

Dr. sc. Davor Derenčinović*

IMPLEMENTACIJA MATERIJALNOPRAVNIH ODREDABA STATUTA MEĐUNARODNOG KAZNENOG SUDA (RIMSKI STATUT) U HRVATSKOM KAZNENOM ZAKONODAVSTVU

Nakon stupanja na snagu Statuta Međunarodnog kaznenog suda (Rimski statut), sve su države stranke tog međunarodnog ugovora, pa tako i Republika Hrvatska, u obvezi osigurati normativne pretpostavke za suradnju s Međunarodnim kaznenim sudom. U članku autor razmatra što je na planu usklađivanja hrvatskog materijalnog kaznenog prava s materijalnim odredbama Statuta Međunarodnog kaznenog suda dosad učinjeno, posebno analizirajući odredbe Konačnog prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona u dijelu koji se odnosi na kaznena djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom. Posebna je pozornost posvećena najvažnijim izmjenama – uvođenju novog kaznenog djela zločina protiv čovječnosti (čl. 157a) i uređenju zapovjedne odgovornosti (čl. 167a) sukladno čl. 28. Statuta Međunarodnog kaznenog suda.

1. UVOD

Stupanjem na snagu Statuta Međunarodnog kaznenog suda¹ (u daljnjem tekstu: Statut MKS) za Republiku Hrvatsku, kao i za ostale države koje su ga ratificirale, predstoji obveza donošenja implementacijskog zakonodavstva kako bi se udovoljilo temeljnoj obvezi koja za države stranke proizlazi iz tog međunarodnog ugovora, a to je suradnja s MKS. Pri donošenju implementacijskih propisa treba imati u vidu da rimsko implementacijsko pravo ne obuhvaća samo norme materijalnog i procesnog kaznenog prava, već i ostalih grana prava (npr. ustavnog i međunarodnog javnog prava). To znači da će postupak implementacije obuhvatiti ne samo izmjene kaznenog zakonodavstva već i ostalih relevantnih dijelova unutarnjeg pravnog sustava zakonske,

* Dr. sc. Davor Derenčinović, docent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

¹ Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnoga kaznenog suda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, 5/2001.

podzakonske, pa i nadzakonske snage (npr. odredbe o imunitetu koje su dio ustavnopravne materije). Koliko je implementacija Statuta MKS opsežan postupak koji zadire u sve "pore" unutarnjeg pravnog sustava države stranke, najbolje pokazuje njemački primjer temeljite reforme pravnog sustava. U Njemačkoj je izmijenjen ustav tako da je neovisno o ustavnopravnoj zabrani izručenja njemačkih državljana moguća njihova predaja državi koja je stranka Europske unije ili nekom međunarodnom sudu. Osim toga donesen je i Međunarodni kazneni zakonik u kojem su djela opisana u čl. 5-8. Statuta MKS proglašena djelima unutarnjeg prava, a i Zakon o suradnji s Međunarodnim kaznenim sudom koji prvenstveno sadrži postupovne odredbe o predaji osoba i pravnoj pomoći².

Statut MKS (za razliku od statuta *ad hoc* međunarodnih sudova za bivšu SFRJ i za Ruandu) međunarodni je ugovor koji je nastao ugovornom voljom država stranaka. To znači da se na njega primjenjuje članak 134. Ustava Republike Hrvatske koji propisuje da "međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona." Odredbe tih ugovora mogu se mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava. Na temelju te ustavne odredbe ne postoje pravne zapreke za izravnu primjenu Statuta MKS, dakle i bez donošenja posebnih implementacijskih propisa. Tome u prilog govori i činjenica da ratifikacijom Statuta MKS Hrvatska nije preuzela obvezu mijenjati svoje kazneno zakonodavstvo, pa tako ni u segmentu materijalnog kaznenog prava³, već samo obvezu surađivati sa Sudom u onim situacijama u kojima on provodi postupak za kaznena djela iz svoje nadležnosti.⁴

Međutim, sukladno načelu komplementarnosti prema kojem načelni prioritet ima domaće kazneno pravosuđe (koje i nakon ratifikacije Statuta MKS postupa po nacionalnom pravu), MKS može preuzeti postupak od nacionalnih sudova ako se uvjeri da u njih nema volje za kazneni progon (čl. 17)⁵ odnosno da

² ESER, A., Na putu k međunarodnom kaznenom sudu: nastanak i temeljne crte Rimskog statuta, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1/2003, str. 161.

³ Uz izuzetak kaznenih djela protiv pravosuđa propisanih čl. 70. Statuta MKS (više o tome v. pod 4).

⁴ JOSIPOVIĆ, I., Implementacija Rimskog statuta kao spona međunarodnog i nacionalnih kaznenih prava, Josipović-Krapac-Novoselec, Stalni međunarodni kazneni sud, Zagreb, str. 156.

⁵ Article 17

ISSUES OF ADMISSIBILITY

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

(a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;

ponovno sudi ako nije zadovoljan odlukom nacionalnog suda (čl. 20).⁶ Stoga je važno anticipirati sve praznine kako u materijalnom tako i u procesnom pravu i sadržaj unutarnjeg prava uskladiti sa Statutom MKS kako bi se osigurala sudbenost domaćih sudova i zadržao njihov prioritet u odnosu prema MKS, i to osobito u onim situacijama u kojima države imaju konkretan interes za kažnjavanjem (djelo je počinjeno na teritoriju te države, žrtve su njezini državljani i sl.). Kako se “nedostatak volje ili sposobnosti za kazneni progon” može tumačiti vrlo široko i još je neizvjesno koje će kriterije MKS u tom smislu usvojiti, vrlo je važno u unutarnjem pravu, materijalnom i procesnom, na

(b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;

(c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;

(d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.

2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:

(a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;

(b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;

(c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

3. In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.

⁶ Article 20

NE BIS IN IDEM

1. Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court.

2. No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court.

3. No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7 or 8 shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court:

(a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or

(b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

normativnoj razini osigurati sve potrebne mehanizme kako bi se u praksi načelni prioritet domaćeg kaznenog pravosuđa uistinu i realizirao. Da bi mogla osigurati prioritet nacionalnog kaznenog pravosuđa koji proizlazi iz komplementarnosti, svaka država stranka mora svoje materijalno kazneno pravo tako urediti da međunarodne zločine predviđene u Rimskom statutu može kazneno progoniti i prema vlastitom pravu.⁷

Predmet ovoga rada je implementacija materijalno-pravnih odredaba Statuta MKS u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu. Stoga se valja upitati što se, za potrebe donošenja implementacijskih propisa, ima smatrati materijalno-pravnim odredbama Statuta MKS. To su, u prvom redu, opća načela kaznenog prava iz trećeg dijela Statuta MKS (čl. 22-33) koja obuhvaćaju odredbe o načelu zakonitosti, zabrani povratnog djelovanja zakona, osobnoj kaznenoj odgovornosti, isključenju nadležnosti suda za osobe mlađe od osamnaest godina, nevažnosti svojstva službene osobe, odgovornosti zapovjednika i ostalih nadređenih osoba, nezastarijevanju kaznenog progona, krivnji, osnovama isključenja kaznene odgovornosti, stvarnoj i pravnoj zabludi i zakonitim zapovijedima nadređenih. Materija posebnog dijela regulirana je u odredbama o nadležnosti suda *rationae materiae* u kojima su određeni zakonski opisi kaznenih djela za koja je nadležan MKS – genocid (čl. 6), zločini protiv čovječnosti (čl. 7) i ratni zločini (čl. 8).⁸ Zakonom o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona⁹ (u daljnjem tekstu: ZIDKZ) provedeno je usklađivanje kaznenih djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom s relevantnim odredbama Statuta MKS. Svakako najznačajnija novost u tom smislu je uvođenje novog kaznenog djela zločina protiv čovječnosti (čl. 157a) i inkriminiranje zapovjedne odgovornosti (čl. 167a) po uzoru na čl. 7. i 28. Statuta MKS. Te dvije odredbe integrirane u glavu XIII. KZ potpuna su novost u hrvatskom materijalnom kaznenom pravu i zaslužuju posebnu pozornost.

2. ZLOČIN PROTIV ČOVJEČNOSTI IZ ČL. 157a KZ KAO NOVA INKRIMINACIJA U HRVATSKOM KAZNENOM ZAKONODAVSTVU

Kazneno djelo zločina protiv čovječnosti predviđeno člankom 7. Statuta MKS¹⁰ smatra se uvriježenim dijelom međunarodnog običajnog prava. Među-

⁷ *Supra*, bilj. 2, str. 161.

⁸ Sukladno čl. 5. st. 2. Statuta MKS, "Sud je nadležan za zločin agresije nakon što propisi doneseni prema člancima 121. i 123. ustanove njegova obilježja te odrede za nj pretpostavke stvarne nadležnosti. Takvi propisi moraju biti sukladni relevantnim odredbama Povelje Ujedinjenih naroda." *Supra*, bilj. 1, str. 3.

⁹ Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Narodne novine, 111/2003.

¹⁰ Članak 7.

ZLOČINI PROTIV ČOVJEČNOSTI

(1) Za svrhe ovoga Statuta, izraz "zločin protiv čovječnosti" znači bilo koje od niže opisanih djela, počinjenih u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv nekog civilnog stanovništva, uz znanje o tome napadu, kao što je:

tim, kao kad je riječ i o ostalim odredbama Statuta MKS, i inkriminacija zločina protiv čovječnosti znatno je izmijenjena i osuvremenjena u odnosu na ostale

- (a) ubojstvo;
 - (b) istrebljenje;
 - (c) porobljivanje;
 - (d) protjerivanje ili prisilni premještaj stanovništva;
 - (e) zatočenje ili drugo ozbiljno oduzimanje osobne slobode suprotno temeljnim pravilima međunarodnog prava;
 - (f) mučenje;
 - (g) silovanje, seksualno ropstvo, prisilna prostitucija, prisilna trudnoća, prisilna sterilizacija ili bilo koji drugi oblik seksualnog nasilja usporedive težine;
 - (h) proganjanje bilo koje određive skupine ili zajednice na političkoj, rasnoj, nacionalnoj, etničkoj, kulturnoj, vjerskoj, spolnoj - kako je određeno u stavku 3. ovoga članka - ili drugoj osnovi koja se općenito prema međunarodnom pravu smatra nedopustivom, počinjeno u svezi s bilo kojom radnjom opisanom u ovome stavku ili s bilo kojim kaznenim djelom u nadležnosti Suda;
 - (i) prisilno nestajanje osoba;
 - (j) zločin apartheida;
 - (k) ostala nečovječna djela slične naravi kojima se namjerno uzrokuje teška patnja, teška ozljeda odnosno povreda duševnog ili tjelesnog zdravlja.
- (2) Za svrhe stavka 1. ovoga članka:
- (a) izraz “napad usmjeren protiv civilnog stanovništva” znači ponašanje koje uključuje višestruko činjene djela navedenih u stavku 1. ovoga članka protiv nekog civilnog stanovništva, na temelju ili u cilju državne politike ili politike neke organizacije da se takav napad počini;
 - (b) izraz “istrebljenje” uključuje namjerno nametanje životnih uvjeta kojima se, među ostalim, uskraćuje pristup hrani i lijekovima, sračunato da dovede do uništenja dijela nekog stanovništva;
 - (c) izraz “porobljivanje” znači vršenje pojedine ili svih ovlasti koje proizlaze iz prava vlasništva nad nekom osobom i uključuje vršenje takve ovlasti u trgovini osobama, poglavito ženama i djecom;
 - (d) izraz “protjerivanje ili prisilni premještaj stanovništva” znači prisilno premještanje odnosnih osoba putem izгона ili drugih prisilnih mjera sa područja na kojemu zakonito borave a bez osnova predviđenih međunarodnim pravom;
 - (e) izraz “mučenje” znači namjerno nanošenje teške boli ili patnje, bilo fizičke ili duševne, osobi kojoj je oduzeta sloboda ili koja je pod nadzorom optuženika osim onoga koje predstavlja bol ili patnju nastalu, sadržanu ili posljedičnu samo izvršavanju kakve zakonite kazne;
 - (f) izraz “prisilna trudnoća” znači nezakonito zatočenje žene koja je nasilno zatrudnjela, u namjeri utjecanja na etnički sastav nekog stanovništva ili činjenja drugih teških povreda međunarodnog prava. Ova definicija ne može se tumačiti na bilo koji način kojim bi se utjecalo na nacionalne zakone koji se odnose na trudnoću;
 - (g) izraz “proganjanje” znači namjerno ili teško oduzimanje temeljnih prava, protivno međunarodnom pravu, motivirano identitetom skupine ili zajednice;
 - (h) izraz “zločin apartheida” znači nečovječna djela naravi slične djelima opisanim u stavku 1. ovoga članka, počinjena u okviru institucionaliziranog režima sustavnog potlačivanja i dominacije jedne rasne skupine nad drugom rasnom skupinom ili skupinama i u namjeri održavanja takvog režima;
 - (i) izraz “prisilno nestajanje osoba” znači uhićivanje, pritvaranje ili otimanje osoba od strane ili s dopuštanjem, potporom ili pristankom države ili političke organizacije popraćeno odbijanjem priznanja takvog oduzimanja slobode ili uskraćenjem obavijesti o sudbini ili smještaju tih osoba, s namjerom da im se uskrati pravna zaštita tijekom duljeg razdoblja.
- (3) Za svrhe ovoga Statuta podrazumijeva se da izraz “spol” označava oba spola, muški i ženski, u kontekstu njihovih društvenih uloga i razlika. Izraz “spol” nema drugog značenja osim navedenog. *Supra*, bilj. 1, str. 4.

izvore međunarodnog kaznenog prava, u prvom redu Statut Međunarodnog kaznenog suda za bivšu SFRJ (u daljnjem tekstu: Statut MKSJ) i Statut Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu (u daljnjem tekstu: Statut MKSR). Jedan od razloga tome svakako je i bogata jurisprudencija *ad hoc* tribunala koja je dobrim dijelom definirala kriterije i standarde prema kojima su se određena ponašanja učestala u praksi nametnula kao modalitet zločina protiv čovječnosti (npr. seksualno ropstvo ili prisilna prostitucija). U postupku implementacije materijalno-pravnih odredaba Statuta MKS, hrvatski je zakonodavac u posljednjem noveliranju KZ uzakonio novo kazneno djelo zločina protiv čovječnosti u čl. 157a.¹¹ Neke radnje koje predstavljaju zločin protiv čovječnosti sadržane su, u postojećoj odredbi o ratnom zločinu protiv civilnog pučanstva (čl. 158. KZ), ali samo ako su počinjene za vrijeme oružanog sukoba, dok se zločin protiv čovječnosti može počiniti kako za vrijeme oružanog sukoba tako i u vrijeme mira. Zločin protiv čovječnosti razlikuje se i od nekih “klasičnih” kaznenih djela sa sličnim opisom (npr. ubojstva, teške tjelesne ozljede, silovanja, protupravnog oduzimanja slobode itd.) po tome što se može počiniti samo “u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva, uz znanje o tome napadu” što mu, u odnosu prema navedenim kaznenim djelima, daje posebnu težinu.

Za razliku od čl. 5. Statuta MKSJ prema kojem zločin protiv čovječnosti mora biti počinjen u oružanom sukobu (što, međutim, nije obilježje biča djela, već jurisdikcijska odredba), čl. 7. Statuta MKS ne predviđa taj element inkrimi-

¹¹ ZLOČIN PROTIV ČOVJEČNOSTI

Članak 157.a

Tko kršeći pravila međunarodnog prava u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva, uz znanje o tom napadu, naredi da se druga osoba usmrti, da se radi potpunog ili djelomičnog istrebljenja nekom civilnom pučanstvu nametnu životni uvjeti koji mogu dovesti do njegova uništenja, da se trguje nekom osobom, poglavito ženom ili djetetom ili da se neka osoba porobljuje na drugi način tako da se nad njom vrše pojedine ili sve ovlasti koje proizlaze iz prava vlasništva, da se druge osobe prisilno premještaju putem izгона ili drugih prisilnih mjera sa područja na kome zakonito borave, da se osoba kojoj je oduzeta sloboda ili je pod nadzorom muči tako da joj se namjerno nanose teške tjelesne ili duševne boli ili patnje, da se neka osoba siluje ili da se nad njom izvrši neko drugo spolno nasilje ili da se žena koja je nasilno zatrudnjela namjerno drži u zatočenju kako bi se utjecalo na etnički sastav nekog pučanstva, da se druga osoba progoni tako da joj se namjerno i u velikoj mjeri oduzmu temeljna prava zato što pripada određenoj skupini ili zajednici, da se u ime ili uz dopuštenje, potporu ili pristanak države ili političke organizacije uhite, drže u zatočeništvu ili otmu druge osobe a da se nakon toga ne prizna da je tim osobama oduzeta sloboda ili da se uskrati obavijest o sudbini tih osoba ili mjestu na kome se nalaze ili da se u okviru institucionaliziranog režima sustavnog potlačivanja i dominacije jedne rasne skupine nad drugom rasnom skupinom ili skupinama i u namjeri održavanja takvog režima počini neko nečovječno djelo opisano u ovom članku ili djelo slično nekom od tih djela (zločin apartheida), ili tko počini neko od navedenih djela, kaznit će se kaznom zatvora najmanje pet godina ili kaznom doživotnog zatvora. *Supra*, bilj. 9, str. 9.

nacije, tako da je zločin protiv čovječnosti moguće počiniti i izvan oružanog sukoba. Objektivni element inkriminacije zločina protiv čovječnosti iz čl. 157a KZ jest "napad usmjeren protiv civilnog pučanstva". To je ponašanje koje uključuje višestruko činjenje djela navedenih u stavku 1. protiv nekog civilnog pučanstva, na temelju ili u cilju državne politike ili politike neke organizacije da se takav napad počini. Da bi se radilo o zločinu protiv čovječnosti, djela opisana u st. 1. (ubojstvo, istrebljenje, silovanje itd.) moraju biti počinjena u kontekstu "napada" koji se može sastojati i u nečinjenju. Dokazivanje zločina protiv čovječnosti mora obuhvatiti i uzročnu vezu (kauzalitet) između napada i konkretnih kaznenih djela koja mogu biti istovrsna (npr. ubojstvo više osoba) ili raznovrsna (ubojstvo, silovanje, apartheid itd. u okviru jednog napada). Objekt napada je civilno pučanstvo. Pod tim pojmom smatraju se i pripadnici oružanih snaga koji ne sudjeluju u sukobu zbog bolesti, ranjavanja i sl. (*hors de combat*). U situacijama u kojima nema oružanog sukoba civilima će se smatrati sve osobe osim onih koje su dužne brinuti se za čuvanje reda i mira i koje imaju zakonite ovlasti uporabe sile. Razlika između zločina protiv čovječnosti i ratnog zločina jest, između ostalog, i u tome što zločin protiv čovječnosti nije počinjen u kontekstu izoliranog napada na civilno pučanstvo (izolirani akt nasilja), već u sklopu rasprostranjenog (širokog) ili sustavnog napada. Politički element zločina protiv čovječnosti je u tome da široki ili sustavni napad mora predstavljati dio politike terora koja je organizirana i sustavna. Time se iz pojma zločina protiv čovječnosti nastojalo isključiti situacije u kojima pojedinci počine teška kaznena djela na vlastitu inicijativu i sukladno vlastitom kriminalnom planu bez upućivanja ili potpore službene politike odnosno neke skupine ili organizacije.¹² U nastavku slijedi pregled svih ponašanja i postupaka koji čine zločin protiv čovječnosti sukladno čl. 7. Statuta MKS zajedno s obilježjima kaznenih djela koja, temeljem čl. 9. Statuta MKS, "pomažu Sudu pri tumačenju i primjeni članaka 6., 7 i 8. Statuta."¹³

¹² KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford, 2001, str. 97.

¹³ Article 9

ELEMENTS OF CRIMES

1. Elements of Crimes shall assist the Court in the interpretation and application of articles 6, 7 and 8. They shall be adopted by a two-thirds majority of the members of the Assembly of State Parties.

2. Amendments to the Elements of Crimes may be proposed by:

- (a) Any State Party;
- (b) The judges acting by an absolute majority;
- (c) The Prosecutor.

Such amendments shall be adopted by a two-thirds majority of the members of the Assembly of States Parties.

3. The Elements of Crimes and amendments thereto shall be consistent with this Statute.

2.1. Ubojstvo

1. Počinitelj ubije jednu ili više osoba.
2. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
3. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Ubojstvo znači namjerno usmrćenje druge osobe (osoba) ili namjerno nanošenje teške tjelesne ozljede koja je imala za posljedicu smrt ozlijeđene osobe (teška tjelesna ozljeda kvalificirana smrću).

2.2. Istrebljenje

1. Počinitelj ubije jednu ili više osoba, što uključuje i podvrgavanje životnim uvjetima koji imaju cilj uništenje dijela pučanstva.
2. Ponašanje je bilo ili se dogodilo kao dio masovnog ubijanja pripadnika civilnog pučanstva.
3. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
4. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Članak 7. st. 2. (b) izraz "istrebljenje" definira kao "namjerno nametanje životnih uvjeta kojima se, među ostalim, uskraćuje pristup hrani i lijekovima, s ciljem da se dovede do uništenja dijela nekog pučanstva".¹⁴ Počinitelj će biti kriv za istrebljenje ako ubija ili stvara uvjete života koji dovode do usmrćenja, makar i jedne osobe, ako je svjestan da njegove radnje ili propusti čine dio događaja masovnog ubijanja. Dakle da bi jedno ubojstvo moglo biti smatrano istrebljenjem, potrebno je da je dijelom događaja masovnog ubijanja. Ovdje mora postojati kontinuitet vremena i mjesta radnje.¹⁵ Postavlja se pitanje kako odrediti masovno ubijanje pripadnika civilnog pučanstva. To je činjenično pitanje koje se rješava od slučaja do slučaja (*on case by case basis*). U predmetu Akayesu sud je smatrao da se davanje naredbe za ubojstvo 16 civila može smatrati "masovnim ubijanjem".¹⁶ Podvrgavanje životnim uvjetima koji imaju cilj uništenje dijela pučanstva bilo bi, primjerice, protupravno zatvaranje civila i uskrata hrane, lijekova te medicinske i ostale skrbi tim osobama. Kažnjivo je

¹⁴ "Extermination" includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population

¹⁵ Kayishema i Ruzindana, para. 147.

¹⁶ Akayesu, paras. 735-43.

i samo planiranje provedbe istrebljenja ili stvaranja takvih uvjeta života ako se dokaže uzročna veza između tog planiranja ili počinjenog istrebljenja. Uпитno je, međutim, može li se i prema odredbama našeg kaznenog zakonodavstva kazniti onaj tko “planira” istrebljenje. U čl. 157a propisana je odgovornost isključivo onoga tko “naredi” odnosno onoga tko “počini” koje od djela navedenih u tom članku. S obzirom na opću nekažnjivost pripremanja, odgovornost za pripremanje zločina protiv čovječnosti istrebljenjem pokrivena je novim člankom 187a KZ - pripremanje za počinjenje kaznenih djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom. Razlika između zločina protiv čovječnosti istrebljenjem i genocida, koji se također može sastojati u “namjernom podvrgavanju određene skupine životnim uvjetima kojima je cilj njezino potpuno ili djelomično fizičko uništenje”, jest u namjeri. Kod genocida se uvijek mora raditi o *dolus specialis* – postupanju s ciljem da se neka skupina u potpunosti ili djelomice fizički uništi, dok je kod zločina protiv čovječnosti dovoljno da *tempore criminis* počinitelj zna (bude svjestan) da je kazneno djelo koje čini dijelom širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

2.3. Porobljivanje

1. Počinitelj je ostvario jednu ili sve ovlasti koje proizlaze iz vlasništva nad jednom ili više osoba, kao što je kupovanje, prodavanje ili trgovanje takvom osobom ili osobama ili slično uskraćivanje njihove slobode.
2. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
3. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Sukladno čl. 7. st. 2. (c) izraz “porobljivanje” znači “vršenje pojedine ili svih ovlasti koje proizlaze iz prava vlasništva nad nekom osobom i uključuje vršenje takve ovlasti u trgovini osobama, poglavito ženama i djecom.”¹⁷ Kod prisilnog rada (*forced labor*) nije potrebno dokazati imovinsku korist kao niti postupanje s ciljem pribavljanja imovinske koristi počinitelja, već samo da je počinitelj svojim djelovanjem iskorištavao jednu ili više osoba vršeći jednu ili više ovlasti koje proizlaze iz prava vlasništva. Osim prisilnog rada, pod porobljivanjem se smatra “trgovanje ljudima”, osobito ženama i djecom. Poseban oblik porobljivanja je “seksualno ropstvo” (v. razmatranja pod 2.8). Bit porobljivanja je u oduzimanju slobode drugoj osobi, a ne u tretmanu koji i može biti zadovoljavajući. Čl. 7. Statuta MKS govori o “sličnom uskraćivanju slobode osobe” što

¹⁷ “Enslavement” means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children.

se može smatrati istovjetnim s “odnosom sličnom ropstvu” o kojem govore neki drugi članci Statuta MKS i KZ (npr. čl. 175. KZ). Riječ je o blanketnoj normi koja upućuje na Dopunsku konvenciju o ukidanju ropstva, trgovine robljem i institucija i praksi sličnih ropstvu iz 1956. godine koja “osobom u ropskom statusu (stanju)” smatra svaku osobu koja je u nekom od odnosa definiranih čl. 1. te konvencije. U čl. 1. “odnosom sličnim ropstvu” navedeno je, primjerice, dužničko ropstvo, tzv. prodaja nevjeste, predaja osobe mlađe od osamnaest godina drugoj osobi od njezinih roditelja ili skrbnika itd. Razlika između zločina protiv čovječnosti porobljivanjem koji se sastoji u trgovini ljudima i kaznenog djela iz čl. 175. KZ (trgovanje ljudima i ropstvo) jest u namjeri i dodatnom elementu zločina protiv čovječnosti – da je riječ o ponašanju poduzetom u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva i da je počinitelj znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

2.4. Protjerivanje ili prisilni premještaj pučanstva

1. Počinitelj je protjerao ili je prisilno premjestio, bez postojanja osnove predviđene međunarodnim pravom, jednu ili više osoba u drugu državu ili na drugu lokaciju, izgonom ili drugim prisilnim mjerama.
2. Takva osoba ili osobe zakonito su boravile na području s kojeg su na taj način protjerane ili premještene.
3. Počinitelj je bio svjestan stvarnih okolnosti na osnovi kojih je ostvarena zakonitost te prisutnosti.
4. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
5. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Izraz “protjerivanje ili prisilni premještaj pučanstva” znači “prisilno premještanje odnosnih osoba putem izгона ili drugih prisilnih mjera s područja na kojemu zakonito borave, a bez osnova predviđenih međunarodnim pravom.”¹⁸ U čl. 157a taj oblik zločina protiv čovječnosti određen je kao “prisilno premještanje osoba putem izгона ili drugih prisilnih mjera s područja na kojem one zakonito borave”. Protjerivanje (deportacija) znači prisilan transfer osoba na područje druge države, dok se pod prisilnim smještajem ima smatrati prisilni transfer osoba unutar državnog područja. Izraz “prisilno” nije ograničen na fizičku silu, ali može uključivati prijetnju silom ili prisilom, poput one prouzro-

¹⁸ “Deportation or forcible transfer of population” means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law.

čene strahom od nasilja, prisile, zatočenja, prihičkog ugnjetavanja ili zloupotrebe moći protiv te osobe ili osoba, ili neke druge osobe, korištenjem okruženja koje ima obilježje prisile. Mora se raditi o protjerivanju ili prisilnom premještanju "bez postojanja osnove predviđene međunarodnim pravom". Premda se zakonitost boravka na području neke države određuje prema nacionalnom pravu, ta odredba osigurava da se upravo nacionalnim pravom ne stvore pretpostavke za protjerivanje ili prisilni premještaj osoba koji ne bi imao uporište u međunarodnom pravu. Počinitelj mora biti svjestan da je riječ o osobama koje zakonito borave na određenom području, jer se u suprotnom radi o zabludi o biću kaznenog djela. Objektom radnje tog modaliteta zločina protiv čovječnosti mogu biti samo osobe koje zakonito borave na određenom području, što znači da se on ne odnosi na protjerivanje ilegalnih imigranata, osuđenih osoba prema kojima je primijenjena odgovarajuća sigurnosna mjera, kao ni na premještaj odnosno evakuaciju dijela pučanstva zbog razloga opće sigurnosti

2.5. Zatočenje ili drugo ozbiljno oduzimanje osobne slobode suprotno temeljnim pravilima međunarodnog prava

1. Počinitelj je zatočio jednu ili više osoba ili je na drugi način jednoj ili većem broju osoba oduzeo osobnu slobodu.
2. Težina počinjenog djela je takva da krši temeljna pravila međunarodnog prava.
3. Počinitelj je bio svjestan stvarnih okolnosti koje su dovele do težine tog čina.
4. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
5. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Zatočenje je protupravno oduzimanje slobode koje je suprotno temeljnim pravilima međunarodnog prava. To znači da zakonito oduzimanje slobode utemeljeno na pravilima međunarodnog prava, pa i kad je počinjeno pod okolnostima koje moraju biti ispunjene kod zločina protiv čovječnosti, neće predstavljati zatočenje u smislu zločina protiv čovječnosti. Kako bi se izbjeglo restriktivno tumačenje pojma "zatočenje", pri izradi nacrtu Statuta MKS pridodano je i "drugom ozbiljno oduzimanje slobode".¹⁹ Počinitelj mora biti svjestan stvarnih okolnosti koje su dovele do težine tog čina, što znači da se ne može pozivati na zabludu o protupravnosti (*mistake of law*), već samo na zabludu o biću kaznenog djela. Zločin protiv čovječnosti zatočenjem ili drugim ozbiljnim oduzimanjem osobne slobode nije predviđen kao oblik radnje počinjenja u čl. 157a KZ, što

¹⁹ *Supra*, bilj. 12, str. 110.

se može ocijeniti kao propust zakonodavca. Inkriminirana su samo tzv. kvalificirana zatočenja, tj. takva protupravna oduzimanja slobode s nekim dodatnim elementima kao što su mučenje zatočene osobe (odnosno osobe pod nadzorom), namjerno držanje u zatočenju trudne žene kako bi se utjecalo na etnički sastav nekog pučanstva i zatočenje u okviru progona pučanstva (*persecution*), odnosno oni oblici zatočenja koji su nužna sastavnica nekih drugih modaliteta zločina protiv čovječnosti (npr. porobljivanje, seksualno ropstvo, prisiljavanje na prostituciju i sl. podrazumijevaju zatočenje odnosno protupravno oduzimanje slobode drugoj osobi).

2.6. Mučenje

1. Počinitelj je nanio teške boli ili patnje jednoj osobi ili većem broju osoba.
2. Počinitelj je toj osobi ili osobama oduzeo slobodu i one se nalaze pod njegovom vlašću.
3. Takva bol ili patnja nije proistekla iz zakonskih kazni, nije njihov dio ili posljedica.
4. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
5. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Izraz “mučenje” (tortura) znači “namjerno nanošenje teške boli ili patnje, bilo fizičke ili duševne, osobi kojoj je oduzeta sloboda ili koja je pod nadzorom optuženika osim one koja predstavlja bol ili patnju nastalu, sadržanu ili posljedičnu samo izvršavanju kakve zakonite kazne.”²⁰ U čl. 157a KZ taj modalitet zločina protiv čovječnosti određen je kao “mučenje osobe kojoj je oduzeta sloboda ili je pod nadzorom tako da joj se namjerno nanose teške tjelesne ili duševne boli ili patnje”. Mučenje (tortura) kao oblik radnje počinjenja kod zločina protiv čovječnosti razlikuje se od općeprihvaćenog normativnog pojma “mučenja” u međunarodnom pravu i nacionalnim pravima. Za razliku od Konvencije Ujedinjenih naroda protiv torture i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka iz 1984. godine i Europske konvencije za prevenciju od torture i nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja iz 1989. godine (Vijeće Europe), mučitelj ne mora biti službena osoba kao ni osoba koja djeluje na poticaj službene osobe (kao što je propisano i čl. 176. KZ – mučenje i drugo okrutno, neljudsko ili ponižavajuće postupanje), već bilo koja osoba, a ne traži se niti djelovanje s posebnim ciljem – da bi se od te ili

²⁰ “Torture” means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions.

neke druge osobe iznudile obavijesti ili priznanje, ili da bi se ta osoba kaznila za kazneno djelo što ga je ona ili neka druga osoba počinila ili za počinjenje kojeg je osumnjičena, ili da bi se ta osoba zastrašila ili da bi se na nju izvršio pritisak, ili zbog bilo kojeg drugog razloga utemeljenog na bilo kojem obliku diskriminacije. Time se Statut MKS u definiciji pojma torture značajno razlikuje od međunarodnog običajnog prava. Jedini uvjet za postojanje djela je postupanje s namjerom da se drugoj osobi (ili osobama) nanose teške tjelesne ili duševne boli ili patnje. Riječ je o komisivno-omisivnom deliktu kod kojeg je potrebno dokazati uzročnu vezu između radnje počinitelja (koja se može sastojati i u namjernom nečinjenju) i posljedice koja se sastoji od nanosene teške tjelesne ili duševne boli ili patnje nekoj osobi (osobama). Razlika između “boli” i “patnje” jest u dužini njihova trajanja, a počinitelj mora postupati s namjerom nanošenja upravo “teških” bolova ili patnji. Ako počinitelj želi jednoj osobi mučenjem nanijeti samo boli ili patnje koji nisu “teški”, ne može biti odgovoran za inkriminaciju mučenja. Ako, međutim, unatoč radnji izostanu teški bolovi i patnje za žrtvu, radit će se o pokušaju zločina protiv čovječnosti mučenjem.²¹ Primjeri zločina protiv čovječnosti mučenjem iz judikature *ad hoc* međunarodnih kaznenih sudova jesu prijetnja smrću, silovanje, paljenje dijelova tijela žive osobe, seksualno nasilje, prisiljavanje drugoga da promatra akt seksualnog nasilja itd.²²

2.7. Silovanje

1. Počinitelj je nasrnuo (*invaded*) na tijelo osobe činom koji je rezultirao penetracijom spolnog organa, bez obzira na to koliko je neznatna, u bilo koji dio tijela žrtve, odnosno u analni ili genitalni otvor žrtve, nekim predmetom ili nekim drugim dijelom tijela.
2. Nasrtaj je počinjen silom ili prijetnjom, poput one izazvane strahom od nasilja, prinude, zatočenja, psihološkog ugnjetavanja ili zlorabe moći protiv te osobe ili neke druge osobe, ili iskorištavanjem nasilnog okruženja, ili je nasrtaj počinjen na osobu koja nije mogla dati istinski pristanak.
3. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
4. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

²¹ ZUPANČIĆ-ZIDAR, Kratak pregled nekih temeljnih aspekata Konvencije UN protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka od 10.XII.1984, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/1998, str. 971.

²² Akayesu paras. 392-4, Furundžija para. 163, 264.

U članku 157a KZ silovanje kao oblik radnje počinjenja zločina protiv čovječnosti propisano je kao "silovanje druge osobe". Obilježja kaznenih djela daju ekstenzivno tumačenje silovanja koje obuhvaća ne samo spolni odnošaj već i sve ostale tzv. imisivno-receptivne radnje koje su u našem zakonodavstvu obuhvaćene pojmom "sa spolnim odnošajem izjednačenih spolnih radnji". Ta su obilježja, međutim, uža i određenija od pretežne prakse međunarodnih kaznenih sudova za bivšu SFRJ i Ruandu. Umjesto konceptualne definicije silovanja, koja ima polazište u silovanju "kao formi agresije" na tijelo druge osobe kod kojeg bitni elementi zločina nisu određeni dijelovi tijela žrtve odnosno sredstva izvršenja počinitelja, već upravo seksualno motivirano nasilje²³, Statut MKS prihvaća tradicionalno određenje pojma kroz mehanički opis prihvaćen u predmetu Furundžija u kojem je silovanje određeno kao:

- a) prodiranje počiniteljeva penisa ili nekog drugog predmeta u vaginu ili anus žrtve, ili
- b) prodiranje počiniteljeva penisa u usta žrtve, uporabom sile ili prijetnjom sile žrtvi ili trećoj osobi.²⁴

Počinitelj i žrtva mogu biti muška ili ženska osoba. Iz motrišta hrvatskog kaznenog zakonodavstva "silovanje" kao jedan od modaliteta radnje počinjenja zločina protiv čovječnosti šire je od bića kaznenog djela silovanja iz čl. 188. KZ jer ne podrazumijeva samo uporabu sile ili prijetnje (kvalificirane) počinitelja već i primjenu nekih drugih metoda da bi se žrtvu prisililo na spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju. Tako će se o silovanju u smislu čl. 157a KZ raditi i kod situacija koje predstavljaju obilježja bića djela prisile na spolni odnošaj (strah od nasilja, prisila), spolni odnošaj zlouporabom položaja (zlouporaba moći) te spolni odnošaj s djetetom ili s nemoćnom osobom (kad je nasrtaj počinjen prema osobi koja nije mogla dati istinski pristanak).

2.8. Seksualno ropstvo

1. Počinitelj je izvršio pojedine ili sve ovlasti koje proizlaze iz prava vlasništva nad jednom ili više osoba, kao što su kupovanje, prodavanje, iznajmljivanje ili trgovanje takvom osobom ili osobama, ili uskraćivanje njihove osobne slobode.
2. Počinitelj je prisilio takvu osobu ili osobe na jedan ili više postupaka seksualne prirode.
3. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
4. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

²³ Akayesu, paras, 597-8, Musema, para. 228.

²⁴ Furundžija, para. 185.

Seksualno ropstvo prvi je put kao zločin protiv čovječnosti predviđeno u Statutu MKS. Riječ je o kvalificiranom obliku porobljavanja za koji je specifično da je počinitelj porobljenu osobu prisiljava na jedan ili više postupaka seksualne prirode. Pritom pribavljanje imovinske koristi kao i namjera pribavljanja takve koristi nisu obilježja bića kaznenog djela. U članku 157a KZ seksualno ropstvo nije navedeno kao poseban oblik radnje počinjenja, no bilo bi ga moguće podvesti pod porobljavanje i silovanje (odnosno drugo spolno nasilje) (v. razmatranja pod 2.5).

2.9. Prisilna prostitucija

1. Počinitelj je prisilio jednu ili više osoba na jedno ili više djela seksualne prirode silom, pod prijetnjom sile ili prisile izazvane strahom od nasilja, prisile, zatočenja, psihološkog ugnjetavanja ili zlorabom moći protiv osobe ili osoba, odnosno protiv neke druge osobe, iskorištavanjem okruženja koje karakterizira nasilje, ili je nasrtaj počinjen na osobu koja nije mogla dati istinski pristanak.
2. Počinitelj ili druga osoba primila je ili je očekivala da će primiti novčanu ili drugu korist u vezi s činima seksualne prirode ili u zamjenu za njih.
3. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
4. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Razlika između seksualnog ropstva i prisilne prostitucije u elementu je imovinske koristi kod prisilne prostitucije. Naime, počinitelj ili druga osoba mora primiti ili očekivati primitak novčane ili druge koristi u vezi s činima seksualne prirode ili u zamjenu za njih. Pritom nije od značenja da li i osoba koja se prisiljava na prostituciju (to može biti muška i ženska osoba) ostvaruje kakvu imovinsku korist kao ni to da se ta osoba inače bavi pružanjem seksualnih usluga. U čl. 157a prisilna prostitucija nije propisana kao jedan od oblika radnje počinjenja zločina protiv čovječnosti. (v. razmatranja pod 2.5).

2.10. Prisilna trudnoća

1. Počinitelj je prisilio jednu ili više žena da zatrudne, s namjerom da utječe na etnički sastav nekog dijela pučanstva, ili je izvršio druge teške povrede međunarodnog prava.
2. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva
3. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva

Izraz “prisilna trudnoća” znači “nezakonito zatočenje žene koja je nasilno zatrudnjela, u namjeri utjecanja na etnički sastav nekog pučanstva ili činjenja drugih teških povreda međunarodnog prava.”²⁵ Ta definicija ne može se tumačiti na bilo koji način kojim bi se utjecalo na nacionalne zakone koji se odnose na trudnoću. Ova odredba ni na koji način ne utječe na države koje su kontrolu rađanja i politiku pobačaja slobodne regulirati sukladno vlastitim ustavnim, filozofskim ili religijskim načelima. Riječ je o doloznom deliktu kod kojeg je posebna namjera (cilj) obilježje bića djela – da se time utječe na etnički sastav nekog pučanstva ili zbog činjenja drugih teških povreda međunarodnog prava. Primjer “druge teške povrede međunarodnog prava” predstavlja, primjerice, zatočenje prisilno zatrudnjene žene radi medicinskih eksperimenata.²⁶ U članku 157a prisilna trudnoća kao oblik radnje počinjenja zločina protiv čovječnosti opisana je kao “namjerno držanje u zatočeništvu žene koja je nasilno zatrudnjela kako bi se utjecalo na etnički sastav nekog pučanstva”.

2.11. Prisilna sterilizacija

1. Počinitelj je oduzeo jednoj osobi ili većem broju osoba biološku reproduktivnu sposobnost.
2. To ponašanje nije bilo opravdano ni medicinskim ni bolničkim liječnjem osobe ili osoba o kojima je riječ, niti je izvršeno uz njihov istinski pristanak.
3. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
4. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Premda je prisila u nazivu, no ne i u biću djela, taj se element podrazumijeva s obzirom na to da se neće raditi o prisilnoj sterilizaciji kao zločinu protiv čovječnosti ako je osoba dala istinski pristanak na taj zahvat. Istinski pristanak je informirani pristanak koji u osnovi predstavlja “stvarni pristanak”, dakle takav koji ne uključuje pristanak postignut prijevarom. Oduzimanju biološke reproduktivne sposobnosti jednoj ili više osoba nije cilj uključiti mjere kontrole rađanja, koje u praksi nemaju karakter stalnosti. Time se sudu ostavlja na procjenu je li konkretna mjera oduzimanja biološke reproduktivne sposobnosti privremenog karaktera (kao npr. kod mjera kontrole rađanja koje se provode u nekim državama, npr. u Kini) ili se radi o mjeri trajnog oduzimanja biološke

²⁵ “Forced pregnancy” means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law.

²⁶ *Supra*, bilj. 12, str. 114.

reproduktivne sposobnosti. U članku 157a prisilna sterilizacija nije propisana kao oblik radnje počinjenja zločina protiv čovječnosti (v. razmatranja pod 2.5).

2.12. Bilo koji drugi oblik seksualnog nasilja usporedive težine

1. Počinitelj je počinio djelo seksualne prirode protiv jedne ili više osoba ili je potaknuo da se ta osoba ili osobe uključe u čin seksualne prirode, silom ili pod prijetnjom sile ili prisile, poput one izazvane strahom od nasilja, prisile, zatočeništva, prihološkog pritiska ili zlorabom moći protiv te osobe ili osoba, odnosno neke druge osobe, ili korištenjem okruženja koje karakterizira nasilje te nemogućnosti te osobe ili osoba da pruže istinski otpor.
2. To ponašanje ima težinu koja se može usporediti s drugim kaznenim djelima iz članka 7, stavak 1 (g) Statuta.
3. Počinitelj je bio svjestan stvarnih okolnosti koje su uvjetovale težinu tog djela.
4. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
5. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Ova odredba osigurava zaštitu žrtava zločina protiv čovječnosti u onim situacijama u kojima nisu ispunjeni elementi ostalih oblika seksualnih delikata (silovanje, seksualno ropstvo, prisilna prostitucija itd.). Takva generalna klauzula bila je potrebna u Statutu da se provede načelo istaknuto prema kojem “međunarodno kazneno pravo zaštićuje sve ozbiljne zloporabe seksualne prirode koje su usmjerene protiv tjelesnog i moralnog integriteta druge osobe sredstvima prisile, prijetnje, sile ili zastrašivanja na način koji je ponižavajući za žrtvu.”²⁷ MKSR je u predmetu Akayesu definirao seksualno nasilje kao “svaki čin seksualne prirode koji je počinjen prema osobi pod utjecajem prisile i nije ograničen samo na fizički nasrtaj (napad) na tijelo druge osobe, već se može raditi o činima koji ne uključuju prodiranje pa čak niti fizički kontakt”. Tako je utvrđeno da se radi o seksualnom nasilju u primjeru prisilno razodjevene žene koja je bila prisiljena gimnasticirati pred skupinom ljudi na javnom mjestu.²⁸ To znači da je pojam seksualnog nasilja značajno širi od inkriminacija spolnog nasilja kakve postoje u brojnim nacionalnim zakonodavstvima i da se spolnim nasiljem u smislu zločina protiv čovječnosti mogu smatrati i radnje koje bi inače predstavljale druga opća kaznena djela (u našem KZ npr. prisilu iz čl. 128. KZ). Članak 157a KZ govori o “nekom drugom spolnom nasilju” ne eksplici-

²⁷ Furundžija, para. 186.

²⁸ Akayesu, para. 688.

rajući da se mora raditi o “spolnom nasilju usporedive težine”. Time se, međutim, ne proširuje zona kažnjivosti jer se radi o blanketnoj normi koju je potrebno tumačiti s obzirom na čl. 7. Statuta MKS.

2.13. Progon (proganjanje bilo koje odredive skupine ili zajednice na političkoj, rasnoj, nacionalnoj, etničkoj, kulturnoj, vjerskoj, spolnoj ili drugoj osnovi koja se općenito prema međunarodnom pravu smatra nedopustivom, počinjeno u vezi s bilo kojom radnjom opisanom u ovome stavku ili s bilo kojim kaznenim djelom u nadležnosti Suda)

1. Počinitelj je na grub način i suprotno međunarodnom pravu jednoj ili većem broju osoba oduzeo temeljna ljudska prava.
2. Počinitelj je odabrao takvu osobu ili osobe na osnovi identiteta skupine ili kolektiviteta, ili je baš ciljao na tu skupinu ili kolektivitet.
3. Takav odabir temelji se na političkim, rasnim, nacionalnim, etničkim, kulturološkim, vjerskim, spolnim osnovama – opisanim u članku 7. stavku 3. Statuta ili drugim razlozima koji se općenito smatraju nedopustivima prema međunarodnom pravu
4. Djelo je počinjeno u vezi s bilo kojim činom iz članka 7. stavka 1. Statuta, ili bilo kojim kaznenim djelom koje spada pod jurisdikciju suda.
5. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
6. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

U čl. 157a KZ zločin protiv čovječnosti progonom (*persecution*) inkriminiran je kao “progon druge osobe tako da joj se namjerno i u velikoj mjeri oduzmu temeljna prava zato što pripada određenoj skupini ili zajednici”. Izraz “proganjanje” znači “namjerno ili teško oduzimanje temeljnih prava, protivno međunarodnom pravu, motivirano identitetom skupine ili zajednice.”²⁹ Zločin progona obuhvaća sve radnje (činjenje i nečinjenje) kojima se druge osobe (ili samo i jedna osoba) progone na diskriminatornoj osnovi i s namjerom diskriminacije. Radnja ne mora nužno predstavljati napad na tjelesni ili duševni integritet žrtve, već to može biti i napad na imovinu žrtve poduzet upravo zbog toga što žrtva pripada određenoj skupini odnosno zajednici (selektivni element progona).³⁰ Subjektivni element progona kao modalitet radnje počinjenja zločina protiv

²⁹ “Persecution” means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity.

³⁰ Blaškić, para. 233.

čovječnosti prema težini izdvaja progon od ostalih oblika zločina protiv čovječnosti i sasvim ga približava genocidu kao najtežem međunarodnom zločinu. U judikaturi MKSJ genocid je kvalificiran kao "krajnji i najnečovječniji oblik progona".³¹ Ipak, razlika između zločina protiv čovječnosti progonom i genocida postoji. Dok počinitelj kod genocida ide za potpunim ili djelomičnim uništenjem neke skupine, namjera kod progona kao zločina protiv čovječnosti sastoji se u nasilnoj diskriminaciji pripadnika određene skupine teškim i sustavnim kršenjem njihovih ljudskih prava.

2.14. Prisilno nestajanje osoba

1. Počinitelj je:
 - a) uhitio, pritvorio ili oteo jednu ili više osoba; ili
 - b) odbio priznati uhićenje, pritvor ili otmicu odnosno dati informacije o sudbini ili boravištu te osobe ili osoba.
2. (a) nakon uhićenja, pritvora, ili otmice slijedi priznanje ili su oni praćeni odbijanjem priznanja da je oduzeta sloboda, ili uskraćivanjem obavijesti o sudbini ili boravištu te osobe ili osoba; ili
(b) odbijanju prethodi lišavanje slobode ili je ono njime popraćeno.
3. Počinitelj je svjestan da bi:
 - (a) uhićenje, pritvor ili otmica u normalnom tijeku događaja bili popraćeni odbijanjem priznanja da je oduzeta sloboda ili uskraćivanjem obavijesti o sudbini i boravištu te osobe ili osoba; ili
 - (b) takvom odbijanju je prethodilo lišavanje slobode ili je ono bilo njime popraćeno.
4. Uhićenje, pritvor ili otmica izvršeni su od strane ili uz odobrenje, potporu, ili privolu neke državne ili političke organizacije.
5. Odbijanje priznanja da je oduzimanje slobode ili davanje informacija o sudbini ili boravištu te osobe ili osoba izvršeno uz privolu ili potporu te državne ili političke organizacije.
6. Počinitelj je imao namjeru toj osobi ili osobama uskratiti pravnu zaštitu tijekom duljeg razdoblja.
7. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
8. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

³¹ Kupreškić i ostali, paras. 633-4, 751.

2.15. Zločin apartheida

1. Počinitelj je počinio neko nečovječno djelo protiv jedne ili više osoba.
2. Takav čin je djelo iz članka 7. stavka 1. Statuta ili je to djelo slične naravi bilo kojem od tih djela.
3. Počinitelj je bio svjestan stvarnih okolnosti koje su odredile narav tog djela.
4. Djelo je počinjeno u okviru institucionaliziranog režima sustavnog potlačivanja i dominacije jedne rasne skupine nad drugom rasnom skupinom ili skupinama.
5. Počinitelj je takvim ponašanjem imao namjeru održavati takav režim.
6. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
7. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Članak 157a KZ inkriminira počinjenje nekog nečovječnog djela opisanog u tom članku ili djela sličnog nekom od tih djela “u okviru institucionaliziranog režima sustavnog potlačivanja i dominacije jedne rasne skupine nad drugom rasnom skupinom ili skupinama i u namjeri održavanja takvog režima.” Definicija apartheida preuzeta je iz Međunarodne konvencije o suzbijanju i kažnjavanju zločina apartheida iz 1973. godine u kojoj je apartheid određen kao zločin protiv čovječnosti. Stoga su opisi zabranjenih ponašanja iz te konvencije blanketna norma koja s odnosnim dijelom čl. 7. Statuta MKS čini cjelinu.

2.16. Ostala nečovječna djela slične naravi kojima se namjerno uzrokuje teška patnja, teška ozljeda odnosno povreda duševnog ili tjelesnog zdravlja

1. Počinitelj je nečovječnim činom uzrokovao tešku patnju ili tešku ozljedu odnosno povredu tjelesnog ili mentalnog zdravlja.
2. Narav tog djela slična je naravi svih ostalih djela iz članka 7. stavka 1. Statuta.
3. Počinitelj je bio svjestan stvarnih okolnosti koje su odredile narav tog djela.
4. Djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva.
5. Počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Riječ je o generalnoj klauzuli koja je predviđena u čl. 7. Statuta MKS. Prema judikaturi *ad hoc* međunarodnih kaznenih sudova, “ostala nečovječna djela” jesu “radnje ili propusti kojima se namjerno prouzrokuje teška patnja, ozljeda

odnosno povreda duševnog ili tjelesnog zdravlja ili koje predstavljaju teške napade na ljudsko dostojanstvo koje su po svojoj težini usporedive s ostalim oblicima zločina protiv čovječnosti predviđenim u relevantnim međunarodno-pravnim dokumentima.”³² Te radnje mogu biti usmjerene i prema imovini ako se postupa s ciljem da se kod žrtve izazove teška patnja odnosno povreda duševnog zdravlja.³³

3. INKRIMINIRANJE ZAPOVJEDNE ODGOVORNOSTI U ČL. 167a KZ

Zapovjedna odgovornost kao poseban oblik osobne kaznene odgovornosti regulirana je čl. 28. Statuta MKS.³⁴ Riječ je o zapovjednoj odgovornosti *stricto sensu*, tj. neizravnoj zapovjednoj odgovornosti koja se sastoji u skrivenom propuštanju dužnoga činjenja vojnih zapovjednika ili osoba koje stvarno (*de facto*) djeluju kao vojni zapovjednici. Izravna zapovjedna odgovornost koja znači aktivno djelovanje nadređenih inkriminirana je neposredno kroz obilježja

³² Kayishema i Ruzindana, para 151.

³³ LAUTERPACHT, C. H., *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, 1944, str. 79.

³⁴ Članak 28.

ODGOVORNOST ZAPOVJEDNIKA I OSTALIH NADREĐENIH OSOBA

Pored drugih osnova kaznene odgovornosti propisanih ovim Statutom, za kaznena djela iz nadležnosti Suda:

1. Vojni zapovjednik ili osoba koja stvarno djeluje kao vojni zapovjednik kazneno odgovara za djela iz nadležnosti Suda koja su počinile snage pod njegovim/njezinim stvarnim zapovjedništvom i nadzorom ili stvarnom vlašću i nadzorom ako je propustio/la da ispravno obavlja nadzor nad tim snagama kada:

(a) taj vojni zapovjednik ili osoba zna, ili na temelju okolnosti u to vrijeme mora znati da te snage čine ili da se spremaju počinuti takva kaznena djela;

(b) taj vojni zapovjednik ili osoba propusti poduzeti sve nužne i razborite mjere u njegovoj/njezinoj moći kako bi spriječio ili suzbio počinjenje takvih kaznenih djela ili ne proslijedi stvar nadležnim vlastima u cilju provođenja istrage i kaznenog progona.

2. Glede odnosa između nadređenih i podređenih koji nisu opisani u stavku 1, nadređeni kazneno odgovara za djela iz nadležnosti Suda koja su počinili podređeni pod njegovom/njezinom stvarnom vlašću i nadzorom, kao posljedicu njegovog/njezina propusta da nad njima ispravno obavlja nadzor kada:

(a) taj nadređeni zna ili svjesno zanemaruje obavijesti koje mu jasno pokazuju da podređeni čine ili se spremaju počinuti takva kaznena djela;

(b) kaznena su djela bila povezana s djelatnošću koja je bila u okviru stvarne odgovornosti i nadzora nadređenoga; i

(c) taj nadređeni propusti poduzeti sve nužne i razborite mjere u njegovoj/njezinoj moći kako bi spriječio ili suzbio počinjenje takvih kaznenih djela ili ne proslijedi stvar nadležnim vlastima u cilju provođenja istrage i kaznenog progona.

bića kaznenih djela iz jurisdikcije Suda (“Tko naredi...ili počini...”). Zapovjedna odgovornost *stricto sensu* nije nov institut međunarodnog kaznenog prava,³⁵ ali je vjerojatno jedan od najspornijih i najčešće kritiziranih u novijoj literaturi. Razlog tome je njegova nedovoljna normativna određenost i slijedom toga nedosljedna primjena u praksi sudova nakon II. svjetskog rata, ali i u postupcima vođenim pred MKSJ i MKSR. Problematika instituta zapovjedne odgovornosti *stricto sensu* u primjeni tih *ad hoc* tribunala temeljila se na neusuglašenosti instituta s temeljnim načelima kaznenoga prava – načelom zakonitosti i načelom krivnje. U Dopunskom protokolu Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba koji je usvojen 8. lipnja 1977. (u daljem tekstu: Protokol I) zapovjedna je odgovornost definirana u čl. 86. (nečinjenje) i 87. (dužnosti zapovjednika)³⁶. Te su odredbe iznimno značajne jer predstavljaju dio običajnog međunarodnog kaznenoga prava koje je bilo na snazi u vrijeme kada su počinjene teške povrede međunarodnog humanitarnoga prava na području bivše SFRJ. U članku 86. Protokola propisana je obveza država ugovornica da inkriminiraju kaznena i (ili) disciplinska djela koja kao omisivni delikti predstavljaju povredu dužnosti na činjenje³⁷, a u čl. 87. određene

³⁵ Do afirmacije instituta zapovjedne odgovornosti dolazi nakon Prvog svjetskog rata, a do potpunije raščlambe toga problema u međunarodnopravnim izvorima i doktrini međunarodnog kaznenoga prava tek nakon Drugog svjetskog rata. Povijesno, institut zapovjedne kaznene odgovornosti prvi je put spomenut u Haaškim konvencijama iz 1907. godine. Međutim, tek je po završetku Prvog svjetskog rata na mirovnoj konferenciji u Versaillesu 1919. godine predloženo osnivanje suda koji bi bio nadležan suditi, između ostaloga, i “onima koji su zapovijedili ili koji su se, znajući i sa ovlastima intervenirati, suzdržali od sprječavanja ili poduzimanja mjera za sprječavanje, okončanje i suzbijanje kršenja zakona ili običaja rata.” Premda niti u nürnberškoj povelji niti u povelji tokijskoga tribunala za Daleki istok nije bila sadržana odredba o zapovjednoj odgovornosti, mnoge su države u svojim unutarnjim zakonodavstvima utvrdile načelo zapovjedne odgovornosti. Načelo zapovjedne kaznene odgovornosti potvrđeno je u brojnim suđenjima japanskim ratnim zločincima nakon Drugog svjetskog rata. U suđenju japanskom generalu Tomoyuki Yamashiti američki je Vrhovni sud potvrdio načelo da “zakoni rata obvezuju vojne zapovjednike poduzeti primjerene mjere kontrole vojnih trupa pod njihovim zapovjedništvom radi sprječavanja kršenja zakona rata.” *A contrario* propuštanje te dužnosti zasniva osobnu kaznenu odgovornost vojnih zapovjednika. Daljnji izvori načela zapovjedne odgovornosti nakon Drugog svjetskog rata jesu Vojni priručnik američke vojske za vrijeme rata i Britanski priručnik vojnoga prava. DERENČINOVIĆ, D., Kritički o institutu zapovjedne odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1/2001, str. 25.

³⁶ Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata s dopunskim protokolima, Zagreb, 1997, str. 283.

³⁷ Čl. 86. Protokola glasi: “(1) Visoke stranke ugovornice i stranke sukoba moraju suzbijati teške povrede i poduzimati potrebne mjere za suzbijanje ostalih povreda Konvencija i ovoga Protokola, koje su posljedica nečinjenja kad postoji dužnost činjenja. (2) Činjenica da je povredu Konvencija ili ovoga Protokola počinio neki podčinjeni ne oslobađa njegove pretpostavljene kaznene ili, ovisno o slučaju, disciplinske odgovornosti ako su znali ili imali informacije koje su im u datim okolnostima omogućavale da zaključue da je taj podčinjeni počinio ili će počinuti takvu povredu i ako nisu poduzeli sve moguće mjere u okviru svojih ovlasti kako bi spriječili ili suzbili tu povredu.” *Ibid.*, str. 283.

su dužnosti zapovjednika u sprječavanju povreda međunarodnog humanitarnoga prava i kažnjavanju njihovih počinitelja.³⁸ U Statutu MKSJ zapovjedna je odgovornost definirana u čl. 7. st. 3. kao podvrsta individualne kaznene odgovornosti. Institut zapovjedne odgovornosti u Statutu Haaškoga tribunala značajno je šire određen no u bilo kojem dotadašnjem izvoru međunarodnog kaznenoga prava, a osobito u odnosu prema spomenutim čl. 86. i 87. Protokola I iz 1977. godine. To se odnosi na krug aktivnih subjekata zapovjedne odgovornosti, ekstenziju dužnosti na poduzimanje činidbe, sadržaj dužne činidbe aktivnog subjekta itd. U odnosu na spomenute izvore međunarodnog kaznenog prava odredba čl. 28. Statuta MKS značajan je iskorak u smislu pravne sigurnosti jer jasnije no dosad uređuje sve pretpostavke zapovjedne odgovornosti i sudu ostavlja vrlo ograničen pristup da tumačenjem dopuni biće djela.

Pri implementaciji materijalno-pravnih odredaba Statuta MKS u hrvatsko kazneno zakonodavstvo postavilo se pitanje je li potrebno da se zapovjedna odgovornost, onako kao je određena čl. 28. Statuta, na odgovarajući način prenese u unutarnje pravo Republike Hrvatske ili je postojećim mehanizmima kaznenopravne odgovornosti moguće utemeljiti zapovjednu odgovornost. Naime, odgovornost zapovjednika u hrvatskom kaznenom pravu zapravo je odgovornost garanta za kazneno djelo nečinjenjem koje se sastoji u nesprječavanju nastupa posljedice. Ne poduzme li vojni zapovjednik razborite mjere da bi se spriječilo počinjenje kaznenog djela od podređenih osoba, on može odgovarati za nečinjenje, i to kao garant jer je dužan nadzirati osobe pod svojim zapovjedništvom. Za tu odgovornost, međutim, potrebno je dokazati sve pretpostavke pod kojima garant inače odgovara u kaznenom pravu – sposobnost garanta za radnju, nečinjenje mora po djelovanju i značenju biti jednako počinjenju istog djela činjenjem (klauzula jednake vrijednosti nečinjenja), nečinjenje mora biti suuzročno nastupanju posljedice i mora postojati isti oblik krivnje koji se glede kaznenog djela o kojem je riječ traži za činjenje.³⁹ Utemeljenje zapovjedne odgovornosti na konceptu odgovornosti garanta za nečinjenje

³⁸ Čl. 87. Protokola glasi: “(1) Visoke strane ugovornice i stranke sukoba moraju od vojnih zapovjednika, što se tiče pripadnika oružanih snaga pod njihovim zapovjedništvom i drugih osoba pod njihovom kontrolom, zahtijevati da spriječe povrede Konvencija i ovoga Protokola te da ih, prema potrebi, suzbiju i prijave nadležnim vlastima. (2) Radi sprečavanja i suzbijanja povreda, visoke stranke ugovornice i stranke sukoba moraju od zapovjednika, razmjerno razini njihove odgovornosti, zahtijevati da osiguraju da pripadnici oružanih snaga pod njihovim zapovjedništvom budu upoznati sa svojim obvezama na temelju Konvencija i ovoga Protokola. (3) Visoke stranke ugovornice i stranke sukoba moraju od svakog zapovjednika, koji je doznao da će njegovi podčinjeni ili druge osobe pod njegovom kontrolom izvršiti ili da su izvršile povredu Konvencija ili ovoga Protokola, zahtijevati da poduzme potrebne mjere kako bi se spriječilo takvo kršenje Konvencija i ovoga Protokola i, kad je to umjesno, da pokrene disciplinski ili kazneni postupak protiv prekršitelja.” *Ibid.*, str. 283.

³⁹ NOVOSELEC, P., Materijalno-pravne odredbe Rimskog statuta i njihova implementacija u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, *supra*, bilj. 4, str. 110.

u hrvatskom kaznenom pravu ne bi, međutim, u potpunosti udovoljavalo svim standardima tog insituta iz čl. 28. Statuta MKS.⁴⁰ U prvom redu ne bi bile pokrivene one situacije kod kojih i po osnovi zapovjedne odgovornosti odgovaraju civilne osobe zbog *de facto* kontrole nad podređenim osobama. Osim toga čl. 28. Statuta MKS predviđa ne samo namjernu već i nehajnu zapovjednu odgovornost, dok je za kaznena djela na koja se zapovjedna odgovornost odnosi u hrvatskom kaznenom pravu predviđena odgovornost samo za namjeru. Konačno, ako se i prihvati stajalište da je odgovornost zapovjednika moguće zasnovati na funkciji garanta, s obzirom na to da propust garanta da spriječi nastup posljedice mora biti suuzročan njezinu nastupu, ne bi bilo moguće proglasiti odgovornim zapovjednika koji, na primjer, nije prijavio počinjena kaznena djela podređenih osoba odnosno koji nije kaznio počinitelje jer je u takvim situacijama uzročnost po prirodi stvari isključena. S obzirom na te prijepore i nezadovoljavajuća rješenja u unutarnjem pravu, hrvatski je zakonodavac odlučio u glavu kaznenih djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom (glava XIII) uvesti novo kazneno djelo pod nazivom "zapovjedna odgovornost" (čl. 167a).⁴¹

Sukladno čl. 167a st. 1. zapovjedna odgovornost odnosi se na kaznena djela iz čl. 156-167. KZ (genocid, agresivni rat, ratni zločin protiv civilnog pučanstva, ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika, ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, protupravno ubijanje i ranjavanje neprijatelja, protupravno oduzimanje stvari od ubijenih i ranjenih na bojištu, nedopuštena sredstva borbe, povreda pregovarača, grubo postupanje s ranjenicima, bolesnicima i ratnim zarobljenicima, neopravdana odgoda povratka ratnih zarobljenika, uništavanje kulturnih dobara i objekata u kojima se nalaze kulturna dobra). Lista kaznenih djela iz KZ na

⁴⁰ BAČIĆ, F., Zapovjedna odgovornost: posebno s obzirom na ratne zločine prema četirima Ženevskim humanitarnim konvencijama iz 1949, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/2001, str. 142.

⁴¹ ZAPOVJEDNA ODGOVORNOST

Članak 167.a

(1) Za kaznena djela iz članka 156. do 167. ovoga Zakona kaznit će se kao počinitelji vojni zapovjednik ili druga osoba koja stvarno djeluje kao vojni zapovjednik ili nadređena civilna osoba ili druga osoba koja u civilnoj organizaciji ima stvarnu vlast zapovijedanja ili nadzora, ako su znali da podređeni čine ta kaznena djela ili se spremaju počinuti ih, a nisu poduzeli sve razborite mjere kako bi ih u tome spriječili. U tom slučaju neće se primijeniti odredba članka 25. stavka 3. ovoga Zakona.

(2) Osobe navedene u stavku 1. ovoga članka koje su morale znati da se podređeni spremaju počinuti jedno ili više kaznenih djela iz članka 156. do 167. ovoga Zakona pa zbog propuštanja dužnog nadzora nisu poduzele sve razborite mjere kojima bi se spriječilo počinjenje tih kaznenih djela, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do osam godina.

(3) Osobe navedene u stavku 1. ovoga članka koje ne prosljede stvar nadležnim vlastima u cilju provođenja istrage i kaznenog progona nad neposrednim počiniteljima, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do pet godina.

koja se odnosi zapovjedna odgovornost šira je od liste inkriminacija iz jurisdikcije MKS (genocid, ratni zločini, zločini protiv čovječnosti i još nedefinirani zločin agresije). Počinitelj djela je vojni zapovjednik ili druga osoba koja stvarno djeluje kao vojni zapovjednik ili nadređena civilna osoba ili druga osoba koja u civilnoj organizaciji ima stvarnu vlast zapovijedanja ili nadzora. Time su otklonjene dvojbe je li osnova odnosa subordinacije *de iure* ili *de facto* nadzor nad djelovanjem podređenih osoba.⁴²

Osnovni oblik zapovjedne odgovornosti u st. 1. inkriminira samo namjeru. To znači da počinitelj u vrijeme počinjenja djela mora znati (biti svjestan) da podređeni čine kaznena djela ili da ih se spremaju počinuti. Radnja kaznenog djela sastoji se u pravno relevantnom nečinjenju kojim se ne sprječava nastup posljedice. Ako vojni zapovjednik ili s njim izjednačena osoba nije svjesna te okolnosti, neće se raditi o zapovjednoj odgovornosti na osnovi st. 1, već o blažem obliku kaznenog djela iz stavka 2. za koji je propisana i blaža kazna (kazna zatvora od jedne do osam godina). Kako zapovjednici i nadređeni u tom slučaju odgovaraju za nečinjenje kao supočinitelji s podređenima koji odgovaraju za činjenje, a njihovo nečinjenje ima posebnu težinu, bilo je potrebno isključiti odredbu članka 25. stavka 3. KZ prema kojoj bi inače zapovjednicima i nadređenima bilo moguće ublažiti kazne. Bit inkriminiranja nehajne zapovjedne odgovornosti u st. 2. jest propuštanje dužne pažnje zbog kojeg su podređeni počinili kaznena djela. Normativni element krivnje u st. 2. vrlo je blizu granice nesvjesnog nehaja (kod kojeg ne postoji intelektualna sastavnica).

⁴² U postupcima vođenim pred MKSJ, na osnovi zapovjedne odgovornosti (čl. 7. st. 3. Statuta MKSJ), osuđivane su i osobe koje nisu imale status vojnih zapovjednika u vrijeme počinjenja djela premda takvo rješenje nije bilo propisano niti Statutom MKSJ niti Protokolom I (čl. 86. i 87). U obrazloženjima presuda u predmetu Čelebići i predmetu Aleksovski, MKSJ se pozivao na presude vojnih tribunala za Daleki istok koje su donesene nakon II. svjetskog rata. Nakon Drugog svjetskog rata pred vojnim tribunalom za Daleki istok osuđeni su i brojni pripadnici civilne vlasti na osnovi zapovjedne odgovornosti. Jedan od njih bio je i japanski ministar vanjskih poslova Koki Hirota koji je proglašen kazneno odgovornim na temelju koncepta napuštanja dužnosti (*dereliction of duty*). On je ubrzo nakon ulaska japanskih vojnih snaga u Nanking primio izvještaje o svim događanjima i zločinima koje je japanska vojska počinila nad tamošnjim civilima. Sud je ocijenio da je Hirota, unatoč tome što je prema izvještajima znao što se događa, napustio dužnost propustivši inzistirati u Vladi da se poduzmu sve potrebne i brze akcije sprječavanja takvog stanja na terenu. Hirota je doduše računao s obećanjima Ministarstva rata da će zločini prestati, ali osobno nije poduzeo ništa što je bilo u njegovoj domeni kako bi zločini uistinu i prestali. Kazneno odgovornim na osnovi zapovjedne odgovornosti proglašen je i kasniji ministar vanjskih poslova Mamoru Shigemitsu koji je, kao ministar u Vladi, bio dužan provesti istragu o stanju u zatvorima i postupanju prema ratnim zarobljenicima, što nije učinio. To, međutim, nisu jedini primjeri zapovjedne odgovornosti civilnih osoba na temelju njihovih faktičnih ovlaštenja nadzora i kažnjavanja nad počiniteljima kaznenih djela tijekom rata. Tako je u slučaju *United Nations v. Flick* i ostali sud optužene njemačke industrijalce Weissa i Flicka proglasio odgovornima zbog njihova dobrovoljnog sudjelovanja u ostvarivanju programa ropskoga rada u njemačkim tvornicama u njihovom vlasništvu tijekom Drugog svjetskog rata. *Supra*, bilj. 35, str. 29.

Radnja počinjenja jest nečinjenje odnosno počiniteljevo nepoduzimanje razboritih mjera. Riječ je o tome da je odgovorna osoba propustila poduzeti razborite mjere radi sprječavanja kaznenih djela sebi podređenih ili kazniti počinitelje takvih djela. Zasnivanje zapovjedne odgovornosti zbog propusta obveze na činidbu u smislu čl. 28. Statuta MKS posljedica je prihvaćanja koncepta "napuštanja dužnosti" (*dereliction of duty*). S obzirom na to da je potrebno u svakom pojedinom slučaju utvrditi je li odgovorna osoba poduzela sve razborite mjere nije dostatno formuliranje standarda *in abstracto* za procjenu tog elementa zapovjedne kaznene odgovornosti. U obrazloženju presude u predmetu Čelebići MKSJ je utvrdio "da se mora raditi o onim mjerama odnosno aktivnostima koje su odgovornoj osobi u krugu njezinih materijalnih mogućnosti."⁴³ To znači da od odgovorne nadređene osobe nije opravdano tražiti nemoguće, već poduzimanje onih mjera i aktivnosti koje je, u okolnostima slučaja, odgovorna osoba mogla i trebala poduzeti. Tako napr. petnaest minuta razrednih instrukcija teoretske naravi o zakonima i običajima vođenja rata niti izbliza nije dovoljno podređenima da znaju što je dopušteno, a što nije, te što se od njih očekuje u situacijama koje bi mogli doživjeti na terenu. Zato je potrebno prigodom vojne obuke provesti simulacije npr. pravilne evakuacije civilnoga pučanstva, potom pravilnih reakcija na snajpersku vatru, pravilnog ispitivanja i uopće tretmana nad zarobljenim vojnicima neprijateljske strane itd. Niti jedan vojni zapovjednik ne može imati potpunu kontrolu nad svim događanjima na terenu, ali njegovo propuštanje poduzimanja svih potrebnih preventivnih mjera u cilju sprječavanja kršenja zakona i običaja rata i povrede ostalih izvora međunarodnoga prava, s obzirom na okolnosti slučaja, čini valjanu osnovu njegove zapovjedne odgovornosti zbog napuštanja dužnosti.⁴⁴ Zapovjednici i nadređeni kod kojih u odnosu prema kaznenim djelima podređenih ne postoji ni nehaj, ali se njihova odgovornost sastoji u nepoduzimanju potrebnih radnji radi kažnjavanja podređenih kao počinitelja, odgovaraju za posebno kazneno djelo neprijavlivanja (stavak 3) koje se može smatrati specijalnim slučajem neprijavlivanja počinjenog kaznenog djela iz članka 300. KZ. Glede kaznenih djela iz stavaka 2. i 3. nije trebala posebna odredba o isključenju ublažavanja kazne za nečinjenje jer se radi o kaznenim djelima koja se mogu počiniti samo nečinjenjem.⁴⁵

⁴³ *Ibid.*, str. 32.

⁴⁴ PAUST, J.J., *Superior Orders and Command Responsibility*, International Criminal Law, Volume I, Crimes, New York, 1999, str. 234.

⁴⁵ Konačni prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, str. 51.

4. PREGLED OSTALIH IZMJENA U GLAVI XIII. KZ (KAZNENA DJELA PROTIV VRIJEDNOSTI ZAŠTIĆENIH MEĐUNARODNIM PRAVOM) KOJE SE ODOSE NA IMPLEMENTACIJU MATERIJALNOPRAVNIH ODREDABA STATUTA MKS

Od ostalih izmjena obuhvaćenih ZIDKZ ovdje valja spomenuti i dopunu čl. 158. KZ (ratni zločin protiv civilnog pučanstva). Radnje opisane kao ratni zločini u članku 8. Statuta MKS u najvećoj su mjeri sadržane u opisima pojedinih ratnih zločina i drugih kaznenih djela iz glave XIII. KZ pa u tim slučajevima nisu bile potrebne izmjene i dopune zakonskog teksta. Međutim, u opisima iz čl. 8. Statuta MKS sadržane su i neke radnje koje po svojoj prirodi predstavljaju ratni zločin protiv civilnog pučanstva, ali nisu sadržane u članku 158. KZ. To su radnje opisane u članku 8. stavku 2. (b) (iii), (xiv), (xxi), (xxii), (xxiii) i (xxvi), (c) (ii) te (e) (iii) i (vii) Statuta MKS.⁴⁶ Te radnje ugrađene su u opis članka 158. st. 1. KZ pri čemu su doslovce preuzete formulacije iz Statuta MKS.

U uvodu je naznačeno da Statut MKS ne nalaže državama koje su ga ratificirale da s njim usuglase svoje kaznene zakone, već samo da surađuju sa Sudom. Iznimka od toga, i jedina odredba Statuta MKS koja nalaže kriminalizaciju u državama strankama, propisana je u čl. 70. koji određuje da će “svaka država stranka dopuniti svoje kaznene zakone koji propisuju kazne za kaznena djela protiv pravosuđa inkriminacijama protiv kaznenog pravosuđa Suda propisana ovim člankom, koja na njezinom području počine njezini državljanjani.”⁴⁷ Na zahtjev Suda, kad god to on smatra ispravnim, država stranka takav

⁴⁶ U članku 158. stavku 1. riječi: “prisiljavanje na prostituciju ili silovanje” zamjenjuju se riječima: “silovanje, spolno porobljavanje, prisiljavanje na prostituciju ili izazivanje prisilne trudnoće, prisilne sterilizacije ili kojeg drugog oblika spolnog nasilja”, a iza riječi: “ili protuzakonito izdaje novac”, dodaju se riječi: “ili da se namjerno usmjerava napad protiv osoba, uređaja, materijala, jedinica ili vozila uključenih u humanitarnu pomoć ili misiju održavanja mira sukladno Povelji Ujedinjenih naroda, ili da se prava i radnje državljana neprijateljske strane proglašavaju zabranjenim, suspendiranim ili nedopuštenim u sudskom postupku, ili da se sknavi osobno dostojanstvo, ili da se iskorištava prisutnost civila ili drugih zaštićenih osoba da se određena mjesta, područja ili vojne snage zaštite od vojnih operacija, ili da se djeca mlađa od petnaest godina novače u nacionalne oružane snage ili se koriste u aktivnom sudjelovanju u neprijateljstvima.”

⁴⁷ Article 70

OFFENCES AGAINST THE ADMINISTRATION OF JUSTICE

1. The Court shall have jurisdiction over the following offences against its administration of justice when committed intentionally:

- (a) Giving false testimony when under an obligation pursuant to article 69, paragraph 1, to tell the truth;
- (b) Presenting evidence that the party knows is false or forged;

će predmet podnijeti svojim nadležnim vlastima radi kaznenog progona. One će takve predmete rješavati marljivo i za njih odrediti dovoljno sredstava kako bi bili učinkovito riješeni. Premda su u ZIDKZ mijenjana neka kaznena djela protiv pravosuđa, od kojih neka i temeljito, niti jedna izmjena nije učinjena da bi se ta kaznena djela uskladila s čl. 70. Statuta MKS. Ipak, pažljiva analiza svih relevantnih inkriminacija iz glave XXII. KZ (ometanje pravde, sprječavanje dokazivanja itd.), kao i nekih kaznenih djela iz drugih glava KZ (npr. krivotvorenja isprave iz čl. 311. KZ, primanja mita iz čl. 347. KZ i davanja mita iz čl. 348. KZ), upućuje na zaključak da su ponašanja inkriminirana čl. 70. Statuta MKS (lažno svjedočenje, podnošenje dokaza za koje stranka zna da su lažni ili krivotvoreni, utjecanje na svjedoke podmićivanjem; ometanjem ili upletanjem u pojavljivanje i iskazivanje nekog svjedoka pred Sudom; osvećivanje svjedoku radi davanja iskaza; uništavanje svjedočkog iskaza; upletanje u prikupljanje dokaza; ometanje, zastrašivanje ili podmićivanje službenika Suda u svrhu prisiljavanja ili nagovaranja da ne izvrši svoje dužnosti ili da ih izvrši na nepravilan način) uglavnom na odgovarajući način inkriminirana i u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu.

5. ZAKLJUČAK

Noveliranje KZ u kojem je Republika Hrvatska, između ostalog, uskladila domaće materijalno kazneno pravo s odredbama Statuta MKS, predstavlja

(c) Corruptly influencing a witness, obstructing or interfering with the attendance or testimony of a witness, retaliating against a witness for giving testimony or destroying, tampering with or interfering with the collection of evidence;

(d) Impeding, intimidating or corruptly influencing an official of the Court for the purpose of forcing or persuading the official not to perform, or to perform improperly, his or her duties;

(e) Retaliating against an official of the Court on account of duties performed by that or another official;

(f) Soliciting or accepting a bribe as an official of the Court in connection with his or her official duties.

2. The principles and procedures governing the Court's exercise of jurisdiction over offences under this article shall be those provided for in the Rules of Procedure and Evidence. The conditions for providing international cooperation to the Court with respect to its proceedings under this article shall be governed by the domestic laws of the requested State.

3. In the event of conviction, the Court may impose a term of imprisonment not exceeding five years, or a fine in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, or both.

4. (a) Each State Party shall extend its criminal laws penalizing offences against the integrity of its own investigative or judicial process to offences against the administration of justice referred to in this article, committed on its territory, or by one of its nationals;

(b) Upon request by the Court, whenever it deems it proper, the State Party shall submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities shall treat such cases with diligence and devote sufficient resources to enable them to be conducted effectively.

realizaciju implementacijskog minimuma. To je provedeno na vrlo zadovoljavajući način. Općenito se može reći da je usklađivanje hrvatskog materijalnog kaznenog zakonodavstva s međunarodnim pravom obuhvaćeno posljednjom novelom KZ reformski segment koji zaslužuje vrlo visoku ocjenu, u kojem pogledu niti harmonizacija s odredbama Statuta MKS nije iznimka. Premda je pojam materijalno-pravnih odredaba Statuta MKS iznimno širok i osim općih odredaba, obuhvaća i katalog inkriminacija iz jurisdikcije MKS te kaznenopravne sankcije, usklađivanje hrvatskog materijalnog kaznenog prava sa Statutom MKS obuhvatilo je samo izmjene u katalogu inkriminacija. Takav je pristup opravdan i valja se složiti s ocjenom da bi u ovom trenutku usuglašavanje odredaba općeg dijela KZ s odgovarajućim odredbama Statuta MKS značilo takvu reviziju temeljnih načela hrvatskog kaznenog prava koja bi bila ravna tektonskom poremećaju.⁴⁸ Međutim, tek će vršenje jurisdikcije MKS u dogledno vrijeme pokazati je li realizacija implementacijskog minimuma uistinu bila pravo rješenje i hoćemo li ipak, nakon nekog vremena, zbog primjene načela komplementarnosti *ipso facto* biti prisiljeni pristupiti temeljitijoj reformi koja bi obuhvatila reviziju ne samo dijelova kataloga inkriminacija već i ostalih materijalno-pravnih odredaba Statuta MKS, uključujući i opće odredbe te odredbe o kaznenopravnim sankcijama. Ako se i kada se pristupi takvim razmatranjima, svakako će trebati voditi računa o tome da se eventualna revizija općih odredaba tretira odvojeno od kaznenopravnih sankcija. Naime, za razliku od općih odredaba, Statut MKS čak niti neizravno ne obvezuje države stranke da u nacionalnim zakonodavstvima predvide kaznenopravne sankcije iz kataloga Statuta MKS, što se odnosi i na najtežu propisanu kaznu – doživotni zatvor iz čl. 77. Statuta MKS. To, u prvom redu, proizlazi iz odredbe čl. 80. Statuta MKS u kojem je sadržana salvatorna klauzula za nacionalna prava i koja određuje da “odredbe o kaznama (pa i o doživotnom zatvoru) ne utječu na izricanje ili primjenu prava država koje ne predviđaju kazne propisane Statutom.”⁴⁹ Svjesni vjerojatnih ustavnopravnih implikacija u državama strankama, autori Nacrta statuta MKS predvidjeli su u tekstu spomenutu salvatornu klauzulu. Stoga valja uputiti kritiku pravnim ocjenama koje su prethodile donošenju ZIDKZ da bi Republika Hrvatska u sankcijama mogla predvidjeti i doživotni zatvor koji bi onda u posebnom dijelu bio propisan za međunarodna kaznena djela (a možda i neka druga) jer se time ne bi dirala koherencija općeg dijela Kaznenog zakona⁵⁰, kao i obrazloženje Konačnog prijedloga ZIDKZ da

⁴⁸ *Supra*, bilj. 39, str. 122.

⁴⁹ Article 80

NON-PREJUDICE TO NATIONAL APPLICATION OF PENALTIES AND NATIONAL LAWS

Nothing in this Part affects the application by States of penalties prescribed by their national law, nor the law of States which do not provide for penalties prescribed in this Part.

⁵⁰ *Supra*, bilj. 39, str. 122.

je kazna doživotnog zatvora predviđena čl. 77. Statuta MKS⁵¹, jer za Republiku Hrvatsku u procesu usklađivanja materijalnog kaznenog prava s odredbama Statuta MKS ne postoji pravna obveza propisivanja kazne doživotnog zatvora (ne samo s obzirom na čl. 80. Statuta MKS već i s obzirom na čl. 31. Ustava RH i čl. 2. KZ).

Summary

IMPLEMENTATION OF SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW PROVISIONS
OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT STATUTE (ROME STATUTE)
IN CROATIAN CRIMINAL LEGISLATURE

After the Statute of the International Criminal Court (Rome Statute) entered into force, all the parties, including the Republic of Croatia, became legally obliged to provide a normative framework for cooperation with the ICC. In this article, the author analyses what has been done in the field of the harmonisation of Croatian substantive criminal law with relevant provisions of the ICC Statute. The author considers in particular the new articles of the Act on Amendments of the Criminal Code – Crimes against Humanity (Article 157a) and Command Responsibility (Article 167a).

⁵¹ *Supra*, bilj. 45, str. 40.