

ČLANCI

Dr. sc. Maja Munivrana Vajda*

OBLICI KRIVNJE I STALNI MEĐUNARODNI KAZNENI SUD

Rad se bavi pojmom i oblicima krivnje u međunarodnom kaznenom pravu, s posebnim naglaskom na Stalni međunarodni kazneni sud. Za razliku od međunarodnih ad hoc tribunala, koji pitanju potrebnog oblika krivnje nisu pristupali sustavno, već u kontekstu pojedinih kaznenih djela i njihovih obilježja, Rimski statut MKS-a prvi put u međunarodnom kaznenom pravu kodificira standardni oblik i stupanj krivnje načelno primjenjiv na sva kaznena djela iz njegove nadležnosti. Problemi se, međutim, javljaju pri tumačenju navedene odredbe. U ovom radu značenje i sadržaj članka 30. Rimskog statuta analizira se iz poredbenopravne perspektive i u svjetlu prvih odluka Stalnog međunarodnog kaznenog suda. Na temelju takve analize može se zaključiti da Rimski statut inkriminira samo postupanje s izravnom namjerom prvog i drugog stupnja, dok postupanje s neizravnom namjerom, kada drugačije nije izričito propisano, nije kažnjivo kao međunarodni zločin.

1. UVODNO O SUBJEKTIVNOM ODNOSU POČINITELJA PREMA DJELU U POREDBENOM I MEĐUNARODNOM KAZNENOM PRAVU

Actus reus non facit reum nisi mens sit rea opće je načelo kanonskog kaznenog prava¹ koje u svojim inačicama vrijedi ne samo u suvremenim nacionalnim kaznenopravnim sustavima već i u međunarodnom kaznenom pravu. Bez, uvjetno rečeno, krivnje počinitelja nema ni kaznene odgovornosti. Drugim riječima, nije dovoljno da počinitelj ostvari protupravnu radnju kojom ispunjava obilježja nekog kaznenog djela, već je nužno i da, široko shvaćeno, postoji skrivljenost njegova ponašanja.² No način na koji države pristupaju

* Dr. sc. Maja Munivrana Vajda, viša asistentica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu

¹ Institutiones ch 1, prema: Safferling, C., Vorsatz und Schuld, Mohr Siebeck, 2008., str. 342.

² Ne treba, međutim, zaboraviti ni da u pravu *common law* država postoji kategorija tzv. *strict liability offences*, odnosno kaznenih djela koja u pogledu nekih objektivnih obilježja ne

ovoj materiji i sistematiziraju subjektivne elemente kaznenog djela znatno se razlikuje, posebice između država *common law* i *civil law* sustava.

U zemljama *common law* tradicije prevladava podjela na tzv. *actus reus* i *mens rea*, pri čemu pojam *mens rea* označava “*mental element necessary for a particular crime*” i u pravilu obuhvaća samo namjeru (engl. *intent*) i *recklessness*.³ Iz toga jasno slijedi da pojam *mens rea*, koji se osim kao *guilty mind* označava još i kao psihološki element (engl. *mental element*),⁴ u biti odgovara samo jednom sastojku – obliku krivnje. Iako neki autori i u okviru koncepta *mens rea* spominju autonomiju i izbor u podlozi odluke počinitelja koji impliciraju negativnu vrijednosnu ocjenu njegova ponašanja, s čim u skladu takve definicije pojma *mens rea* zvuče kao da uključuju sposobnost za krivnju i nepostojanje zabluda,⁵ formalno se ti aspekti obuhvaćeni kontinentalnim poimanjem krivnje obrađuju u okviru tzv. *defences* kao razloga isključenja kaznene odgovornosti.⁶ S druge strane, čak i u onim (kontinentalnim) pravnim sustavima u kojima krivnja čini integralni dio pojma kaznenog djela (uz radnju, biće i protupravnost), njezin se sadržaj razlikuje.⁷

Iako prethodni odjeljci pokazuju da je već i poredbeno analiza subjektivnih elemenata kompleksno pitanje, analiza te materije posebno je zahtjevna u okviru međunarodnog kaznenog prava. Naime, sve do osnivanja Stalnog

zahtijevaju utvrđenje krivnje počinitelja, pa stoga dovode do objektivne odgovornosti. Ipak, treba naglasiti da su takva djela uglavnom upravnog, regulatornog karaktera (*regulatory offences*), za koja su u pravilu propisane niže kazne. Više u kontekstu engleskog pravnog sustava Allen, M., *Textbook on Criminal Law*, Oxford Univ. Press, 2007., str. 104-119.

³ O tom pojmu, za koji u hrvatskoj pravnoj terminologiji nema adekvatnog prijevoda, a koji se nalazi na granici neizravne namjere i svjesnog nehaja, više kasnije. U engleskom pravu nehaj i objektivna odgovornost uglavnom se ne smatraju oblikom, nego iznimkom od *mens rea* pravila te su obuhvaćeni pojmom *legal fault*. V. Allen, str. 53., 101., i Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, (third ed.), Oxford Univ. Press, 1999., str. 183, 197.

⁴ Ibid.

⁵ V. Ashworth, str. 160. “*The essence of the principle of mens rea is that criminal liability should be imposed only on persons who are sufficiently aware of what they are doing, and of the consequences it might have, that they can fairly be said to have chosen the behaviour and its consequences.*”

⁶ Znatne razlike postoje u tretiranju zablude o protupravnosti, koja – ako je neotklonjiva – i u hrvatskom i u njemačkom pravu isključuje krivnju, dok u pravu *common law* država još uvijek načelno vrijedi načelo *error iuris nocet*.

⁷ V. primjerice čl. 39. Kaznenog zakona RH, prema kojem se krivnja sastoji od ubrojivosti, namjere ili nehaja te svijesti o protupravnosti. Njemački StGB, pak, ne sadržava odgovarajuću definiciju krivnje, no u teoriji prevladava stajalište da krivnju čini ubrojivost te prekorljivost oblikovanja volje utemeljena kroz svijest o protupravnosti, posebna obilježja krivnje tipična za neka djela (*speziellen Schuldmerkmale*), oblik krivnje (namjera ili nehaj) te nepostojanje ispričavajućih razloga. Usp. Jescheck, H.-H.; Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996., str. 429., Wessels, J.; Beulke, W., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und Ihr Aufbau*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009., str. 32., rub. br. 32.

međunarodnog kaznenog suda, kojeg Statut predstavlja prvi pravi pokušaj stvaranja dogmatike međunarodnog kaznenog prava, u toj grani prava nije postojalo ono što bi se u suvremenim nacionalnim kaznenopravnim sustavima nazivalo općim dijelom kaznenog prava. Ono što je u prvom redu postojalo jesu definicije kaznenih djela te osnovna procesna pravila kojima je uređeno postupanje pred međunarodnim tribunalima, dok je tumačenje i razrada instituta općeg dijela prepuštena nacionalnim i međunarodnim sudovima.⁸ Isto vrijedi i u pogledu krivnje počinitelja, pa čak i onda kad definicija kaznenog djela eksplicitno sadržava neka subjektivna obilježja ili oblik krivnje počinitelja (*mens rea*), kao što je kod genocida.

Statuti *ad hoc* tribunala ne sadržavaju, dakle, opće pravilo o potrebnom obliku i stupnju krivnje počinitelja, a sustavan odgovor nije ponuđen ni u praksi tih sudova. Naime, *ad hoc* tribunali nisu razvili općenito pravilo, već su za svako djelo iz svoje nadležnosti i njegove modalitete počinjenja iščitavali potreban oblik *mens rea*, pri čemu su istovremeno, po uzoru na anglosaksonsko pravo, pravili jasnu razliku između radnje, posljedice i pratećih okolnosti počinjenja (engl. *conduct, result, circumstances*) te potreban oblik krivnje razlikovali u odnosu na pojedina obilježja.⁹

Prilikom analize subjektivnog odnosa počinitelja prema djelu, Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju (dalje: MKSJ) nije, barem na deklarativnoj razini, bio sklon preuzimanju instituta i njihova značenja iz pojedinih nacionalnih sustava. U predmetu *Čelebići* pri razmatranju oblika krivnje počinitelja vezano uz neka obilježja zločina protiv čovječnosti, taj je sud naveo kako jednostavni semantički pristup, ili onaj koji se ograničava na pojedine nacionalne sustave, može samo prouzročiti nejasnoće u neuspješnoj potrazi za zajedničkim elementima. Naime, prema stajalištu tog suda, pojmovi su u nacionalnim sustavima vezani uz specifični pravni kontekst u kojem im sudska praksa pridaje određena značenja i posebne konotacije, koje ne moraju nužno biti relevantne i primjenjive u kontekstu međunarodnog pravosuđa.¹⁰ Sud je očito želio otkloniti nekritičko oslanjanje na rješenja pojedinih sustava, što valja pozdraviti, no ostaje upitno na koji način izvesti izvorno međunarodni kaznenopravni sadržaj krivnje i drugih instituta općeg dijela. Osim oslanjanja na neke prijašnje presude međunarodnih tribunala, međunarodne dokumente,

⁸ Statuti i vojnih i *ad hoc* tribunala navodili su i osnovne oblike odgovornosti, no pritom nisu razrađivali njihov sadržaj i značenje.

⁹ V. Badar, M. E., *Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, ICLR 6 (2006), str. 313.-348. Inače, Badar, *ibid.*, str. 314., općenito navodi kako je i nakon više od desetljeća rada MKSJ-a koncept *mens rea* još uvijek nepostojan, čemu zasigurno pridonosi nepostojanje opće odredbe o krivnji u statutu tog suda.

¹⁰ Par. 431. presude Raspravnog vijeća u predmetu *Delalić* (IT-96-21-T) od 16. studenoga 1998.

obično značenje riječi (i u tu svrhu na rječnike) te cilj inkriminacije, očito je da sadržaj određenog pojma kojim se označava subjektivni odnos počinitelja prema djelu nužno ovisi i o poredbenoj analizi i dedukciji nekih općih pravila zajedničkih svim pravnim sustavima,¹¹ a upravo to su, manje ili više uspješno, činili i *ad hoc* kazneni sudovi.¹²

Situacija se znatno promijenila tek stupanjem na snagu Rimskog statuta. Statut Stalnog međunarodnog kaznenog suda (dalje: MKS) sadržava članak koji općenito, za sva kaznena djela, određuje potreban psihološki element, tj. oblik i stupanj krivnje počinitelja (čl. 30. koji na engleskom jeziku nosi naziv "*Mental element*"). Taj se članak, iako nazivom i sadržajem odgovara anglo-saksonskom poimanju kategorije *mens rea*, u zajedničkom čitanju s čl. 32. Rimskog statuta koji, doduše u ograničenoj mjeri, priznaje zabludu o protupravnosti, može protumačiti kao prvi korak u smjeru budućeg priznanja krivnje kao zasebne kategorije u međunarodnom kaznenom pravu.¹³

Sve navedeno upućuje na različit pristup subjektivnoj strani međunarodnih zločina, kako u raznim nacionalnim pravnim sustavima tako i na međunarodnoj razini. Nadalje, čak i kad je oblik krivnje načelno određen na međunarodnoj razini, kao što je slučaj s čl. 30. Statuta MKS-a, problemi se javljaju pri njegovu tumačenju, s obzirom na to da međunarodno kazneno pravo stvaraju i primjenjuju stručnjaci odrasli unutar nekog nacionalnog pravnog sustava, koji vrlo vjerojatno, možda i nesvjesno, čak i izvorno međunarodnopravne pojmove nastoje oživotvoriti i sebi približiti kroz perspektivu vlastitog nacionalnog sustava.¹⁴ Povrh toga, međunarodni dokumenti također nastaju kao rezultat kompromisa nacionalnih stručnjaka (i diplomata) koji pri usvajanju određenih pojmova barem ponekad vrlo vjerojatno imaju u vidu značenje kakvo bi ti pojmovi imali u pravnom sustavu iz kojeg potječu, pa je lako moguće da i pri tumačenju tih instituta dođe do nepodudaranja. Pitanje je samo dovode li razlike u pristupu i do (znatno) različitih rješenja pojedinih konkretnih pred-

¹¹ V. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford Univ. Press, 2003., str. 159.-162., koji uočava metodološki problem i zalaže se za utvrđivanje općih načela na temelju sudske prakse međunarodnih tribunala i općih karakteristika zajedničkih svim pravnim sustavima svijeta.

¹² Pa u konačnici, čak i u spomenutom predmetu Delalić et al., nakon analize drugih spomenutih materijala, Sud se osvrnuo na pristup pojedinih *common law* i *civil law* država, v. par. 434. i 435. V. i Elliott, C., *The French Law of Intent and Its Influence on the Development of International Criminal Law*, *Criminal Law Forum* 11 (2000), str. 43., Badar, M. E., *Mens Rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals*, *ICLR Vol. 5., No. 2., 2005.*, str. 203.-246. (str. 7. *peer review* verzije).

¹³ U tom smislu Eser, A., *Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law*, u: Cassese et al., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Volume 1*, Oxford University Press, 2002. (dalje: Eser, *Mental Elements*), str. 891.

¹⁴ O tome svjedoči i živa debata o pitanju pokriva li standard krivnje naveden u čl. 30. *recklessness* i *dolus eventualis*, o čemu će biti riječi *infra*.

meta, što bi u svijetlu globalizacije kaznene pravde i načela komplementarnosti MKS-a svakako trebalo izbjegavati.

2. OBLICI KRIVNJE PREMA ČLANKU 30. RIMSKOG STATUTA

Članak 30. Rimskog statuta prvi put u međunarodnom kaznenom pravu kodificira oblik krivnje u znatnoj mjeri uniformno za sva kaznena djela iz nadležnosti MKS-a,¹⁵ čime se nastojalo izbjeći već opisani fragmentarni pristup oblicima krivnje zastupljen pred međunarodnim *ad hoc* tribunalima te općenito pridonijeti razvoju međunarodnog kaznenog prava kao koherentnog pravnog poretka.

Standardni oblik krivnje, tj. psihološki element (engl. *mental element*) sadržan u čl. 30. treba utvrditi uvijek kada oblik krivnje nije drugačije posebno propisan (engl. *unless otherwise provided*), prvenstveno u definiciji pojedinog djela.¹⁶ Službeni hrvatski prijevod naslova članka 30. glasi “Krivnja”, što je, kako ističe i Novoselec, pogrešno, budući da Statut u čl. 30. govori samo o jednom sastojku, tj. obliku krivnje.¹⁷ U uvodnom dijelu ovog poglavlja već je istaknuto da krivnja kao zasebna kategorija formalnog pojma kaznenog djela i ne postoji u međunarodnom kaznenom pravu u onom smislu koji tom pojmu daje hrvatski pravni sustav. Imajući to u vidu, Novoselec nadalje smatra kako bi bilo poželjno slijediti francuski primjer i u potpunosti izbjeći uporabu pojma krivnje, čime bi se dopustilo dogmatsko svrstavanje tog mentalnog ili psihološkog elementa u okviru bića djela kao što to čini suvremena njemačka doktrina.¹⁸ Pa ipak, s obzirom na to da se sadržajno radi o onome što se u hrvatskom kaznenom pravu smatra oblikom krivnje, taj će se pojam dalje koristiti pri analizi ovog članka.

Temeljno pravilo sadržano u članku 30. Rimskog statuta može se pojednostavnjeno izraziti na sljedeći način: kažnjivo je samo namjerno počinjenje

¹⁵ Uniformnost koja se time nastojala uvesti ipak nije potpuna, jer sam čl. 30. navodi kako oblici krivnje za pojedina kaznena djela mogu biti različito uređeni, tj. da počiniteljev subjektivni odnos prema djelu može biti pobliže različito opisan u definiciji kaznenog djela.

¹⁶ Posebno je sporno može li samo statutarna definicija djela određivati drugačije ili se izvor drugog primjenjivog oblika krivnje može nalaziti i u OKD te izvorima prava primjenjivim pred MKS-om prema čl. 21. Rimskog statuta, a prvenstveno međunarodnom običajnom pravu. O tome više *infra*.

¹⁷ Stoga Novoselec smatra uspješnijim francuski prijevod naslova čl. 30. – “Psihološki element”. V. Novoselec, u: Josipović et al., Stalni MKS, str. 111., rub. br. 144.

¹⁸ V. Novoselec, *ibid.* S obzirom na takvo shvaćanje zastupljeno u njemačkoj doktrini, ne čudi da njemački prijevod naslova čl. 30. ne govori o krivnji, već glasi “Subjektivna obilježja kaznenog djela” (njem. *Subjektive Tatbestandsmerkmale*). Njemački prijevod čl. 30. v. u: Ambos, Internationales Strafrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2008. (dalje: Ambos, IS), str. 164.

kaznenih djela iz nadležnosti MKS-a.¹⁹ Prema st. 1., osim ako nije drugačije propisano, počinitelj je kazneno odgovoran za djelo iz nadležnosti Suda kada je objektivna obilježja kaznenog djela ostvario s namjerom i znanjem (engl. *with intent and knowledge*). Neki autori zaključuju da riječi *intent* i *knowledge* opisuju voljnu i intelektualnu sastavnicu namjere u smislu kontinentalnopravnog poimanja namjere,²⁰ a to je stajalište očito zastupljeno i u hrvatskom prijevodu Rimskog statuta koji govori o “voljnom i svjesnom” postupanju počinitelja.²¹ Da bi se takvo tumačenje članka 30. moglo ocijeniti, potrebno je prethodno analizirati pojmove *intent* i *knowledge* kako su oni definirani samim člankom 30. Statuta.

Pojam *knowledge* opisan je u čl. 30. st. 3. Statuta kao svijest da okolnost koja predstavlja objektivno obilježje djela postoji ili da će posljedica nastupiti prema redovnom tijeku događaja (engl. “*awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events*”). Službeni hrvatski prijevod te odredbe, koji glasi “za potrebe ovog članka, svijest počinitelja obuhvaća spoznaju svih posebnih obilježja kaznenog djela ili mogućnost nastupanja posljedice prema redovnom tijeku događaja” valja odbaciti jer je neprecizan i nekonzistentan. Prije svega, pojam *knowledge* u čl. 30. st. 3. Statuta prevodi se kao “svijest”, dok se izrazi *know* i *knowingly* u istom stavku prevode kao “znati” i “znajući”. Prijevod “znanje” umjesto “svijest” uspješnije bi prenio značenje engleskog izraza *knowledge* te bi više odgovarao ustaljenoj terminologiji u ovom kontekstu, a inzistiranjem na takvom prijevodu uskladila

¹⁹ Čl. 30. Statuta (na engleskom jeziku) glasi:

1. *Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if material elements are committed with intent and knowledge.*

2. *For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.*

3. *For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly.*

²⁰ U tom smislu Werle, *Principles of International Criminal Law*, Asser Press, 2009., str. 151.-152., rub. br. 403, te Roßkopf, U., *Die Innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 30. IStGH-Statut*, BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007., str. 70. Slično i Badar, M. E., *The Mental Element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary from a Comparative Criminal Law Perspective*, *Criminal Law Forum* (2008) 19, str. 479., kad navodi da čl. 30. obuhvaća voljnu komponentu namjere (*intent*) i intelektualnu sastavnicu znanje (*knowledge*). U njemačkom prijevodu Rimskog statuta, ipak, ti se pojmovi ne prevode kao “volja” i “svijest”, već kao “namjera” i “znanje”, tj. govori se o ostvarenju objektivnih obilježja djela “*vorsätzlich und wissentlich*”. V. Ambos, IS, str. 164.

²¹ V. Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda, Međunarodne nov. br. 5. od 27.4.2001. Na pogrešnost prijevoda upozorava i Novoselec, u: Josipović et al., *Stalni MKS*, str. 112.

bi se i terminologija unutar čl. 30., kao i terminologija hrvatskog prijevoda Statuta općenito, s obzirom na to da je pojam *knowledge* sadržan u nekim drugim člancima Statuta već preveden kao znanje (čl. 8. st. 2. (iv)).²² Osim toga, nejasno je i značenje pojma “posebnih” obilježja kaznenog djela koja moraju biti obuhvaćena sviješću, tj. znanjem počinitelja. Na prvi pogled moglo bi se smatrati da se tim izrazom željelo opisati okolnosti djela koja spominje izvornik (*circumstances*),²³ no isti termin uporabljen je i u st. 1. koji općenito govori o “voljnom i svjesnom” ostvarenju “posebnih obilježja kaznenog djela”, u drugom kontekstu. Naime, originalna engleska verzija Statuta u st. 1. govori o materijalnim elementima (engl. *material elements*), a u st. 3. o okolnostima (engl. *circumstances*), što jasno pokazuje da st. 1. i 3. nemaju istu referentnu točku, pa je u hrvatskom prijevodu te odredbe trebalo izbjeći korištenje istim izrazom za oba pojma. Pod pojmom materijalnih obilježja djela u st. 1. tvorcii Statuta očito su mislili na sva objektivna obilježja djela, tj. ono što u duhu anglosaksonske pravne terminologije čini *actus reus*, pa između ostaloga i okolnosti djela navedene u st. 3.²⁴ Da je riječ o istoznačnici za pojam objektivnih obilježja, jasno je pokazao i MKS u odluci Predraspravnog vijeća o potvrdi optužbi u predmetu *Lubanga Dyilo*, u kojoj je Sud umjesto o “*material*” and “*mental*” govorio o “*objective*” i “*subjective elements*”.²⁵ Stoga bi u hrvatskom prijevodu stavka 1. trebalo govoriti općenito o objektivnim obilježjima (čime bi se jasno istaknulo i da se namjera počinitelja ne može odnositi na subjektiv-

²² Slično i Novoselec, u: Josipović et al., Stalni MKS, str. 112. Osim toga, izrazom “svijest” valjalo bi se koristiti pri definiranju znanja, umjesto izraza “spoznaja” koji implicira uvjerenost u ispravnost nekog suda ili otkrivanje nekih zakonitosti i istina, tj. razumijevanje prirode neke stvarnosti. V. Hrvatski jezični portal na <http://hjp.srce.hr/>

²³ Tj. ona obilježja djela koja ne predstavljaju ni radnju ni posljedicu.

²⁴ U prvotnim nacrtima Statuta govorilo se o fizičkom elementu (engl. *physical elements*), pa je zamjena tog izraza pojmom *material elements* navela neke autore da preispitaju je li i u konačnoj verziji Statuta i dalje riječ o objektivnim obilježjima djela ili pojam “*material elements*” ima šire značenje. Naime u nacrtu suvremene kodifikacije američkog prava koji su slijedile mnoge američke države, a kojim se nastojalo osuvremeniti i kodificirati *common law* sustav po uzoru na moderne zakone kontinentalnih država, tj. u *Model Penal Code* (dalje: MPC), tim se pojmom obuhvaćaju ne samo objektivna obilježja djela već i oblici krivnje i razlozi isključenja protupravnosti (v. § 1.13. (9) i (10) MPC-a). Analiza pokazuje ipak da ta terminološka promjena nije težila i za sadržajnom promjenom te da se pojam “*material elements*” odnosi na radnju, posljedicu i okolnosti, tj. *actus reus* ili objektivna obilježja djela. V. Ambos, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003. (dalje: Ambos, AT), str. 762.-764. Tako i Clark, *Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court’s First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings*, *Criminal Law Forum* (2008) 19, str. 526.

²⁵ V. str. 116.-124. Odluke Predraspravnog vijeća u predmetu *Lubanga Dyilo* (*Decision on the Confirmation of Charges*) ICC No. 01/04-01/06, od 29. siječnja 2007. (dalje: Odluka Predraspravnog vijeća u predmetu *Lubanga*).

na obilježja koja također pripadaju biću kaznenog djela), a u st. 3. specificirati o kakvim se posebnim obilježjima radi (o pratećim objektivnim okolnostima).²⁶

Konačno, hrvatski prijevod stavka 3. govori o spoznaji “mogućnosti nastupanja posljedice prema redovnom tijeku događaja” za razliku od izvornog engleskog teksta, koji govori o svijesti počinitelja da će posljedica nastupiti prema redovnom toku događaja (“*awareness that ...a consequence will occur in the ordinary course of events*”), što utječe na procjenu oblika i stupnja krivnje koji se traži člankom 30.

Neovisno o ovim terminološkim napomenama vezanim isključivo uz hrvatski prijevod, znanje počinitelja kako je ono opisano u st. 3. članka 30. moglo bi se smatrati intelektualnom sastavnicom namjere (umišljaja u smislu prijašnje terminologije, njem. *Vorsatz*) jer se sadržajno radi o svijesti počinitelja o objektivnim obilježjima djela.

No pogleda li se definicija namjere (*intent*) u stavku 2. članka 30. Statuta, jasno je da taj stavak ne opisuje samo voljnu sastavnicu namjere. Naime, prema st. 2. namjeru (*intent*) karakterizira ne samo htijenje počinitelja da poduzme radnju kojom ostvaruje obilježja kaznenog djela (engl. *conduct*) te htijenje prouzročiti posljedicu kada ona čini dio bića kaznenog djela već se za potrebe članka 30. smatra da počinitelj postupa s namjerom i onda kada je svjestan (engl. *aware*)²⁷ da će posljedica nastupiti prema redovnom tijeku događaja. Činjenica da namjera počinitelja (*intent*) prema Statutu obuhvaća ne samo htijenje počinitelja već i njegovu svijest o nastupu posljedice jasno govori protiv izjednačavanja pojma *intent* s voljnom sastavnicom namjere, a u prilog, kao što bi i izravan prijevod glasilo, promatranju pojma *intent* kao namjere same (njem. *Vorsatz*).²⁸

Stoga nije zadovoljavajuće jednostavno poistovjećivanje članka 30. Statuta s namjerom u smislu koji se namjeri pridaje u kontinentalnim pravnim sustavima (primjerice u čl. 44. st. 2. hrvatskog KZ-a ili § 15. StGB-a), tj. stavka 2. s njenom voljnom, a stavka 3. s intelektualnom komponentom, već valja na drugi način rasvijetliti pojam *intent and knowledge* te u konačnici traženi oblik krivnje.

Uporaba pojmova *intent* i *knowledge*, iako neki autori uzor odredbe vide u kontinentalnom pravu i već spomenutoj voljnoj i intelektualnoj sastavnici namjere, donekle podsjeća na moderno poimanje namjere (*intent*) i znanja

²⁶ I njemački prijevod također prevodi pojam “*material elements*” kao objektivna obilježja djela (*objektive Tatbestandsmerkmale*), a *circumstances* kao okolnosti (njem. *Umstand*). V. Ambos, IS, str. 164.

²⁷ Hrvatski prijevod Statuta govori o počiniteljevu “predviđanju” da će posljedica nastupiti, no “svijest” o tome čini se boljim prijevodom, jer osim što vjernije odražava izvornik, ne ističe dozu spekulativnosti koju pojam predviđanje u sebi sadržava, već naglasak stavlja na objektivni slijed događaja.

²⁸ Novoselec, u: Josipović et al., Stalni MKS, str. 112.

(*knowledge*) u anglosaksonskom pravu, gdje se znanje ističe kao samostalni oblik krivnje (*mens rea*), za razliku od rimsko-germanskog sustava u kojem je znanje shvaćeno kao sastavnica namjere.²⁹ Tradicionalno *common law* poimanje namjere (*intent*) obuhvaća i *purpose* i *knowledge*, tj. ono što bi u kontinentalnim pravnim sustavima sadržajno odgovaralo izravnoj namjeri prvog i drugog stupnja, ali suvremena teorija daje pojmu *intent* uže značenje i sadržajno ga izjednačava s izravnom namjerom prvog stupnja (a često ga i terminološki zamjenjuje pojmom *purpose*), dok znanje (*knowledge*) definira kao zaseban oblik krivnje koji sadržajno u većoj mjeri odgovara kontinentalnom viđenju izravne namjere drugog stupnja.³⁰ Međutim, ono što sprječava jednostavno uspoređivanje oblika krivnje navedenih u čl. 30. Rimskog statuta sa značenjem pojmova *intent* i *knowledge* u anglosaksonskom pravu jest veznik “i” koji povezuje ta dva pojma, što znači da namjera i znanje moraju postojati kumulativno, pa da stoga tek zajedno čine jedinstven oblik krivnje, a ne dva različita oblika.³¹ Zaključku da nije riječ o dva odvojena oblika krivnje pridonosi i činjenica da je “znanje” definirano samo u odnosu na posljedicu i okolnosti, a ne i radnju počinitelja, a jednako tako da ni definicija “namjere” ne obuhvaća posebne okolnosti djela (kao što je primjerice kontekstualni element ili činjenica da je žrtva genocidne radnje pripadnik ciljane nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine). Taj je zaključak konzistentan i s kontinentalnim pristupom oblicima krivnje, jer u *civil law* sustavima znanje počinitelja o određenim obilježjima djela ne postoji kao zaseban oblik krivnje, već je riječ o intelektualnoj sastavnici namjere.³²

Imajući sve navedeno u vidu, jedino je ispravno rješenje oslanjanje na sadržaj pojmova “namjere i znanja” kako su oni definirani u st. 2. i st. 3., bez osvrta na značenje koje se tim pojmovima pridaje u nacionalnim pravnim sustavima te bez njihove usporedbe s drugim ustaljenim oblicima krivnje kao što su u kontinentalnom pravnom sustavu *dolus directus* i *dolus eventualis*, a u

²⁹ U njemačkom pravu namjera se razdvaja na *Wissen* i *Wollen*, u francuskom pravu na *la conscience* i *la volonté*, dok u talijanskom pravu namjerno kazneno djelo mora biti *preveduto* i *voluta*. V. Badar, *The Mental Element in the Rome Statute*, str. 492. U hrvatskom kaznenom pravu namjera se u teoriji definira kao znanje i htijenje bića kaznenog djela. V. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2009. (dalje: Novoselec, OD), str. 256.

³⁰ Roßkopf, str. 14. MPC je u potpunosti napustio pojam *intent*, upravo zbog brojnih značenja koja se tom pojmu pridaju (o čemu će više riječi biti u sljedećem poglavlju) te umjesto namjere (*intent*) inkriminira postupanje *purposely* i *knowingly*. V. section 2.02. (2)(a) i (b) te opću definiciju u section 1.13. t.12. gdje se specificira da “‘intentionally’ or with ‘intent’ means *purposely*”.

³¹ Zanimljivo je da je u prvim verzijama Statuta korišten veznik “ili”. Ne čudi stoga da su se američki delegati zalagali za alternativni pristup. V. Clark, *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Element of the Offences*, *Criminal Law Forum* 12 (2001), str. 302.

³² Novoselec, u: Josipović et al., *Stalni MKS*, str. 112., rub. br. 147.

common law sustavu *intent*, tj. *purpose* i *knowledge* te *recklessnes*.³³ Pa ipak, budući da Stalni MKS nije izoliran u pravnom vakuumu te će zbog načela komplementarnosti nužno dolaziti u interakciju s nacionalnim pravnim sustavima, poželjno je usporediti čl. 30. s oblicima krivnje koji svoje izvorište imaju u nacionalnim sustavima *common law* i *civil law* država, a koji su se u velikoj mjeri ustalili i pred međunarodnim *ad hoc* tribunalima. To je uostalom nužno i kako bi se utvrdilo postoje li odstupanja među tim sudovima u pristupu krivnji počinitelja međunarodnih zločina.

Iz izloženih definicija namjere i znanja očito je kako Statut dijeli objektivna obilježja djela (engl. *material elements*) na radnju (ponašanje, engl. *conduct*), posljedice (engl. *consequences*) i okolnosti (engl. *circumstances*) te definira namjeru i znanje odvojeno u odnosu prema pojedinim obilježjima. U literaturi se naglašava kako promatranje subjektivnog odnosa počinitelja prema pojedinim obilježjima djela, a ne prema djelu kao cjelini, predstavlja preokret od analize djela (engl. *offence analysis*) k analizi njegovih pojedinih obilježja (engl. *element analysis*).³⁴ Takav pristup nije svojstven kontinentalnim državama, pa mu stoga neki autori upućuju kritiku, smatrajući da nije jasno zašto to Statut čini.³⁵ Naime, intelektualna sastavnica namjere mora obuhvatiti sva obilježja kaznenog djela,³⁶ a u protivnom se neće raditi o namjernom počinjenju konkretnog djela. Ako počinitelj nije svjestan relevantnih okolnosti djela, ne može se ni reći da počinitelj namjerava počiniti djelo, odnosno da postoji namjera već u odnosu prema radnji koja tvori neko kazneno djelo.³⁷

Tvorcima Statuta u ovom je pogledu kao uzor očito služio MPC, ali i suvremeni zakoni i nacrti zakona *common law* država općenito.³⁸ Upravo kao i Statut i MPC dijeli objektivna obilježja djela na radnju, posljedicu i prateće okolnosti te omogućuje primjenu različitih oblika krivnje na različite katego-

³³ Na temelju svega izloženog može se zaključiti da je čl. 30., kao i Statut općenito, mješavina elemenata iz raznih sustava i stoga je teško analizirati odredbu uspoređujući je s pojmovima nastalim u samo jednom pravnom sustavu. I Badar navodi da su tvorcii kodifikacije unijeli vlastito (a može se dodati i različito) pravno i kulturološko iskustvo u kreirane odredbe. V. Badar, *The Mental Element in the Rome Statute*, str. 474.

³⁴ Badar, *The Mental Element in the Rome Statute*, str. 476.

³⁵ Novoselec, u: Josipović et al., *Stalni MKS*, str. 113., rub. br. 148.

³⁶ Novoselec, OD, str. 257.; Eser, *Mental Elements*, str. 911.

³⁷ Badar, *The Mental Element in the Rome Statute*, str. 480.; Piragoff, D. K., Robinson, D., *Article 30. Mental Element*, u: Triffterer (ur.), *Commentary of the Rome Statute*, München, 2008., str. 589.

³⁸ Ambos, AT, str. 765., navodi § 18 engleskog nacrta Kaznenog zakona (*Draft Criminal Code Bill*) Pravnog povjerenstva iz 1989. godine, koji oblike krivnje definira za radnju i posljedicu, te § 2(4) kanadskog nacrta Zakona i § 4.1. australskog Kaznenog zakona koji čine isto za radnju, posljedicu i prateće okolnosti. Tablični prikaz tih odredbi v. u: Stuckenberg, C.-F., *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrech. Versuch enier Elementarlehre für eine überationale Vorsatzdogmatik*, De Gruyter Recht, Berlin, 2007., str. 248.-249.

rije obilježja kaznenog djela.³⁹ No, prema § 2.02(4) MPC-a, kada zakon koji definira neko kazneno djelo propisuje oblik krivnje, bez razlikovanja između objektivnih obilježja, tada se taj oblik krivnje primjenjuje na sva objektivna obilježja, osim ako protivno očito ne proizlazi iz samog zakona.

U sljedećim poglavljima analizirat će se potreban oblik krivnje prema čl. 30. Rimskog statuta s obzirom na različite kategorije objektivnih obilježja. Kako kod takve analize subjektivnog odnosa počinitelja prema djelu oblik krivnje ovisi o vrsti obilježja na koje se odnosi, valja spomenuti da se kao prijeporno ponekad može javiti pitanje kojoj kategoriji neko obilježje pripada.⁴⁰ Pritom treba istaknuti da, kao što je već navedeno, čl. 30. st. 1. navodi namjeru i znanje kumulativno, no pogledaju li se pažljivije analize tih pojmova u odnosu prema pojedinim obilježjima u st. 2. i 3., jasno je da namjera i znanje ne moraju postojati istovremeno u odnosu prema svim obilježjima djela. To potvrđuju i Obilježja kaznenih djela koja razrađuju Rimski statut (dalje: OKD) u t. 2. općeg uvoda, gdje se navodi da kada oblik krivnje nije naveden za pojedino objektivno obilježje, podrazumijeva se oblik krivnje kakav je naveden u čl. 30., tj. “namjera, znanje ili oboje”.⁴¹

2.1. Radnja

Radnja počinitelja obuhvaćena je samo namjerom (*intent*) počinitelja te se, u skladu s poviše navedenim, na ovo obilježje ne proteže i zahtjev znanja (*knowledge*). Namjera počinitelja s obzirom na ponašanje, tj. radnju (engl. *conduct*, njem. *Verhalten*) definirana je kao “htijenje počinitelja da se u njemu angažira” (engl. *means to engage*, njem. *dieses Verhalten setzen will*). Velik broj pravnih teoretičara smatra da definicija namjere s obzirom na radnju upućuje samo na to da radnja kojom se ostvaruju obilježja kaznenog djela mora biti izraz slobodne volje čovjeka (kao suprotnost neželjenim kretnjama ljudskog tijela koje nisu podvrgnute ljudskoj volji), tj. da čl. 30. st. 2. t. i. Rimskog statuta upućuje na to

³⁹ Možda najznačajniju ulogu ta mogućnost ima kad je riječ o objektivnoj odgovornosti (engl. *strict liability*) koja se može odnositi samo na pojedino obilježje djela kao što je primjerice kod silovanja dob žrtve, dok zakon u pogledu ostalih obilježja može tražiti (i u pravilu traži) neki drugi oblik krivnje. V. Johnson, P. E.; Cloud, M., *Criminal Law. Cases, Materials and Text* (7th edition), West Group, 2002., str. 50. et seq.

⁴⁰ Ambos, AT, str. 767.; Roßkopf, str. 12. Tako, primjerice, različita shvaćanja postoje o tome odnosi li se “ubijanje” iz čl. 6. a) Rimskog statuta samo na radnju (ponašanje) ili u sebi uključuje i posljedicu.

⁴¹ Tako i Werle, G.; Jessberger, F., *Unless Otherwise Provided: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes Under International Criminal Law*, JICJ 3 (2005), str. 38.-39.

da ponašanje počinitelja mora biti voljom određeno, nošeno i usmjeravano.⁴² Tako shvaćen čl. 30. st. 2. t. i. odražava opći zahtjev suvremenog kaznenog prava da radnja počinitelja mora biti voljna (engl. *requirement of a voluntary act*) i u nju ne ulaze sadržaji specifični za određeno kazneno djelo.⁴³ Ako bi se “radnja” shvatila kao ponašanje kojim se ispunjavaju obilježja kaznenog djela, za koje mora postojati namjera počinitelja, tim bi pojmom bila obuhvaćena i ostala obilježja djela (posljedica i okolnosti) jer počinitelj ne može postupiti s namjerom poduzimanja određene radnje ako mu nisu poznate okolnosti pod kojima to čini. Stoga bi se, tvrdi se, promatranje radnje kao ostvarenja obilježja konkretnog djela umjesto kao voljnog činjenja ili nečinjenja protivilo sistematizaciji objektivnih obilježja na radnju, posljedice i okolnosti te određivanju oblika krivnje za svaku kategoriju zasebno.⁴⁴

Pa ipak, stajalište da namjera (*intent*) u odnosu prema radnji počinitelja označava samo voljnost ne može se bespogovorno prihvatiti jer tako shvaćen pojam radnje počinitelja predstavlja ono što karakterizira *actus reus*, odnosno pripada pojmu radnje kao formalnom elementu kaznenog djela (njem. *Handlungsbegriff*), pa prethodi utvrđivanju namjere kao oblika krivnje počinitelja sadržanom u čl. 30.⁴⁵ Radnja u smislu njemačke i hrvatske kaznenopravne dogmatike postoji samo ako je voljna, pa je u tom smislu voljnost radnje pretpostavka da bi se uopće moglo raspravljati o namjeri. U suvremenom *common law* sustavu pak “*act*’ or *action*’ means a bodily movement whether voluntary or involuntary”.⁴⁶ Ipak “[a] person is not guilty of an offence unless his liability is based on conduct which includes a voluntary act or the omission...”⁴⁷ Dakle, voljnost nije preduvjet za postojanje radnje, no kaznena se odgovornost veže samo uz voljno ponašanje, što u praksi dovodi do istog rezultata.⁴⁸ U svakom slučaju voljnost radnje razmatra se i u *common law* sustavima u okviru pojma *actus reus*, a ne *mens rea*.⁴⁹

⁴² Usp. Werle/Jessberger, str. 41.; Piragoff/Robinson, str. 859., rub. br. 19, Eser, *Mental Elements*, str. 913., Roßkopf, str. 73.-78.; Clark, *The Mental Element*, str. 303.; Badar, *The Mental Element in the Rome Statute*, str. 480.

⁴³ Tako pri analizi radnje kao elementa kaznenog djela u formalnom smislu Bačić, F., *Kazneno pravo*. Opći dio, Informator, 1998., str. 140. Treba razlikovati volju koja se odnosi na samu radnju od njenog punog sadržaja koji je relevantan za krivnju.

⁴⁴ Roßkopf, str. 74.

⁴⁵ Ambos, AT, str. 765.-766. Stoga zahtjev voljnosti radnje ni logički ne pripada u čl. 30. koji se bavi oblicima krivnje počinitelja.

⁴⁶ Section 1.13.(2) MPC-a.

⁴⁷ Section 2.01(1) MPC-a.

⁴⁸ Ali upućuje, kako smatra Roßkopf, str. 78., na to da voljnost ne mora biti element radnje (*actus reus*), nego je općenito pretpostavka odgovornosti.

⁴⁹ Tako i MPC koji u posebnom članku regulira zahtjev da radnja mora biti voljna (section 2.01), a potom ponovo definira oblik krivnje primjenjiv na radnju počinitelja - kao *purpose* “it is his conscious object to engage in conduct of that nature”, ili *knowledge* “he is aware that

Točno je, također, da ako počinitelj nije svjestan relevantnih okolnosti djela, ne može ni namjeravati počinuti upravo to djelo, pa ne postoji namjera poduzimanja radnje koja tvori neko kazneno djelo. Međutim, upravo tu dolazi do izražaja kumulativna primjena namjere iz st. 2. i znanja iz st. 3. Članak 30. rastavlja kaznena djela na različite kategorije objektivnih obilježja i definira namjeru i znanje u odnosu na te kategorije. U odnosu na radnju mora postojati samo namjera, u odnosu na okolnosti samo znanje, dok su u odnosu na posljedicu definirani i namjera i znanje. Da bi konkretno kazneno djelo bilo počinjeno, ta se obilježja moraju objediniti, pa se na taj način spajaju i namjera i znanje. Iako namjera i znanje ne moraju obuhvatiti istovremeno svako obilježje, oni moraju postojati istovremeno kod svakog kaznenog djela (pa u tom smislu ispravno čl. 30. st. 1. upotrebljava veznik "i", iako bi preciznije bilo da umjesto o počinjenju njegovih objektivnih obilježja govori o počinjenju kaznenog djela s namjerom i znanjem). Naime, neovisno o tome je li riječ o djelu koje u svom biću sadržava posljedice ili ne, svi međunarodni zločini iz nadležnosti Suda sadržavaju kako radnju tako i neke okolnosti koja karakteriziraju tu radnju (*chapeau*, kontekstualni element, itd.). Stoga namjera i znanje, iako ne moraju postojati kumulativno u pogledu svakog obilježja, moraju postojati kumulativno u odnosu na svako kazneno djelo iz nadležnosti MKS-a.

Osim toga, odredbu je moguće shvatiti u smislu MPC-a koji govori o "*nature of the conduct*". S tim u skladu čl. 30. st. 2. t. i. odnosio bi se samo na obilježja radnje kao što je "prisilno" kod prisilnog premještanja djece kao modaliteta počinjenja genocida, a koja se onda ne bi smatrala pratećim okolnostima djela (*attendant circumstances*) u užem smislu, nego obilježjima koja karakteriziraju počiniteljevo postupanje.

Konačno, s obzirom na to da se neka, čak i međunarodna, kaznena djela iscrpljuju u radnji i ne sadržavaju posljedice u užem smislu (tzv. formalna kaznena djela, engl. *conduct-crimes*, njem. *Tatigkeitsdelikte*), kada bi se čl. 30. st. 2. t. i. shvatio kao zahtjev za voljnim karakterom radnje, to bi značilo da oblik krivnje za formalna djela uopće nije uređen. Naime, za ta djela, prihvatiti li se prevladavajuće tumačenje čl. 30. st. 2. t. i., uređen bi bio samo oblik krivnje glede okolnosti (*circumstances*), kojih počinitelj mora biti svjestan (čl. 30. st. 3.),⁵⁰ a ništa ne bi bilo rečeno o njegovoj namjeri da počinu djelo.⁵¹ Stoga *means to en-*

his conduct is of that nature" (section 2.02.(2)(a)(i) i (b)(i)). Doduše, definicija oblika krivnje kada je u pitanju *conduct* veže se uz posebna svojstva radnje počinitelja, kao što je primjerice uporaba sile pri premještanju djece.

⁵⁰ Primjerice okolnost da je počinitelj svjestan da je žrtva pripadnik zaštićene skupine.

⁵¹ V. Ambos, AT, str. 767. Suprotno Eser, *Mental Elements*, str. 914., koji misli da posledicu navedenu u čl. 30. st. 2. t. ii) treba shvatiti u širem smislu kao očitovanje u vanjskom svijetu i sve učinke koje zabranjeno ponašanje može imati, pa da je stoga namjera navedena u toj odredbi primjenjiva i na formalna kaznena djela. Roßkopf, str. 80., kao i Ambos, kritizira

gage in the conduct ne može označavati samo voljnost radnje (*requirement of a voluntary act, Willkürlichkeit*), nego u prvom redu voljnu komponentu namjere.

Prihvati li se ovdje zastupljeno shvaćanje, treba utvrditi koji se točno oblik krivnje traži za formalna djela koja karakterizira htijenje počinitelja da se angažira u radnji koja ostvaruje obilježja kaznena djela i svijest o postojanju okolnosti koje karakteriziraju to djelo. Htijenje počinitelja sugerira naglasak na voljnoj komponenti namjere, pa stoga i izravnu namjeru prvog stupnja (*purpose, Absicht*). Pa ipak, ima li se u vidu da je materijalna kaznena djela, kao što će sljedeći odlomci pokazati, moguće počinuti s bilo kojim oblikom izravne namjere, ni za formalna kaznena djela ne bi trebao vrijediti viši stupanj krivnje.⁵² Može se, dakle, zaključiti da je za formalna kaznena djela potrebna izravna namjera, bilo prvog bilo drugog stupnja.

2.2. Posljedica

Članak 30. st. 2. t. i. odnosi se na sva kaznena djela, dok je t. ii. imanentna samo materijalnim kaznenim djelima (engl. *result-crime*, njem. *Erfolgsdelikten*).⁵³ Pritom, čl. 30. st. 2. t. ii. definira dvije varijante namjere u pogledu posljedice. Moguće je da: a) počinitelj hoće svojom radnjom prouzročiti posljedicu; ili pak b) da je svjestan da će posljedica nastupiti prema redovnom tijeku događaja. Prva varijanta odnosi se na situacije u kojima počinitelj, svjestan okolnosti prema st. 3., čini radnju kojom ostvaruje obilježja kaznenog djela idući baš za ostvarenjem posljedice. Tako definiran subjektivni odnos počinitelja prema djelu odgovora kontinentalnom poimanju izravne namjere prvog stupnja (*Absicht* prema njemačkoj dogmatici) odnosno *common law* pojmu *direct intent*,⁵⁴ a u MPC-u se označava pojmom *purpose*.⁵⁵ Druga pak varijanta odnosi se na sigurne (uzgredne) posljedice (njem. *Nebenfolge*) namjernog djelovanja uz znanje svih okolnosti, pa se može izjednačiti s izravnom namjerom drugog stupnja (njem. *direkter Vorsatz*), tj. onim što se u modernom anglosaksonskom pravu opisuje samo pojmom *knowledge*,⁵⁶ a u *common law*

široko shvaćanje posljedice, smatrajući da se time gubi izričito predviđena sistematika i podjela obilježja na radnju, posljedicu i okolnosti.

⁵² Opširnije, uz navođenje daljnjih argumenata, Ambos, *ibid.*, str. 768.-770. Do istog zaključka glede primjenjivog oblika krivnje dolazi i i Eser, iako na temelju potpuno drugačijih argumenata. V. *supra*, bilj. 51.

⁵³ Ambos, AT, str. 765. Suprotni stav Esera već je spomenut, *ibid.*

⁵⁴ *Direct intent* opisuje se kao cilj ili svrha (*aim, desire, purpose*). Allen, str. 54.-55.

⁵⁵ Prema 2.02. (2) a) MPC-a, "A person acts purposely ... when ... it is his conscious object to ... cause such a result."

⁵⁶ Prema MPC-u u odnosu prema posljedicu, "A person acts knowingly... when he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result" (2.02.(2)(b)(ii)).

često pojmom *oblique intent*.⁵⁷ Naime, počinitelj je svjestan da će posljedica nastupiti, a ne tek svjestan mogućnosti ili vjerojatnosti njezina nastupa, na što pogrešno upućuje hrvatski prijevod Statuta. Iako st. 2. govori o nastupu posljedice kao o izvjesnosti (eng. *will occur*), jasno je da počinitelj ne može sa stopostotnom sigurnošću znati da će posljedica nastupiti, već je riječ o svijesti o vjerojatnosti nastupa posljedice u visokom stupnju. U svakom slučaju, svijest o mogućnosti nastupa posljedice ili njezinoj vjerojatnosti (karakteristična za neizravnu namjeru) nije dovoljna.⁵⁸ Čak i kada bi se “redovan tijek događaja” tumačio ekstenzivno – kao snižavanje intelektualnog praga u pogledi svijesti o nastupu posljedice, što je dvojbeno,⁵⁹ kod ovog oblika krivnje, za razliku od neizravne namjere, ne traži se utvrđivanje voljnog elementa u smislu pristanka počinitelja na posljedicu.⁶⁰ Naprotiv, kod izravne namjere drugog stupnja (kao i kod njenih ekvivalenata u drugim sustavima) podrazumijeva se da onaj tko postupi svjestan da će njegova radnja dovesti do određene posljedice u konačnici u širem smislu i želi njezin nastup.⁶¹ Stoga se ovaj oblik namjere načelno tretira i kažnjava jednako kao i izravna namjera prvog stupnja.⁶² Ne samo da su dva oblika izravne namjere teorijski izjednačena u moralnoj nevrjednosti djela već do podudarnosti često dolazi i u praksi s dokaznog aspekta; onda kada nedostaje priznanje okrivljenika, htijenje počinitelja često će se izvoditi upravo

⁵⁷ Ako je posljedica “*obliquely intended*” (posredno namjeravana), znači da je počinitelj siguran da će ona nastupiti čak i ako je izravno ne želi. V. Ashworth, str. 178. Allen definira *oblique intent* u odnosu prema posljedici kao “*a side-effect that you accept as an inevitable or ‘certain’ accompaniment of your direct intent*”, str. 54.-55.

⁵⁸ Tako i Werle, str. 152.-153., rub. br. 408.; Ambos, IS, str. 166., rub. br. 67; Novoselec, u: Josipović et al., Stalni MKS, str. 114.; Clark, Drafting a General Part, str. 529.; Van Sliedregt, E., The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law, TMC Asser Press, The Hague, 2003., str. 51.; Roßkopf, str. 92. Suprotno Piragoff/Robinson, str. 860., rub. br. 22.

⁵⁹ Naime, “redovan tijek događaja” formula je koja potječe iz već spominjanog nacrta engleskog Kaznenog zakona iz 1989. godine koji uvodi odgovornost za izravnu namjeru drugog stupnja (engl. *oblique intent*), a u obrazloženju kojeg se navodi da je riječ o “*virtual certainty*”. V. Ambos, AT, str. 770. Termin koji rabi MPC jest “*practically certain*”.

⁶⁰ Pristanak na djelo nužna je sastavnica neizravne namjere prema hrvatskom pravu (čl. 44. st. 3. KZ-a), dok je i u njemačkoj teoriji to prevladavajuća teorija koju u svojim recentnim odlukama prihvaća i BGH. Cramer/Sternberg-Lieben § 15, u: Schönke, A., Schröder, H. (ur.), Strafgesetzbuch. Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 2006., str. 284., rub. br. 87. Neki njemački teoretičari ipak se zauzimaju za promatranje neizravne namjere isključivo kroz intelektualnu sastavnicu, tj. svijest o mogućnosti nastupa posljedice. Opširnije o raznim teorijama koje postoje u njemačkoj dogmatici Schönke/Schröder, str. 279.-284.

⁶¹ Ashworth, str. 178., Novoselec, OD, str. 259.

⁶² V. Cramer/Sternberg-Lieben; str. 278., rub. br. 69 (“*Beide Formen des dolus directus sind an sich gleichwertig*”). Slično Bonnie, R.J.; Coughlin, A.M.; Jeffries, J.C.; Low, P.W., Criminal Law, Foundation Press, 2004., str. 199.-200., koji razlikovanje između *knowledge* i *purpose* smatraju nevažnim.

iz njegova znanja.⁶³ No ipak ne treba miješati procesni aspekt dokazivanja s materijalnopравnim standardom oblika krivnje.

Određene probleme za gore ponuđeno tumačenje oblika krivnje predstavlja čl. 30. st. 3. Statuta, koji također definira znanje u odnosu na posljedicu kao svijest o njezinu nastupu (*a consequence will occur in the ordinary course of events*).⁶⁴ Ako se, u skladu sa stavkom 1. članka 30. prihvati tumačenje da namjera i znanje moraju postojati kumulativno kod svakog obilježja za koje su opisani, došlo bi do nepotrebnog ponavljanja jer je znanje o posljedici u st. 3. potpuno jednako opisano kao i jedna varijanta namjere u odnosu na posljedicu u st. 2. t. ii. Kada je pak riječ o prvoj varijanti namjere u odnosu na posljedicu opisanoj u čl. 30. st. 2. t. ii., tj. počiniteljevu htijenju da svojim ponašanjem prouzroči posljedicu iz bića kaznenog djela, zahtjev za istovremenim postojanjem znanja o nastupu te posljedice promijenio bi karakterizaciju namjere kao tradicionalno shvaćene izravne namjere prvog stupnja (u anglosaksonskom pravu *direct intent*), jer samo htijenje prouzročenja posljedice ne bi bilo dovoljno, već bi bilo potrebno da istovremeno uz htijenje postoji i znanje da će posljedica nastupiti.⁶⁵ Drugim riječima, bilo bi potrebno da počinitelj postupi paralelno i s izravnom namjerom prvog (*purpose*) i izravnom namjerom drugog stupnja (*knowledge*), iako je riječ o dva odvojena oblika krivnje kako u *common law* tako i *civil law* sustavu. Neki autori ipak zastupaju taj stav, a čini se da je u tom smislu navedenu odredbu tumačio i MKS kada je naveo: “*Dolus directus in the first degree (direct intent) requires that the suspect knows that his or her acts or omissions will bring about the material elements of the crime and carries out these acts or omissions with the purposeful will (intent) or desire to bring about those material elements of the crime.*”⁶⁶

Takvo tumačenje valja odbaciti jer ono ne odgovara značenju pojmova izravne namjere prvog stupnja (*direct intent*) u nacionalnim pravnim sustavima (iako se MKS na taj oblik krivnje poziva kao na sinonim za subjektivni od-

⁶³ U tom smislu, Eser, *Mental Element*, str. 914.-915., navodi: “...*from an evidentiary point of view, one could argue that in acting though aware of the prohibited consequences, the perpetrator was indeed willing to accept them.*”

⁶⁴ Hrvatski prijevod ove odredbe već je kritiziran. Nejasno je zašto potpuno iste engleske riječi hrvatski tekst Statuta prevodi različito – u okviru namjere kao predviđanje da će posljedica nastupiti, a u okviru znanja kao spoznaju o mogućnosti nastupa posljedice.

⁶⁵ Tako Ambos, AT, str. 770., koji navodi da prema posljedici počinitelj mora postupati “*absichtlich und wissentlich*”. Isto ovu odredbu tumači i Roßkopf, str. 91., koji se istovremeno i kritički odnosi prema tako shvaćenom *de lege lata* uređenju. Također, ovo tumačenje kroz analogiju je utjecalo i na tumačenje genocidne namjere u izvješću Darfurske komisije, o čemu kritički više u idućem poglavlju.

⁶⁶ V. *ibid.* i par. 358. odluke Predraspravnog vijeća u predmetu Bemba (Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009 (dalje u tekstu: Odluka Predraspravnog vijeća u predmetu Bemba) te par. 351. odluke Predraspravnog vijeća u predmetu Lubanga.

nos počinitelja prema djelu opisan u članku 30. st. 2. t. ii.), neosnovano suzuje kažnjivost, a nije ni kriminalnopolitički opravdano.⁶⁷

2.3. Okolnosti

Članak 30. stavak 2. Rimskog statuta definira namjeru u odnosu na radnju i posljedicu, ali ne i u pogledu pratećih okolnosti, na koje se odnosi st. 3. i prema kojem okolnosti moraju biti obuhvaćene znanjem počinitelja. Zasebno reguliranje potrebnog oblika krivnje u odnosu na okolnosti u st. 3. vjerojatno odražava stav da se one ne mogu namjeravati te da okolnosti u pravilu postoje neovisno o težnjama i usmjerenosti volje počinitelja. Počinitelj može biti svjestan njihova postojanja ili se, kako je istaknuto u MPC-u pri definiranju pojma *purpose* kao ekvivalenta izravne namjere prvog stupnja, može nadati ili vjerovati da takve okolnosti postoje.⁶⁸ Subjektivni odnos počinitelja prema okolnostima definiran je u zasebnom stavku 3. kao svijest počinitelja da okolnost postoji, zbog čega je primjenjiv kako na izravnu namjeru prvog tako i na izravnu namjeru drugog stupnja.⁶⁹ No ako ta činjenica dijelom objašnjava zasebno reguliranje znanja u odnosu na okolnosti, nije jasno zbog čega se definicija znanja (*knowledge*) sadržana u st. 3. odnosi i na posljedicu, i to na isti način na koji je odnos prema posljedici definiran u st. 2. t. ii.⁷⁰ U skladu s već izloženim stavom, može se zaključiti da je riječ o nepotrebnom ponavljanju, kao reliktu definicije znanja iz prvih verzija Statuta, u kojima je između namjere i znanja u st. 1. stajao veznik "ili", što je impliciralo da se radi o dva odvojena oblika krivnje. Da namjera (*intent*) kako je definirana u st. 2. ne sadržava intelektualnu sastavnicu, ta bi se odredba mogla smatrati voljnom sastavnicom namjere (*dolusa*), dok bi znanje (*knowledge*) kako je definirano sada u st. 3. predstavljalo njezinu intelektualnu sastavnicu. Da je pak svijest o posljedicama izbačena iz definicije znanja, st. 3. mogao bi se smatrati samo specifikacijom namjere

⁶⁷ Kao pokazatelj do kakvih neprihvatljivih ograničenja kažnjivosti može dovesti takvo tumačenje može poslužiti i sljedeći hipotetičan primjer: počinitelj puškom gađa potencijalnu žrtvu, no budući da nije vješt strijelac, nije siguran da će uspjeti pogoditi žrtvu (dovoljno precizno da je usmrti), za čim ide. U takvoj situaciji prema gore izloženom stajalištu nekih teoretičara i MKS-a počinitelj ne bi odgovarao za ubojstvo (niti za pokušaj ubojstva) jer bi nedostajalo njegovo znanje o izvjesnosti nastupa posljedice.

⁶⁸ V. section 2.02. (2)(a)(ii) MPC-a.

⁶⁹ Da je kod izravne namjere prvog stupnja znanje o okolnostima definirano i kao nadanje da okolnost postoji, tada bi počiniteljev odnos prema posljedicama morao biti zasebno definiran u odnosu prema izravnoj namjeri drugog stupnja.

⁷⁰ Na preklapanje upozoravaju i neki drugi autori, kao primjerice Clark, *The Mental Element*, str. 301.-302. Eser, *Mental Elements*, str. 917., upozorava na ponavljanje, ali definiranje svijesti o nastupu posljedice u st. 2. b) tumači kao naglašavanje pripisivosti posljedice radnji počinitelja, dok u st. 3. vidi kognitivni aspekt (namjere).

u odnosu na okolnosti, iako takva specifikacija ne bi bila nužna, barem u kontinentalnoj pravnoj tradiciji, gdje počiniteljeva namjera, kako je već više puta istaknuto, može postojati samo kad je počinitelj svjestan svih relevantnih okolnosti. No neki autori opravdavaju posebno definiranje znanja u odnosu na okolnosti kao naglašavanje činjenice da znanje može imati samostalno značenje i postojati neovisno o namjeri, tj. voljnoj sastavnici, u pogledu nekih okolnosti navedenih u zakonskom opisu djela kao što je “znanje o napadu” kod zločina protiv čovječnosti.⁷¹ Međutim, kako Novoselec ističe, i takvo tumačenje čini odvajanje znanja od namjere nepotrebnim.⁷² Znanje o napadu i bez posebnog isticanja moralo bi biti obuhvaćeno intelektualnom sastavnicom namjere.

Znanje o okolnostima podrazumijeva počiniteljevu svijest da određena okolnost postoji. MPC za razliku od Rimskog statuta spušta prag i dovoljnim smatra počiniteljevu svijest da neka okolnost vrlo vjerojatno postoji (*...awareness of high probability of the existence of a particular fact, unless he actually believes that such a fact does not exist.*)⁷³ Odredba MPC-a odnosi se na tzv. *willful blindness*, tj. situacije u kojima počinitelj namjerno zatvara oči pred onim što je očito, čega bi u protivnom bio svjestan.⁷⁴ Neki autori smatraju kako ovaj oblik krivnje nije obuhvaćen člankom 30. te da počinitelji odgovaraju samo za stvarno znanje, kako zbog gramatičkog tumačenja odredbe koja sugerira pozitivno znanje⁷⁵ tako i zbog činjenice da je prvotni prijedlog pripremljene komisije za izričitim uključivanjem odredbe o namjernom zatvaranju očiju pred onim što se zbiva (tzv. *willful blindness*) odbačen.⁷⁶ Shvati li se ovaj oblik *mens rea* kao ekvivalent pojmu *recklessness*,⁷⁷ također se može zaključiti da on nije obuhvaćen člankom 30.⁷⁸ No, prihvati li se stajalište da je namjerno neznanje jednako prekorljivo kao i stvarno znanje, ovaj se oblik počiniteljeva psihološkog odnosa prema djelu može klasificirati i kao znanje (*knowledge*).⁷⁹ Činjenično stoga, izgleda, MKS-u je prepuštena ocjena može li se počiniteljevo izbjegavanje spoznaje o postojanju nekih okolnosti u određenim situacijama

⁷¹ Eser, *Mental Elements*, str. 907.; Piragoff/Robinson, str. 854., rub. br. 10.

⁷² Novoselec, u: Josipović et al., *Stalni MKS*, str. 113.

⁷³ Section 2.02(7) MPC-a.

⁷⁴ Bonnie et al., str. 201.

⁷⁵ S druge strane, onaj tko namjerno zatvara oči pred istinom svjestan je vjerojatnosti ili mogućnosti da relevantna okolnost postoji.

⁷⁶ Eser, *Mental Elements*, str. 931.

⁷⁷ Allen, str. 74.

⁷⁸ Novoselec po uzoru na Ambosa navodi da je riječ o obliku krivnje najbližem svjesnom nehaju. V. u: Josipović et al., *Stalni MKS*, str. 110., rub. br. 142. No pogledaju li se slučajevi koji se u literaturi navode kao primjer za ovaj oblik krivnje (U.S. v. Jewel, u: LaFave, W.R., *Principles of Criminal Law, Concise Hornbook Series*, Thomson West, 2003., str. 165.-166.), *willful blindness* lako se može izjednačiti i s neizravnom namjerom. Naime, počinitelj se pouzda u povoljan ishod bez ikakvog vanjskog pokrića za svoje nadanje.

⁷⁹ LaFave, str. 165.

(kada je počinitelj zapravo gotovo siguran da te okolnosti postoje) izjednačiti sa sviješću o njihovu postojanju.

Konačno, ostaje odgovoriti što je sve obuhvaćeno pojmom okolnosti. Statut, kao i MPC, ne definira (prateće) okolnosti, no u *common law* pod tim se pojmom razumiju one činjenice koje zakon specificira kao preduvjet za postojanje određenog kaznenog djela, kao što su, primjerice, dob i spol žrtve kod seksualnih delikata te okolnost da je stvar tuđa kod krađe.⁸⁰ Može se raditi o bilo kojim subjektivnim ili objektivnim činjenicama, svojstvima ili motivima vezanim uz počinitelja, objekt radnje ili modalitete počinjenja.⁸¹

Posebno je sporno kakav je položaj tzv. kontekstualnog elementa (engl. *contextual element*, njem. *Gesamttat*) kao što je “široki ili sustavni napad” kod zločina protiv čovječnosti i “oružani sukob” kod ratnih zločina. Budući da je riječ o obilježju koje se odnosi na širi kontekst, a ne na počiniteljevo djelovanje, neki smatraju da se ne radi o objektivnom obilježju kaznenog djela na koje se treba primijeniti čl. 30. Statuta, već o jurisdikcijskom elementu koji čini djelo međunarodnim zločinom.⁸² Drugi pak navode da kontekstualna obilježja predstavljaju okolnost u smislu čl. 30., ali uz njih vežu niži prag krivnje (*reduced mental element*).⁸³ Zaključak potkrepljuju odredbom sadržanom u Obilježjima kaznenih djela koja u pogledu zločina protiv čovječnosti navode da se kontekstualno obilježje ne treba tumačiti tako da se traži dokaz kako je počinitelj znao za sve karakteristike napada ili za pojedinosti plana ili politike konkretne države ili organizacije, dok u vezi s oružanim sukobom specificiraju kako nije potrebno da je počinitelj pravno ocjenjivao postojanje oružanog sukoba niti da je bio svjestan činjenica koje uspostavljaju narav sukoba kao ne/međunarodnog, već je potrebno samo da je kod njega postojala svijest o činjenicama na temelju kojih je utvrđeno postojanje oružanog sukoba.

Upitno je, kao što će još biti spomenuto, mogu li Obilježja kaznenih djela mijenjati oblik krivnje naveden u Statutu, ali čak i ako se to prihvati, uvodni dio OKD uz čl. 7. i 8. Rimskog statuta zapravo se prvenstveno odnosi na normativni aspekt tih okolnosti u pogledu kojeg počinitelj sam ne mora izvršiti pravnu ocjenu, već je dovoljno da je svjestan činjeničnih okolnosti u podlozi

⁸⁰ Tako i Ambos, AT, str. 766., citirajući Williamsa. Primjere okolnosti kao obilježja kaznenog djela navodi i Clark, *The Mental Element*, str. 307., te Eser, *Mental Elements*, str. 919.

⁸¹ Eser, *ibid.*, navodi i prirodu, tj. karakteristike same radnje počinjenja, kao što je njezin prisilni karakter, no pogleda li se MPC, takva se obilježja promatraju u okviru radnje (*conduct*), tj. zasebno, kao što se zasebno promatraju i posljedice. Nije potpuno jasno može li se to shvaćanje prenijeti i na međunarodnu razinu.

⁸² Tako primjerice Badar, koji čak navodi da postoji konsenzus u tom smislu među pravnim stručnjacima; v. Badar, *The Mental Element in the Rome Statute*, str. 478. To se stajalište, dakle, pojavljuje ne samo kad je riječ o genocidu kod kojeg je kontekst općenito sporan već i kod širokog i rasprostranjenog napada kao konteksta zločina protiv čovječnosti te kontekstualnog elementa ratnih zločina.

⁸³ Piragoff/Robinson, str. 853., rub. br. 6.

djela.⁸⁴ Valja zaključiti da kontekstualni element predstavlja okolnost o kojoj počinitelj mora imati činjenično, no ne i pravno znanje.⁸⁵

Analiza s obzirom na genocid ipak je kompleksnija jer genocidni kontekst ne predstavlja dio definicije djela, već je “kontekst jasnog obrasca sličnog ponašanja usmjerenog protiv neke skupine” naveden isključivo u OKD. Ako se taj kontekstualni element shvati kao obilježje djela (*material element*),⁸⁶ nema razloga da se na nj ne primijeni čl. 30. Rimskog statuta te da se, jednako kao i kod zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina, i u pogledu te okolnosti traži znanje počinitelja. Na suprotan zaključak, međutim, upućuje sam OKD, koji u uvodu uz čl. 6. navodi kako će Sud o eventualnom primjerenom zahtjevu krivnje u pogledu kontekstualnog obilježja odlučivati od slučaja do slučaja. MKS je, međutim, već zauzeo stajalište da je riječ o objektivnom obilježju kojeg počinitelj mora biti svjestan.⁸⁷

3. ZAKLJUČNO O ČLANKU 30. RIMSKOG STATUTA U SVJETLU PRAKSE STALNOG MEĐUNARODNOG KAZNENOG SUDA

Na temelju svega izloženog može se zaključiti da Rimski statut načelno inkriminira samo postupanje s izravnom namjerom, bilo prvog bilo drugog stupnja (odnosno, anglosaksonskim rječnikom rečeno, kažnjivo je postupanje s *direct intent* i *oblique intent*, tj. postupanje s *purpose* i *knowledge*). Čl. 30. Rimskog statuta, suprotno shvaćanju nekih autora, ne inkriminira postupanje s neizravnom namjerom, a onda pogotovo ni *recklessness*.⁸⁸ U prilog tome, osim gramatičkog tumačenja teksta Statuta, ide i činjenica da je pojam *recklessness* izostavljen iz čl. 30, iako su prvotne verzije Statuta definirale taj oblik krivnje.⁸⁹ Taj je stav u konačnici izgleda usvojio i MKS, usprkos početnom lutanju

⁸⁴ Id. O tome je riječ barem kod ratnih zločina, dok se kod zločina protiv čovječnosti radi o činjeničnim detaljima koji po prirodi stvari često ne mogu biti poznati nižerangiranim počiniteljima.

⁸⁵ Tako i Ambos, IS, str. 167.

⁸⁶ To, međutim, mnogi autori odbijaju. Tako primjerice Werle/Jessberger, str. 51., navode da je riječ samo o jurisdikcijskom elementu, koje nije i obilježje djela.

⁸⁷ V. bilješku 142 odluke Predraspravnog vijeća I o zahtjevu tužitelja za izdavanje uhiđbenog naloga protiv Omara Hassana Ahmada Al Bashira, ICC-02/05-01/09 od. 4. ožujka 2009.

⁸⁸ Da je *dolus eventualis* obuhvaćen, smatraju Piragoff/Robinson, str. 860., rub. br. 22.; Jesscheck, H.-H., The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), str. 45. Čini se da tako i Mantovani, F., The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer, Journal of International Criminal Justice 1 (2003), str. 32.

⁸⁹ Više o povijesti nastanka čl. 30. u: Clark, The Mental Element, str. 300.-301. Zanimljivo je spomenuti da je bilješka na kraju radnog čl. H o oblicima krivnje implicirala jednakost izme-

u tumačenju članka 30. i neslaganju između pojedinih (predraspravnih) vijeća. Naime, različita vijeća MKS-a složila su se da čl. 30. obuhvaća u prvom redu izravnu namjeru prvog i drugog stupnja,⁹⁰ no različito su odgovorila na pitanje obuhvaća li on i neizravnu namjeru te u kojoj se mjeri koncepti *dolus eventualis* i *recklessnes* podudaraju. Predraspravno vijeće u predmetu *Lubanga* zauzelo je stav da svijest o nastupu posljedice prema redovnom tijeku događaja obuhvaća i situacije u kojima je počinitelj samo svjestan rizika da svojim djelovanjem može ostvariti objektivna obilježja kaznenog djela i pritom se s takvim ishodom miri (engl. *reconciles/makes peace*).⁹¹ Istovremeno je Vijeće upozorilo na dvije situacije u kojima se može izvesti zaključak o postojanju neizravne namjere. U prvoj rizik ostvarenja obilježja djela je znan, pa se pristanak okrivljenika na počinjenje djela, kao nužna voljna sastavnica,⁹² može izvesti iz svijesti okrivljenika o znatnoj vjerojatnosti ostvarenja objektivnih obilježja i njegovoj odluci da ipak poduzme radnju. U drugoj, pak, rizik počinjenja je nizak, pa počinitelj mora jasno i izričito prihvatiti ideju da svojim radnjama može ispuniti biće nekog kaznenog djela.⁹³

U tom se dijelu ova odluka MKS-a ne može prihvatiti. Neki autori smatraju da je MKS želio izbjeći potencijalni nesklad između primjenjivih oblika krivnje pred MKS-om i onih koji vrijede pred drugim međunarodnim tribunalima i nacionalnim sudovima te posljedično suzivanje kažnjivosti pred MKS-om,⁹⁴ no pritom nije odabrao pravi put. Stoga je ispravno drugo vijeće MKS-a dvije godine poslije, doduše ne ulazeći izravno u polemiku s prethodnom odlukom istog Suda, na temelju gramatičkog tumačenja i (kao pomoćnog izvora) pripremljenih radova zaključilo kako standard krivnje opisan u čl. 30. Rimskog

đu pojmova *recklessness* i *dolus eventualis*. Prve su verzije spominjale i naknadno odlučivanje o konceptu *dolus eventualis*, no tom se pitanju pripremljena komisija nije vratila, što također upućuje na odustajanje od inkriminiranja neizravne namjere.

⁹⁰ V. par. 351. i 352. Odluke Predraspravnog vijeća u predmetu *Lubanga*, te par. 358. i 359. Odluke Predraspravnog vijeća u predmetu *Bemba*. U predmetu *Lubanga* čini se da se Sud priklonio restriktivnom tumačenju izravne namjere prvog stupnja prema kojem nije dovoljno da je počinitelj htio prouzročiti nastup posljedice, već je potrebno i da je znao da će posljedica nastupiti.

⁹¹ V. par. 352. Odluke Predraspravnog vijeća u predmetu *Lubanga*. Vijeće se nije upuštalo u različita poimanja neizravne namjere u teoriji te je prihvatilo definiciju neizravne namjere navedenu u presudi Raspravnog vijeća u predmetu *Stakić* (IT-97-24-T) od 31. srpnja 2003, par. 587.

⁹² Potrebu za postojanjem voljne sastavnice kod svih oblika krivnje predviđenih u čl. 30. sud je iščitao na temelju uporabe pojmova *intent* i *knowledge*. Par. 351. Odluke Predraspravnog vijeća u predmetu *Lubanga*.

⁹³ Par. 353. Odluke. Nejasno je zašto Sud unosi dokaznu problematiku u materijalnopравни standard krivnje.

⁹⁴ U tom smislu Werle, str. 153.-154., rub. br. 409., koji ukazuje na prihvatljivost blažih oblika krivnje pred drugim međunarodnim kaznenim sudovima.

statuta ne predviđa kažnjivost počinitelja koji je postupao s neizravnom namjerom.⁹⁵

Vijeća su se razišla i pri usporedbi neizravne namjere kao koncepta svojstvena *civil law* sustavima i anglosaksonskog pojma *recklessness*. Različiti pogledi na odnos između tih dvaju oblika krivnje i ne čude s obzirom na njihove različite definicije i poimanja čak i unutar sustava iz kojih potječu. Tako *recklessness* nema isto značenje u svim pravnim sustavima engleskog govornog područja, tj. prvenstveno u engleskom i američkom pravu.⁹⁶ Prema MPC-u, počinitelj postupava *recklessly* kada opaža rizik, ali ga ignorira, tj. kada svjesno zanemaruje znatan i neopravdan rizik da objektivno obilježje djela postoji ili će biti ostvareno njegovim ponašanjem (§ 2.02.(2)(c)). Ista odredba dalje navodi da rizik mora biti takve prirode i stupnja da, uzimajući u obzir prirodu i svrhu počiniteljeva ponašanja kao i okolnosti koje su mu poznate, zanemari vanje takvog rizika predstavlja grubo odstupanje od standarda ponašanja koji bi osoba koja poštuje zakone (*law-abiding person*) poštovala u počiniteljevoj situaciji.⁹⁷ Iako u prosudbi ulogu očito igraju i objektivni elementi, naglasak je na subjektivnom stanju počinitelja i njegovoj svijesti o značajnosti rizika i okolnostima koje ga čine neopravdanim. S druge strane, u engleskom *common law recklessness* se dijeli na tzv. *subjective/advertent recklessness* i *Caldwell/inadvertent recklessness*. Prvi pojam podudara se u bitnom s definicijom sadržanom u MPC-u, jer *recklessness* vidi kao svjesno preuzimanje neopravdanog rizika, tj. zahtijeva da počinitelj predvidi mogućnost povrede pravnog dobra, ali svejedno preuzme rizik njezina nastupa.⁹⁸ *Caldwell* test objektivizira ovaj standard krivnje jer odgovornost uvodi i u nekim situacijama kada počinitelj nije prepoznao rizik, iako je rizik bio objektivno očit.⁹⁹ Stoga se ovaj oblik *recklessness* približava pojmu nehaja (i to nesvjesnog). Ipak, u posljed-

⁹⁵ V. par. 360.-369. Odluke Predraspravnog vijeća u predmetu Bemba. S tim se zaključkom, iako ne u potpunosti i s metodologijom suda, slaže i Ambos, K., *Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision*, *Leiden Journal of International Law* 22(2009), (dalje: Ambos, *Critical Issues*), str. 717.-719.

⁹⁶ Fletcher, G.P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998., str. 115., “*not all English speaking legal systems use the term ‘reckless’ to denote risk-consciousness; the English, for example, use ‘reckless’ to refer to egregious cases of negligence*”. Slično tome, Williams, G.L., *The Mental Element in Crime*, Goldberg’s Press, Jerusalem, 1965., str. 32., zaključuje da *recklessness* treba promatrati kao vrstu nehaja, a ne formu namjere. Brojne nijanse značenja koje pojmu *recklessness* daju engleski sudovi ističe Ashworth, str. 183.

⁹⁷ Upućivanje na “počiniteljevu situaciju” ostavlja prostor za eventualno uzimanje u obzir njegovih osobnih karakteristika i smanjenih sposobnosti, iako to nije eksplicitno rečeno. V. Bonnie et al., str. 200.

⁹⁸ Ashworth, str. 184.

⁹⁹ Id, str. 187. Test je dijelom uveden kako bi se obuhvatile situacije u kojima počinitelj nije bio svjestan rizika, ali zato što je bio indiferentan prema zaštiti pravnog dobra, postupao je impulzivno i bez razmišljanja, ili je pak bio smanjenih mogućnosti percipirati rizik.

nje vrijeme objektivni test ograničen je na tek pojedina statutarne djela te i u engleskom pravu prevladava subjektivan pristup *recklessness*, prema kojem je potrebno da počinitelj prepozna potencijalni rizik svog djelovanja i svejedno poduzme svoju radnju, zanemarujući taj rizik.¹⁰⁰

Ni *dolus eventualis* nije jednoznačan pojam, a različita poimanja tog oblika krivnje razvila su se posebice unutar njemačke dogmatike. Neki autori inzistiraju na isključivom promatranju neizravne namjere kroz njezinu intelektualnu sastavnicu, a u skladu s time razvile su se teorije mogućnosti, vjerojatnosti, ozbiljnog uzimanja u obzir rizika, itd. (njem. *Möglichkeitstheorie, Wahrscheinlichkeitstheorie, Ernstnahme des Risikos*,...) prema kojima se neizravna namjera osobito približava konceptu *recklessness*, budući da se ne ispituje voljna sastavnica, već se dovoljnim smatra da počinitelj prepozna konkretnu mogućnost povrede pravnog dobra i usprkos tome dalje postupa.¹⁰¹ No ipak, u pravu i praksi država kontinentalnog pravnog sustava prevladava shvaćanje da se *dolus eventualis* ne iscrpljuje u intelektualnoj sastavnici, već je osim svijesti o mogućnosti počinjenja djela karakterizira i voljni element. Pritom prevladava teorija pristanka na djelo, tj. njegovo počinjenje (njem. *Einwilligungs- ili Billigungstheorie*).¹⁰²

Na temelju analize tih pojmova i njihova sadržaja valja se u ovom pogledu složiti s Predraspravnim vijećem u predmetu *Lubanga* i zaključiti kako usprkos tome što ih neki autori izjednačuju,¹⁰³ *dolus eventualis* i *recklessness* predstavljaju dva različita oblika krivnje.¹⁰⁴ Stoga nije u pravu MKS u *Bembi* kada izjednačuje ta dva pojma.¹⁰⁵ Naime, *recklessness* zahtijeva samo da je počinitelj svjestan rizika da će svojim ponašanjem počiniti kazneno djelo, a ne i da na to pristaje ili da se miri s takvim učinkom, pa se upravo zbog nedostatka eksplicitne voljne komponente ne može izjednačiti s neizravnim

¹⁰⁰ Ibid., str. 191.; Allen, str. 87.

¹⁰¹ Ili drži nastup ostvarenja bića kaznenog djela vjerojatnim. Cramer/Sternberg-Lieben, str. 280., rub. br. 74.-77.

¹⁰² No često se spominje i teorija ravnodušnosti (njem. *Gleichgültigkeitstheorie*). V. supra, bilj. 60, te čl. 43. st. 3. hrvatskog KZ-a. Isto je shvaćanje usvojeno i u Italiji u kojoj se neizravna namjera definira kao svijest o mogućnosti počinjenja djela i pristanak na taj rizik. "Il dolo eventuale (o indiretto), invece, indica l'atteggiamento psicologico di chi si rappresenta la (concreta) possibilità della realizzazione del fatto di reato e ne accetta il rischio." Romano, M., Commentario Sistematico del Codice Penale, I Art. 1-84., Dott. A Giufre Editore, Milano, 1987., str. 371.

¹⁰³ V. Cassese, str. 168., Nersessian, L., The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals, 37 Tex. Int'l L.J. 231, str. 263. Mantovani, str. 32.

¹⁰⁴ Odluka PRV u predmetu *Lubanga*, par. 355. te str. 121, bilj. 438. V. i van den Vyver, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, 104 Am. J. Int'l L. 241, str. 245.

¹⁰⁵ Iako pritom govori o *subjective* ili *advertent recklessness*.

namjerom.¹⁰⁶ *Recklessness* se najbolje može opisati kao oblik krivnje pozicioniran između neizravne namjere i svjesnog nehaja.¹⁰⁷ Neki autori smatraju da je pojam bliži svjesnom nehaju,¹⁰⁸ ali – ima li se u vidu da počinitelj koji postupava *recklessly* ne postupava s povjerenjem u pozitivan ishod, već zapravo samo zanemaruje rizik ili je prema njemu indiferentan – *recklessness* se ipak čini bliži neizravnoj namjeri nego svjesnom nehaju.¹⁰⁹ U konačnici valja samo istaknuti kako, prihvati li se zaključak, koji je na kraju usvojio i MKS u predmetu *Bemba*, da ni *dolus eventualis* ni *recklessness* nisu obuhvaćeni čl. 30. Statuta, ovo pitanje gubi značenje.

Umjesto ekstenzivnog tumačenja oblika krivnje definiranih u čl. 30. Rimskog statuta, mogućnost usklađivanja s oblicima krivnje primjenjivim pred drugim sudovima koji sude počiniteljima međunarodnih zločina leži u oslanjanju na klauzulu “*otherwise provided*”. No u literaturi ne postoji jednoglasnost oko primjenjivih izvora prava koji dolaze u obzir. Nije sporno da sam Statut može posebno odrediti niži ili viši stupanj krivnje potreban za ostvarenje nekog obilježja ili oblik sudionitva u djelu. Mnogi izvorom drugačijeg standarda smatraju i OKD, a u obzir dolazi i međunarodno običajno pravo.¹¹⁰ Potencijalni problem s uzimanjem u obzir međunarodnog običajnog prava leži u opasnosti potpunog odustajanja od standardno primjenjivog oblika krivnje (engl. *default rule*) i pretvaranju onoga što su tvorci Statuta zamislili kao pravilo u iznimku.¹¹¹ S obzirom na supsidijaran položaj međunarodnog običajnog prava kao izvora prema Statutu,¹¹² rješenje ovog problema moguće je vidje-

¹⁰⁶ Ambos, *Critical Issues*, str. 718., upozorava da ni intelektualna sastavnica nije potpuno ista jer svijest o mogućnosti počinjenja djela nije isto što i svijest o riziku.

¹⁰⁷ Ambos, *ibid.*

¹⁰⁸ Fletcher, G., *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1978, (dalje: Fletcher, *Rethinking Criminal Law*), str. 443., Novoselec, OD, str. 558.

¹⁰⁹ A čini se i da bi većina slučajeva koji se u *common law* procjenjuju kao *recklessness* pred sudovima kontinentalnih država bila procijenjena kao postupanje s neizravnom namjerom. Nisu, međutim, isključene situacije u kojima bi naši sudovi postupanje počinitelja karakterizirano kao *recklessness* u *common law* procijenili kao nehaj. Takva je, primjerice, situacija u kojoj je počinitelj, svjestan rizika, poduzeo neke preventivne mjere te počinio radnju (iako to *law-abiding* osoba ne bi učinila, smatrajući rizik i dalje značajnim). Počinitelj u takvoj situaciji, moguće je, ne postupa s pristanikom na počinjenje djela, već lakomisleno smatra da posljedica neće nastupiti ili da će ju moći spriječiti, a to je kriterij svjesnog nehaja. Kao primjer takvog slučaja v. *Chief Constable of Avon and Somerset Constabulary v Shimmen (1986) 84 Cr App R 7*, opisan u: Allen, str. 82. U tom je slučaju počinitelj smatrao da je minimalizirao rizik, no sud je naveo kako je ipak bio svjestan rezidualnog rizika. Zanimljivo bi bilo vidjeti da li bi istu odluku donijeli i sudovi američkih država koje su usvojile relevantne odredbe MPC-a, budući da u ovom slučaju počinitelj nije smatrao rizik značajnim.

¹¹⁰ Werle, str. 157.-159, posebice rub. br. 421. Tu mogućnost, bez opredjeljivanja, razmatra i Ambos, IS, str. 165.

¹¹¹ Clark, *Drafting a General Part to a Penal Code*, str. 525., bilj. 18.

¹¹² V. čl. 21. Rimskog statuta o primjenjivom pravu.

ti u prihvaćanju međunarodnog običajnog prava kao izvora odstupanja samo onda kada sam Statut to dopušta, tj. u tumačenju značenja izraza kojima Statut pobliže opisuje počiniteljev subjektivan odnos prema djelu (a eventualno i kada međunarodno običajno pravo povisuje prag krivnje i na taj način suzuje kažnjivost).¹¹³ Pritom treba podsjetiti kako u međunarodnom običajnom pravu nije još uvijek razrađeno općenito pravilo o oblicima krivnje, pa pitanje postoji li uopće u međunarodnom pravu odstupanje od članka 30. treba ocjenjivati u kontekstu pojedinih kaznenih djela i njihovih obilježja.

LITERATURA

1. Allen, M., Textbook on Criminal Law, Oxford Univ. Press, 2007.
2. Ambos, K., Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision, Leiden Journal of International Law 22(2009), str. 715-726.
3. Ambos, K., Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.
4. Ambos, Internationales Strafrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
5. Ashworth, A., Principles of Criminal Law, (third ed.) Oxford Univ. Press, 1999.
6. Bačić, F., Kazneno pravo. Opći dio, Informator, 1998.
7. Badar, M. E., Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICLR 6 (2006), str. 313.-348.
8. Badar, M. E., The Mental Element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary from a Comparative Criminal Law Perspective, Criminal Law Forum (2008) 19, str. 473.-518.
9. Badar, M. E., Mens Rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals, International Criminal Law Review, Vol. 5., br. 2., 2005, str. 203.-246.
10. Bonnie, R. J.; Coughlin, A. M.; Jeffries, J. C.; Low, P. W., Criminal Law, Foundation Press, 2004.
11. Cassese, International Criminal Law, Oxford Univ. Press, 2003.
12. Clark, Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings, Criminal Law Forum (2008) 19, str. 519.-552.
13. Clark, The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Element of the Offences, Criminal Law Forum 12 (2001), str. 291.-334.
14. Cramer/Sternberg-Lieben § 15, u: Schönke, A.; Schröder, H. (ur.), Strafgesetzbuch. Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 2006.
15. Elliott, C., The French Law of Intent and Its Influence on the Development of International Criminal Law, Criminal Law Forum 11 (2000), str. 35.-46.

¹¹³ Iako Roßkopf, str. 104.-107., izričito prihvaća načelno važenje međunarodnog običajnog prava kao izvora za odstupanje općenito, čini se ipak kako i on naglasak stavlja na njegovu pomoćnu ulogu u tumačenju onih izraza u Statutu koji upućuju na neki drugi oblik krivnje kao što je "willful killing".

16. Eser, A., *Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law*, u: Cassese et. al., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Volume 1*, Oxford University Press, 2002., str. 889-984.
17. Fletcher, G. P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998.
18. Fletcher, G., *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1978.
19. Jescheck, H.-H., *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, *Journal of International Criminal Justice* 2(2004), str. 38.-55.
20. Jescheck, H.-H.; Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
21. Johnson, P. E.; Cloud, M., *Criminal Law. Cases, Materials and Text (7th edition)*, West Group, 2002.
22. Josipović, I.; Krapac, D.; Novoselec, P., *Stalni međunarodni kazneni sud*, *Narodne novine*, Zagreb, 2003.
23. LaFave, W.R., *Principles of Criminal Law, Concise Hornbook Series*, Thomson West, 2003.
24. Mantovani, F., *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), str. 26.-38.
25. Nersessian, L., *The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals*, 37 *Tex. Int'l L.J.* 231.
26. Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2009.
27. Piragoff, D. K.; Robinson, D., *Article 30. Mental Element*, u: Triffterer, O. (ur.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court – Observer's Notes, Article by Article*, C.H.Beck – Hart – Nomos, München, 2008.
28. Romano, M., *Commentario Sistematico del Codice Penale, I Art. 1-84.*, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1987.
29. Roßkopf, U., *Die Innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 30. IStGh-Statut*, BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.
30. Safferling, C., *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
31. Stuckenberg, C.-F., *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrech. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*, De Gruyter Recht, Berlin, 2007.
32. Van den Vyver, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bembe Gombo*, 104 *Am. J. Int'l L.* 241.
33. Van Sliedregt, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2003.
34. Werle, G., *Principles of International Criminal Law*, Asser Press, The Hague, 2009.
35. Werle, G.; Jessberger, F., *Unless Otherwise Provided: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes Under International Criminal Law*, *JICJ* 3 (2005), str. 35.-55.
36. Wessels, J.; Beulke, W., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und Ihr Aufbau*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009.

Summary

TYPES OF CULPABILITY AND THE PERMANENT INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

This paper deals with the notion of *mens rea* and types of culpability in international criminal law with special emphasis on the Permanent International Criminal Court. Unlike the international *ad hoc* tribunals, which have not approached the question of the necessary mental element in a systematic manner, but only in the context of particular crimes and their objective elements, the Rome Statute of the ICC for the first time in international criminal law codifies the standard mental element generally applicable to all the core international crimes. The interpretation of Article 30 of the Rome Statute, however, remains unsettled. This paper analyses the scope and the meaning of this provision from the comparative perspective, in the light of the first decisions of the Pretrial Chambers of the ICC. On the basis of this analysis, it can be concluded that the Rome Statute incriminates only purposeful or knowledgeable conduct, while acting with *dolus eventualis* or recklessness, unless otherwise specifically provided for, does not constitute the necessary mental element of core international crimes.

