo relevantno za nürnbergsku sudbenu nakon 2. svjetskog rata, respondent ipak tvrdi da je međunarodna zajednica od vremena tih sudbena na ta djela počela gledati kao na zlo-ine protiv -ovje-nosti u smislu da utiču na zajednicu kao cjelinu, te da to promijenjeno vidjenje stoga opravdava ocjenu, u današnje vrijeme, da je zlo-in protiv -ovje-nosti te`e krivi-no djelo od obi-nog ratnog zlo-ina.⁸⁰

(c) Replika `alioca

68. Na raspravi održanoj 14. januara 2000., `alilac je ukratko odgovorio na argumente respondenta po ovom pitanju. On je naveo da respondent nije iznio nikakve pravne izvore u prilog svojoj tvrdnji da je međunarodno obi-ajno pravo evoluiralo kad je rije- o distinkciji između ratnih zlo-ina i zlo-ina protiv -ovje-nosti, te je ustvrdio da društveni interesi koji su štitiili Jevreje u Evropi 1945. nisu bili ništa manji od društvenih interesa koji su devedesetih štitiili `rtve u bivšoj Jugoslaviji.⁸¹

2. Zaključak

69. @albeno vijeće uzelo je u obzir argumente strana i pravne izvore na koje se pozivaju, uključujući i prethodne presude pretresnih vijeća i @albenog vijeća Međunarodnog suda. Razmotrivši sve aspekte, @albeno vijeće zauzelo je stav da u pravu nema razlike u te`ini između zlo-ina protiv -ovje-nosti i ratnog zlo-ina. @albeno vijeće ne nalazi temelja takvom razlikovanju ni u Statutu ni u Pravilniku Međunarodnog suda, kad se ovi tuma-e u skladu sa međunarodnim obi-ajnim pravom. Za oba djela mogu se izreći iste kazne, pri -emu se te`ina u svakom pojedinom slu-aju određuje prema okolnostima tog slu-aja. Sličan stav izra`en je i u Statutu Međunarodnog krivi-nog suda, pri -emu -lan 8(1) Statuta, po mišljenju @albenog vijeća, ne unosi nikakvu razliku. @albeno vijeće stoga usvaja ovaj osnov `albe.

⁷⁹ T. 500-501 (14. januar 2000.)

⁸⁰ T. 501-502 (14. januar 2000.)

⁸¹ T. 508 (14. januar 2000.)

E. Peti osnov žalbe: Pretresno vijeće je pogriješilo što nije dalo dovoljno važnosti opštoj praksi izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije

1. Argumenti strana

(a) @alilac

70. Kao peti osnov žalbe žalilac tvrdi da Pretresno vijeće pri odmjeravanju kazne nije u dovoljnoj mjeri uzelo u obzir praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije, kako traži član 24(1) Statuta. @alilac doduše prihvata da ta praksa ne obavezuje vijeća Međunarodnog suda, ali sugeriše da je izricanje kazne u skladu sa zakonima mjesta gdje je zločin počinjen pitanje "moralne pravičnosti".⁸² S tim u vezi, žalilac primjećuje da su njegovi zločini počinjeni u Bosni 1992., te da bi on, da je sve teklo na uobičajeni način, mogao očekivati da mu se sudi u Bosni prema zakonima koji važe u trenutku suđenja. Da mu se tako sudilo, primjećuje žalilac, maksimalna kazna na koju bi mogao biti osuđen bila bi kazna od 20 godina, kao alternativa smrtnoj kazni, a inače 15 godina. Ponovo naglašavajući svoj nizak položaj i činjenicu da su zločini za koje je on proglašen krivim puno manjeg obima nego krivična djela na koja se odnose predmeti poslije 2. svjetskog rata, žalilac tvrdi da bi mu prema zakonima bivše Jugoslavije bila izrečena kazna daleko ispod maksimalne.⁸³

(b) Respondent

71. Respondent tvrdi da žalilac za peti osnov žalbe nije iznio nikakve direktne argumente niti činjenice koji bi ukazivali da je Pretresno vijeće pogrešno utvrdilo činjenično stanje što je dovelo do osuđenja pravde ili da je, ocjenjujući tečinu koju valja pridati praksi izricanja zatvorskih kazni na sudovima u bivšoj Jugoslaviji, pogrešno primijenilo pravo.

⁸² @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 20-21, para. 17.

⁸³ *Ibid.*

72. Da je žalocu bilo suđeno prema postojećim zakonima bivše Jugoslavije u vrijeme kada su počinjena krivična djela, isti je respondent, mogla je biti izrečena smrtna kazna. Respondent tako je odbacuje pozivanje žaloca na kazne koje su izrekli vojni tribunali nakon 2. svjetskog rata kao spekulativno i neumjesno. Stoga respondent traži odbacivanje ovog osnova žalbe.⁸⁴

2. Diskusija

73. Ista ona pitanja koja je žalilac potakao u sklopu prvog osnova žalbe na Presudu o kazni od 14. jula 1997. iznose se i u ovom osnovu, doduše općenitije ali zato nimalo uvjerljivije. Usvojivši gore izloženi pristup, Apelno vijeće ne nalazi nikakve greške u načinu na koji je Pretno vijeće koristilo svoje diskreciono pravo u pogledu uvažavanja prakse izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije. Ovaj osnov žalbe stoga ne stoji.

3. Zaključak

74. Peti osnov žalbe se odbacuje.

⁸⁴ Odgovor na apelni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., str. 7-8, para. 8.

F. [esti osnov`albe: Pretresno vije}e je pogrije{ilo {to`aliocu nije ura~unalo vrijeme provedeno u pritvoru u Njema-koj prije upu}ivanja zahtjeva za ustupanje nadle`nosti Me|unarodnom sudu

1. Zaklju~ak

75. [esti osnov`albe identi~an je tre}em osnovu`albe na Presudu o kazni od 14. jula 1997. Iz razloga koji su gore navedeni, @albeno vije}e smatra da interesi pravde nala`u da se`aliocu ura~una ~itavo vrijeme koje je proveo u pritvoru u Saveznoj Republici Njema-koj. Stoga se`aliocu ura~unava period koji po~inje od 12. februara 1994. @alilac dakle ima pravo da mu se sa danom dono{enja ove presude u kaznu ura~una pet godina, jedanaest mjeseci i ~etrnaest dana.

IV. DISPOZITIV

76. Iz gorenavedenih razloga, **@ALBENO VIJE] E**

(1) ODBACUJE prvi osnov `albe na Presudu o kazni od 14. jula 1997. i POTVR\UJE kazne koje su `aliocu izre-ene Presudom o kazni od 14. jula 1997.;

(2) ODBACUJE prvi, tre}i i peti osnov `albe na Presudu o kazni od 11. novembra 1999.;

(3) USVAJA drugi i -etvrti osnov `albe na Presudu o kazni od 11. novembra 1999., pri -emu sudija Cassese ima protivno mi{ljenje o -etvrtom osnovu, PREINA^UJE Presudu o kazni od 11. novembra 1999. s obzirom na ta-ke 29, 30 i 31 optu`nice i OSU\UJE Du{ka Tadi}a na dvadeset godina zatvora za svaku od tih ta-aka;

(4) POTVR\UJE kazne izre-ene Presudom o kazni od 11. novembra 1999. za ta-ke 8, 9, 12, 15, 21 i 32;

(5) NALA@E da se kazne izre-ene u potparagrafu (3) u gornjem tekstu, kao i kazne izre-ene Presudom o kazni od 14. jula 1997. i 11. novembra 1999., a koje su potvr|ene potparagrafima (1) i (4) u gornjem tekstu, po~nu izdr`avati od dana{njeg datuma;

(6) NALA@E da se svaka od kazni izre-enih u potparagrafu (3) u gornjem tekstu izdr`ava uporedo i *inter se* i u odnosu na kazne izre-ene Presudom o kazni od 14. jula 1997. i 11. novembra 1999., koje su potvr|ene potparagrafima (1) i (4) u gornjem tekstu;

(7) USVAJA drugi osnov `albe na Presudu o kazni od 14. jula 1997. utoliko {to PREINA^UJE Presudu o kazni od 14. jula 1997. i preporu-uje da bi, osim ako nastupe vanredne okolnosti, Du{ko Tadi} trebao izdr`avati kaznu najmanje do 14. jula 2007.;

(8) USVAJA tre}i osnov `albe na Presudu o kazni od 14. jula 1997. i {esti osnov `albe na Presudu o kazni od 11. novembra 1999., PREINA^UJE Presudu o kazni od 14. jula 1997. i Presudu o kazni od 11. novembra 1999. time {to UTVR\UJE da Du{ko Tadi}

ima pravo da mu se u kazne pomenute u potparagrafu (5) u gornjem tekstu ura-una pet godina, 11 mjeseci i 14 dana, pri -emu to ura-unavanje ne uti-e na preporuku o minimumu izdr`avanja kazne koja je sadr`ana u potparagrafu (7) u gornjem tekstu.

Shodno tome, `albe se dijelom usvajaju a dijelom odbacuju.

Sa-injeno na engleskom i francuskom jeziku, pri -emu se engleski tekst smatra mjerodavnim.

/potpis na originalu/
Mohamed Shahabuddeen

/potpis na originalu/
Florence Ndepele Mwachande Mumba

/potpis na originalu/
Antonio Cassese

/potpis na originalu/
Wang Tieya

/potpis na originalu/
Rafael Nieto-Navia

Dana 26. januara 2000.
Hag, Holandija

Sudija Shahabuddeen i sudija Cassese ovoj Presudi prila`u Izdvojena mi{ljenja.

[pe-at Me | unarodnog suda]

V. IZDOJENO MIŠLJENJE SUDIJE SHAHABUDEENA

Podravaju}i uz du`no po{tovanje ocjenu @albenog vije}a, `elim izraziti svoje mi{ljenje o jednom pitanju koje je potaknuto `albom. Rije~ je o pitanju jesu li zlo~ini protiv ~ovje~nosti te`i od ratnih zlo~ina, "pod uslovom da je sve drugo isto". U skladu sa stavom da su zlo~ini protiv ~ovje~nosti najte`i od svih kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava i zaslu`uju da budu tako i ka`njeni, kazna koju je Pretresno vije}e u ovom predmetu izreklo za isto djelo, ali okvalifikovano kao zlo~in protiv ~ovje~nosti te`a je od one izre~ene za ratni zlo~in. @alilac tvrdi da "optu`eni ne bi trebao snositi te`u kaznu za ista djela samo zbog pravnog opisa koji im je pridru`en."⁸⁵ Da li je on u pravu?

*

Stav koji `alilac osporava prvo je zauzelo Pretresno vije}e u predmetu *Tadi}* 14. jula 1997.⁸⁶ Taj je stav potvrdilo @albeno vije}e u odluci od 7. oktobra 1997. u predmetu *Erdemovi}*.⁸⁷ Nakon {to je @albeno vije}e predmet vratilo Pretresnom vije}u kako bi se optu`eni ponovo izjasnio o krivici, presudu je 5. marta 1998. izreklo Pretresno vije}e I, kojeg sam bio ~lan.⁸⁸ U izdvojenom mi{ljenju koje sam prilo`io odluci, pomenuo sam izvjesne te{ko}e vezane za ponovno rje{avanje tog predmeta pred Pretresnim vije}em i zadr`ao svoje mi{ljenje o shvatanju prava na kojem se to zasnivalo.

Dok je ovo pitanje u ranijoj fazi bilo pred @albenim vije}em, 15. jula 1999., zatra`io sam od strana da dostave "podneske .. o relativnoj te`ini, sa pravnog gledi{ta, krivi~nih djela" o kojima je rije~.⁸⁹ Nakon toga je predmet u nekim aspektima vra}en Pretresnom vije}u radi odmjeravanja kazne. To Pretresno vije}e je 11. novembra 1999. izreklo kaznu na osnovu gorepomenutog mi{ljenja. U izdvojenom mi{ljenju koje je sudija Robinson prilo`io uz presudu o kazni (koja je predmet ove `albe), iznio je stav da nema

⁸⁵ @albeni podnesak protiv Presude o kazni od 11. novembra 1999., para. 16.

⁸⁶ IT-94-1-T.

⁸⁷ IT-96-22-A.

⁸⁸ IT-96-22-Tbis, objavljeno u Andr  Klip i G ram Sluiter (ur.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993-1998*, sv. 1 (Antwerpen 1999.), str. 657.

osnova za "zaključak da su zločini protiv čovječnosti u principu teža krivnja nego ratni zločini ...".⁹⁰ Sudija Robinson istakao je da je nedavno istraživanje⁹¹ pokazalo da tribunali osnovani po završetku 2. svjetskog rata nisu smatrali da su zločini protiv čovječnosti teža krivnja od ratnih zločina. Podržavam to gledajući iz razloga koje ću navesti u nastavku.

*

Logika na kojoj se temelji gledajući da su zločini protiv čovječnosti teži od ratnih zločina iznijeta je u presudi Pretresnog vijeća od 14. jula 1997. na sljedeći način:

"Zabranjeno djelo počinjeno kao dio zločina protiv čovječnosti, to jest sa svrhom da se djelo vrši u sklopu rasprostranjenog i sistematskog napada na civilno stanovništvo je, ukoliko su sve druge okolnosti jednake, teže krivno djelo nego obični ratni zločin. To proizlazi iz uslova da zločini protiv čovječnosti moraju biti počinjeni na rasprostranjenom i sistematskom nivou budući da kvantitet zločina kvalitativno utiče na prirodu krivnog djela koje se smatra zločinom ne samo protiv samih žrtava već protiv čovječanstva u cjelini."⁹²

Kao što je ranije navedeno, sličan pristup usvojilo je žalbeno vijeće nekoliko mjeseci kasnije u predmetu *Tuđilac protiv Erdemovića*.⁹³ Mišljenje žalbenog vijeća u tom predmetu odražava stav većine, a argumentacija je izložena u zajedničkom mišljenju sudija McDonald i Vohraha (u daljem tekstu: *Zajedničko mišljenje*).⁹⁴ Predsjednik Cassese i sudija Stephen Sliwa ili su se s tim mišljenjem. Sudija Li se usprotivio.

Zajedničko mišljenje je tu postavku formuliralo na sljedeći način: "... pod uslovom da je sve drugo isto, ako se kažnjivo krivno delo tereti i dokazuje kao zločin protiv čovječnosti, ono je teže i u načelu treba da povuče za sobom veću kaznu nego da se

⁸⁹ Transkript žalbenog postupka u predmetu *Tadić*, 15. juli 1999., str. 582-583.

⁹⁰ IT-94-1-Tbis-R117, str. 10.

⁹¹ Sudija Robinson je citirao prilog Bing Bing Jia, "The Differing Concepts of War Crimes and Crimes against Humanity in International Criminal Law", (to je 11. poglavlje u Guy-Goodwin-Gill i Stefan Talmon (ur.), *The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie* (Oxford, 1999).

⁹² Presuda o kazni u predmetu *Tadić*, IT-94-1-T, para. 73. Ovaj stav u suštini je ponovljen u para. 28. Presude o kazni u predmetu *Tadić*, 11. novembar 1999., IT-94-1-Tbis-R117.

⁹³ Predmet br. IT-96-22-A, 7. oktobar 1997.

⁹⁴ Vidi para. 20 presude žalbenog vijeća u predmetu *Erdemović*.

postupak vodio po osnovi da se radi o ratnom zločinu."⁹⁵ Kasnije je rečeno da se zločinima protiv čovječnosti "povremeno daje veći interes nego što je to interes direktne žrtve, te su stoga ozbiljnije prirode nego ratni zločini";⁹⁶ da se žalilac (Erdemovi) "izjasnio da je kriv za te ubojstvo";⁹⁷ i da "ništa u zapisniku ne pokazuje da je bilo ko, bilo zastupnik odbrane ili Pretresno vijeće, objasnio podnosiocu žalbe da je zločin protiv čovječnosti teži zločin...".⁹⁸ Ti stavovi su iznijeti pod naslovom "Zločini protiv čovječnosti inherentno su teži od ratnih zločina"⁹⁹ i čini se da je upravo to njihov pravnonaučni osnov.

Ovaj stav se ne temelji na okolnosti da se činjnice u jednom slučaju mogu razlikovati od činjenica u drugom; zasniva se na vjerovanju da je, što se tiče pravne kvalifikacije krivičnih djela, zločin protiv čovječnosti teži od ratnog zločina - "inherentno", kako je rečeno u Zajedničkom mišljenju. To je jedini mogući razlog zašto "pod uslovom da je sve drugo isto", kažnjivo djelo "u načelu" povlači te ubojstvo kad se tereti i dokazuje kao zločin protiv čovječnosti nego kad se tereti i dokazuje kao ratni zločin - iz čega opet proizilazi da se ratni zločin lakše kažnjava nego zločin protiv čovječnosti ako je riječ o istom djelu. Ukratko, smatrajući da je zločin protiv čovječnosti teže krivično djelo nego ratni zločin, Zajedničko mišljenje tu te ubojstvo shvaća konkretno kao te ubojstvo. Probleme koje povlači to gledati (te razmotri) ćemo u nastavku u tri koraka.

*

Kao prvo, to se pitanje može sagledati sa načelnog stajališta. Moguće je napraviti razliku između, nazovimo to tako, stvarne težine i pravne težine. [to se tiče stvarne težine, ako pogledamo karakter radnji koje su zabranjene definicijom određenog krivičnog djela, moguće je uopšteno reći da je jedno krivično djelo teže od drugoga. Ali to uvijek ne znači da je prvo djelo i pravno teže od drugog. Može biti da je u nekim sistemima kazna za ubistvo ista kao za silovanje; ako je to slučaj, teško bi se moglo reći da jedno djelo ima veću pravnu težinu od drugoga, čak i ako postoji mišljenje (koje se može razlikovati od jednog društva do drugog) da postoji razlika u stvarnoj težini. Osim

⁹⁵ *Erdemovi*, IT-96-22-A, 7. oktobar 1997., para. 20, podvučeno kao u originalu.

⁹⁶ *Ibid.*, para. 21.

⁹⁷ *Ibid.*, para. 26.

⁹⁸ *Ibid.*, para. 26.

ako nije propisana neka druga metoda pravosudnog rangiranja, bitan je zadani raspon kazni. Zlo-in protiv -ovje-nosti mo`e se smatrati najgnusnijim od svih zlo-ina; no pravo Me|unarodnog suda ne pominje nikakvu razliku u rangu izme|u njega i ratnog zlo-ina i za oba propisuje jednaku kaznu.

Moglo bi biti korisno razmotriti osnov na kojem Zajedni-ko mi{ljenje temelji svoj nalaz da je zlo-in protiv -ovje-nosti te`e krivi-no djelo. Osnov je sljede}i: da bi se dokazao zlo-in protiv -ovje-nosti (za razliku od ratnog zlo-ina), nu`no je dokazati da je djelo: (a) moralo da bude po-injeno kao dio rasprostranjenog ili sistematskog -injenja ovakvih djela, ne nu`no od strane samog optu`enog; ali sigurno (b) sa znanjem da se takva djela vr`e ili su bila vr`ena kao dio organizovane politike ili rasprostranjene ili sistematske prakse protiv odre|ene grupe civila."¹⁰⁰ Ovi elementi pokazuju da je zlo-in protiv -ovje-nosti doista te`ak zlo-in: i moglo bi se tvrditi da nije rije~ samo o elementu krivi-nog djela nego da se time defini`e i pravni status samog krivi-nog djela, ~ime se ono stavlja na virtualno isti polo`aj koji ima ubistvo u odnosu na fizi-ki napad u hijerarhiji normi o krivi-noj odgovornosti. Nisam, me|utim, uvjeren da potreba da se doka`u gornji elementi zna-i da je zlo-in protiv -ovje-nosti ima ve}u pravnu te`inu od ratnog zlo-ina kad se radi o istom djelu.

Kori{}enje specifi-nog osnova da se kriminalizuje djelo koje ina-e nije obuhva}eno poljem kriminaliteta valja razlikovati od kori{}enja osnova kriminalizacije da se odredi te`ina novoustanovljenog krivi-nog djela u odnosu na druga krivi-na djela. Prije nego {to se pojam zlo-ina protiv -ovje-nosti iskristalisao u me|unarodnom humanitarnom pravu, djelo koje bi se danas moglo kazniti kao takav zlo-in nije bilo ka`njivo po me|unarodnom pravu osim ako ujedno ne bi bilo i ratni zlo-in, {to je mogu}e ali nije nu`no slu-aj. Stoga su mogla postojati grozna djela koja nisu bila ka`njiva po me|unarodnom pravu. Kako bi se ta djela u-inila ka`njivima po me|unarodnom pravu, bilo je nu`no identifikovati pravni kriterijum koji bi ih povezao sa legitimnim interesima me|unarodne zajednice na na-in koji bi racionalno opovrgao prigovor da, prema me|unarodnom pravu u obliku u kojem je tada postojalo, ta djela potpadaju pod

⁹⁹ *Ibid.*, str. 17.

¹⁰⁰ Zajedni-ko mi{ljenje, paragraf 21.

isklju-ivu nadle`nost dr`ave u kojoj su po-injena ili -iji su dr`avljeni bili `rtve tih djela.¹⁰¹ Ako presko-imo zanimljive faze formulacije teksta u nirnber{kim i kasnijim su|enjima, ta veza je prona|ena u pojmu zlo-ina protiv -ovje-nosti, koje mogu izme|u ostalog po~initi slu`benici dr`ave protiv sopstvenih gra|ana, bez obzira da li je dr`ava u ratu.¹⁰²

Kao {to se implicira u predmetima presu|enih nakon 2. svjetskog rata i kako je izri-ito navedeno u recentnijoj sudskoj praksi, veza koja nosi interes me|unarodne zajednice prisutna je ako se doka`e da je djelo po-injeno kao dio organizovane politike ili rasprostranjene ili sistematske prakse protiv odre|ene grupe civila.

U stvari, ratni zlo-in se mo`e po~initi u iste svrhe, ali dokaz da je on na taj na-in po-injen nije nu`ni element tog zlo-ina. Istina, -lan 20 Nacrta kodeksa Komisije za me|unarodno pravo o zlo-inima protiv mira i bezbjednosti -ovje-anstva iz 1996. ka`e da bilo koji od odre|enih "ratnih zlo-ina predstavlja zlo-in protiv mira i bezbjednosti -ovje-anstva kad se -ini sistematski ili je {irokih razmjera." No rije~ "kada" pokazuje da navedene okolnosti ne moraju da budu dokazane kao element ratnog zlo-ina nego se naprosto odnose na slu-aj kad je ratni zlo-in u stvari tako po-injen, u kojem slu-aju se smatra da je tako|e po-injen zlo-in protiv mira i bezbjednosti -ovje-anstva.

Uop{teno govore}i, nije isto re}i da neka "radnja" postaje odre|eno krivi-no djelo "kad" se po~ini u zadatim okolnostima i da neko "krivi-no djelo" postaje drugo krivi-no djelo "kad" se po~ini u zadatim okolnostima. U prvom slu-aju, zadate okolnosti su element jedinog krivi-nog djela koje je pomenuto; u drugom slu-aju, zadate okolnosti nisu element prvog krivi-nog djela nego samo situacija u kojoj se ono mo`e po~initi tako da se, ako je zaista po-injeno u toj situaciji, smatra da je po-injeno i drugo krivi-no djelo.¹⁰³

¹⁰¹ Vidi definiciju zlo-ina protiv -ovje-nosti koju je dala Komisija Ujedinjenih nacija za ratne zlo-ine, a koja se citira u nastavku.

¹⁰² O su`uju}em u-inku elementa nekusa sa "oru`anim sukobom" koji se tra`i -lanom 5 Statuta Me|unarodnog suda, vidi *Tadi}*, @albeno vije}e, 2. oktobar 1995., (1994-1995) I ICTY JR 357, na 503, para. 140-141.

¹⁰³ U tekstu se djelimi-no citira -lan 20 Nacrta kodeksa zlo-ina protiv mira i bezbjednosti -ovje-anstva Komisije za me|unarodno pravo. ^lan 18 ka`e da "zlo-in protiv -ovje-nosti ozna-ava bilo koje od Predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-*Abis*

Ovdje je bitno to, da čak i ako se koncept ratnog zločina proteže na dio polja koje pokriva koncept zločina protiv čovječnosti, on ne može obuhvatiti čitavo to polje. To je zato što djelo koje predstavlja ratni zločin može biti počinjeno i na drugi način nego kao dio organizovane politike ili rasprostranjene ili sistematske prakse protiv određene grupe civila. Tu prazninu popunio je novi pojam zločina protiv čovječnosti.

Obrazloženje zašto je ustanovljeno novo krivično djelo može se naći na više mjesta. U svojoj završnoj riječi u Nirnbergu 1946., Sir Hartley Shawcross je to formulirao na sljedeći način: "Međunarodno pravo je već prije iznijelo tezu da postoje granice svemoći države i da pojedinačno ljudsko biće, konačno jedinka svakog prava, ne može biti lišeno prava na zaštitu čovječanstva ako država gazi njegovu prava na način koji okirava savjest čovječanstva."¹⁰⁴ Kao što je drugdje formulirano, zamisao je bila da "il existe dans la sphère des nations civilisées certaines normes de conduite humaine, liées à la valeur et à la dignité de la personne humaine, et qui sont tellement essentielles pour la coexistence des hommes et l'existence d'un individu qu'aucun Etat appartenant à cette sphère ne saurait avoir le droit de s'en affranchir."¹⁰⁵ Time je napadnuto shvatanje državne suverenosti kao "tvrdave".

Predmet rasprave bio je i tačan smisao riječi "-ovječnost" /eng. *humanity* znači čovječnost ali i čovječanstvo, op. prev./ kao dio sklopa "zločin protiv čovječnosti": misli li se tim terminom na napad na čitavo čovječanstvo, ili se on odnosi na napad na standarde čovječnosti kojih se pridržava čovječanstvo? Taj dihotomni pristup je jedan način da se sagleda ova materija. Međutim, moguće je da se ta dva gledišta ne mogu sasvim odvojiti. Kao što sugeriraju prethodni izvaci, možemo sa sigurnošću tvrditi da je zločin protiv čovječnosti napad na legitimne interese svih država za održavanje izvjesnih standarda koji su neophodni za koegzistenciju čovječanstva. Može se stoga

sljedećih djela kad su počinjena sistematski ili su (irokih razmjera, te potaknuta ili rukovođena od strane neke vlade ili bilo koje organizacije ili grupe ...". (Naglasak dodat).

¹⁰⁴ *The Trial of German Major War Criminals, Speeches of the Chief Prosecutors at the Close of the Case against Individual Defendants* (London 1946), str. 63.

¹⁰⁵ *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafzachen (O.G.H.br.Z.)* (Berlin, 1949), sv. 2, str. 271, u prijevodu citirano u Henri Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi no. 10 du Conseil de contrôle allié* (Paris, 1960), str. 347.

tvrditi da je zlo-in protiv -ovje-nosti napad na -itavo -ovje-anstvo u smislu da se -ovje-anstvo ne mo`e odr`ati kao cjelina ako se ne po{tuju doti-ni standardi. No ja ne smatram da je okolnost da zlo-in protiv -ovje-nosti predstavlja napad na -itavo -ovje-anstvo odlu-uju}a za pitanje komparativne te`ine tog krivi-nog djela. Ta okolnost je naprosto osnov po kom je pona{anje koje ina-e nije bilo ka`njivo po me|unarodnom pravu, progla{eno ka`njivim.

Stoga pojam zlo-ina protiv -ovje-nosti ide za tim da se to djelo kriminalizuje na me|unarodnom planu; iz njega se ne mo`e izvesti da je to krivi-no djelo, jednom definisano, *ipso facto* te`e od ratnog zlo-ina kad je rije- o istovjetnoj radnji. Ratni zlo-in mo`e biti vrlo te`ak. Kao {to je napomenuo sudija Li u paragrafu 20-22 izdvojenog i protivnog mi{ljenja koje je prilo`io presudi @albenog vije}a u predmetu *Erdemovi*}, ratni zlo-in mo`e biti jednako rasprostranjen i odvratan kao i zlo-in protiv -ovje-nosti. Da li je to zaista tako u svakom pojedinom slu-aju zavisi}e od -injeni-nog stanja. Nije ispravno pitanjima te vrste pristupati *a priori*, sa stajali{ta da je pravno gledaju}i te`ina ve}a ako se isto djelo tereti i doka`e kao zlo-in protiv -ovje-nosti.

Konvencija o neprimjenjivosti zastare na ratne zlo-ine i zlo-ine protiv -ovje-nosti iz 1968. zabranjuje primjenu zastare na oba ta krivi-na djela. ^etvrti paragraf preambule konvencije ka`e da su "ratni zlo-ini i zlo-ini protiv -ovje-nosti me|u najte`im zlo-inima u me|unarodnom pravu": ne sugerije se nikakva razlika u te`ini. I drugi instrumenti uglavnom potvr|uju to gledite.

Niti Statut Me|unarodnog krivi-nog suda ne pominje nikakvu razliku u te`ini. ^lan 8(1) Statuta ka`e da "sud ima nadle`nost nad ratnim zlo-inima, naro-ito kad su po-injeni kao dio plana ili politike ili masovnog -injenja takvih zlo-ina". Kao {to je gore obja{njeno, to ne zna-i da se ratni zlo-in ne mo`e po-initi u drugim okolnostima, niti se time tra`i dokaz o konkretnim okolnostima kao nu`ni element ratnog zlo-ina. To, me|utim, pokazuje da se ratni zlo-in mo`e po-initi u istim okolnostima kao zlo-in protiv -ovje-nosti. Ta odredba se ne odnosi na relativan polo`aj ratnih zlo-ina kao kategorije na nekoj op{toj ljestvici stepena kriminaliteta pojedinih kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava.

Ako se dogodi da je djelo koje sa-injava zlo-in protiv -ovje-nosti ujedno i ratni zlo-in, kazna za to djelo kao zlo-in protiv -ovje-nosti ne ra-una se tako da se sabere kazna za ratni zlo-in plus dodatna kazna za ostale pravne elemente koji se tra`e za zlo-in protiv -ovje-nosti; izra-unavanje kazne ne sprovodi se na taj na-in. Tek ako se krene razmi{l}jati u suprotnom smjeru, bilo bi ispravno tvrditi da "... pod uslovom da je sve drugo isto, ako se ka`njivo krivi-no delo tereti i doka`e kao zlo-in protiv -ove-nosti, ono ... i u na-elu treba da povu-e za sobom te`u kaznu nego da se postupak vodio po osnovi da se radi o ratnom zlo-inu."

U prilog argumentu o ve}oj te`ini, Tu`ila{tvo je navelo da se od 2. svjetskog rata naovamo me|unarodno pravo razvilo do ta-ke da sada pridaje ve}u va`nost zlo-inima protiv -ovje-nosti nego {to je to bio slu-aj na kraju rata. Ja ne vidim da je tome tako. Navodi o kr{enjima tog prava ponovo su u`i`i pa`nje me|unarodne zajednice, ali nije mi poznato ni{ta {to bi ukazivalo da se promijenilo samo pravo. Tu`ila{tvo nije navelo nikakve materijale u prilog ovom argumentu.

Tako|e postoji argument da je namjera zlo-ina protiv -ovje-nosti da se za{titi dru{tveni interes koji ide povrh onoga {to se predvi|a ratnim zlo-inom, te ih stoga treba smatrati te`ima. Nemam nikakvih te{ko}a da prihvatim tvrdnju da je institucija zlo-ina protiv -ovje-nosti zami{l}jena da za{titi neki drugi dru{tveni interes nego {to je interes predvi|en pravom o ratnim zlo-inima; no ta -injenica ne zna-i da su ovi prvi te`i od drugih. Taj drugi dru{tveni interes je osnov po kojem su se djela koja prije toga nisu smatrana kr{enjima me|unarodnog humanitarnog prava sada po-ela smatrati kr{enjima; nije bilo namjere da se zbog tog interesa takva kr{enja automatski u-ine te`ima od ostalih kr{enja, "pod uslovom da je sve drugo isto".

Zaklju-i}u ovaj odjeljak sa jo{ nekoliko rije-i o razlici izme|u kori{}enja odre|enog osnova za kriminalizaciju nekog djela koje ina-e nije obuhva}eno poljem kriminaliteta i kori{}enja tog osnova za utvr|ivanje relativne te`ine djela u svrhu odmjeravanja kazne. Kao {to je ve} re-eno, u paragrafu 21 Zajedni-kog mi{l}jenja stoji da djelo koje predstavlja zlo-in protiv -ovje-nosti treba biti po-injeno "kao dio

organizovane politike ili rasprostranjene ili sistematske prakse protiv određene grupe civila". No iz toga ne proizilazi da je zločin protiv čovječnosti inherentno teži od ratnog zločina: slijedi samo to, da ako nema dokaza da je djelo počinjeno kao dio organizovane politike ili rasprostranjene ili sistematske prakse, nije počinjeno krivično djelo prepoznatljivo po međunarodnom pravu, osim ako to nije ratni zločin, (što može ali ne mora biti slučaj. Sa dužnim poštovanjem, ta okolnost nije bila uzeta u obzir u tom paragrafu Zajedničkog mišljenja gdje se kaže da zločin protiv čovječnosti "povređuje čiji interes nego što je to interes direktne žrtve, te je stoga ozbiljnije prirode nego ratni zločin" (naglasak dodat). Taj pristup koristi osnov kriminalizacije kao indiciju relativne pravne težine. Zaključak ne slijedi iz premise.

*

Kao drugo, moguće je konsultovati sudsku praksu. U Zajedničkom mišljenju citiraju se tri predmeta van Međunarodnog suda, odnosno *Wielen* (predmet *Stalag Luft III*), *Einsatzgruppen* i *Ahlbrecht*. Razmotrimo sva tri.

Transkript predmeta *Wielen*¹⁰⁶ pokazuje, kao što podsjeća paragraf 24 Zajedničkog mišljenja, da je branilac izjavio da je pravni savjetnik vojnog suda rekao da "u ovom predmetu optužba ne traži kaznu za zločin protiv čovječnosti nego samo - a i to je već dovoljno - za zločin protiv pravila i običaja ratovanja, (što se ovdje sastoji u strijeljanju ratnih zarobljenika." No to (što je pravni savjetnik vojnog suda prema navodima rekao ne može se protumačiti kao da je imao namjeru da sugeriše da su zločini protiv čovječnosti, pravno gledani, teži od ratnih zločina. Nije uopšte bilo sporno da li jedno krivično djelo spada u veću kategoriju pravne težine od drugog, pa stoga nije bilo ni prilike da se zauzme stav o tom specifičnom i važnom pravnom pitanju. Kao što je izjavio i sam pravni savjetnik vojnog suda, optužnica je bila samo za ratne zločine. Za ta krivična djela petnaest od osamnaest optuženih osuđeno je na najvišu kaznu, odnosno smrtnu kaznu vješanjem. U jednom slučaju kazna je promijenjena u doživotni zatvor. Ništa ovdje ne sugeriše da bi, u slučaju da su ista djela takođe predstavljala zločin protiv

¹⁰⁶ Objavljeni izvještaj, koji počinje na str. 31 sv. XI *Law Reports of Trials of War Criminals* (London, 1949) ne sadrži relevantan dio transkripta usmenog postupka.

-ovje-nosti, najvi{a kazna bila pridr`ana samo za te zlo-ine, a ni`e kazne za ratne zlo-ine.

Idu}i predmet je *Einsatzgruppen*.¹⁰⁷ Ovdje je tu`ila{tvo izjavilo:

"Iste radnje koje smo u ta-ki 1 naveli kao zlo-ine protiv -ovje-nosti terete se u ta-ki dva kao ratni zlo-ini. Iste radnje se, dakle, terete kao odvojena i razli-ita krivi-na djela. To nije ni{ta novo. Fizi-ki napad, koji je sam po sebi ka`njiv, mo`e biti izveden u sklopu te`eg djela plja-ke, i ispravno je teretiti za oba krivi-na djela. U ovom slu-aju, ubistvo bespomo}nih civila za vrijeme rata mo`e biti ratni zlo-in, ali ista ubistva sa-injavaju drugi zlo-in, te`i ako ho}ete - genocid odnosno zlo-in protiv -ovje-nosti. To je razlika koja se odra`ava u tere}enju u ovom predmetu. Ona je stvarna i veoma zna-ajna ... Jedan niz doga}aja, ako se dese za vrijeme sukoba, mo`e predstavljati povredu osnovnih ljudskih prava a istovremeno i kr{enje pravila ratovanja. To je inherentna priroda krivi-nih djela za koja se ovdje tereti. Zvati ih ratnim zlo-inom zna-ilo bi zanemariti njihovu inspiraciju i njihovu pravu prirodu."

Ne treba preuveli-avati implikacije izjave optu`be. U svim se pravnim sistemima plja-ka ka`njava te`om kaznom nego fizi-ki napad. No u tom pogledu nema paralele sa ovim predmetom. Izme|u zlo-ina protiv -ovje-nosti i ratnog zlo-ina ne postoji sli-na razlika u propisanoj kazni; kao {to }emo u nastavku pokazati, barem na ovom Me|unarodnom sudu kazna je ista. U predmetu *Einsatzgruppen* ve}ina optu`enih bili su progla{eni krivim za zlo-ine protiv -ovje-nosti, ratne zlo-ine i -lanstvo u kriminalnim organizacijama; osu|eni su na smrt vje{anjem, a da ni-im nije sugerisano da se najvi{a kazna odnosi samo na zlo-in protiv -ovje-nosti a ne i na ostale. Djela na kojima se zasnivaju optu`be za zlo-ine protiv -ovje-nosti i ratne zlo-ine uglavnom su ista. S druge strane, manji dio optu`enih koji su bili progla{eni krivim za sva tri krivi-na djela osu|eni su samo na kaznu zatvora. Budu}i da zakon ne propisuje nikakvu razliku u kazni, nivo kazne zavisio je od okolnosti svakog pojedina-nog slu-aja a ne od pravne kvalifikacije krivi-nog djela.

Izjava tu`ila{tva u predmetu *Einsatzgruppen* ispravno je naglasila te`inu zlo-ina protiv -ovje-nosti; no to nije dovoljno -vrst temelj da podupre vi|enje da je, pravno

gledaju}i, ako je u pitanju isto djelo, zlo-in protiv -ovje-nosti te` i od ratnog zlo-ina, i da ga tako treba i kazniti.

Najzad, tu je i predmet *Ahlbrecht*.¹⁰⁸ Ovdje je posebni krivi-ni sud u Arnhemu optu`enog proglasio krivim za ratne zlo-ine i zlo-ine protiv -ovje-nosti i osudio ga na smrt. U `albenom postupku, holandski Apelacioni sud je poni{tio presudu za zlo-in protiv -ovje-nosti i izrekao kaznu do`ivotnog zatvora umjesto smrtno kazne za ratne zlo-ine, budu}i da nije smatrao da je "zlo-ina-ki karakter pona{anja podnosioca `albe dovoljno velik da bi se zahtijevalo da se nad njim izvr{i smrtna kazna". U vezi s tim, paragraf 23 Zajedni-kog mi{ljenja ka`e:

"Budu}i da je Apelacioni sud utvrdio da ovi nu`ni elementi zlo-ina protiv -ovje-nosti nisu bili prisutni u slu-aju podnosioca `albe koji je bio kriv jedino za ratni zlo-in, sud nije "smatrao da je zlo-ina-ki karakter pona{anja podnosioca `albe dovoljno velik da bi se zahtijevalo da se nad njim izvr{i smrtna kazna" te mu je shodno tome smanjio kaznu na do`ivotnu robiju."

Formulacija upotrijebljena u Zajedni-kom mi{ljenju sugerije da gdje "nu`ni elementi zlo-ina protiv -ovje-nosti nisu prisutni" i `alilac je "kriv jedino za ratni zlo-in", sud ne mo`e "smatrati da je zlo-ina-ki karakter pona{anja podnosioca `albe dovoljno velik da bi se zahtijevalo da se nad njim izvr{i smrtna kazna" za ratni zlo-in. Uza svo du`no po{tovanje, to je pre{iroko vi|enje. Pona{anje koje ne pokazuje sve elemente zlo-ina protiv -ovje-nosti mo`e ipak biti toliko pokudno da zaslu`uje smrtnu kaznu ako sa-injava ratni zlo-in; to se i dogodilo u predmetu *Wielen*. Ispravnije je gledite da je holandski Apelacioni sud postupao na osnovu ocjene -injenica u doti-nom predmetu a ne na osnovu svog vi|enja relativne pravne te`ine tih dvaju krivi-nih djela. Da se priklonio ovom potonjem pristupu, sud bi, uza svo du`no po{tovanje, pogrije{io.

¹⁰⁷ *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10* (Nuernberg, 1949), sv. IV, str. 48-49.

¹⁰⁸ Predmet *Ahlbrecht*, Posebni kasacioni sud, 11. april 1949., *Nederlandse Jurisprudentie*, br. 425, str. 747, nezvani-ni prevod, citiran u paragrafu 23 Zajedni-kog mi{ljenja, a -iji se sa`etak mo`e na}i u *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1949), str. 396-398. U presudi u `albenom postupku u predmetu *Erdemovi*} holandski sud se pominje kao "holandski Apelacioni sud"; naziv suda koji se navodi u *Nederlandse Jurisprudentie* (1949) jeste "*Bijz. Raad van Cassatie*", {to je kasnije u *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1949) prevedeno kao "Posebni kasacioni sud".

Holandski Apelacioni sud slo`io se sa sljede}om definicijom zlo-ina protiv -ovje-nosti koju je dala Komisija Ujedinjenih nacija za ratne zlo-ine:

"Izolovana krivi-na djela nisu bila obuhva}ena pojmom zlo-ina protiv -ovje-nosti. U pravilu, da bi obi-an zlo-in, ka`njiv samo po nacionalnom pravu, postao zlo-in protiv -ovje-nosti i tako potpao pod me|unarodno pravo, potrebno je postojanje sistematske masovne akcije, naro-ito ako sadr`i element vlasti. Samo zlo-ini koji su svojom te`inom i divlja{tvom, ili brojno{ }u ili zbog -injenice da je sli-an obrazac sproveden na razli-itim mjestima i u razli-ito vrijeme ugro`avali me|unarodnu zajednicu ili {okirali savjest -ovje-anstva, opravdavali su intervenciju dr`ava na -ijem teritoriju nisu po-injeni zlo-ini, odnosno -iji gra|ani nisu bili `rtve."¹⁰⁹

Razumno tuma-enje presude holandskog Apelacionog suda jeste da je sud shvatio okolnosti koje "ugro`avaju me|unarodnu zajednicu ili {okiraju savjest -ovje-anstva" kao kriterijum za odgovor na pitanje ima li pravnog opravdanja za "intervenciju dr`ava na -ijem teritoriju nisu po-injeni zlo-ini, odnosno -iji gra|ani nisu bili `rtve". U nedostatku takovog elementa, ne mo`e biti pravnog opravdanja za pravosudnu intervenciju na osnovu toga da je po-injen zlo-in protiv -ovje-nosti; no to, moglo bi se pomisliti, nema uticaja na komparativnu te`inu kazne izme|u takvog zlo-ina i bilo kojeg drugog krivi-nog djela koje poznaje me|unarodno pravo, a koji bi odgovaralo tom pona{anju.

Ovaj zaklju-ak, -ini se, ide u istom pravcu kao predmeti o kojima je rje{avano nakon 2. svjetskog rata. Jedan je primjer predmet *Milch*. Ovdje su izre-ene presude za zlo-ine protiv -ovje-nosti i za ratne zlo-ine. Djela su bila ista, tako da je Vojni tribunal Sjedinjenih Dr`ava u Nirnbergu konstatovao da "ista protivpravna djela nasilja koja predstavljaju ratne zlo-ine po ta-ki 1 optu`nice tako|e predstavljaju zlo-ine protiv -ovje-nosti koji se terete u ta-ki 3 optu`nice."¹¹⁰ Po progla{enju krivim po te dvije ta-ke izre-ena je jedinstvena kazna do`ivotnog zatvora. Jedinstvena kazna do`ivotnog zatvora izre-ena je isto tako i u predmetima *Creutz, Huebner, Lorenz, Bruekner, Hildebrandt i*

¹⁰⁹ *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (H.M. Stationery Office, London, 1948), str. 179.

¹¹⁰ *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, sv. II, (Nuernberg, October 1946), str. 791.

Schwalm, te u predmetu *Sjedinjene Dr`ave protiv Greifelta i ostalih*.¹¹¹ U predmetu *Einsatzgruppen, supra*, izre-ena je jedinstvena smrtna kazna.

U vezi s ovim odlukama moglo bi se tvrditi da nu`no ne proizilazi da je sud smatrao da oba djela zaslu`uju istu kaznu; sud je mogao postupiti na osnovu toga da bi svako djelo, uzeto zasebno, povuklo razli-itu maksimalnu kaznu, a jedinstvena izre-ena kazna naprotsto bi predstavljala kaznu za koju sud smatra da je primjerena kad se uzmu u obzir sva djela zajedno. Me|utim, iz odluka se ne mo`e razabrati pravni temelj za takvo tuma-enje. Tuma-enje kojem se ja priklanjam jeste to da je, izrekav{i jedinstvenu kaznu, sud postupio u uvjerenju da pravno gledaju}i nema razlike izme|u kazne za ratni zlo-in i kazne za zlo-in protiv -ovje-nosti. To gledi{te podr`ava nedavna odluka u predmetu *Kupre{ki}* u kojoj je, pozivaju}i se na instrumente mjerodavne za su|enja nakon 2. svjetskog rata, Pretresno vije}e konstatovalo:

"... instrumenti koji su propisivali razli-ite kazne za razli-ita krivi-na djela nisu pravili razliku izme|u ratnih zlo-ina i zlo-ina protiv -ovje-nosti, nego su za obje kategorije predvidjeli iste kazne (smrtna kazna, kazna zatvora itd.) na isti na-in."¹¹²

Ukratko, iz sudske prakse koja se citira u Zajedni-kom mi{ljenju ne mo`e se izvesti princip da isto djelo, ako se tretira kao zlo-in protiv -ovje-nosti, u pravilu treba kazniti te`e nego ako se tretira kao ratni zlo-in. Ako, kao {to dr`im, predlo`ena razlika nije dio me|unarodnog obi-ajnog prava, onda nije bilo na Me|unarodnom sudu da ga tamo uvrsti.

¹¹¹ *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, sv. V, (Washington, 1950), str. 165-167.

¹¹² *Tu`ilac protiv Kupre{ki}a*, MKSJ, IT-95-16-T, 14. januar 2000., para. 674.

*

Treće, problem se može razmotriti u svjetlu Statuta Međunarodnog suda.

Prvi odjeljak člana 24(1) Statuta, koji se odnosi na isključenje smrtne kazne, propisuje da su kazne "ograničene na kaznu zatvora". Shodno tome, pravilo 101(A) Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda predviđa da "osoba proglašena krivom može biti osuđena na kaznu zatvora, uključujući i doživotnu kaznu zatvora." [to se tiče vremenskog trajanja zatvorskih kazni za pojedina krivina djela, te odredbe potpadaju pod drugi odjeljak člana 24(1) Statuta. Tamo stoji da je "prilikom određivanja uvjeta izdržavanja zatvorske kazne Raspravno vijeće imati u vidu općtu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije." Čini se da je ispravnije stajalište (koje podržava i sudska praksa ovog Međunarodnog suda i Međunarodnog krivnog suda za Ruandu) da se jugoslovenska praksa primjenjuje kao smjernice koje se uzimaju u obzir ali koje nisu obavezujuće. U svakom slučaju, što se ovoga tiče, u spisu ne stoji ništa što bi pokazivalo da su u praksi sudova bivše Jugoslavije djela okvalifikovana kao zločini protiv čovječnosti bili kažnjavani strože nego djela koja imaju karakter ratnih zločina; čini se da je za obje vrste djela bio propisan isti raspon kazni.¹¹³ Dakle, u kaznenom režimu Međunarodnog suda nigdje se ne sugerije da u poređenju sa ratnim zločinom, zločin protiv čovječnosti inherentno zasluži strožu kaznu.

Suprotno gledanju je sa praktičnim poteškoćama. Neke od njih pomenute su u izdvojenom mišljenju koje sam priložio presudi o kazni od 5. marta 1998. u predmetu *Erdemovi*.¹¹⁴ Te teškoće nisu uklonjene ograničenjem "pod uslovom da je sve drugo isto". Budući da pravni elementi ova dva krivina djela nisu identični, činjenice na kojima se zasniva jedno krivino djelo mogu, ali ne moraju, ukazivati na drugo. Račireno je uvjerenje da je postojala namjera da se gorepomenuto ograničenje primjenjuje samo ako iste činjenice ukazuju na to da su istom radnjom izvršena oba krivina djela. No, ako je tako, što slijedi? Na osnovi principa kažnjavanja koje nije potrebno ovdje ponavljati, nije lako pojmiti kako bi to optuženi u takvom slučaju zaslužio manju kaznu za ratni zločin nego za zločin protiv čovječnosti, odnosno, da obrnemo,

¹¹³ Vidi para. 25 odvojenog i protivnog mišljenja sudije Lija u `albenom postupku u predmetu *Erdemovi* i para. 12 Presude o kazni u predmetu *Tadić* od 11. novembra 1999.

zašto bi zločin protiv čovječnosti trebalo otkrije kazniti nego ratni zločin, iako su oba izvršena istim činjenjem i u istim okolnostima.

*

Postavka da, kad je u pitanju isto djelo, zločin protiv čovječnosti treba, pravno gledajući, strogo kazniti nego ratni zločin, prilično je u skladu sa stavovima rađanim u javnosti. No o toj postavci prvostepena instanca u predmetu *Erdemovi* uopšte nije raspravljala. To nije bio osnovni slučaj u žalbenom postupku koji je uslijedio i nijedna od strana nije se tim pitanjem pozabavila u svojim podnescima u žalbenom postupku. To nije bilo među tri preliminarne pitanja koja je žalbeno vijeće *proprio motu* uputilo stranama u nalogu o rasporedu od 5. maja 1997.¹¹⁵ Tu je temu Vijeće potaklo putem sudačkog pitanja braniocu tokom jednodnevne rasprave koja se uglavnom bavila drugim pitanjima.¹¹⁶ A ipak, to je bilo glavno pitanje od kojeg je zavisio žalbeni postupak. To je ujedno važno i teško pitanje; to nije jednostavno pitanje koje se na osnovu postojećih sudske prakse može jednostavno razriješiti u prilog stavu izraženom u Zajedničkom mišljenju. U mišljenju sudije Lija, kao ni u onom koje je sada priložio sudija Cassese, to se niti ne sugerije.

Slažem se sa stavovima koje su iznijeli sudija Li i sudija Robinson. Prema postojećem pravu, koje je Međunarodni sud dužan da primjenjuje, ne stoji princip da je zločin protiv čovječnosti teži od ratnog zločina, pod uslovom da je sve drugo isto, te da isto djelo koje se tereti kao prekršaj treba strogo kazniti nego ako se tereti kao potonji. Današnja presuda u skladu je sa postojećim pravom: ono ne priznaje takav princip.

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

/potpis na originalu/
Mohamed Shahabuddeen

Dana 26. januara 2000.
Hag, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]

¹¹⁴ IT-96-22-Tbis.

¹¹⁵ Vidi para. 16 presude žalbenog vijeća u predmetu *Erdemovi*, 7. oktobar 1997., IT-96-22-A.

¹¹⁶ *Erdemovi*, transkript žalbenog postupka, 26. maj 1997., str. 34-37 i 101-102.

VI. IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE CASSESEA

1. Na`alost, ne mogu se slo`iti sa mi{ljenjem ve}ine da isto pona{anje, ako se okvalifikuje kao zlo-in protiv -ovje-nosti, nu`no ne povla-i ve}u kaznu nego ako se okvalifikuje kao ratni zlo-in, pod uslovom da je sve drugo isto. Ukratko }u izlo`iti pravne osnove mog neslaganja.

2. Kako bi se ispravno razrije{io ovaj te{ki pravni problem, valja imati u vidu dva preliminarna aspekta vezana za neke jedinstvene odlike me|unarodnog krivi-nog prava.

3. Kao prvo, me|unarodna krivi-na pravila, koja su jo{ uvijek u zametku, ne predvi|aju specifi-na i jasno definirana krivi-na djela. Ona ne opisuju u detalje pojedina-ne kategorije pona{anja (npr. ubistvo ili uni{tavanje privatne imovine ili silovanje). Naprotiv, ona se bave {irokim kategorijama disparatnih krivi-nih djela. U stvari, ta pravila u principu predvi|aju grupe zabranjenih krivi-nih djela koja su me|u sobom razli-ita i po karakteru i po te`ini. To se npr. odnosi na odredbe Statuta Me|unarodnog suda koje Sudu daju nadle`nost nad odre|enim krivi-nim djelima i istovremeno navode razli-ite kategorije tih krivi-nih djela. Tako npr. -lan 3, koji Me|unarodnom sudu daje nadle`nost nad "kr{enjima zakona i obi-aja rata" (tj. ratnim zlo-inima), nabraja razli-ite vrste pona{anja kao {to su "kori{tenje otrovnih oru`ja", "bezobzirno razaranje gradova, sela ili naselja, ili pusto{enje koje nije opravdano vojnom nu`dom" i "plja-kanje javne ili privatne imovine." Te kategorije pona{anja, uz one koje su, prema mi{ljenju @albenog vije}a,¹¹⁷ predvi|ene tom odredbom, ne samo da su objektivno razli-ite jedna od druge nego se tako|e razlikuju i po te`ini. Isto vrijedi za -lan 5 Statuta, koji u kategoriju zlo-ina protiv -ovje-nosti uvr{ta tako razli-ita krivi-na djela kao {to su "ubistvo", "porobljavanje", "mu-enje", "silovanje", "progon" i "druga ne-ovje-na djela".

¹¹⁷ Vidi "Odluku po interlokutornoj `albi odbrane na nadle`nost Suda", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-AR72, @albena vije}e, 2. oktobar 1995., para. 87-93.

4. Drugo, princip *nulla poena sine praevia lege poenali* koji se generalno poštuje u većini nacionalnih pravnih sistema još uvijek se ne može primijeniti u međunarodnom krivičnom pravu. Prema tom principu, da bi neko ponašanje bilo kažnjivo kao krivično djelo, zakon mora ne samo propisati da se to ponašanje smatra krivičnim djelom, nego također mora navesti primjerenu kaznu (u zemljama kontinentalnog prava uobičajeno je da se u krivičnom zakonu predvidi maksimalna i minimalna kazna za određeno krivično djelo, tzv. raspon kazni; nedavno su i u nekim zemljama *common law*-a usvojeni zakoni koji sadrže takve raspone). Očito je da je taj princip zamišljen kako bi se postigla tri glavna cilja:

(i) da se jasno izrazi različiti stepen neodobravanja ili osude pojedinih vrsta pokudnog ponašanja od strane društvenog poretka. Očigledno, što je neko ponašanje smatra pokudnijim, to se licu koje to ponašanje upravljava izriče teža kazna. Tako, ako nacionalni sistem predviđa kaznu od 25 godina zatvora za ubistvo, a za krađu 10 godina, to znači da pravni sistem pridaje veću važnost ljudskom životu nego privatnom vlasništvu.

(ii) da se ograničavanjem diskrecionih prava sudova (*arbitrium judicis*) obezbijedi pravna sigurnost.

(iii) da se odmjeravanje kazni harmonizira i učini relativno jednoobraznim.

5. U međunarodnom krivičnom pravu odmjeravanje kazne dugo je vremena bilo prepušteno sudovima. Tek su nedavno neki međunarodni instrumenti dali opšte smjernice (ali ne i raspon kazni). Tako npr. Statut Međunarodnog suda s jedne strane implicitno isključuje smrtnu kaznu, a s druge upućuje Međunarodni sud da "ima u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije" (član 24 Statuta). Slične odredbe nalaze se u Statutu Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (član 23). [to se tiče Međunarodnog krivičnog suda, član 23 ustanovljava princip *nulla poena*, ali u posebnom obliku: on predviđa da se "osoba koju je ovaj Sud proglasio krivim može kazniti samo u skladu sa ovim Statutom", čime se očito poziva na članove 77 i 78 koji

izme|u ostalog implicitno isklju-uju smrtnu kaznu i uz to propisuju da kazna zatvora "ne smije prije}i maksimalnu kaznu od 30 godina".

6. Iz ovoga proizilazi da se, uop{teno govore}i, iz me|unarodnih krivi-nih odredbi o kaznama ne mo`e izvesti da se neko krivi~no djelo smatra te`im od drugog. Stoga, ako je rije- o dva razli-ita krivi-na djela koja potpadaju pod istu odredbu (npr. "istrebljenje" civila i "progon [civila] na politi-koj, rasnoj ili vjerskoj osnovi", pri ~emu su oba djela obuhva}ena ~lanom 5 Statuta), ne mo`e se *a priori* re}i koje je od njih te`e i zato nu`no povla-i ve}u kaznu. Isto vrijedi za pona{anje koje potpada pod razli-ite krivi-ne odredbe, npr. plja~ka privatne imovine kao ratni zlo~in i uzimanje civila za taoce kao te{ka povreda @enevskih konvencija iz 1949. To je tim istinitije kad se uzme u obzir da se neke kategorije zlo~ina koje bi se teoretski mogle smatrati lak{im od drugih kategorija, mogu u praksi pokazati inherentno mnogo te`im: dovoljno je pomenuti ratne zlo~ine kao npr. bombardiranje nebranjenog grada ili ubijanje stotina neprijateljskih boraca kori{enjem zabranjenog oru`ja. Bez daljega je o~ito da se ti slu~ajevi ratnih zlo~ina u praksi mogu pokazati nehumanijima i razornijima od nekih oblika zlo~ina protiv ~ovje-nosti, npr. deportacije ili zatvaranja civila.

7. Ukratko, ne mo`e se re}i da odre|ena kategorija me|unarodnih krivi-nih djela obuhvata djela koja su te`a od onih koja su zabranjena nekom drugom krivi-nom odredbom. *In abstracto* svi su me|unarodni zlo~ini te{ka krivi-na djela i me|u njima se *a priori* ne mo`e postaviti hijerarhija te`ine (npr. izme|u ratnih zlo~ina i te{kih povreda @enevskih konvencija, ili izme|u ratnih zlo~ina i zlo~ina protiv ~ovje-nosti).

8. Shodno tome, kad je rije- o odmjeravanju kazne za jedan od zlo~ina o kojima smo ovdje raspravljali, sudije me|unarodnih sudova moraju se ravnati od predmeta do predmeta i u svakom pojedinom slu~aju odrediti kaznu uzev{i u obzir: (i) objektivne ~injenicne okolnosti po~injenja krivi-nog djela (npr. stepen opa~ine kriminalnog pona{anja, rang odnosno komandni polo`aj optu`enog, broj `rtava, vrijednosti ugro`ene krivi-nim djelom itd.); i (ii) subjektivno du{evno stanje osu|enog lica. Naravno, uz te elemente sud }e morati odvagnuti i uzeti u obzir i eventualne olak{avaju}e ili ote`avaju}e okolnosti.

9. O-ito je da na ovom polju sudovi u`ivaju veliku slobodu, ~ak i vi{e nego pri utvr|ivanju ta-nog tuma-enja prava. To je jo{ jedna posljedica prili-no rudimentarnog karaktera dana{njeg me|unarodnog krivi-nog prava.

10. Gornja razmatranja odnose se na mogu}e pore|enje izme|u razli-utih oblika pona{anja koji se mogu kvalifikovati kao razli-ita krivi-na djela. No to je razli-ito od situacije koja se javlja kad se okrenemo pravnom pitanju koje sam iznio na po-etku ovog Mi{ljenje. A to je, podsjetimo, da li se jedno te isto djelo pripisano optu`enom, ako se okvalifikuje kao ratni zlo-in, mo`e smatrati te`im ili manje te{kim nego ako se defini}e kao zlo-in protiv -ovje-nosti.

11. Prema mi{ljenju @albenog vije}a isto djelo (npr. ubistvo), ako se okvalifikuje kao ratni zlo-in iz -lana 3 Statuta, ne bi trebalo povla-iti manju kaznu nego ako se ozna-i terminom "zlo-in protiv -ovje-nosti" iz -lana 5 Statuta.

12. Uza svo du`no po{tovanje, ne sla`em se. Ako se ubistvo koje je po-inio izvjesni optu`eni klasifikuje kao "ratni zlo-in", za *actus reus* dovoljno je da uklju-uje smrt `rtve kao posljedicu -injenja ili ne-injenja po-inioca, dok tra`eni element svijesti mora biti namjera da se ubije ili nanese te{ka povreda koja izvire iz bezobzirne nebrige za ljudski `ivot. Kao {to je ispravno zaklju-ilo @albena vije}e u predmetu *Tadi}* (interlokutorna `alba), ratni zlo-in je svako te{ko kr{enje pravila me|unarodnog humanitarnog prava koje povla-i individualnu krivi-nu odgovornost osobe koja to pravilo kr{i.¹¹⁸ S tim u vezi valjalo bi se pozabaviti jednim pravim pitanjem koje je od znatne va`nosti za definiciju ratnih zlo-ina.

13. Neki smatraju da se za ratni zlo-in tra`i element koji je sli-an "rasprostranjenosti i sistematskoj praksi" koja se tra`i za zlo-ine protiv -ovje-nosti. Ta se tvrdnja zasniva na -lanu 8(1) Statuta Me|unarodnog krivi-nog suda (MKS) koji sudu daje nadle`nost nad ratnim zlo-inima, "osobito kad su po-injeni kao dio plana ili politike ili dio masovnog vr{enja takvih djela". Uza svo du`no po{tovanje, tvrdim da se ta postavka temelji na

¹¹⁸ Vidi citiranu odluku, para. 94.

pogrešnom shvatanju. Kao prvo, član 8 Statuta MKS-a daje nadležnost nad svim ratnim zločinima i zatim dodaje da tu nadležnost treba koristiti "osobito" kad je riječ o masovnim ili sistematskim ratnim zločinima. To je sasvim razumljivo. Namjera autora statuta bila je da daju do znanja da bi u principu trebalo da se MKS usredsredi na najznačajnije slučajeve ratnih zločina, dok bi manje značajne kategorije tih zločina morali, što je više moguće, krivice goniti nacionalni sudovi. Autorima statuta činilo se da je to opravdano potrebom MKS-a da ne bude zasut slučajevima ratnih zločina koje bi lako mogli riješavati i nacionalni sudovi. Osim toga, uzet je u obzir i princip "komplementarnosti" na kojem se bazira Statut (kako je propisano u 10. stavu preambule Statuta: MKS je uspostavljen da bude "komplementaran nacionalnim krivičnim jurisdikcijama"). Sud ipak može vršiti nadležnost nad *bilo kojim* ratnim zločinom, čak i nad onima koji nisu masovni i sistematski (osim, naravno, ako je neka država "uistinu" spremna i voljna da krivice goni i sudi taj predmet, pa Međunarodni krivični sud smatra da je primjereno da taj predmet riješava nacionalni sud). Osim toga, autori statuta su bili svjesni da bi se materijalne odredbe statuta mogle tumačiti kao da utiču ili makar i zadiru u međunarodno običajno pravo. Stoga je usvojen član 10, koji propisuje da se "ništa u ovom dijelu [tj. 2. dijelu, koji obuhvata član 8] ne može tumačiti kao da ograničava ili na bilo koji način prejudicira postojeća pravila međunarodnog prava ili ona koja su u nastajanju za bilo koje druge svrhe osim ovog Statuta." Očito je da se tom odredbom kani jasno staviti do znanja da, između ostalog, član 8 o ratnim zločinima ni na koji način ne utiče, odnosno ne sužava, ne proširuje niti preinačuje međunarodna običajna pravila o ratnim zločinima. Stoga je opravdan zaključak da Statut MKS-a ni na koji način ne utiče na običajna pravila o ratnim zločinima kao ni na ona sadržana u Statutu MKSJ-a ili MKSR-a. Stoga ispravnu definiciju ratnih zločina treba potražiti u tim pravilima, koja su sadržana u gorepomenutoj odluci *@albenog vijeća* u predmetu *Tadić* (interlokutorna žalba).

14. Vratimo se sada na pitanje ubistva kao ratnog zločina ili zločina protiv čovječnosti. Ako se ubistvo želi definisati kao "zločin protiv čovječnosti", ono mora biti dio rasprostranjene ili sistematske prakse. Osim toga, potrebno je pokazati da element svijesti krivice djela ne uključuje samo *mens rea* za ubistvo žrtve, nego također i znanje o postojanju rasprostranjene ili sistematske prakse. Stoga, ako se ubojstvo definiše kao

"zlo-in protiv -ovje-nosti", ono ne mo`e uklju-ivati samo jedno ili -ak i vi{estruko kr{enje me|unarodnog humanitarnog prava, koliko god ozbiljno to bilo. Naprotiv, ubistvo je samo jedan element u ra{irenom kriminalnom pona{anju i ubica je morao postupati uz punu svijest da je njegovo pona{anje dio tog {ireg konteksta. U pravilu je "rasprostranjena ili sistematska praksa" kriminalnog pona{anja bilo planirana ili poticana ili stimulirana ili podr`avana ili barem tolerisana od strane vlasti koje vr`e kontrolu nad podru-jem gdje je po-injen zlo-in. Iz toga slijedi da je doti-no ubistvo dio -itavog obrasca kriminaliteta, {to mo`e sa-injavati, kako se izrazio veliki holandski stru-njak za me|unarodno pravo B.V.A. Rölíng, "sistemski kriminalitet" (koji obuhvata rasprostranjene zlo-ine po-injene kao sredstvo postizanja ratnih ciljeva, na zahtjev ili uz poticaj ili tolerisanje vlasti), za razliku od "individualnog kriminaliteta" (koji obuhvata zlo-ine koje borci po-ine na sopstvenu inicijativu i -esto iz razloga poznatih samo njima).¹¹⁹ Osim toga, umi{lajaj po-inioca koji se ovdje tra`i te`i je nego kod ubistva kao "ratnog zlo-ina": po-inilac ne samo da mora namjeravati da izazove smrt jedne ili vi{e osoba, nego ujedno mora biti svjestan da je to pona{anje op{ta praksa. To mo`e, izme|u ostalog, zna-iti da se po-inilac nada da }e ostati neka`njen jer upra`njava pona{anje koje bi, budu}i da je rasprostranjeno, moglo ostati neka`njeno.

15. O-igledno, reakcija me|unarodne zajednice na takav zlo-in mora biti o{trija nego u slu-ajevima gdje se optu`enom pripisuje isto pona{anje, ali kao ratni zlo-in. Naime, ako se okvalifikuje kao zlo-in protiv -ovje-nosti, ubistvo ima objektivno ve}u te`inu i otkriva kod po-inioca takvo subjektivno stanje svijesti koje bi moglo ugroziti temeljne vrijednosti me|unarodne zajednice u mnogo ve}oj mjeri nego u slu-aju da je to krivi-no djelo okvalifikovano kao ratni zlo-in. Me|unarodna zajednica i pravosudna tijela nadle`na za sprovo|enje me|unarodne krivi-ne pravde imaju stoga sna`an dru{tveni interes da izreknu te`u kaznu po-iniocu zlo-ina protiv -ovje-nosti, {to tako|e ima i funkciju odvra}anja od sli-nih zlo-ina.

¹¹⁹ Vidi B.V.A. Rölíng, "The Significance of the Laws of War" in A. Cassese (ur.), *Current Problems of International Law*, 1975, 137-139.

Naravno, rasprostranjeni i sistematski ratni zlo-ini tako|e mogu biti dio "sistemskog kriminaliteta": uzmimo npr. masovno ubijanje ili zlostavljanje ratnih zarobljenika. No obrat ne vrijedi: zlo-ini protiv -ovje-nosti uvijek su oblik sistemskog kriminaliteta, dok ratni zlo-ini mogu biti ({to -esto i jesu) oblik "individualnog kriminaliteta".

16. Ako se prihvate gornja razmatranja, slijedi da, kad god se krivi-no djelo koje po-ini neki optu`eni defini`e kao "zlo-in protiv ~ovje-nosti", mora ga se smatrati inherentno te`im, pod uslovom da je sve drugo isto (*caeteris paribus*), nego da je okvalifikovano kao "ratni zlo-in". Shodno tome, takvo djelo mora povla-iti te`u kaznu (naravno, eventualni uticaj olak{avaju}ih ili ote`avaju}ih okolnosti je razli-ito pitanje koje se u praksi ipak mo`e znatno odraziti na kona-nu kaznu).

17. Gornje opaske tako|e se odnose na druge sli~ne slu-ajeve. Na primjer, ako se ubistvo grupe civila po-injeno u oru`anom sukobu okvalifikuje kao genocid, to je o-igledno te`e nego ako se defini`e kao ratni zlo-in ili te{kka povreda @enevskih konvencija iz 1949. Naime, u slu-aju genocida sam *actus reus* (ubistvo ve}eg broja osoba) mora biti popra}eno specifi-nim umi{ljamem (namjerom da se uni{ti grupa ili njeni pripadnici na nacionalnom, etni-kom, rasnom ili vjerskom osnovu). Taj element svijesti krivi-no djelo -ini jo{ u`asnijim i pokudnijim. Doista, *dolus* je te`i od onog koji se tra`i za ubistvo kao ratni zlo-in ili kao te{kku povredu: sada se tra`i ne samo namjera da se ubiju druga ljudska bi}a nego kvalifikovana namjera da ih se uni{ti jer pripadaju nekoj odre|enoj grupi. Stoga bi valjalo izre}i te`u kaznu.

18. Valja dodati da se u pravilu problem koji sam upravo razmotrio ne bi trebao niti javiti. Kao {to je ispravno zaklju~ilo Pretresno vije}e II u *Kupre{ki} i ostali*,¹²⁰ kad god se za isto djelo mo`e smatrati da potpada pod dvije razli-ite odredbe Statuta Me|unarodnog suda, npr. ~lana 3 (ratni zlo-ini) i ~lana 5 (zlo-ini protiv ~ovje-nosti), ili pod ~lan 2 (te{kke povrede) i ~lan 4 (genocid), prema principu specijaliteta treba prevagnuti potonja kvalifikacija. Doista, ~esto }e se ispostaviti da krivi-na djela iz ~lana 5 (odnosno ~lana 4) predstavljaju *lex specialis* u odnosu na ratne zlo-ine (odnosno te{kke povrede) jer zahtijevaju postojanje izvjesnih pravnih elemenata koji se ne tra`e za ~lan 3 odnosno ~lan 2. U tom slu-aju treba prevagnuti "specijalna" odredba. Iz toga proizilazi da se, u okolnostima o kojima je rije~, pitanje koje sam razmatrao u ovom Mi{ljenju ne bi trebalo pojaviti u praksi.

¹²⁰ Vidi Presudu, *Tu`ilac protiv Zorana Kupre{ki}a i ostalih*, predmet br. IT-95-16-T, Pretresno vije}e II, 14. januar 2000., para. 683-684.

19. Taj se problem, međutim, može javiti u drugim okolnostima; npr. kad se prilikom prvog pojavljivanja optuženi pozitivno izjasni o krivici za zločin koji je tužilac u optužnici kvalifikovao i kao zločin protiv čovječnosti i, alternativno, kao ratni zločin (to je upravo ono što se dogodilo u predmetu *Erdemovi*). Može se takođe javiti i u predmetima gdje je više optuženih učestvovalo u istom kriminalnom ponašanju, pri čemu se element svijesti zločina protiv čovječnosti (znanje da je kriminalno ponašanje dio rađirane ili sistematske prakse) može dokazati samo za jednog optuženog, a za drugog ne. U tom slučaju se prvi optuženi može proglasiti krivim za zločin protiv čovječnosti, a drugi za ratni zločin. U toj fazi postavlja se pitanje odmjerenja kazne i sud će morati odlučiti da li isto ponašanje, ako se kvalifikuje kao zločin protiv čovječnosti, treba imati za posljedicu te u kaznu.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleska verzija smatra mjerodavnom.

/potpis na originalu/
Antonio Cassese

Dana 26. januara 2000.
Hag, Holandija

[pe-at Me | unarodnog suda]