

Bartul Marušić, mag. iur.¹

KRAJNJA NUŽDA I PRINUDA U MEĐUNARODNOM KAZNENOM PRAVU; SLUČAJ ERDEMOVIĆ MKSJ KAO LOŠ POČETAK HAŠKOG SUDOVANJA?

UDK: 341. 4

Primljeno: 15. 1. 2017.

Pregledni rad

Krajnja nužda i prinuda tipične su okolnosti koje isključuju protupravnost i postojanje kaznenog djela. Međutim, proporcionalnost je najvažniji i najprihvaćeniji uvjet koji čini razliku između toga da li će počinitelj biti oslobođen optužbe, oslobođen kazne ili će prinuda i krajnja nužda biti samo okolnosti koje ublažuju kaznu. U međunarodnom kaznenom pravu nema ujednačenih kriterija i pred Haškim tribunalom bio je izazovan zadatak kod slučaja Erdemović primijeniti ta dva instituta na teške povrede međunarodnog ratnog i humanitarnog prava. I to u okolnostima samog najvećeg genocida u Europi nakon Drugog svjetskog rata. Autor u prvim dijelovima opisuje okolnosti samog slučaja prema pravomoćnoj presudi te kratki kronološki razvoj senzibilitnosti sudova i zakona prema spomenutim institutima, osvrćući se prvenstveno na anglosaksonsku pravnu baštinu i presedanske presude na koje se Haški sud najviše oslanja, ali također i na domaće pravo i domaću jurisdikciju u kontekstu europskih pravnih sustava „građanskog prava“ s kontinenta. U drugom dijelu, uz doktrinalna i granična pitanja, koja se nadovezuju nezaobilazno na teleologiju ovih dvaju pravnih pojmova, autor razrađuje problematiku uz svoja zapažanja i stavove te zaključuje zašto je haška presuda bila opravdana i nužna za daljnji razvoj „antiratnog“ prava.

„Duša u tmíni griješi, no pravi je grešnik onaj tko je prouzročio tmínu.“

Victor Hugo, Jadnici

Ključne riječi: *krajnja nužda, prinuda, međunarodno kazneno pravo, MKSJ, Erdemović*

1. UVOD: TUŽITELJ PROTIV ERDEMOVIĆA MKSJ KAO PRVI PRAVI PRIMJER EGZISTENCIJALNE KRAJNJE NUŽDE U MEĐUNARODNOM KAZNENOM PRAVU

Krajnja nužda ima više svojih podvrsta i oblika, a svakako je učestala pojava u kaznenopravnom i zbiljnom svijetu, no rijetko „prolazi“ na sudu. Jedan od oblika je i tzv. *egzistencijalna krajnja nužda*, u čiju nezahvalnu poziciju dođe onaj kojemu

¹ Postdiplomant na specijalističkom studiju za kaznenopravne znanosti na Pravnom fakultetu u Zagrebu, nastavnik/profesor pravne grupe predmeta u Upravnoj školi Zagreb..

život ovisi o počinjenju nekog kaznenog djela, odnosno zla i štete. Prvi poznati slučaj takve vrste u međunarodnom ratnom pravu nakon Drugog svjetskog rata, a i među prvim slučajevima suđenja pred Haaškim tribunalom za ratove na prostoru bivše Jugoslavije, bio je onaj Dražena Erdemovića, čiji je postupak počeo već nekoliko mjeseci nakon potpisivanja Daytonškoga sporazuma. Kroz tekst će se eksponirati pojam i definicija prinude i krajnje nužde s paralelnim referiranjem na spomenuti slučaj. Dražen Erdemović je tvrdio da je kao pripadnik Desetog diverzantskog odreda VRS pucao u nenaoružane žrtve u Srebrenici samo radi prijetnje po vlastiti život, ako ne poslušna naredbu. MKSJ ga je osudio početno na 10 godina zatvora, te na kraju ublažio kaznu na konačnih pet, uključujući izdržano u pritvoru.

2. RAZVITAK INSTITUTA KRAJNJE NUŽDE I PRINUDE KROZ POVIJEST

Na Zapadu je među prvim slučajevima koji su se pojavili u svezi s pitanjem protupravnosti i krivnje u stanju nužde ili prinude bio onaj *Kitsona*² iz 1955., dok je senzibilnost prema tom institutu porasla tek osamdesetih godina 20. st.³ U *Willeru*⁴ 1986. sud je okolnosti podveo po prvi put jasno pod „*duress of circumstances*”. Kriteriji su razvijeni i u slučajevima *Martin*⁵ i *Graham*.⁶ Već kod donošenja kaznenoga zakona Englezi su ustvrdili da „nisu spremni prihvatiti kako nužda predstavlja opravdanje u svakom slučaju, a isto tako nisu spremni niti sugerirati kako nužda ne može biti obrana niti u jednom slučaju.”⁷ No, za napomenuti je kako prisila i krajnja nužda nisu dva identična pojma i pojave, iako aludiraju na sličan *ratio* razmišljanja. Stvorena je trovrsna podjela odvojenih, ali povezanih područja u pravu, koja afirmiraju stanje nužde kod protuzakonitog djelovanja.⁸

1. Nužda (krajnja; *extreme or urgent necessity*)
2. Prinuda okolnosti (*duress of circumstances*)
3. Prinuda prijetnji (*duress of threats*)

Ta tri područja se preklapaju, ali čine određene razlike. Krajnja nužda ima mnogo svojih primjera u kontinentalnoj i zapadnoj praksi, a najpoznatiji je onaj engleski slučaj gdje su dvojica pojela trećeg (malog od palube) nakon brodoloma u predmetu

² *R v Kitson (1955.)* 39 Cr App R 66.

³ Tendencija je nastavljena kroz *Barton v. Armstrong (1976.)* AC 104, *The Sibeon v. The Sibotre (1976.)* 1 Lloyd's Rep 293, *The Atlantic Baron (1979.)* QV 705, *Pao On v. Lau Yiu Long (1980.)* AC 614, *De Universe Sentinel (1982.)* 2 All ER 67, *B&S Contractors v. Victor Green Publications (1984.)* ICR 419, *Atlas Express, The Alev (1989.)* 1 Lloyd's Rep 138, te 90ih *The Evia Luck, CTN Cash* itd.

⁴ *R v Willer (1986.)* 83 Cr App R 225.

⁵ *R v Martin (1989.)* 88 Cr App R 343.

⁶ *R v Graham (1982.)* 1 WLR 294.

⁷ www.e-lawresources.com.uk/Defence-of-Duress.php [pristupljeno 28. VIII. 2016.].

⁸ Martin, Teal, *OCR Criminal Law For A2*, 4. izd., Hodder Education, London, 2000., str. 72.

*Dudley v Stephens*⁹ još iz 1884. Ključan je stav engleskih pravnikâ, koji se nije promijenio do današnjih dana, da kod krajnje nužde (a i prinude) nema opravdanja za kazneno djelo ubojstva.¹⁰ Život (nevinih) toliko je sveta vrijednost da treba radije žrtvovati vlastiti život (što je pak također *contradictio in adjecto*). Preventivni način razmišljanja, prisutan očito i u presudi Erdemoviću, očituje se u izjavi Lorda Coleridgea u kojoj kaže kako bi jednom dozvoljeno opravdanje u takvom slučaju moglo postati „legalni plašt za neobuzdanu strast i grozne zločine“.¹¹ U slučaju *Martin* iz 1989.¹² vidi se primjer drugoga tipa obrane: „prinuda zbog okolnosti“. Gospodin Martin je vozio bez dozvole i skrivio prekršaj, ali iz razloga što mu je supruga prijetila da će se ubiti ako ne odveze sina na posao. Razlika u odnosu na prisilu je ta što je supruga prijetila „sebi“, a ne njemu, dok u odnosu na krajnju nuždu nema značajne, ali ima male psihološke razlike u pristupu. Naime, žena je bitno utjecala na formiranje svijesti i odluke, te vršila pritisak, a obilježje svake vrste prinude jest da je čini druga „osoba“, a ne vanjske sile i vlastite prosudbe. Britanski sud je pak u presudi *Conway*¹³ 1988. prvi put izjavio da *duress of circumstances* kao oblik nužde nema bitnih razlika u odnosu na „krajnju nuždu“ i stoga se može zvati na oba načina. Kod *Abdul-Hussaina*¹⁴ 1999. sud izriče stav kako pitanje nužde (a i prinude) u slučajevima poput otmice ne povlači za sobom isključivo vremensku pretpostavku istodobnosti, nego napad odnosno opasnost mogu biti bliski. *Duress of threats* ili „prinuda pod prijetnjom“ najočitije je izražena u tipičnim slučajevima poput *Sharpa*¹⁵ 1987., gdje je orobljena banka, a jedan od sudionika učinio je to samo zato jer se, navodno, bojavao da mu partner ne „raznese glavu“. I krajnja nužda i prinuda, međutim, predstavljaju načelno afirmativnu obranu, jer uskraćuju (slobodnu) volju kao bitan (ali ne i jedini) element krivnje odnosno namjere, o čemu će biti govora. Po nekima je apsolutni ili znatni nedostatak volje (*mens rea*¹⁶) dovoljan faktor za lišenje od kaznene odgovornosti. Svakako, diskusija o jednom i drugom isključenju protupravnosti predstavlja koncesiju odnosno ustupak ljudskoj „slabosti“, koja bi trebala biti opće shvaćena i prihvaćena kao „mana“ i nesavršenost ljudskog bića. U britanskome slučaju *R v Graham*¹⁷ iz 1982. prvi je put postavljen „test prinude“:

⁹ Brod se zvao *Mignonette*. Sedamnaestogodišnjak je pao u komu zbog konzumiranja morske vode u nedostatku pitke te ga je dvojac odlučio priklati i pojesti dok ne dođe spas. Treći se opirao. *Korneadova* daska je isto tipičan sličan primjer: jači gurne slabijeg s nje (za razliku od *Titanica* fiktivno s druge strane). A u slučaju *United States v. Holmes* (1842.), 26 F. Cas. 360, okrivljenik je pobacao desetak ljudi i članova posade kako bi opstali na brodu koji je tonuo pretrpan zbog udara o santu leđa.

¹⁰ O protivnosti prihvaćanju ubojstva (kao preteškog djela) svjedoči i slučaj *A-G v Whelan* (1933.) IEHC 1.

¹¹ *R v. Dudley and Stephens* (1884.) 14 QBD 273 DC.

¹² *R v Martin* (1989.) 88 Cr App R 343.

¹³ *R v Conway* (1988.) 3 All ER 1025.

¹⁴ *R v Abdul-Hussain* (1999.) Crim LR 570.

¹⁵ *R v Sharp* (1948.) 85 Cr App R 212.

¹⁶ Klasična anglosaksonska podjela na *actus reus* i *mens rea*.

¹⁷ *R v Graham* (1982.) 1 WLR 294. Riječ je bila o životnoj zajednici homoseksualaca i žene jednog od njih, gdje je taj odlučio da je zadavi maramom i u tome tražio od partnera da mu pomogne. On se

1. **subjektivni test** – je li osumnjičenik u skladu s okolnostima uistinu osnovano strahovao da će mu život biti u neposrednoj opasnosti,
2. **objektivni test** – bi li trijezan čovjek „prosječne čvrstoće“ na njegovome mjestu reagirao na isti način prema prijetnji (što je i predmet *ankete* u nastavku).

Elementi *Grahamovog testa* nalažu: a) da branjenik mora imati razumnu vjeru u takve prinudne okolnosti, b) da ta vjera mora voditi dobrome razlogu za strah od smrti ili tjelesne ozljede u protivnom postupanju, te c) da bi trijezna osoba sa sličnim karakteristikama vjerojatno postupila *jednako* kao i konkretni optuženik.

Elementi obrane kod prinude postavljeni su u slučajevima *Hassan*,¹⁸ *Cole*¹⁹ i dr.:

1. Prvi je da posrijedi mora biti određeno kazneno djelo (*specified crime*), a nije dovoljno da je osoba bila u potrebi za novcem, pa je iz tog razloga („nužnosti“) išla u pljačku i sl.
2. Nadalje, treba postojati neposredna prijetnja ili opasnost. Vidjet ćemo da pitanje vremenskog odmaka od izravne ili izravno predstojeće opasnosti ne mora biti ključni faktor za strah, ali je i dalje delikatno pitanje koliko ta razlika smije biti velika i pretvara li se to u preventivnu nuždu ili trajnu opasnost. U slučaju *R v Hudson & Taylor*²⁰ djevojke su bile u strahu svjedočiti o tučnjavi koja je izbila u gostionici, jer im je tijekom suđenja iz galerije mimikom lica i pogledom prijetio jedan od sudionika da ne govore ništa. Sudac je zastupao stajalište kako prijetnja nije bila neposredna i stoga su bile optužene za krivokletstvo (*perjury*). Lažni iskaz na sudu u Hrvatskoj također je kažnjiv po čl. 305. Kaznenoga zakona²¹ (u daljnjem tekstu: KZ). Međutim, sud je ipak srušio tu optužbu, ali se vidjelo kako je porota poprilično nesklona pravnom osjećaju i vjerovanju nuždi kao oslobađajućem i istinitom faktoru u počinjenju prijestupa.
3. Prijetnja mora biti usmjerena na život ili tjelesni integritet počinitelja (kod prinude, a kod nužde može biti riječ i o imovini).
4. Prijetnja mora biti upućena izravno počinitelju ili osobi nad kojom on ima odgovornost ili je povezan.²² To uključuje i delikatnu prijetnju članovima

prihvatio toga, kaže, iz straha prema drugome koji je već bio „nadređen“ u homoseksualnoj vezi i navodno opasan i arogantan.

¹⁸ *R v Hassan* (2005.) 2 WLR 709.

¹⁹ *R v Cole* (1994.) Crim LR 582.

²⁰ *R v Hudson & Taylor* (1971.), 2 WLR 1047.

²¹ Kazneni zakon, NN 125/2011.

²² Imamo i poznati domaći slučaj V. Karlovića koji je pod pritiskom i prijetnjom obitelji, zbog dugotrajnih kamatarenja oko navodno neotplaćenog duga, ubio kuma kamatara hicima dok je bio u autu. Dobio je oko pet godina zatvora. Ima i primjer pak drugog čovjeka koji je podlijegao pritiscima zeleništa i isto tako reagirao, a sud je to okvalificirao kao višu silu (*vis maior*) zbog čega uopće ne bi bilo elemenata kaznenog djela jer je sila neodoljiva. Ali to uopće nije slučaj kod krajnje nužde, a ni prinude (osim „fizičkog pucanja“ tuđom rukom).

obitelji²³ (*garant*), jednako kao i npr. taksistu za njegove mušterije koje vozi.²⁴

5. Prijetnja mora biti toliko velika da potiskuje uobičajene moći ljudskog otpora. U idućim recima (7) vidjet će se rezultati javne i anonimne ankete autora provedene 2016. na uzorku od 149 ljudi različitoga spola, dobi, obrazovanja i zanimanja. Obrazovanje nije faktor koji puno utječe na način razmišljanja u vezi ovoga predmeta, pa čak i kad je riječ o obrazovanim i visokoobrazovanim pravnicima. S druge strane, životna dob u stavovima ima svoj značaj,²⁵ dok visina potencijalne kazne mahom ne utječe bitno na odluku o postupanju u situaciji pod prinudom u ratu. Isto tako, hipotetski odgovor da se neće „podleći“ prinudi i prijetnji ne vuče za sobom i ujednačene odgovore kod pitanja o sankciji prema eventualnome prijestupniku. Manji uzorak vojnika i časnika nije se previše razlikovao u svojim odgovorima i također je razmišljao većinom „idealistički“ u odnosu na hipotetsku situaciju, no omjer je puno manji nego kod ostalih. Kod sankcije ih je pak većina bila za kaznu dugotrajnog zatvora. I, iako su svjesni da naredba (a i prinuda) nije načelno oslobađajući faktor, vojnici ipak razmišljaju „vojnički“ u smislu obvezatnosti „poštovanja“ naredbi. Ali i u tom slučaju svejedno ne opravdavaju svoj postupak i nisu *a priori* stoga za blažu sankciju.

S praksom se, osim kod ubojstva, razvio i običaj zabrane pozivanja na prinudu kod: izdaje, dragovoljnog uključivanja u nasilnu kriminalnu ili terorističku organizaciju ili povezivanja s raspačivačima droge ili kad je optuženi mogao eskivirati na vrijeme.²⁶ U slučaju *Erdemović* sudac Cassese²⁷ i neki drugi uzimaju četiri kriterija kao presudna kod odvagivanja prinude:

- a) da je bila ozbiljna prijetnja za život ili tijelo,
- b) da nije bilo adekvatne mogućnosti pobjeći,

²³ Kod *Erdemovića* posredno, a neposredno kod *R v Martin* (1989.), 88 Cr App R 343.

²⁴ Tako u slučaju *R v Conway* (1989.), QB 290, gospodin Tonna je bio meta atentata od prije nekoliko dana i kada se, nakon toga, vozio u autu s vozačem, počeli su ih slijediti dvojica muškaraca. Vozač i Tonna mislili su da je opet riječ o ubojicama i atentatorima te su kroz ulice počeli strmoglavce bježati. Na kraju se ispostavilo da su to bila zapravo dvojica policajaca u civilu, a vozač je terećen za neopreznu vožnju.

²⁵ Stariji ljudi rezoniraju „odgovornije“ zbog više razloga; doživljenoga u vojsci, zrelosti i iskustva te činjenice da ne bi sebe spašavali u tim godinama naspram mlađih. Mlađi pak (oni od 18) najskloniji su iskrenom i inertnom ponašanju poput Erdemovića i imaju najviše odgovora „Da“ u prvom pitanju. I to ženski spol nešto više.

²⁶ Slično je pitanje i kod trajnog maltretiranja žene od strane muškarca; je li jednostavno trebala otići iz zajednice ako nije bila zatočena, ili se to pak nije usudila zbog prijetnji partnera da će joj nauditi ako ode, kao u slučaju Europskoga suda za ljudska prava *Tomašić protiv Hrvatske* (Zahtjev br. 21753/02). O podložnosti žene mužu ili partneru ipak je uvelike promijenjen stav odnosno pretpostavka u novome američkom *Oglednom kaznenom zakonu* [engl. *Model Penal Code*] § 2.09(3): „Nije sama po sebi obrana zbog prinude (*duress*) ako je žena poslušala naredbu muža (u njegovoj prisutnosti), osim ako se opet ne dokaže da je bila pod objektivnom prisilom (*coercion*).“

²⁷ *Erdemović* (IT-96-22), Izdvojeno i protivno mišljenje suca Cassesea, 7. X. 1997.

- c) da je zlo bilo proporcionalno prijetećem,
- d) da nije skrivljeno (samo) dovođenje u takvu situaciju.

Potonja pretpostavka ne nalazi se u Rimskome statutu²⁸ Međunarodnoga kaznenog suda u Haagu.

3. NORMATIVNI PROPISI KOJI UREĐUJU PRINUDU I KRAJNJU NUŽDU DILJEM SVIJETA

Zemlje običajnog i presedanskog prava (*common law*) imaju otpor i skepsu prema prinudi kod teških kaznenih djela. Ujedinjena Kraljevina (Engleska) zabranjuje pozivanje na nuždu kod ubojstva (*murder*), a Kanada kod puno više slučajeva. *Ogledni kazneni zakon* (engl. *Model Penal Code*) u Americi ublažava pristup po pitanju krajnje nužde i fokusira se više na samoga pojedinca i stanje u kojem se nalazi, koje bitno utječe na krivnju, a ne na sam čin i njegovu težinu sa svim svojim tipičnim pretpostavkama.

Države građanskog ili kontinentalnog prava (*civil law*) imaju sasvim oprečan stav i impliciraju, iako ne direktno, dopuštanje svakoga zločina u prinudnom ili nužnom stanju.

Kazneni zakon Francuske navodi: „Nijedna osoba koja je djelovala pod utjecajem sile ili prinude, kojima se nije mogla oduprijeti, nema kaznenu odgovornost.“²⁹ Brojne države propisuju strah kao faktor ili aludiraju na to da je sila čak *vis absoluta* sudeći prema nomotehničkom iščitavanju, a samo rjeđe iziskuju načelo proporcionalnosti (Italija, Austrija, Hrvatska). Neke predviđaju i prijetnju prema obitelji. Vezano za strah, „Gabriel (1991.)“ navodi kako u ratnim stresnim situacijama strah ne osjećaju samo nenormalne i psihopatske ličnosti, kojih ima tek 2 % u populaciji.³⁰ Bivša Jugoslavija definirala je da djelo u krajnjoj nuždi nije „krivično djelo“, ako se zlo nije moglo spriječiti, ali ako ono ne prelazi također zlo koje je prijetilo.³¹ Ipak, ako se i prekoračilo granice krajnje nužde, sud može smanjiti kaznu, a pod posebnim okolnostima i osloboditi počinitelja.

U hrvatskome pravu također se i dalje ne čini razlika između krajnje nužde i prinude, kao ni u Rimskome statutu. Ali u potonjem se ipak barem navodi

²⁸ Rome Statute of the International Criminal Court, 1998.

²⁹ Kazneni zakon Francuske Republike iz 1992., čl. 122-2. O zakonicima vidi: Erdemović, presuda od 7. X. 1997., izdvojena mišljenja Vohrah i Mcdonalda, str. 40 i nadalje. Uglavnom, europski zakonici oslobađaju ili od odgovornosti, ili krivnje ili kaznenog djela.

³⁰ Skupina autora, *Vojna psihologija*, knj. 1, MORH, Zagreb, 2000., str. 390.

³¹ Krivični zakon SFRJ iz 1978., čl. 10. Prva Jugoslavija pak propisuje 1929. kako i onaj tko vrši prinudu može biti oslobođen od protupravnosti djela ako to čini da bi spasio sebe i svoj pretežni interes. Npr. ako prisili nekoga da mu preda čamac kako bi spasio svoj život. Prinuda se načelno i inače gleda kao protupravno sredstvo i svrha kojima se povređuje „lična“ sloboda. Više o tome: Šilović, Josip i Frank, Stanko, *Kazneno pravo: prema krivičnom zakonu od 27. januara 1929. i zakonu o izvršivanju kazni lišenja slobode od 16. februara 1929.*, Posebni dio (sv. 1. i 2.), Tisak i naklada Jugoslavenske štampe, Zagreb, 1934.

(formalna kad ne i materijalna) razlika između nužde zbog okolnosti i nužde zbog djelovanja druge osobe. Krajnja nužda je hrvatskim KZ-om³² definirana u čl. 22., no njena je definicija promijenjena u novijim revizijama zakona. „(1) Isključena je protupravnost djela počinjenog radi toga da se od sebe ili drugoga otkloni istodobna opasnost, koja se na drugi način nije mogla otkloniti, ako je učinjeno zlo manje od onoga koje je prijetilo. (2) Nije kriv tko počini protupravnu radnju da bi od sebe ili drugoga otklonio istodobnu neskrivljenu opasnost... ako zlo koje je počinjeno nije bilo nerazmjerno teže od zla koje je prijetilo i, ako nije bio dužan izložiti se opasnosti... ko je bio dužan može se blaže kazniti.“ Prije je u drugome stavku postojala mogućnost, ali i odredba koja je glasila da ako je zlo *jednako* onom koje je prijetilo da se dogodi – počinitelj se oslobađa kazne (a proglašava krivim za djelo).³³ Teško je procijeniti i odvagnuti težinu zla, pa se pribjeglo toj novoj zakonskoj konstrukciji. Ali ni ona nije donijela najsretnije rješenje, s obzirom na činjenicu da se sada optuženi proglašava nekrivim. Time se ne oslobađa kazne nego implicitno i optužbe, a dok se protupravnost i dalje zadržava, krivnja se sada odbacuje kao zadnji element, koji bi inače sačuvao opstojnost kaznenog djela uopće. Time ispričavajući razlog kod jednakih zala postaje kao „opravdavajući“, a bez nekog vidljivog napretka u rješavanju delikatnosti ovakvih slučajeva.³⁴ I teže zlo također dolazi teoretski u obzir za oslobađanje, ako nije bilo „nerazmjerno“ veće. O nerazmjernosti je dalje ostao jednako neizvjestan kriterij ocjenjivanja u Hrvatskoj kao i u međunarodnom pravu, jer uključuje s jedne strane subjektivnu komponentu, koja se prožima kroz cijeli individualni koncept krivnje, a i krajnje nužde, te s druge strane neopipljivost standarda „zla“.³⁵ Dužnost izlaganja opasnosti je tipična i usklađena s međunarodnim kaznenim pravom. Na kraju tu vidimo i pretpostavku neskrivljenosti, sličnu anglosaksonskom zahtjevu za nedovođenje u opasnu situaciju, gdje je razlika u odnosu na nužnu obranu ta što ista ne iziskuje da napad mora biti neskrivljen.³⁶ No, primijetiti ćemo da se neskrivljenost kod krajnje nužde traži samo u slučaju kada zlo „nije bilo nerazmjerno teže od onog koje je prijetilo“, što će reći da kod manjeg zla i isključenja protupravnosti može biti čak i skrivljeno zlo. Dok to ima smisla, neizvjesno je i ipak pogrešno što zakonodavac kod krajnje nužde više uopće ne spominje termin „izravno predstojeće“ opasnosti, baš kao ni Rimski statut, dok je aktualan već postao i problem navedene trajne opasnosti.³⁷

³² KZ, Narodne novine 125/11, 144/12, 56/15, 61/15. Promjena je uvedena još novelom iz 2003.

³³ KZ, Narodne novine 110/1997.

³⁴ „Opravdanje“ i „isprika“ različito se poimaju u Velikoj Britaniji, Njemačkoj ili drugdje. Ali država ipak odlučuje kada će i protupravnost i krivnju „dokinuti“ i oslobađanje od kaznenog djela dođe na isto.

³⁵ Kako subjektivan stav počinitelja prema kaznenom djelu i općenito krivnja mogu imati veze s razmjernošću? Ako se jednog ubije, nisi kriv, a ako dva, jesi. S druge strane, nekada je upravo „bezuvjetno poštivanje prava najveća nepravda“, jer ako se spašava veće dobro (npr. krađa pod životnom prisilom) kršenje normi i činjenje *wrongful acta* jedini je mogući izlaz da se zaštiti vredniji interes. I tada je proporcionalnost nužan kriterij.

³⁶ No uz veće restrikcije, jer i nužna obrana nije dozvoljena u „nužnoj obrani“, a poseban obzir i minimalna sredstva obrane (defenzivne) nalažu se i kod napada osobe koja „ne može biti kriva“ (neubrojive, djeteta i sl.) ili npr. službene osobe u zabludi.

³⁷ Iako neki pravници smatraju kako je upravo ovakvim pristupom i promjenom otvorena (veća) mogućnost valorizaciji pojma i pojave trajne opasnosti. Stav je autora da bi kompromisna ukupna definicija

Uzima se kao razlog to što je opasnost već sama po sebi vremenski kompaktna, i za razliku od napada i zla, ne može predstojati nego je ili ima ili nema.³⁸ *Jedinstveni zakonik vojnoga pravosuđa*³⁹ kaže kako će svaka osoba, ako podliježe predmetnoj povelji, a slobodovoljno odbije naredbu svojega nadređenog oficira – biti kažnjena, te ako prijestup napravi u vrijeme rata, kaznit će se smrću ili drugom kaznom, dok u mirnodopsko vrijeme samo kaznom koju odredi vojni sud. Već to samo po sebi ulijeva strah od neizvršavanja zapovijedi, bez obzira na eksplicitnu prijetnju smrću, a u ratu je tanka granica između očito ilegalnih i legalnih vojnih poteza, kao i između ordinarnog i ekstremnog. Npr. američki sud je u slučaju *Calley* dosudio da „naredba neka se ubije svatko u selu nije bila očito ilegalna“.⁴⁰ O učinku naredbe višeg autoriteta na podređene svjedoče i razna istraživanja. Primjerice, u jednome tajnom testu istraživač je naložio ispitanicima da elektrošokovima kažnjavaju druge ispitanike za netočne odgovore, pojačavanjem snage od 15 – 450 volti bez obzira na molbe da prestanu. Čak 65 % ispitanika zadavalo je šokove najvećeg intenziteta

trebala izgledati ovako – u drugom stavku bi uz klasično isključenje protupravnosti kod „manjeg zla“ trebalo stajati: „Ako je šteta bila jednaka onoj koja je prijetila ili je bila veća, počinitelj se može osloboditi kazne ili će mu se kazna ublažiti.“ Time bi sve ovisilo o svakom konkretnom testu prinude bez kojeg nema smisla postaviti neko „zatvoreno“ hipotetsko rješenje. Fakultativno bi se ostavilo jedino oslobađanje (i to od kazne), dok bi ublažavanje trebalo biti obvezno kod bilo kojeg oblika krajnje nužde, ako je ona dokazana. Nepraktičnost dopuštanja s druge strane isključenja protupravnosti u svim slučajevima očitovala bi se u tome da treće osobe (recimo žrtve kod Erdemovića) ne bi u takvom slučaju imale pravo na nužnu obranu ili isto krajnju nuždu (k)od takvog napada, što je nedopustivo. Jer njihov interes je u biti na prvom mjestu. A i on je razlog rasprave, uz to što se tim više osobni interes žrtava preklapa i s društvenim interesom civilne humanitarne zaštite. Ubacivanje (isključenja) krivnje a ne samo protupravnosti u ovu problematiku rezultat je hrvatskog povoda za njemačkim i austrijskim uzorom koji je očito drugačiji od zapadnih u mnogočemu. Protupravnost je bila i ostala zadržana kod slučajeva „jednakih“ zala, s time da je glavna i čak pozitivna promjena to što se sada dozvoljava dakle i veće zlo, ali opet ako nije bilo „nerazmjerno“. Autor bi odbacio pojam i uvjet „nerazmjernosti“, ali bi proporcionalnost zbog svega navedenog (i procjenjivanja je li uopće krajnja nužda opravdavajuća ili ispričavajuća) i dalje zadržao. Ipak, ne bi se odrekao niti mogućnosti da se propiše samo *jedinstveno fakultativno oslobađanje od kazne* kao rješenje za jednaku ili veću opasnost, zbog toga što nekada krajnja nužda uistinu kod (imovinskih) delikata ne opravdava čak niti njeno uzimanje u obzir kao olakotne okolnosti. Zaključno, „nerazmjernosti“ nema mjesta u krivnji, kao niti krajnjoj nuždi uopće, jer počinitelj ima „namjeru“, mada „bezzvoljnu“. Ovakav zaokret više nije moguć zbog cijele nove koncepcije krivnje gdje bi nespretno kombiniranje dovelo do raznih kontradiktornosti kod praktičnih problema ili uobičajenih priprema vezanih za zabludu. FBiH u čl. 52. KZ-a dopušta upravo fakultativno oslobađanje od kazne „kod prekoračenja krajnje nužde pod osobito olakšavajućim okolnostima“.

³⁸ Zanimljivo je kako je stara (prva) Kraljevina Jugoslavija, odnosno SHS, propisivala u *Krivičnom zakoniku iz januara 1929.* definiciju nužne obrane sličnu današnjoj što se tiče oslobađanja od kazne uslijed prekoračenja kod jake „razdraženosti, prepasti ili straha“ sličnu onoj iz KZ 97. Danas se opet ukida krivnja po tom potonjem pitanju. U čl. 25. u krajnjoj nuždi navodila se povreda kako života, tijela i imovine, tako i slobode, časti ili „kojeg drugog dobra“. A kod opasnosti koja je bila veća od one što je prijetila moguće je bilo ublažavanje kazne ali fakultativno („može“) i diskreciono („po slobodnoj ocjeni suda“). Krajnja nužda se, kao i u rješenju KZ 97, nije mogla primijeniti na osobe koja su bile „dužne da se izlože opasnosti“, a u promjeni iz 2011. na iste se može primijeniti opet jedino fakultativno ublažavanje kazne. Glavna razlika je u tome što se u Kraljevini čak krajnja nužda podrazumijevala uvijek isključivo kao oslobađanje od kazne, a ne od protupravnosti, za razliku od nužne obrane, jer, kako tvrdi i Šilović, u stanju nužde se ionako sukobljava „pravo s pravom“. Opasnost je morala biti „istovremena“. Iz tog doba, čehoslovački Kazneni zakon iziskivao je i pojam „primjerenosti“ postupanja, a talijanski „projekt“ je uvjetovao psihičku silu kao „vjerovatno neodoljivu“ silu, a štetu kao „tešku“.

³⁹ *Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C. § 890, čl. 90. st. 2., 2000.

⁴⁰ *U.S. v Calley* (1973.) No. 26,875, 22 U.S.C.M.A. 534. Ali – tko je svatko?

prosječno i do 368 volti, unatoč svojim moralnim načelima i vrednotama. Kazna za odbijanje nastavka istraživanja bila je tek prekid rada i uskraćivanje male novčane naknade.⁴¹ Usporedimo samo to onda s ovim predmetnim životnim slučajem. Dražen Erdemović je morao braniti tri dužnosti istovremeno: jednu prema sebi i svojoj obitelji,⁴² drugu prema vojsci i treću prema civilima. Nije ih mogao sve ispuniti, a za svaku je morao birati između odricanja od svog prava na život ili na ljudsko dostojanstvo (prava drugih na život). Izabrao je relativno manju štetu za sebe, koja je rezultirala većom štetom na drugoj strani.

4. PRINUDA U NORMATIVNOM MEĐUNARODNOM KAZNENOM PRAVU

Rimski statut spaja pretpostavke za nuždu i prinudu, iako čini formalnu, ali ne i materijalnu distinkciju (niti trodiobu poput Anglosasa). Članak 31. uz navedeno regulira i stanje duševne bolesti ili privremene duševne poremećenosti izazvane opijenošću, ako se u takvo stanje sam optuženi nije dragovoljno doveo. To, kao i razborito ponašanje, kako bi se osoba obranila od neposredne i nezakonite uporabe sile, razmjerno stupnju opasnosti, Statut „nagrađuje“ isključenjem kaznene odgovornosti jednako kao za prinudu i krajnju nuždu. Njih pak konkretno definira ovako: „... neće biti kazneno odgovoran ... ako je tko počinio djelo iz nadležnosti Suda otklanjajući od sebe ili druge osobe opasnost istovremene smrti ili istovremene ili trajne teške ozljede, koja se na drugi način nije mogla izbjeći, postupajući pri tome razborito i bez *namjere* da time počinii veću štetu od opasnosti koja je prijetila. Takva opasnost može dolaziti od drugih osoba *ili* drugih okolnosti izvan njegove kontrole.“ Posljednja unikatna i sporna odredba je i ta o „*namjeri (intent)* da se počinii veća šteta“. Ne traži se samo (ne)postojanje veće štete, nego i namjere za njom. A nju je Erdemović imao, kako razlažemo u ovom članku, zbog intelektualnoga čimbenika namjere. Da je definirano ili protumačeno kako je zabranjena *volja* ili *želja* da se napravi veća šteta, bilo bi jasno kako Erdemović treba biti oslobođen zbog toga što volju (slobodnu) zasigurno nije imao. I objektivni element štete zbog toga bi otpao kao mjerilo, u svjetlu subjektivnoga faktora kao presudnog. Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju (MKSJ), za razliku od Rimskog statuta, razvio je vlastite osnove isključivanja odgovornosti kroz praksu, iako ima i svoj (kraći) statut. Isto tako se taj Haški tribunal više oslanja na *common law* skupinu pravnih poredaka, ali uzimajući u obzir i europski kontinentalni teritorij na kojem se i nalazi, te također i pravna zakonodavstva zemalja iz kojih okrivljenici dolaze, dakle bivšu Jugoslaviju i njene nove države. Ni pred Međunarodnim kaznenim sudom (MKS), ni pred Međunarodnim kaznenim sudom za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) i Ruandu

⁴¹ Psiholog Stanley Miligram 1960-ih; skupina autora, *Vojna psihologija*, knj. 1, MORH, Zagreb, 2000., str. 326.

⁴² *Erdemović*, IT-96-22-Tbis presuda od 5. III. 1998., str. 10-11: „Nisam bio zabrinut za sebe toliko. Da jesam, pobjegao bih ili pokušao nešto, kao što su oni pokušavali bježati u šumu ili nešto. Ali što bi se desilo mojem djetetu i mojoj ženi? Bilo je to veliko breme a znao sam da će me peći savjest“.

(MKSR), nijedna osoba ne može se pozivati na službeno svojstvo kao opravdanje za ratne zločine i imunitet od progona. A članak 7. st. 4. Statuta MKSJ⁴³ propisuje da obrana zasnovana (samo) na naredbama nadređenoga ne može koristiti, ali dozvoljava da se i naredbe nadređenih mogu uzeti u obzir kao osnova za ublažavanje kazne (a ne samo kao olakotna okolnost). Međutim, u Rimskome statutu i naredbe mogu isključiti odgovornost ako je optuženi imao pravnu obvezu podvrgnuti se narednjima ili ako optuženi nije znao da je naredba nezakonita. Ali ne i kada je naredba očito nezakonita, a *genocid* i *zločini protiv čovječnosti* očigledno su nezakoniti.⁴⁴ Međunarodni vojni sud (IMT) odbija pozivanje na naredbu višega ako je ona očigledno nezakonita, a sličan zahtjev ima i za proporcionalnošću. Ipak, ne odriče pravo na obranu zbog prinude ni u slučaju kad je ona bila usmjerena na očigledno nezakonitu radnju. Međutim, znanje o nezakonitoj misiji koja slijedi i o prethodnim postupcima organizacije kojoj se pristupa, ne oslobađa i ne dozvoljava pozivanje na prinudu. Rimski statut, međutim, začudo ne uvjetuje kao nužnu pretpostavku nestavljanje svjesno u situaciju koja dovodi do prinude.

5. JE LI ERDEMOVIĆEVO PONAŠANJE MORALNO DOPUSTIVO S PODRUČJA ETIKE I JE LI ON ZBOG TOGA KRIV?

Većinski suci nisu htjeli ulaziti upravo preduboko u „moralnu sferu“. Većina (stranih) pravnih teoretičara i autora⁴⁵ u svojim se radovima izjasnila za dopuštanje prinude kao *potpune obrane* pod određenim uvjetima. Jer, u znanstvenome je pogledu jednostavnije i logičnije oponirati presudi, a i teorijski je zanimljivije razviti doktrinu apsolutne abolicije u slučaju prinude, kao na primjer i kod smrtne kazne.⁴⁶ Međutim, autor je u ovome slučaju odlučio apologirati haškoj presudi u konačnici. „Država ne bi smjela kažnjavati svoje građane što se nisu uspjeli oduprijeti prijetnji kojoj bi većina građana podlegla... Pitanje je da li bi razumna osoba u toj poziciji tako postupila.“⁴⁷ Treba postaviti tzv. *objektivni standard*. No, pojam razumnosti, iako je kritički standard u pravu, nije jednoznačan. Pod tim se pojmom pretežno misli na normalne i uobičajene značajke (svakoga) čovjeka, ali zbog razlika među ljudima nije poželjno zadovoljiti se načelom „jednake mjere za sve“.⁴⁸ Postoje različite kategorije skupina ljudi na koje bi se *culpa in abstracto* mogla primijeniti: razumni

⁴³ I čl. 6. st. 4. Statuta MKSR-a.

⁴⁴ Čl. 33. Rimskog statuta MKS-a, koji je donesen (tek) 1998. Dostupan na: http://narodne-novine.nn.hr/clanci/međunarodni/2001_04_5_42.html (30. IV. 2017.).

⁴⁵ I Valerie Epps i Melissa Conway i Luis E. Chiesa i Sarah J. Heim (iako više za civile u prinudi) te Rosa Ehrenreich Brooks (načelno, ali ipak priznaje da bi vjerojatno popustila pod većinom) i također Benjamin J. Rischer. Domaći pravnici nedovoljno su o toj problematici i pisali.

⁴⁶ Marušić, Bartul, *Smrtna kazna u kontekstu njene opravdanosti i ljudskih prava*, diplomski/magistarski rad 6. VI. 2016.

⁴⁷ Chiesa, Luis E., „Duress, Demanding Heroism, and Proportionality“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41:741, 2008., str. 752.

⁴⁸ Ehrenreich Brooks, Rosa, „Law in the Heart of Darkness: Atrocity & Duress“, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43:861, 2003., str. 870.

liječnik, razumni vojnik, razumni čovjek, razumni građanin, intelektualac itd. A i ono što „radi svatko“ neće uvijek spriječiti odgovornost.⁴⁹ Država kao takva ipak ne može za realni princip uzimati ni kalup heroja⁵⁰ niti tražiti junaštvo.⁵¹ Licemjerje kod sudaca ili porote može biti otklonjeno samo ako bi i oni sami bili spremni tako postupiti ili biti kažnjeni⁵². *Human Frailty Theory* zabranjuje društvu kažnjavati za one „prijestupe“ koje bi počinila većina njenih članova u datoj situaciji.⁵³ Rosa E. Brooks također tvrdi da je malo tko bio u situaciji kao Erdemović, a i da bi malo tko od nas postupio drugačije od njega. Dalje tvrdi kako je prema *rawlsijanskoj koncepciji* „javnoga rezona“⁵⁴ javno mnijenje najrazumniji primjer uzora. No, u anketi vidimo kako javni rezon kod hipotetskoga pitanja uglavnom previše teži idealističkom i „herojskom“ načinu ponašanja i razmišljanja, usporedo s prijekorom prema onima koji tako ne čine. Time se rezultati dovode u direktnu kontrarnost naspram stručne teorije i znanosti, koja je orijentirana maksimalno na hipotezu, kako bi prosječan razuman čovjek najvjerojatnije i u velikoj većini pokleknuo pod prinudom. Time se baca u sjenu ta hipoteza i pretpostavka, ali tim više i svrha takvih prejudicirajućih anketnih pitanja na koja ljudi brzopleto, olako i u sasvim drugačijem emocionalnom stanju odgovaraju nego što bi se ponijeli u stvarnosti. Prof. Dessler (1989.)⁵⁵ o „herojstvu“⁵⁶ govori afirmativno jedino kada je riječ o – spašavanju većeg broja drugih života. „Društvo ima pravo očekivati od osobe da pokaže veći stupanj moralne snage kada joj je naređeno da ubije stotinu nevine djece nego kada joj je naređeno da ubije jedno.“⁵⁷ Profesori Fletcher i Robinson

⁴⁹ „Pitanje i nije što bi svatko napravio, nego što može i treba prosječan čovjek napraviti“, *Ibid.*, str. 871.

Autorica također smatra kako je ipak nevjerojatno da bi ljudi pristali radije na svoju smrt nego prouzročili smrt trećih, barem kada im ta treća osoba nije poznata.

⁵⁰ Sudac Cassese (1997.) tvrdi da od Erdemovićevog herojskog primjera svijetu nitko ne bi imao koristi. I da je to kršenje temeljnih pravnih principa među kojima je i ono (kaznenog procesnog prava) kako se pravo treba tumačiti najpovoljnije za osuđenika. *Tužitelj protiv Erdemovića*, IT-96-22A, Presuda, 7. X. 1997., Izdvojeno i protivno mišljenje suca Cassesea, § 44. nadalje.

⁵¹ Tako i SAD u *State v. Toscano*, 378 A.2d 755, 1977.

⁵² Izraelski vojni psiholozi došli su do zaključka da prave junake češće čine časnici i mladi ljudi koji se po ocjenama previše ne razlikuju i ne odudaraju od ostalih (Mladić je pak bio najbolji u generaciji na vojnoj akademiji), a jedino disciplinski su skloni manjim i češćim prijestupima. Imamo pak slučajeva (prethodno) niže rangiranih vojnika koji su bili skloni iznimno hrabrim akcijama, a s druge strane, i zločinima; slučaj *Norac I* Kž 985/03-9.

⁵³ (50 % + 1 ?); tako sl. i Dressler, Joshua (1989.) „Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for Its Proper Limits“, 62 *S. Cal. L. Rev.*: zahtjev „ja sam samo čovjek“.

⁵⁴ Prema Rosi Ehrenreich Brooks (2003.), i samo dobrovoljno izlaganje novinarima i sudu o onome što je prošao i vidio, čini Erdemovića iskupljujućim. A Thomas Hobbes, otac teorije društvenog ugovora, u *Levijatanu* također sugerira kako je „zakon prirode održati (svoj) život pod svaku cijenu.“

⁵⁵ Dressler, Joshua, „Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for its Proper Limits“, 62 *S. Cal. L. Rev.*, 1331., 1989.

⁵⁶ I Novoselec piše kako pravo ni od koga ne zahtijeva herojstvo.

⁵⁷ U: Ehrenreich Brooks, Rosa (2003.), *op. cit.* Ako ne i stotinu muškaraca. A još veći razmjer može biti kod recimo pristanka na surađivanje u nuklearnom napadu gdje je *mitigating factor* možda i oko „0“. U kaznenom su pravu općenito izjednačeni po vrijednosti životi i starijih i mlađih i nevezano o spolnim i ostalim karakteristikama, pa tako prednost pri spašavanju nema dijete u odnosu na npr. starca. Ali je konvencionalno uvriježeno da je dijete slabije i ima dulji život ispred sebe. Nije načelno dopušteno niti

slično se slažu kada konstatiraju da „je otpor osobe razumne čvrstoće direktno vezan u korelaciji s težinom počinjenog prijestupa.“⁵⁸ *Anketa* upravo gradira težinu zločina pod prinudom u pitanjima na koja su odgovori zato sve više u skladu sa spomenutom gornjom težom.

6. PRAVNE TEORIJE U SLUČAJU (KAO) ERDEMOVIĆ

Konzekvencijalisti gledaju na posljedicu kriminalnog ponašanja, koja je, gledajući iz početne perspektive Erdemovićevog djela, katastrofalna po najmanje 70 nedužnih jednako vrijednih života i time neupitno inkriminirajuća za izvršitelja. Učenjaci suprotne pravne škole razmišljanja gledaju na posljedicu u globalu i općem kontekstu kroz drugačiju prizmu. *Paretov princip*, poduprt utilitarističkom koncepcijom rezona, govorit će kako Erdemovićeva ili slična akcija nije učinila situaciju i rezultat gorim nego što je bio na kraju. Bez njega bi ljudi bili jednako ubijeni, a ovako je čak i jedna osoba bolje prošla nego da je reagirala drugačije: Erdemović sâm. Pitanje je doduše uvijek dosad bilo: „jedan život ili drugi“, a ne „jedan život ili oba“.⁵⁹ Ali, što ako ishod ne bi bio takav, nego bi uslijedila akcija NATO-a koja bi stvorila kaos i bijeg i pokvarila plan? Bi li i tada njegov postupak bio opravdan. Ili, što ako bi sam Erdemović svojim otporom unio konfuziju i mogućnost spašavanja i svojeg i još ponekog života, ili što pak ako bi nakon 100 ljudi došao na pladanj i još veći neograničeni broj. Po utilitarističkoj koncepciji, Erdemović je „spasio“ jedan život, a ne oduzeo 100, zaključili bi.⁶⁰ Utilitarističkoj koncepciji, i općenito abolirajućoj po pitanju prinude kao obrane, svakako podliježe talijanski slučaj *Masetti*,⁶¹ gdje se potvrđuje, u skladu s kontinentalnim tendencijama, kako apsolutni moral nije potreban i kako se ne može tražiti od razumnoga pojedinca nešto što većina ne bi, a to je žrtvovanje vlastitog života unatoč oduzimanju tuđih nevinih. No, problem je taj što je talijanski sud primjenjivao samo svoje nacionalno pravo, a ne međunarodno, i ne u vezi s tako međunarodno teškim zločinom rata

svjesno spasiti manji broj žrtava u odnosu na veći, ali to kod prinude ipak možda ne bi smjelo biti tako, te bi se proporcionalnost kod nje zato trebala drukčije gledati i distancirati u domaćem pravu.

⁵⁸ Chiesa, Luis E., op. cit., str. 756.

⁵⁹ Tako postavljen slučaj slični na „nadzakonsku krajnju nuždu“, ali razlika je u tome što se ne „mora“ spasiti jedan ili drugi život nego ostaje jedan izbor i dalje neprotupravan, a to je neposluš prema naredbi, uza sve konzekvence.

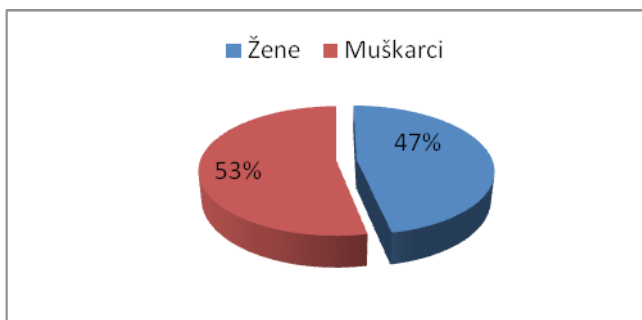
⁶⁰ Prema teoriji ekvivalencije, Erdemovićev postupak je *condicio sine qua non* koji povećava vjerojatnost nastanka štete i direktno dovodi do nje (kao karika u lancu), ali je i dalje sporan. S jedne strane, kod kumulativnog i hipotetičkog kauzaliteta svatko se može pozivati da bi i bez njega nastupila štetna posljedica ili zlo pa prema filozofiji eliminacije nitko ne bi bio odgovoran. Takav je i primjer 23 urotnika koji su ubili Cezara i koji bi svi mogli reći da nisu bili „bitan“ i ključni element u kaznenoj radnji ili, s druge strane, osuđenik na smrt i bolestan čovjek (pa i zdrav) kojeg netko svojevolumno ubije pod izlikom da bi osoba ionako umrla. Uz zapovjednu odgovornost i nedostatak važećih propisa, jedan od pokušaja opravdavanja nacista u Njemačkoj bio je i taj da bi kazneno djelo (sprovođenja Židova u logore) ionako izvršio već netko drugi. Iako je prvi sud uistinu konkretan slučaj podveo pod „neuzročnost“ posljedice, Savezni sud se ipak s time nije složio, kako i navodi Novoselec prema *Entscheidungen*, sv. 2 (20. – 25.).

⁶¹ Slučaj *Masetti* (1947.), Massimario della Seconda Sezione della Cassazione, br. 2569.

poput onoga genocida u Srebrenici. Pitanje je valja li osuđivati krivim druge, ako se sami ne bismo drugačije ponijeli. To otvara i drugo ključno spomenuto pitanje: bi li tako ili drugačije reagirao „prosječan razuman“ čovjek? Djelovanje podvedeno pod ono Erdemovića, uključujući i njegov verbalni otpor odnosno pokušaj otpora nadređenom, moglo bi potpasti pod „minimalni ljudski obzir“ i minimalni potrebni moral. Dok ono koje se traži u slučaju riskiranja i žrtvovanja vlastitoga života graniči s herojstvom i junaštvom, a spada u „znatni ljudski obzir“ i apsolutni moralni postulat. Pitanje je po kojem će se od tih dvaju načela voditi sud kao dovoljnim da nečije ponašanje barem nije kažnjivo, ako je već inkriminirajuće, odnosno da je barem ispričavajuće, ako ne opravdavajuće i poželjno.

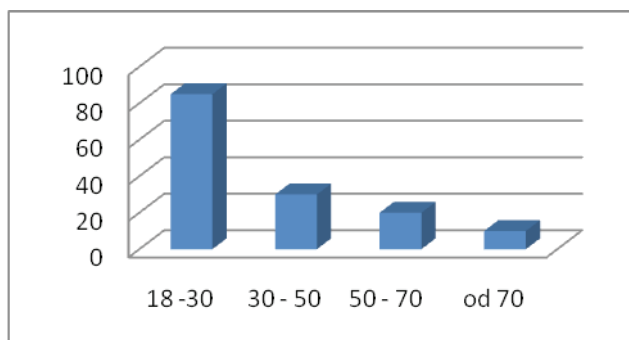
7. ANKETA - JAVNO MNIJENJE

Grafikon 1. Spol ispitanika



Izvor: Anketna upitnica (provodili B. Marušić, M. Marušić, G. Vrbećić, 2016.)

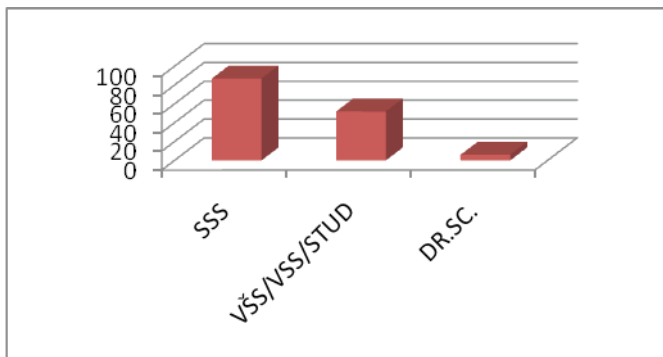
Grafikon 2. Dob ispitanika



Izvor: Anketna upitnica

Godišta su pretežito mlađa, kao i Erdemović.

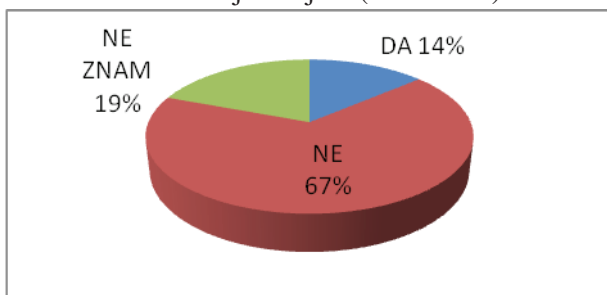
Grafikon 3. Obrazovna struktura ispitanika



Izvor: Anketna upitnica

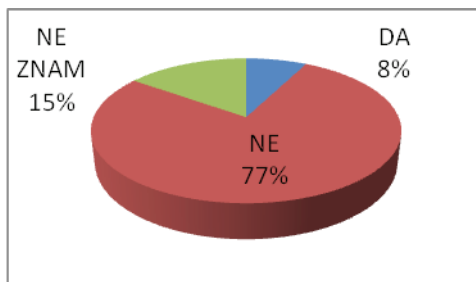
Najviše je srednje stručne spreme u strukturi ispitanika, opet kao kod Erdemovića.

Grafikon 4. Biste li, pod naredbom i ozbiljnom prijetnjom smrću, pristali lišiti života stotinjak nedužnih ili zarobljenih ljudi (muškaraca) u ratu?



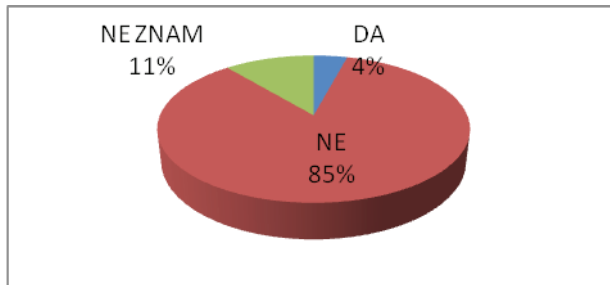
Izvor: Anketna upitnica op. cit.

Grafikon 5. Biste li ih pod istom prinudom pristali (pritom) i mučiti?



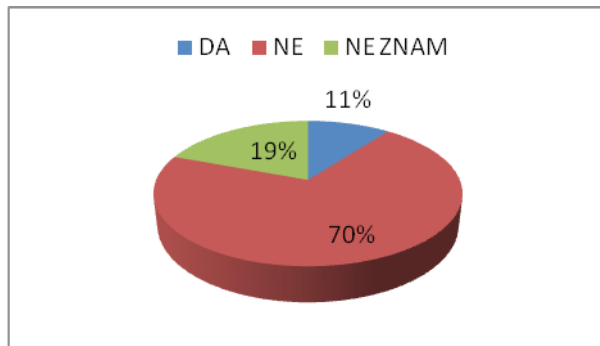
Izvor: Anketna upitnica

Grafikon 6. Biste li pod jednakom prinudom pristali ubiti ljude koji spadaju u posebno ranjive skupine (*civili, djeca, trudnice, invalidi, ranjenici, duševno bolesni, starci...*)?



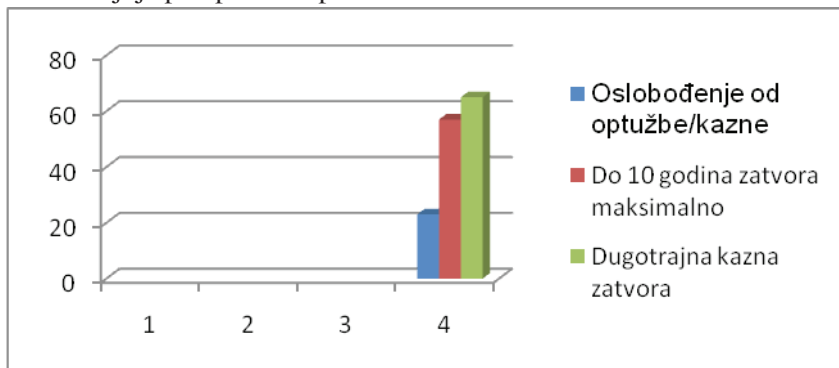
Izvor: Anketna upitnica

Grafikon 7. Biste li pristali ubiti muškarce ako biste znali da Vas čeka oslobođenje od svake kazne ili da biste dobili najviše 5 – 10 godina zatvora?



Izvor: Anketna upitnica

Grafikon 8. Kakvu kaznenopravnu sankciju smatrate da treba donijeti u slučaju optuženika koji je pod prisilom pristao ubiti oko 70 muškaraca?



Izvor: Anketna upitnica

8. VOLJA I NAMJERA – ISKLJUČENJE PROTUPRAVNOSTI ILI KRIVNJE?

Postavlja se pitanje radi li se tu o zahtjevu za isključenjem protupravnosti ili (i) krivnje. Vidimo da se hrvatski zakonodavac poigrao i s jednim i drugim pojmom kod krajnjih nuždi, ostavljajući dojam da ni sam nije siguran koji je od njih primjereniji za ovakve slučajeve.⁶² Ako bi se isključivala protupravnost, krajnja nužda bi oslobađala od optužbe i odgovornosti do kraja. Naš zakon je, dakle, prije razlikovao slučaj kada je zlo, koje je prijetilo, bivalo jednako počinjenom zlu, i u tom slučaju bi se počinitelj oglašavao krivim, ali oslobađao kazne. S druge strane, želi se raspravljati očito o tome je li osoba u Erdemovićevoj koži

⁶² Budući da je krivnja subjektivni odnos počinitelja prema djelu, hrvatski zakonodavac se poveo, kao i u većini slučajeva, rješenju kakvo prebiva u austrijskim i njemačkim zakonodavstvima. I to nije loše, ali ni bolje od ranijih rasprava unutar protupravnosti u svezi s ispričavajućim razlozima. U *Entschuldigungsgründe i krivnja i protupravnost i dalje opstaju kao elementi u pojedinim slučajevima, ali u „smanjenoj dozi“*. Temelj te teorije je i isključivanje kaznene odgovornosti, a ne krivnje, a kaznena odgovornost ne može opstajati u situaciji koja nije „normalna“. Tako je hrvatski KZ promijenio i formulu prema kojoj se npr. i kod neotklonjive zabluda u KZ 97 oslobađalo samo od kazne, a sada se isključuje krivnja. Tu se zakon opet svrstao uz europske kaznene zakonike, ali još koliko-toliko opravdano jer je spomenuta zabluda, kako i sama govori, „neotklonjiva“, a u slučaju Erdemovića postojao je minimalni „otklon“ od prinude koliko god on bio nezamjetan. U sprezi s političko-humanitarnim značenjem težine zločina, to čini sinergiju koja se ipak uvelike razlikuje od pojedinih neotklonjivih zabluda u kojima nema nikakve svijesti niti se ona od počinitelja traži, kao što nema niti posebnog tretmana prema žrtvi odnosno šteti ili povredi. U neotklonjivoj i otklonjivoj zabludi o samoj nuždi trebalo bi isto zadržati „namjeru“ ako bi se mislilo jednako postupiti i kod stvarne ratne kranje nužde (da ne bude proturječnosti). To, naravno, samo ako bi se primijenio haški princip ili uvažila autorova definicija *de lege ferenda* koja je zapravo tendencija unatrag. Tendencija naših kaznenih zakona vodila je pak od psiholoških teorija preko psihološko-normativnih ka normativnim prema austrijskom modelu krivnje.

sposobna biti „kriva“, dakle ispuniti po našem pravu četvrti i zadnji element kaznenoga djela. Glavni negativni argument u prilog toj raspravi je prihvaćanje „teorije nedobrovoljnosti“ (*involuntariness theory*), koja u slučaju prinude, kao faktoru koji odriče voljnost,⁶³ sprječava da neka osoba bude odgovorna i kriva.⁶⁴ Time prinudu izjednačava s neubrojivošću, nezrelošću, „neskrivljenom opijenosti“ i sličnim tipičnim utjecajima, koji odriču okrivljeniku slobodu i svijest o izboru načina ponašanja, te ga stoga čini neinkriminirajućim.⁶⁵ Nasuprot nje stoji teorija „teške odluke“ (*hard choice theory*) po kojoj nije točno da odluke nikakve nema i da nije suverena, samo zato što je pod izričito velikim pritiskom i u kontekstu teških ili neželjenih okolnosti. Da bismo odredili problem krivnje, treba razmotriti dvije stvari. Prvo, namjera je ključni element cijeloga kaznenog prava i najdelikatniji faktor u kaznenim djelima poput onih strašne disproporcionalnosti i zla kao što je genocid. Da bi se bilo koje djelo ostvarilo kao kriminalno, potreban je neki od *dolusa*.⁶⁶ Namjera osobe satjerane u kut prinude, poput Erdemovića, upitna je i treba je razložiti. Ne trebajući ponavljati, stav je opozicijskih pravnikâ da prisila potpuno ukida bilo koju slobodu odlučivanja. Unatoč privlačnosti te teze, autor ju odbacuje, jer konstatira kako volja nije jedini element u namjeri.⁶⁷ Uzevši u obzir „Novoselčevu“ podjelu na voljni i intelektualni faktor,⁶⁸ kod Erdemovića je voljni faktor znatno smanjen pa možda i ukinut, ali onaj intelektualni zasigurno postoji (svijest o kaznenom djelu, biću i protupravnosti).⁶⁹ Iako se prvi prelijeva na drugi, u prvim sekundama je drugi još neoskvrnut, jer se strah povećava proporcionalno vremenu i čekanju tj. razmišljanju. I taj nije uopće narušen, jer je Erdemović znao što čini i koje su posljedice moguće. Koliko god je potisnuta sloboda autonomnog odlučivanja zasnovana na oba neoskvrnuta elementa, ipak namjera postoji dok god i

⁶³ Risacher predlaže da se fokus prebaci isključivo na okrivljenog i njegovu volju, na to je li ona apsolutno prevladana, a ne na omjer žrtava i isključivo njihove patnje.

⁶⁴ Osobi su u tolikoj mjeri nadvladane volja i moć rasuđivanja da se posljedice ne mogu uzeti kao njezin voljni čin i uopće nije imala mogućnost izbora.

⁶⁵ „Nitko neće osuditi čovjeka koji pod cijevi uperenoj u glavu pribjegne smrtonosnoj sili“, slučaj *USA v. Ohlendorf*, str. 471.

⁶⁶ Više o krivnji: Novoselec, Petar, *Opći dio kaznenog prava*, PFZG, Zagreb, 2004. i 2013.

⁶⁷ „Nema voljnog čina kod izvršitelja, on je samo ‘sredstvo’ za počinjenje zločina.“ *Erdemović*, IT-96-22-T, podnesak žalbe 26. III. 1997., str. 15. Sudac hrabro aludira na to da se čak radi o posrednom počiniteljstvu, a Hegel čini pak razliku između djela (*deed*) i čina (*act*); v. Hegel, G. W. F., *Outlines of The Philosophy of Right*, Oxford, 1995.

⁶⁸ Novoselec, Petar, *Opći dio kaznenog prava*, PFZG, Zagreb, 2004., str. 244. Mogućnost shvaćanja značenja vlastitog postupanja i mogućnost vladanja vlastitom voljom.

⁶⁹ Također je i ubrojiv. Kako tvrdi i Jeremy Bentham, počinjenju kaznenog djela prethodi ipak racionalna kalkulacija svih prednosti koje takvo ponašanje donosi i eventualnih negativnih posljedica koje počinitelj kaznenog djela riskira. Erdemović je uzeo u obzir oboje, a prednost je opstala čak i u slučaju kada se ona ne manifestira tipično kriminološki kao zadovoljština za zločinca zbog počinjenoga djela. Ovako je prednost bila jedino život i „sloboda“ koja čeka Dražena poslije masakra. Bilo kako bilo, isti prema Ferrijevoj pentagonu spada u slučajne (okazionalne ili situacijske) zločince, a prema Kretschmerovoj tipologiji, u astenike i endomorfe te po karakteru ekstroverte. Sam zločin produkt je egzogenih faktora, ali i intenzivnog ekscesa, ako uzmemo da je opasnost objektivno trajala cijelo vrijeme. Afekt koji je „zadesio“ Erdemovića bio je onaj, dakle, asteničke naravi, koji otvara vrata razmatranju ispričive jake prepasti prouzročene situacijom (napadom ili prinudom). A on (afekt) može biti čimbenik kod npr. prekoračenja nužne obrane, ali i kod krajnje nužde (i njenog „prekoračenja“?).

jedan od tih elemenata pruža čovjeku izbor.⁷⁰ Erdemović je odvagivao sve moguće opcije, kojih nije bilo samo jedna ili dvije. Bilo ih je točnije barem pet. Jedna je bila verbalno odbijanje sudjelovanja u zločinačkom pothvatu, što je okrivljeni već pokušao. Druga je bila mogućnost nužne obrane od samog pretpostavljenog, treća je bila bijeg,⁷¹ četvrta samoubojstvo ili čekanje, peta prepuštanje milosti ili nemilosti nadređenog odbijajući pucati ili polažući oružje.⁷² Koliko god očajna bila svaka od opcija, ipak je sila i dalje bila kompulzivna (*vis compulsiva*). Namjera, kakvu je time ostvario Erdemović, u najmanju je ruku izravna namjera drugog stupnja.⁷³ O nehaju nema govora, jer počinitelj nije mislio olako da posljedica neće nastupiti, niti je povrijedio dužnu pažnju.

9. PRIZNANJE KRIVNJE KOD OBRANE ZBOG PRINUDE

Erdemovićevo priznanje krivnje (a ne samo djela) bilo je kontradiktorno prizivanju krajnje nužde u širem smislu kao potpune obrane. Isto tako, sud je upozorio optuženoga da je priznanje zločina protiv čovječnosti puno teže od onoga ratnih zločina⁷⁴ i kršenja ratnih običaja i prava, iako se sudac Li⁷⁵ ne slaže da su potonji zločini po ičemu kvalificirani kao lakši (isto i Shahabuddeen).⁷⁶ Stoga je drugostupanjski žalbeni sud okvalificirao Erdemovićevo priznanje kao „neinformirano“⁷⁷ i vratio postupak na novi „*Trial chamber procedure*“ pred novim pretresnim vijećem, kako bi mogao promijeniti obranu i bio „potpuno

⁷⁰ Prinuda je upravo „atak“ na ljudsku „osobnu slobodu“, ali i dostojanstvo te posredno i na integritet odnosno slobodu treće osobe. Neki smatraju, ponavljamo, i tvrde kako je prinuda čak u određenoj mjeri posredno počiniteljstvo prinuditelja, a prinuđeni je onda „samo“ sredstvo njegova izvršavanja. No to je upitno s obzirom na mogućnost otpora i rezoniranja od strane odrasle zdrave osobe, koja je puno više izražena nego kod npr. djece i nebrojivih osoba (koji su „potaknuti“ na činjenje KD-a). Prinuditelj bi danas bio okvalificiran kao poticatelj u čl. 37. st. 1. ili kao zapovjednik prema čl. 96. KZ-a.

⁷¹ Iako je, s druge strane, VSRH donio presudu u kojoj je istaknuo da „napadnuti“ nije dužan bježati jer to „nije obrambena radnja“, I-KŽ-960/02, HLJKPP 2/2005, 893. Tu se radi o napadu, a ne o opasnosti, no nije li prijetnja smrću napad i na slobodu i tjelesni integritet prinuđene osobe jednako kao i na treće žrtve?

⁷² Slično i u slučaju *Ćimović*, Sud Bosne i Hercegovine, S1 I K 020200 15 Kri – Ćimović Srećko, 2015.

⁷³ Nije mu stalo do ostvarenja obilježja kaznenog djela, ali je sigurno znao da će ono nastupiti, dok kod neizravne namjere on pristaje na posljedicu, ali samo s mogućnošću počinjenja i nastupa te posljedice. Također je svjestan i protupravnosti djela.

⁷⁴ Ratni zločini pogađaju „samo“ žrtvu, a zločini protiv čovječnosti cijelo čovječanstvo, tako će i predsjedavajući.

⁷⁵ *Erdemović*, IT-96-22, *Izdvojeno i protivno mišljenje suca Lija*, 7. X. 1997., str. 10.

⁷⁶ *Erdemović*, IT-96-22-tbis, *Izdvojeno mišljenje suca Shahabuddeena*, 5. III. 1998., str. 5. Isti tvrdi da je jednaka maksimalna kazna propisana i za ubojstva i za zločin protiv čovječnosti, pa ne vidi suštinsku razliku ni logičku nužnost da se ratni zločini moraju umanjeno kažnjavati. Dapače, nadodali bismo da bi kod manjeg stupnja krivnje trebalo za zločin protiv čovječnosti dati manju kaznu u propisanim granicama, a za ratni zločin veću. Jer je Erdemovićevo ponašanje „prestrašno“ za ratni zločin, a „preblando“ za tipični zločin protiv čovječnosti.

⁷⁷ Mora također biti dobrovoljno i nedvosmisleno. O naravi Erdemovićeve informiranosti također se ne slažu svi suci jednako.

svjestan prirode svojih optužbi“.⁷⁸ Draženu je smanjena kazna za „kršenje zakona i običaja ratovanja“ prema čl. 3 statuta, a ne za zločin protiv čovječnosti. To je bilo „mitigating factor“ a ne i potpuno oslobađanje od krivice i kazne. Tri suca bila su načelno za takav princip (McDonald, Vohrah i Li) a dva su izdvojena i suprotna mišljenja (Cassese i Stephen). Prva tri kao glavne razloge, prije nego moralne prijepore, uzimaju „socijalnu, političku i ekonomsku ulogu“ suda⁷⁹ i potrebu da se međunarodno humanitarno pravo afirmira upravo kroz pojačanu zaštitu civilnog i najranjivijeg stanovništva na svim razinama, što je i jedna od zadaća osnivanja novog međunarodnog kaznenog suda. I ujedno je to svrha međunarodnog kaznenog prava, koje treba biti vodič borcima i zapovjednicima u postupanju. Upravo bi opravdavanje afirmativne obrane moglo dovesti i do dogovora između nadređenih i agenata oko jednostavne i zajedničke obrane, ili makar kako bi se zaštitili niži vojnici perfidno, ako već viši zna da će biti osuđen. Mogli bi se udružiti i stvoriti „Pandorinu kutiju“, opasnu za pravnu sigurnost. Budući da su suci konstatalirali da ne postoji striktno i jednoglasno pravilo u međunarodnom javnom pravu dolazi li prinuda u obzir kao *affirmative and complete defence* u ratu, nego se Haag osvrće na jedan i drugi sustav prava s naglaskom na *common law*, zaključujemo da se tu radi o diskusiji oko *de lege ferenda*, a nikako *lata*, te je pitanje jesu li dovoljni i sami suci za učvršćivanje općeg i novog pravila. Uz to, sve graniči s problemom narušavanja općega načela *nullum crimen, nulla poena sine lege* i ulaznja u opasno područje *ultra vires*.⁸⁰ Dosad je bilo (mahom neuspjelih) sporadičnih pokušaja pozivanja na prinudu i u prošlim ratnim sudovima.

10. TEST PRINUDE I TEST SLOBODE

Uzmemo li četiri glavne svrhe⁸¹ kaznenoga prava kao smjernice: specijalnu i generalnu prevenciju, rehabilitaciju i resocijalizaciju, društveno inkapacitiranje tj. zatvaranje i retribuciju odnosno pravednost, vrlo brzo ćemo ustanoviti da Erdemović ne podliježe mahom ni pod jednu, osim eventualno generalnu i generalnosocijalnu i političku prevenciju. Istina je da većina počinitelja ne razmišlja o kazni u tako striktnoj životnoj situaciji i opasnosti, osim teških oportunisti. Ali sankcija i dalje najviše odzvanja u ušima javnosti. Ako primijenimo s druge strane *test prinude* na Erdemovića, nećemo dobiti tako jednostrane rezultate:

⁷⁸ *Erdemović*: IT-96-22-A, *Presuda* od 7. X. 1997., str. 14., § 20.

⁷⁹ *Presuda Erdemović*, op. cit., Izdvojena mišljenja sudaca McDonald i Vohrah od 7. X. 1997., str. 62. § 75. Ako se unutarnje pravo ne može razgraničiti od politike, zašto bi onda i još važnije međunarodno, pitaju se. Suprotno misle suci koji kažu da valja tražiti rješenje u općim pravilima, a ne u posebnim. Iako su opća u Britaniji jasna (i to „samo“ kod jednog ubojstva). Tužiteljstvo je u predmetnoj presudi smatralo da se prinuda ne smije uopće uzimati u obzir, a kod manjih zločina zapravo još manje.

⁸⁰ „Zakon“, doduše, jasno predviđa da je ispunjena pozitivna pretpostavka zločina, ali prinuda je negativna i olakotna pa je pitanje ulazi li to u načelo zakonitosti (u restriktivnom tumačenju).

⁸¹ Više o svrhama: Cvitanović, Leo, *Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu*, doktorska disertacija, PFZG, Zagreb, 1997.

1. Opasnost je bila istodobna prijetnja smrću ili ozbiljnom tjelesnom ozljedom: očito jest.
2. Nije bilo adekvatne mogućnosti izbjeći ili pobjeći od prijetnje: nije.
3. Proporcionalnost je zadovoljena da nije počinjeno zlo veće od onoga što je prijetilo: **nije**, gledajući iz perspektive okrivljenika u danom trenutku i bez spekulacija (1:100)
4. Branjenik nije imao specijalnu dužnost ili brigu naspram žrtava (kao vojnik prema civilima): prema većini sudaca stav je da **vojnik treba imati veći obzir** i otpor prema psihološkim prijetnjama, a i bespredmetno bi bilo međunarodno ratno i humanitarno kazneno pravo, kad se ne bi naglasila posebna inferiornost i ranjivost nenaoružanih skupina građana pogođenih ratom, unatoč infantilnosti sudskih presedana, običaja i zakona u svijetu.
5. Okrivljenik se nije dobrovoljno stavio u poziciju i situaciju u kojoj bi od njega moglo biti zatraženo izvršavanje nezakonitoga čina: situacija je granična, ali bliža onoj da je **Erdemović to ipak mogao izbjeći**. Prijavlivanje u vojsku i stavljanje na raspolaganje jedinici za koju tvrdi da nije prije činila zločine, ima svoje opravdanje ako se uzme u obzir da i moderne države imaju profesionalnu plaćenu vojsku, u koju se svatko može legalno prijaviti, pa makar i radi financijskih motivacija. U SAD-u je to upravo i slučaj, zbog dobrih stipendija i uvjeta, sve dok ne dobiju „neželjeni poziv“. Međutim, da se od svih zanimanja i migracija odlučio baš za vojnu opciju i to u gorućem ratu, približava položaj Erdemovića *plaćeniku*, iako tvrdi da je to učinio iz statusnih i nužnih razloga.⁸² VRS je vojska koja je sistematski kršila ratne konvencije od 1992. i to nije bio tabu, te je postojao opravdan rizik da će se opetovane vojne operacije pretvoriti u kršenja pravila i običaja ratovanja. Iako je zbog promjena čak svih vojski jasno da nije imao šovinističke namjere niti u jednoj, svejedno je njegova *culpa levis* da tako olako pristupa novim organizacijama, jer drugačije bi bilo ipak da je (nasilno) regrutiran. Potpuno je oprečna situacija u ruandskome slučaju *Felix* iz 1994. gdje sud ne može nikako zamjeriti osobi, koja je tijekom rata i dalje obavljala svoje dnevne rutine u vanjskom vrtu, te je bila usput regrutirana od strane *Hutu* bande. I još k tome nije počinila niti jedan zločin, nego samo prisustvovala u jednom i pobjegla netom poslije. Drugačiji je princip ako je netko „mogao biti regrutiran“, ako je „regrutiran“⁸³ i ako je „dobrovoljac tj. sam se regrutirao“

⁸² Nije izabirao „najpovoljniju“ od ponuda, iako je bio u svim vojskama, ali pod različitim okolnostima. Ako napravimo pregled po vrstama prilagođavanja društvenoj anomiji kakva je vladala npr. na tom dijelu Balkana, prema Mertonovoj tipologiji, Erdemovićeva odluka ipak je bila „inovativna“, unatoč niskoj razini kriminogenog motiva i faktora. Više: Derenčinović, Getoš, *Uvod u kriminologiju...*, PFZG, Zagreb, 2008., str. 180-210.

⁸³ Vrhovni sud Republike Hrvatske smatra da u konkretnome slučaju, kada je srpski borac odbio pobjeći iz tzv. Srpske vojske Krajine (SVK) zbog toga što mu je sin bio u Hrvatskoj vojsci, to predstavlja opravdanje i realno je da bi ga ubili kako su mu inače prijetili. S druge strane, tko samo tako bez nekoga

iz bilo kojih razloga. I to naročito u vojske koje nemaju pretjerano dobar i hvaljen javni ugled.⁸⁴

Kod Erdemovića postoji svijest kao (treći) element, pa to nije bio samo čin ili radnja. Izbor je postojao, a koliko slobodan, treba odvagnuti.⁸⁵ Schaff definira slobodu na sljedeći način.⁸⁶ Čovjek je slobodan:

1. *Kad njegova volja za djelovanjem nije determinirana ni od koga ni ničime.* Ako postavimo Erdemovića pod tu pretpostavku, vidjet ćemo da je volja jasno determinirana od nekoga i nečega (trećega).

2. *Kad njegova aktivnost nije podređena nikakvoj objektivnoj nužnosti socijalnog života ili povijesnog razvoja.* Erdemović je, kako smo vidjeli, i pod „socijalnom prinudom“ bio „primoran“ odabrati vojnu opciju, iako ne zbog pljačkaških namjera, a i involviran je u nespretnom povijesnom razvoju, koji je stvorio gotovo totalni rat, u kojem je malo tko mogao biti potpuno lišen rizika.

3. *Kad je sposoban odabrati jednu od više alternativa akcije.* To je sporno. Predmetni je mogao odabrati više alternativa, ali svaka bi vodila posebno visokom riziku za vlastiti život, bez kojega izbora i bitka više nema. Stoga je diskutabilna pretpostavka „sposobnosti“ biranja između više alternativa, jer ona otvara i pitanje sposobnosti same osobe da izvede npr. akciju (verbalnu ili fizičku) kojom bi možda uspjela odagnati od sebe životnu opasnost i krajnju nuždu odnosno prinudu. S druge strane, pretpostavka sama u sebi implicira još jednu slobodu, slobodu u slobodi: biti slobodan, biti sposoban odabrati alternativu. Nevezano za kvalitetu pretpostavke, djeluje da potonja nije razjašnjena: potpada li pozitivno ili negativno pod slučaj Erdemovića, iako izgleda primamljivo ovo drugo. Svakako zaključujući, ipak barem većina pretpostavki (2/3) ukazuje na ograničenost u svojoj volji i njenoj slobodi. Ali nisu kumulativno sve ispunjene, jer ako samo dozvolimo neku drugu opciju alternative ponašanja, kumulacija pretpostavki onda otpada. A kumulacija je ipak izgleda bila Schaffova namjera. *Schaffov test*, nazovimo to tako, indikativan je, ali na samom rubu dokazivanja neslobode kod slučaja prinude.

11. KORELACIJA ZLA ILI ŠTETE?

Autor bi primijetio i naglasio razliku između zla (*evil*) i štete (*harm*). Brojni zakoni i autori ih koriste kod prinude i nužde, vjerojatno aludirajući na isto. Zlo predstavlja etički, pa i ćudoredno-deontološki pojam, koji spada u moral i znanost

posebnog razloga pribjegne vojsci i nije iz nje otišao mirno, a mogao je, ne može se pozivati na nuždu. Jednako se ne može pozivati niti onaj tko se revnosno i iz uvjerenja uključio u kakvu (para)postrojbu, mada su mu kasnije uistinu i prijetili da će ga ubiti ako ne nastavi sudjelovati u zločinima. To je, jasno, zbog zakazivanja zadnje pretpostavke testa.

⁸⁴ „Srpski ratni zločini u Bosni bili su brojni i sistematični... a i umjesto 10. div. odreda našli bi nekog drugog.“, Rosa E. Brooks (2003.), *op. cit.*, str. 874.

⁸⁵ „Za indeterminate sloboda je logička pretpostavka krivnje.“ Novoselec P., *Opći dio kaznenog prava*, PFZG, Zagreb, 2004.

⁸⁶ Schaff, Adam, *A Philosophy of Man*, Lawrence & Wishart, London, 1963., str. 68-69.

o tome kako ljudsko ponašanje treba biti, dok je šteta rezultat i posljedica akta, koji može, a i ne mora biti zao. Kod zla je pak izražena loša volja, a da šteta ne mora nastupiti. Ako uzmemo naš zakon za princip, *Erdemović* nije imao zlu volju, ni zlu namjeru, i njegovo *zlo* svakako je manje od *štete*. Ali ako kao mjerilo uzmemo samo *štetu*, ona reflektira samo težinu izravne posljedice između gubitka njegovog života i života njih stotinjak, gdje je razmjer očit. Osim ako se ne uzme u obzir s druge strane broj žrtava skupa s Erdemovićem u konačnici, jer bi utilitaristi tako računali, ne ograničavajući se samo na trenutak Erdemovićevog čina, nego na događaj u cjelini. Novoselec napominje kako zla mogu biti jednaka, ako se žrtvuje i dobro veće vrijednosti, kako bi se spasilo dobro manje vrijednosti, ako to opravdavaju druge okolnosti, pa prema njemu „pravo“ ubiti drugog u logoru ima i onaj zatvorenik kojem je bila upućena prijetnja „samo“ sakaćenjem.⁸⁷ U tom slučaju su ipak zla „samo“ jednaka i trebala bi jedino dovoditi do oslobođenja od kazne. Teška je tjelesna ozljeda izjednačena sa smrću kod krajnjih nuždi, kako se vidi po svim definicijama. Ali razne vrste tjelesnih ozljeda i odnos između ubojstva (života) i mučenja (tjelesnog integriteta) su upitni. Pravo na život uzima se kao temeljno, sveto i fundamentalno pravo iz kojega proizlaze i sva ostala prava. Zbog toga je osobito zaštićeno. Međutim, ono i nije u svim situacijama i okolnostima nedodirljivo. Naročito je interesantno i diskutabilno, ako uzmemo u obzir to da već sam čl. 2. st. 1. *Europske konvencije za ljudska prava*⁸⁸ propisuje (na dva mjesta) iznimke od zabrane zadiranja u osnovno pravo čovjeka. Za razliku od života, obveza zabrane mučenja je apsolutno nederogabilna.⁸⁹ Zakonodavac većinom namjerno odvaguje zla umjesto pravna dobra, a to je upravo prema autoru i prijeporno. Stav je prakse kako mučenje nikada ne može biti opravdano krajnjom nuždom. *Anketa* pokazuje upravo kako mučenju ne bi skoro nitko prionuo, a lišavanju života eventualno i bi. Tko je smion prokazati razliku u zlima između npr. prijetnje silovanjem i sakaćenjem, iako bi autor to sveo na jednako zlo. Pravo komparira tu ujedno i zla, a ne „osobne interese“, iako Novoselec piše kako zakon želi odvagnuti sve „interese“ na jednoj i drugoj strani, što predstavlja složenu ocjenu. Haaški suci na koncu karakteriziraju uvjet (i)pak kao dva „zla“,⁹⁰ a ne štete, dobra ili interese, vidimo jednako kao i hrvatski „zakonik“. Za napomenuti je kako je povijesni *Krivični zakonik* Kraljevine SHS (Jugoslavije) iz

⁸⁷ Usp.: Novoselec, P., *op. cit.* Ako se odvaguju pravna dobra, ispada da se za život ne smije mučiti, a za mučenje smije ubiti. Time je nepobitan zaključak taj da pravo na život nije najvrednije pravno dobro nego pravo na slobodu od zadiranja u tjelesni i duševni integritet. Erdemovićeva bi stoga pozicija bila puno teža i opravdanija da mu se prijetilo mučenjem, djelomično zato jer je tu ljudska slabost nekada i veća. Pravni interesi u MKP-u nisu presudni jer ovdje javni interes uvelike preteže nad privatnim, pa uz manjkavosti prethodnih pojmova ostaje samo nezahvalno, ali jedino moguće tumačenje i odgaganje šteta kao ključnog kriterija razdiobe kod krajnje nužde. Novoselec se s tim ne bi do kraja složio s obzirom na to da upravo „zlo“, prema njemu, predstavlja višedimenzionalni pojam koji je najadekvatniji za realnu procjenu sudu. Razmjernost se ne smije gledati matematički, jer nekada i manje zlo ili šteta mogu biti moralnopravno gori (slično tvrdi i Grozdanić).

⁸⁸ *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine, MU, br. 6/99.

⁸⁹ Mučenje je izrijekom zabranjeno i u čl. 23. hrvatskoga Ustava, koji time predstavlja krovni, ali i *lex specialis* temeljnih vrijednosti pravnog poretka, koji sprečava i krajnju nuždu uglavnom kod toga. Ali i pravo na život je prvo ustavno i kratko napisano pravo, a povlači hrpu pitanja, od krajnje nužde do pobačaja, eutanazije itd.

⁹⁰ Presuda *Erdemović* (1998.), *op. cit.*, Izdvojena mišljenja, § 16.

1929. uspoređivao povredu s „opasnosti“ koja je prijetila. Njemački Kazneni zakon iz toga doba (1927.) skupa je s austrijskim u čl. 25. uspoređivao samo dvije štete.⁹¹ I jedan i drugi propis postavljali su razmjernost kao kriterij.

12. ODGOVORNOST VOJNIKA I CIVILA; TREBAJU LI VOJNICI IMATI POSEBNU DUŽNOST OBZIRNOSTI PREMA CIVILIMA I CIVILI MEĐUSOBNO?

Vojnici bi trebali, većina će se sudaca složiti, imati više obzira prema civilima⁹² i otpornosti prema prijetnjama od regularnih ljudi, ali s tim se ne slažu suci disidenti u smislu da su vojnici dužni pružati povećanu pažnju, poput vatrogasaca ili policajaca i sl. Poglavitito izgleda kontraverzno ako uzmemo u obzir striktnu i strogu vojnu hijerarhiju, koja dopušta manje prigovaranja od odnosa među civilima. Civili koji naređuju pak trebaju snositi odgovornost jednako kao i vojni glavešine. Politički odgovorni ljudi često su i izravno nadređeni vojnim licima, a sâm je predsjednik mahom vrhovni zapovjednik oružanih snaga. U Haaškome slučaju *Čelebići* jasno je rečeno kako „nadređeni civili nesumnjivo snose odgovornost za djela podređenih pod određenim uvjetima, ali da li njihova odgovornost sadržava identične elemente kao odgovornost vojnih zapovjednika u običajnom pravu nije (isto) jasno.“⁹³ Civili pak kojima je naređeno, tvrdi Heim, trebaju apsolutno imati mogućnost obrane pod prinudom zbog toga što i nisu u posebnoj obvezi obzira prema drugima (civilima). Kako bi vojni glavari „izbjegli podvrgavanje svojih vojnika zločinačkim činima i odgovornosti, mogli bi zločine narediti civilima“,⁹⁴ kao što se događalo u logorima.⁹⁵ Takav slučaj imamo i u Hrvatskoj i u domaćem pravosuđu, koje je na koncu oslobađalo zatvorenike od kazne, zadržavši prijekor nad zločinom i proglašavajući osobu krivom. Imamo poznati primjer principa na *Golom otoku*. KZ u čl. 96. propisuje da će se kazniti i civilna i druga osoba, koja nije spriječila podređene, ili djeluje aktivno kao nadređena.

⁹¹ Šilović u komentaru zakona na tri mjesta navodi i „miješa“ tri različita pojma koja se uspoređuju tada u germanskom pravnom poretku: i pravno dobro i interes i štete. A odvaguje se samo potonje, kako vidimo, što je prema autoru i jedan od ispravnijih načina razmišljanja, gdje je druge pojmove još teže i apstraktnije razložiti kod sudu.

⁹² Cassese (1997.) navodi „*protective duty*“, ali ne i podliježu li vojnici pod tu kategoriju. *Tužitelj protiv Erdemovića*, IT-96-22A, Presuda, 7. X. 1997., Izdvojeno i protivno mišljenje suca Cassesea, § 16.

⁹³ Presuda Žalbenoga vijeća u predmetu *Tužitelj protiv Zdravka Mucića* i dr. IT-96-21 od 20. II. 2001.

⁹⁴ Heim, Sarah J., „The Applicability of the Duress Defense to the Killing of Innocent Persons by Civilians“, *Cornell International Law Journal*, 2013., Vol. 46, str. 179.

⁹⁵ U SS-ovim, poput *kapa* iz reda zatvorenika koji bi preuzimali blokove; slučaj *Vican* i nešto drugačiji u Ruandi – *Felix*. Mnogi su postali sadišćni toliko da to izlazi iz okvira krajnje nužde.

13. PRETPOSTAVKA PROPORCIONALNOSTI – KLJUČNA ILI BESPOTREBNA? PRINUDA KAO *ISPRIKA*?

Sudac Cassese ipak pogrešno zaključuje da je manje zlo ako se ne pridoda ukupnoj brojci i žrtva samog prinuđenog ubojice,⁹⁶ jer ne uzima u utilitaristički obzir još jednu opciju. Ako je rezultat Erdemovićeve žrtve X (70 ili zaokružimo 100) + 1 = 101,⁹⁷ onda što bi bilo da je Erdemović, ili netko od zarobljenika, izvršio ubojstvo narednika u nužnoj obrani, slično drugim primjerima također u Srebrenici? U tom slučaju bi ukupna žrtva uz Erdemovića, narednika i poslije svih zarobljenika, iznosila 102? I to bi bilo i gore zlo, ili šteta, a morala bi nužno dovesti do potpunog oslobađanja bilo koga od njih da su preživjeli. Po tome brojčana i utilitaristička koncepcija ima svoje manjkavosti, te logičke nedostatke, pa stoga, iako je snažna, predstavlja samo jedan od načina pravnog rezoniranja i ne dovodi uvijek do ispravnog rezultata. *Utilitas* = korist.⁹⁸ Ako se gleda na Erdemovićev akt kao samo „razumljiv“, a ne zbog točnog vaganja zla ili štete koja će se dogoditi, koncepcija opet pada u vodu, zbog pitanja kako bi ga se tretiralo da je on uistinu jedini bio primoran strijeljati druge i da umjesto njega to ne bi nitko drugi učinio. Zar isto? Ubojstvo, rečeno je, nema opravdanja u engleskom pravu,⁹⁹ dok je u hrvatskom teoretski moglo doći u obzir oslobođenje od kazne pod uvjetom da su oba zla jednaka. No hrvatsko, za razliku od prava mnogih susjednih kontinentalnih zemalja, ipak uzima u obzir proporcionalnost kao ključni faktor, te ni pod njim ne bi vjerojatno moglo doći u obzir mjerilo «više ubojstava za jedan život». U Erdemovićevom slučaju moglo bi se na zločin gledati i kao na pojedinačni stjecaj više zasebnih ubojstava pod prisilom i prijetnjom, koje traju kontinuirano i pretvaraju se u trajnu opasnost¹⁰⁰ ili trajnu prijetnju. U tom slučaju bi se zlo i šteta mogli gledati ekvivalentno, ali optužnica i predmet glase upravo na međunarodni ratni zločin kao cjelovit i kvalificiran. Zlo

⁹⁶ *Tužitelj protiv Erdemovića*, IT-96-22A, Presuda, 7. X. 1997., Izdvojeno i protivno mišljenje suca Cassesea, § 16. al. iii., § 42., § 48.

⁹⁷ On računa po principu: ako je zlo i šteta X, s Erdemovićevim izlaganjem svojeg života rezultat je X+1. Time to, prema njemu, nema svrhe ni koristi i zapravo je ušteđen i spašen jedan život, a ne izgubljeno, već ionako „izgubljenih“, stotinjak. Sudac Stephen slaže se implicitno da je u svakom novom slučaju ipak potrebno makar provođenje novog „*testa prinudnosti*“ (slično kao i Šilović, vezano za konkretno odvagivanje slučaja, a on je realitivni i psihološki determinist u svojim radovima).

⁹⁸ Osnivač utilitarizma je Jeremy Bentham, a uz njega i John Stuart Mills. Čak je i Platon u *Zakonima* imao slične teze. Bentham pak pitanje volje i njezina stupnjevanja ili učinaka rješava na poseban način.

⁹⁹ Zbog „posebne svetosti ljudskog života“. Tako i *Howe*, ali pitanje je čiji sve život.

¹⁰⁰ U njemačkom kaznenom pravu trajna opasnost graniči s pojmom tzv. *defanzivne krajnje nužde* (*Defensivnotstand*). Slučaj defanzivne krajnje nužde ili nužne obrane, koji se međusobno isprepliću, kao i slučaj trajne opasnosti, imamo u tipičnim primjerima *obiteljskog nasilnika* koji učestalo i sustavno maltretira članove obitelji ili bračnog partnera i nikad se ne zna kada može opet napasti, naročito ako je pod utjecajem opijata. I žrtva ga „protunapadne“ odnosno ubije u vrijeme kada ona sama nije bila izložena (izravnim i izravno predstojećem) napadu. Takav imamo slučaj *Manfreda*, a kod *preventivne krajnje nužde* slučaj je i konobara koji u restoranu slučajno i potajno čuje od gostiju kako će mu poslije zatvaranja nauditi te im zato stavi napitak u čaše. Opširnije: Martinović I., „Trajna opasnost kao oblik istodobne opasnosti u okvirima krajnje nužde“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 17., Zagreb, br. 2/2010, str. 867-891.

i šteta „pogađaju svakog člana čovječanstva“,¹⁰¹ kao udove jednog tijela. I Chiesa i ostali autori sugeriraju na potrebu distinkcije između opravdanja (*justification*) i isprike (*excuse*)¹⁰² kad je riječ o prinudi, te zahtijevaju jedino, odnosno makar oslobođenje od kazne i lišavanje uvjeta proporcionalnosti, što očito u tome ponajviše sprečava stvar (a u hrvatskom pravu on je u skladu s načelom zaštite „pretežnog“ interesa).¹⁰³ I Risacher¹⁰⁴ smatra da proporcionalnost treba opstati eventualno kod krajnje nužde kao opravdavajuće obrane, a ne ispričavajuće.¹⁰⁵ U domaćem pravu postojala je „trovrсна“ podjela efekta krajnje nužde, a potpuno ukidanje mjerenja proporcionalnosti značilo bi da se ona ne bi mogla odvagivati ni kod ove predložene podjele na oslobađajuću presudu od optužbe kod krajnje nužde ili ispričavajuću od kazne kod prinude, gdje bi se prinuđenoga proglašavalo krivim i oslobađalo kazne (ili čak optužbe), jednako za djelo male imovinske štete, kao i za djela masovnog masakra. Risacher se pak previše optimistično zalijeće kada utvrđuje da *civil law* zemlje ujednačeno dopuštaju prinudnu obranu kod djela ubojstava, pri čemu i dalje nema anarhije, zaboravljajući da su to sve mahom postupci i kodeksi domaćih nacionalnih slučajeva, a ne međunarodnoga prava. Argument kako korištenje obrane zbog prinude ne znači automatsko oslobađanje, već se trebaju podastrijeti dokazi (uz teret dokazivanja na tuženiku, iako neki smatraju da treba biti obrnuto), ipak nije uvjerljiv po primjeru Erdemovića, koji osim svoje izjave nije pružio nikakve dokaze, ali mu se ipak povjerovalo.

14. ZAKLJUČAK

Koliko god neugodan i neizbježan izgledao životni ispit Dražena Erdemovića, on je ipak postavljen i ima samo dvije opcije: položiti ga ili pasti. Netko je taj dan morao biti ili nagrađen ili kažnjen, ne ulazeći u subjektivne osjećaje ispitanika. Tako je i u kaznenome pravu postavljena granica pravila (u skladu sa svojom

¹⁰¹ Chiesa, Luis E., op. cit., str. 754.

¹⁰² Što je hrvatski zakonodavac upravo dokinuo, ne dobivši time nikakvu vidljivu prednost.

¹⁰³ „Je li ispričavajuće djelovanje aktera manje od dva zla, u principu je irelevantno“, a s time se slaže i prof. Robinson koji tvrdi da to podređuje *rationale* za ispričavajuću obranu. Chiesa, Luis E., op. cit., str. 750.

¹⁰⁴ Risacher, Benjamin J., „No Excuse: The Failure of the ICC’s Article 31 “Duress” Definition“, *Notre Dame Law Review*, 2014., Vol. 89, Is 3, Art. 9, 2-2014, str. 1417.

¹⁰⁵ Počinitelja se proglašava krivim ali mu se „oprašta“ djelo. „Ne može se ni opravdati niti preći preko njega kad je ono izraz ljudske slabosti...“ Novoselec, Petar, *Opći dio kaznenog prava*, PFZG, Zagreb, 2004., str. 203.

normativnom svrhom)¹⁰⁶ koja se ne smiju kršiti ni u strašno teškim okolnostima.¹⁰⁷ Kazna ovdje većini ljudi zato djeluje ljepše nego nagrada i posthumno divljenje. Ljudska „sebičnost“ je prirodno urođena u pogledu samoodržanja, a pitanje jest – ako se dopusti sloboda onom tko prekrši pravo, koliko je on jednak onom tko ga ne prekrši i postupi moralnije, a za to biva nagrađen smrću, uz jednaku „presudu“. Ako se obojicu drugačije tretira, slučaj pak podsjeća reverzibilno, nažalost, na stari „Božji sud“: ako optuženi preživi – kriv je, a ako umre časno – nije. Ali ovdje je to radi pravde i William Blackstone zastupa doktrinu prema kojoj „osoba treba radije sama umrijeti nego pribjeći ubojstvu nevinih“.¹⁰⁸ I u ratu je psihologija mase poremećena i drugačija nego u uobičajenom životu, ali itekako je moguće pitati je li rat kao takav otegotna ili i olakotna okolnost, pa shodno tome i ratni (masovni) zločini. Dražen Erdemović je svakako bio mlad (23), nekažnjavan, predao se *de facto* svojevrijedno sudskoj pravdi i surađivao sa sudom, kajao se i žalio i za ovim i za svim žrtvama rata, te imao niski vojni status.¹⁰⁹ To su sve uvjeti za maksimalno ublažavanje kazne. Većinu tih pretpostavki ispunjavao je i Goran Jelisić,¹¹⁰ koji nije dobio ništa manju kaznu negoli poslije i predsjednik RS Radovan Karadžić (40 godina), jer je Jelisić *de facto* upravljajući logorom Luka u Brčkom, obnašao ipak kontrolu i pokazivao neobični sadizam u svom ophođenju i bezrazložnom ubijanju sličnog broja civila, kao i Erdemović. Iako je on „mala riba“, autor se slaže s odlukom trojice većinskih sudaca, unatoč tome što su pravno osjetljiviji i doktrinarno donekle uvjerljiviji disidenti. Koliko god to frustrirajuće bilo, pravo

¹⁰⁶ Ista je posebice izražena u „autoritativnom kaznenom pravu“, kakvom je pribjegli npr. Njemačka u svojim promjenama pred samu nacionalsocijalističku vladavinu, ali koja je otišla potom maksimalno u krajnost. Gledaju se probici narodne zajednice, a ne stanje pojedinca. Dualizam pak po pitanju opravdanja ili isprike kod kažnjavanja analogno je postojao i u podjeli sankcija na kazne i/ili mjere sigurnosti. Time se i samo kazneno pravo *de facto* dijelilo na dva pola. O pravnom razvoju piše i J. Kulaš u *Kriminologiji i školama kaznenog prava*.

¹⁰⁷ I sudac Vohrah i McDonald slažu se da su vojnici, unatoč prisili, ako se pribjegne strijeljanju civila, što vojnici nikada ne smiju, tehnički i dalje krivi i odgovorni za civile. Presuda *Erdemović*, Izdvojena mišljenja sudaca McDonald i Vohrah od 7. X. 1997., § 85.

¹⁰⁸ Epps, Valerie, „The Soldier’s Obligation to Die When Ordered to Shoot Civilians or Face Death Himself“, *New England Law Review*, 2003., Vol. 37:4, str. 989. Autorica sugerira i to da bi svatko ipak više preferirao svoj život nego tuđi, osim kad je riječ o blisko vezanoj trećoj osobi, poput djeteta, što otkriva relativan horizont gledanja pojedinca, ali ovdje se odnosi i na osobnu osjetljivost i na dužnost roditelja prema djeci. I Erdemović je iskazivao kako se nije bojao toliko za sebe koliko za svoju obitelj poslije. Nejasno je da li je mislio na posrednu prijetnju za životni opstanak ili njihov život bez njega ili oboje, ali to je čest argument i kao takav stav podilazi pod jedan oblik *altruistične sebičnosti*. Interesantan i velik problem tek bi nastao kod biranja između života svoga djeteta i tuđeg života ili djeteta. Kako kaže i Chiesa, prema *Model Penal Codeu*, „opasnost prema voljenom ima veći utisak na osobu prosječne čvrstine nego opasnost prema njoj samoj“. Sjetimo se primjera Izaka i Jakova iz Biblije.

¹⁰⁹ Predstavljao se kao anacionalist, kozmopolit i pacifist, čemu svjedoči i njegovo ponašanje u društvima prije rata.

¹¹⁰ *Goran Jelisić* IT-95-10, <http://www.icty.org/case/jelistic/4> [pristupljeno: 16. II. 2017.].

ne može biti zauvijek razgraničeno od politike (i ekonomije).^{111 112} Oni nažalost, ili na sreću, poguruju pravo da uopće funkcionira i postoji, a države da surađuju sa sudovima. Ako se generalna prevencija u klasičnom smislu zanemari, ostaje svakako ona generalnopolitičke (političkopreventivne) i teleološke normativne naravi, koja nalaže da su ratni zločini i zločini protiv čovječnosti daleko najgori zločini (ubojsstva), odmah iza genocida i holokausta, te bi njihovo aboliranje protivno anglosaksonskoj praksi, koja ipak čini i više nego pravnu polovicu svijeta – bilo presedan negativne tendencije u međunarodnom pravu. I to bi potpuno bacilo u sjenu smisao osnivanja Haaškog tribunala, koji u konačnici ionako ne pruža dovoljnu zadovoljštinu žrtvama rata, koliko se očekivalo. Krajnja nužda bi time dobila nepovratni obol i etiketu „najtraženije“ i najuspješnije obrane, gdje bi, u nedostatku drugih mogućih opipljivih dokaza, najobičnija „urota“ gotovo paralizirala pravni sustav u nastojanjima da bude konzekventan. Moderni princip jednakog procesuiranja osoba bez obzira na svoju dužnost, deklariranu i u statutu ICTY, vratio bi se na stare nepovratne staze, ako bi samo jedna karika u nizu priznala da se provodila prisila prema podanicima, gdje bi svi koji se pozivaju na nju, bili oslobođeni bez obzira jesu li uistinu radili za ili protiv svojih principa. Tako bismo mogli imati *domino efekt* sve do Karadžića ili Mladića. Dosljednim uvažavanjem straha od naredbi i provođenja postojećih zakona još Nürnberški sud bi bio primoran oslobađati funkcionare sve do vrha (unatoč iznimci u predmetu *Einsatzgruppen* Američkog vojnog suda).¹¹³ Paradoks je da ne moraju sve nedopuštene radnje biti moralno neprihvatljive, dok one dopuštene mogu biti takve, ako su učinjene iz pogrešnih i zlonamjernih razloga. Iako je prihvatljiv stav suca Cassesea da se moraju postaviti univerzalni kriteriji za prinudu i da je u svakom novom slučaju potrebno „testiranje“ iste, ipak načelo pravičnosti koje je jedno od temeljnih neopipljivih načela, jasno sugerira svakoj logici tog slučaja, u cijelom njegovom aspektu, kako se jedino ublažavanjem kazne može reći da nitko ne može ostati „nezadovoljan“. Takvom presudom Erdemoviću ne trpi previše ni javna pravda, ni on sam,¹¹⁴ ni žrtve koje sada znaju i drugu stranu priče i istine

¹¹¹ „Ne može se izbjeći esencijalna veza između prava i politike“, R. E. Brooks, op. cit., str. 878. J. C. Smith tvrdi kako odnos između protupravnosti i subjektivnog stava, odnosno vaganja koji je od njih presudan za osudu i krivnju, treba u nekim slučajevima prepustiti upravo politici jer to nadilazi logičke gabarite – ali parlamentu. Vidi: J. C. Smith, *Justification and Excuse in The Criminal Law*, Stevens&Sons, London, 1989. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, 1876.

¹¹² I Frank govori kako je proces stvaranja pravnih dobara „pravnopolitički“. Frank, S. i Šilović, J., op. cit., sv. 1., str. 3.

¹¹³ *United States of America vs. Otto Ohlendorf et al. (Case No. 9)*, 1947. – 1948.

¹¹⁴ Ako se Erdemović sam „osjeća krivim“, zašto bi ga se još dodatno nagrađivalo više nego i on sam to želi? Ako je već štedio svoj život, bilo bi od njega licemjerno i presebično da maksimalno želi poštediti i slobodu, a motiviran je za iskupljenje. Kazna zatvora od nekoliko godina više je nego simbolična za tako strašan kontekst i sve manje od toga ispalo bi da se cijeli događaj njega nije ni ticao nego da je bio samo pasivni promatrač ili eventualno sredstvo posrednog počinitelja. Sud je ponovno pokazao osjetljivost za okrivljenike za tako teška djela, a morao je voditi računa i o strani žrtava zbog kojih sud i postoji, te je, relativizirajući i diskutirajući o pojmu krivnje i protupravnosti, barem otvorio zrelu temu za buduće važne slučajeve. A ratovi i teška kršenja ljudskih prava nastavljaju se danas od Iraka do Sirije, Ukrajine i Palestine ili Afganistana i drugdje.

o srebreničkim slučajevima.¹¹⁵ Je li sud bio (politički) kukavički, jednako kao i Međunarodni sud pravde u međusobnim tužbama Hrvatske i Srbije za genocid, a bilo je elemenata za donošenje pozitivne i rezolutne odluke nasuprot donesenima,¹¹⁶ otkrit će vrijeme. Jer jedino „vrijeme otkriva istinu“,¹¹⁷ prošlost se ne može vratiti nego jedino utjecati na budućnost. A prošlo je bilo tek 50 godina od završetka kobnoga Drugog svjetskog rata. Sudska pravda je uvijek zakašnjela pravda, pa „tko preživi, pričat će“.¹¹⁸

NECESSITY AND COERCION IN INTERNATIONAL LAW- THE ERDEMOVIC CASE IN ICTY AS THE BEGINNING OF HAGUE COURT PROCEEDINGS

Necessity and duress are circumstances that exclude unlawfulness and existence of a criminal offence. However, proportionality is the most significant and most widely adopted condition distinguishing whether a person will be acquitted, released from punishment, or whether coercion and necessity will merely be circumstances reducing the punishment. There are no uniform criteria in international criminal law, and the Hague Tribunal faced a challenging task of applying those two institutes to grave breaches of the international law of armed conflict and humanitarian law in the Erdemović case. Moreover, under the circumstances of the very largest genocide in Europe since World War II. In the first part, the author describes the circumstances of the case as per the final judgement and a chronological development in sensibilities of courts and laws with respect to said institutes, primarily referring to the Anglo-Saxon legal heritage and precedent judgements that the Hague Tribunal relies upon the most, but also to the national law and national jurisdiction in a context of Continental European “civil law” legal system. In the second part, along with doctrinal and threshold matters inevitably related to the teleology of the two legal concepts, the author elaborates on the issues with his own observations and opinions, concluding as to why the Hague verdict was justified and has been essential for further development of “anti-war” law.

Key words: *extreme necessity, duress, international criminal law, ICTY, Erdemovic*

¹¹⁵ Ako bi se isključila protupravnost Erdemovićevog postupanja, značilo bi da takvo ponašanje nije uopće protivno pravnom poretku, a ako bi se isključila krivnja, izgledalo bi takoreći kao da je bio neubrojiv (što je također osjetljiv pojam). Čak i po kriteriju nerazmjerno većeg zla, teško da bi Erdemovićev slučaj bio podveden pod isključenje krivnje i prema važećem hrvatskom Kaznenom zakonu.

¹¹⁶ International Court of Justice, *Judgment*, 3. II. 2015. <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> [pristupljeno: 17. II. 2017.].

¹¹⁷ Seneka, *Epistulae Morales: tempus manifestat verum*.

¹¹⁸ *Historia est lux veritatis, historia est magistra vitae*. Sukladno uvodnom citatu, Erdemović je isto – grešnik, unatoč drugačijem dojmu kod prvog čitanja i razlici u odgovornosti. Autor se priklanja stajalištu domaćih stručnjaka koji ne favoriziraju oslobađanje krivnje. „Ispričavajućim razlozima“ Hrvatska se priklonila dosljednije austrijsko-njemačkoj koncepciji, no „stroga“ normativna koncepcija iziskuje prijekor i u teškim situacijama, gdje je unatoč procesnoj i statusnoj razlici okrivljeniku ipak ublažena (ili čak oslobođena) kazna.