

# Odgovornost države na temelju Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida

UDK 341.461  
341.48

## Sažetak

Završetak rada Komisije za međunarodno pravo na tematici odgovornosti država i usvajanje Nacrta članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čini mnogi su pravnici označili jednim od prijelomnih trenutaka u razvoju međunarodnog prava. Primarna pravila međunarodnog prava definiraju suštinske obveze država kao članica međunarodne zajednice. Samo njihova interakcija sa sekundarnim pravilima, kojima se definiraju konstitutivni elementi međunarodno protupravnog djelovanja, može dati metodološki prihvatljiv i praktično održiv rezultat u vidu utvrđene državne odgovornosti.

Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, iako naglasak stavlja na individualnu odgovornost i procesuiranje optuženih pojedinaca, prema tumačenju Međunarodnog suda pravde u slučaju Bosne i Hercegovine protiv Srbije, niti na koji način ne isključuje odgovornost država za genocid kao “zločin nad zločinima”. Državama se nameće trostruka obveza – genocid ne smiju počinuti, moraju ga spriječiti i kazniti.

Iako utemeljena na kaznenoj odgovornosti pojedinaca, međunarodna odgovornost država za genocid nije kaznenog karaktera.

*Ključne riječi: genocid, Međunarodni sud pravde, odgovornost države, Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, međunarodno protupravni čini.*

## 1. Uvod

Mnogo je događaja koji se u međunarodnom pravu označavaju pridjevom “povijesni”, no zasigurno je da takav snažan predznak istinski pripada samo nekima od njih. Presuda koju je Međunarodni sud pravde objavio 26. veljače ove godine u slučaju tužbe Bosne i Hercegovine protiv Srbije, a u kojoj je prvi put u povijesti međunarodnog prava meritorno odlučivao o odgovornosti jedne države za “zločin nad zločinima”, tj. o odgovornosti za genocid, svakako zaslužuje takav atribut.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Bosna i Hercegovina je tužbu naslova *Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Savezne Republike Jugoslavije)* protiv tadašnje Savezne Republike Jugoslavije podnijela 1993. SRJ je nastala 1992., a ime je 2003. promijenila u Srbija i Crna Gora. Nakon proglašenja neovisnosti Crne

Iako je Jean Paul Sartre s punim pravom rekao da je “genocid star koliko je staro i čovječanstvo”, pitanje odgovornosti za to djelo, bilo da se radilo o odgovornosti države ili odgovornosti pojedinca, je daleko novijeg datuma.<sup>2</sup>

Mnogi autori ističu da je u prošlosti zločin genocida prošao nekažnjen upravo iz razloga jer je bio počinjen po uputama ili uz prešutno odobravanje samih država, pri čemu se pitanje odgovornosti pojedinaca, kojima se u međunarodnom pravu orijentiranom na djelovanje država odricao međunarodnopravni subjektivitet, nije niti postavljalo.<sup>3</sup> Nepostojanje reakcije u domaćem pravnom sustavu nije inspiriralo razvoj sustava univerzalne nadležnosti, a institucionalizirano sankcioniranje nije postojalo niti u odnosu na brojna druga djela kojima su se kršila opća prava čovjeka.

Tek su stravične posljedice svjetskih ratova dovele do snažnijeg razvoja sustava zaštite ljudskih prava. Tako je u samo dva dana, 9. i 10. prosinca 1948., Opća skupština UN-a usvojila dokumente koje danas smatramo osnovama međunarodne zaštite temeljnih vrijednosti ljudske civilizacije – Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida<sup>4</sup> (dalje: Konvencija) i Opću deklaraciju o ljudskim pravima.

Konvenciji je prethodila Rezolucija 96(1) Opće skupštine iz 1946., koja je označila genocid kao međunarodni zločin, dajući do znanja pojedincima da ih se za to djelo može progoniti bez obzira na eventualnu dopuštenost takvog ponašanja prema domaćem pravu.<sup>5</sup> Oba dokumenta, a osobito Konvencija, u prvi plan stavljaju pitanje individualne odgovornosti i progona pojedinaca za genocid te u tom smislu strankama ugovornicama nameću niz obveza, propuštajući, doduše, izričito utvrditi postojanje i opseg eventualne odgovornosti država.

Zločini počinjeni tijekom sukoba na području bivše Jugoslavije i Ruande doveli su do uspostavljanja *ad hoc* tribunala čiji su statuti, kao i onaj Međunarodnog kaznenog suda, preuzeli konvencijsku definiciju zločina genocida.<sup>6</sup> Već njihovi prvi članci izričito uspostavljaju nadležnost samo u odnosu na pojedince pa će oni biti predmetom prikaza samo u dijelu u kojem su se ipak bavili pitanjima odgovornosti država.

Eksplicitno definiranje odgovornosti pojedinaca, za koje se još do nedavno tvrdilo da uopće nemaju međunarodnopravni subjektivitet, nužno poteže pitanje nije li pri tome međunarodna zajednica preskočila jednu fazu i propustila jasno definirati odgovornost država koje se već stoljećima smatra nositeljima tog subjektiviteta i međunarodnog prava uopće. Nije li propust izričitog definiranja njihove odgovornosti za počinjenje djela genocida zapravo ustupak povijesnoj činjenici da se genocid u najvećem broju slučajeva događao uz državno pokroviteljstvo, ponekad i aktivno sudjelovanje, što je najčešće bilo i razlogom njegovog nekažnjavanja?<sup>7</sup>

Gore 2006., Srbija je postala državom sljednicom. Presuda *BiH protiv Srbije*, Internet stranica Međunarodnog suda pravde [www.icj-cij.org/iccjwww/ldocket/ibhy/ibhyjudgment/ibhy\\_ijudgment\\_20070226\\_frame.htm](http://www.icj-cij.org/iccjwww/ldocket/ibhy/ibhyjudgment/ibhy_ijudgment_20070226_frame.htm), §68-§79.

S obzirom da se pravne posljedice presude odnose samo na Srbiju, za potrebe će se ovog rada spor označavati kao slučaj *BiH protiv Srbije*.

<sup>2</sup> Schabas, *Genocide in International Law – The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, 2000., str. 1.

<sup>3</sup> Milanović, *State Responsibility for Genocide*, 17 EJIL (2006), str. 554.

<sup>4</sup> Lapaš, Šošić (ur.), *Međunarodno javno pravo - izbor dokumenata*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2005., str. 546.-549.

<sup>5</sup> Schabas, *op.cit.*, str. 4. i 51.-52.

<sup>6</sup> Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju (dalje: ICTY) uspostavljen je Rezolucijom 827 (1993), a Međunarodni kazneni sud za Ruandu Rezolucijom 955 (1994) Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda.

<sup>7</sup> Tako i *Nacrtni kodeks zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva*, kojega je usvojila Komisija za međunarodno pravo (dalje: ILC) 1996. izričito govori o individualnoj odgovornosti za djela agresije, genocida, zločina protiv čovječnosti, ratne i zločine protiv UN-a i njegovog osoblja. Iako isključuje vlastitu primjenu na države, *Kodeks* sadrži i odredbu da odgovornost pojedinaca, koju on definira, ne isključuje odgovornost država prema drugim izvorima međunarodnog prava (članak 4.). Schabas, *op.cit.*, str. 81.-88. i Internet stranica ILC-a, [untreaty.un.org/ilc/texts/7\\_4.htm](http://untreaty.un.org/ilc/texts/7_4.htm).

Nadalje, s obzirom na individualizaciju odgovornosti u novijem međunarodnom pravu, postavlja se pitanje može li se genocid, kao sustavni napor usmjeren namjernom uništenju neke zaštićene grupe, uopće dogoditi u privatnom aranžmanu ili je, zapravo, pitanje odgovornosti državnih struktura *conditio sine qua non* odgovornosti za samo djelo genocida? Konačno, na temelju kojih izvora međunarodnog prava, te u kojem opsegu, države mogu biti pozvane na odgovornost?

S obzirom na svoj "presedanski" karakter, presuda u slučaju Bosne i Hercegovine (dalje: BiH) protiv Srbije poslužila je Međunarodnom sudu pravde (dalje: ICJ ili Sud) ne samo za rješavanje biti spora, nego i za otvaranje niza pravnih problema povezanih s tumačenjem Konvencije, koja je bila i ostala osnovni dokument na kojem se, ako uopće, i može zasnovati odgovornost države. Stoga će se velik dio ovog rada temeljiti na tumačenjima i pravnim osnovama usvojenih tumačenja u navedenoj presudi.<sup>8</sup>

## 2. Restriktivan koncept genocida

Laičko i pravno poimanje pojma genocida bitno se razlikuju.<sup>9</sup> Dok će ga većina laika označiti kao svako organizirano i planirano masovno ubijanje ljudi na osnovi njihove rase, etničke pripadnosti, vjeroispovijesti ili nekih drugih osobnih karakteristika, pravnici će se radi definicije pozvati na članak 2. Konvencije koji glasi:

*"U ovoj Konvenciji genocid znači bilo koje od slijedećih djela, učinjeno s namjerom da se potpuno ili djelomično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina:*

- a) ubojstvo članova skupine;
- b) nanošenje teške tjelesne ili psihičke povrede članovima skupine;
- c) namjerno podvrgavanje skupine takvim uvjetima života koji bi trebali dovesti do njenog potpunog ili djelomičnog uništenja;
- d) nametanje takvih mjera kojima se želi spriječiti rađanje u okviru skupine;
- e) prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu."

Tumačeći definiciju genocida, ICJ je naglasio da je za njegovo postojanje nužno ne samo postojanje namjere kao svjesnog i voljnog djelovanja u odnosu na konkretno djelo (*actus reus*), nego i postojanje specifične namjere (*dolus specialis*) potpunog ili djelomičnog uništenja zaštićene grupe kao takve.<sup>10</sup>

ICJ je naglasio kako genocid po svojoj prirodi nije "lošiji" od drugih zločina, već da je njegovo pravno određenje jednostavno drugačije, i to baš u smislu postojanja specifične, neki smatraju i ekstremno definirane, namjere.

Upravo je utvrđenje *dolus specialis* razdjelnica između genocida i zločina protiv čovječnosti. Ukoliko se postojanje specifične namjere utvrdi i u situacijama koje se inače mogu označiti kao zločini protiv čovječnosti, nema prepreke da se i ta djela označe kao genocid. U suprotnome, u odnosu na neka konkretna zbivanja, može postojati i paralelna odgovornost za zločine protiv čovječnosti i genocid.

Valja reći da je narav zaštićene skupine ovdje taksativno određena i da, kako po Konvenciji, tako i po *travaux preparatoires* koje je Sud uzeo u obzir, ne uključuje druge društvene skupine.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Pred ICJ-em su na temelju Konvencije do danas pokrenuta četiri spora, ali je meritorna odluka donesena samo u jednom (*BiH protiv Srbije*), dok su ostali prekinuti (*Pakistan protiv Indije*, 1973.), u tijeku (*Hrvatska protiv SRJ*, 1999.), ili se, pak, ICJ u njima proglasio nenadležnim (*SRJ protiv zemalja članica NATO-a*, 1999.). Schabas, *op.cit.*, str. 425.

<sup>9</sup> Autorstvo riječi pripisuje se Poljaku Raphaelu Lemkinu, a po prvi puta je upotrijebljena u materijalu optužbe tijekom procesa u Nürnbergu. Horvatić – Šeparović, *Kazneno pravo (posebni dio)*, Masmedia, Zagreb, 1999., str. 155.

<sup>10</sup> *BiH protiv Srbije*, *op.cit.*, §186 - §189.

<sup>11</sup> Pozivajući se na članke 31. i 32. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora, ICJ je zaključio da prilikom tumačenja Konvencije ne treba samo "ugovor tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora

Iako je u svojim podnescima Sudu BiH zaštićenu skupinu definirala kao skupinu "ne-Srba", ICJ se opredijelio za pozitivnu definiciju zaštićene grupe (dakle, u smislu imanja određenih karakteristika) te je pitanje proučavao u odnosu na skupinu Bošnjaka / muslimana.<sup>12</sup>

U članku 3. Konvencija je navela i kažnjive pojavne oblike zločina genocida: genocid, planiranje da se izvrši genocid, neposredno i javno poticanje da se izvrši genocid, pokušaj da se izvrši genocid te saučesništvo, tj. sudioništvo u genocidu.

Iako skoro u potpunosti zadovoljava načelo pravne sigurnosti jasnoćom i taksativnošću, konvencijska definicija genocida nesumnjivo izaziva i teškoće u pogledu dokazivanja postojanja specifične namjere, osobito ako se prihvati teza o odgovornosti država. Mogu li države imati namjeru kao element individualnog psihičkog odnosa prema djelu? Ako ne, kako onda uopće dokazati njihovu odgovornost?

### 3. Odgovornost država

#### 3.1. Pravni temelj odgovornosti

Opsežni *travaux preparatoires* govori u prilog podijeljenosti mišljenja o pozivanju na odgovornost država. Smatra se da su predstavnici Francuske bili odlučno opredijeljeni za sustav individualne odgovornosti, dok su predstavnici Ujedinjenog Kraljevstva zastupali stav da za počinjenje genocida trebaju odgovarati (i) države.<sup>13</sup> Tijekom pripremnih rasprava, više je puta istaknuto da je i povijest pokazala da se radi o "državnom zločinu" i da se nikada nije dogodilo da genocid nije bio počinjen ili direktno od strane države ili posredstvom njezinih "produženih ruku".

Konačan tekst Konvencije, koja danas ima 140 stranaka ugovornica, prvenstveno govori o individualnoj odgovornosti.<sup>14</sup> Dok članak 4. govori o kažnjavanju počinitelja bez obzira na položaj unutar sustava državne vlasti, članak 5. obvezuje države na zakonodavno uređenje i propisivanje učinkovitih kazni za djelo genocida. Članak 6. jasno kaže da će optužene osobe biti predane na suđenje nadležnim sudovima države na čijem je teritoriju djelo počinjeno ili nadležnom međunarodnom kaznenom sudu, isključujući pri tome primjenjivost kriterija političkih kaznenih djela na ekstradiciju (članak 7.).

Iako Sud svoju nadležnost može temeljiti i na sporazumu stranaka, u slučaju genocida je ona izrijeком uspostavljena Konvencijom, i to člankom 9. koji govori o nadležnosti u odnosu na sporove "među strankama ugovornicama u tumačenju, o primjeni i provedbi ove Konvencije, uključujući sporove što se odnose na odgovornost neke države za genocid ili bilo koje drugo djelo navedeno u članku 3."<sup>15</sup>

Tumačenja članka 9. koja su iznijele BiH i Srbija znakovita su za prigovore koji se i inače u međunarodnoj pravnoj javnosti mogu čuti na račun nadležnosti Suda za odlučivanje o odgovornosti država, a odnose se prije svega na sadržaj termina "odgovornost za genocid".

BiH je tvrdila da se ovaj slučaj tiče odgovornosti države koja je putem svojeg vodstva i svojih organa počinila "najokrutnija kršenja najsvetijih dijelova međunarodnog prava",

u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora" (st. 1.), nego da treba u obzir uzeti i "pripreme radove i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen" (st. 2.), smatrajući da su potonji priznati kao dijelovi međunarodnog običajnog prava. *Ibid.*, §160 i §163.

<sup>12</sup> *Ibid.*, §194-§196.

<sup>13</sup> Schabas, *op.cit.*, str. 418.-424.

<sup>14</sup> Internet stranica Visokog povjerenstva Ujedinjenih naroda za ljudska prava, [www.ohchr.org/english/countries/ratification/1.htm](http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/1.htm).

<sup>15</sup> *BiH protiv Srbije, op.cit.*, §147. i Lapaš, Šošić, *op.cit.*, str. 547.

smatrajući da Konvencija stvara univerzalan i jedinstven, na ugovoru utemeljen, koncept državne odgovornosti. S obzirom na eksplicitnu obvezu država da, sukladno članku 1. Konvencije, spriječe i kazne zločin genocida, BiH smatra da je eventualna povreda obveze države da spriječi genocid obuhvaćena povredom obveze da se genocid ne poćini.<sup>16</sup> Država koja je sama poćinila genocid naravno da je prekršila i obvezu da ga sprijeći.<sup>17</sup>

Srbija se oćekivano opredijelila za restriktivno tumaćenje Konvencije, smatrajući da su obveze koje za države iz nje proizlaze jedino i samo obveze države da sprijeći i kazni zloćin u slućajevima kada su ga poćinili pojedinci. Sukladno srbijanskim argumentima, Sud bi, na temelju spomenutih odredaba ćlanaka 4., 5., 6. i 7., mogao donijeti samo deklaratornu odluku kojom utvrđuje da je neka država te obveze povrijedila, ali svojom odlukom ne bi mogao državu proglasiti odgovornom za poćinjenje genocida jer u tom smislu nema *expressis verbis* nadlećnost.<sup>18</sup>

Prihvaćajući velikim dijelom argumente BiH, ICJ je još 1996., odlučujući o preliminarnim prigovorima u postupku, zakljućio da tekst ćlanaka 9. izrićito ne iskljućuje niti jedan oblik odgovornosti države te je općenito konstatirao da Konvencija nalaže državama odrećene obveze, kršenje kojih izaziva i poteće pitanje njihove mećunarodne odgovornosti.<sup>19</sup>

O kršenju mećunarodnih obveza kao konstitutivnom elementu mećunarodnog protupravnog ćina, kao okosnici prava odgovornosti država, bit će više rijeći kasnije.

### 3.2. Opseg odgovornosti

Ocjenujući prirodu i sadržaj odgovornosti države, Sud je zakljućio da ona nesumnjivo obuhvaća odgovornost za povrede ćlanaka 4. do 7., u odnosu na koje države imaju obveze kaznenog progona, izrućenja te usvajanja odgovarajućih zakonodavnih rješenja. Tim se specifićnim odredbama iscrpljuje obveza država da sprijeće i kazne genocid iz ćlanaka 1.<sup>20</sup>

Iznoseći svojevrstu moralnu poruku, Sud je naglasak stavio na odredbu ćlanaka 1. koji govori o genocidu kao zloćinu prema mećunarodnom pravu, rekavši da je i sama ta kategorizacija jasan znak da su principi na kojima se temelji Konvencija principi koje civilizirani narodi priznaju kao obvezujuće ćak i bez eksplicitne konvencijske formulacije. Ti principi nameću univerzalni karakter osude genocida, ali i potrebne suradnje država kako bi se ćovjećanstvo oslobodilo takve prakse.

Odgovarajući na pitanje obvezuje li Konvencija države i da ne poćine genocid, Sud zakljućuje da upravo tumaćenje ćlanaka 1. implicitno samim državama, koje na takvu formulaciju pristaju, zabranjuje poćinjenje djela. Obveza da ne poćine genocid slijedi i iz izrićite obveze država da taj ćin sprijeće. Bilo bi paradoksalno da se državama nameće obaveza da, u okvirima vlastite moći, sprijeće poćinjenje genocida od strane osoba nad kojima imaju odrećeni utjecaj, ali da im samima to ne bude zabranjeno, bilo preko vlastitih organa, bilo preko tijela ćije im se ponašanje nućno pripisuje.<sup>21</sup>

Konaćno, Sud je utvrdio da odredbu ćlanaka 9. treba protumaćiti na naćin da njegova nadlećnost postoji u odnosu na trostruku obvezu država da zloćin genocida sprijeće, kazne i ne poćine.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> *BiH protiv Srbije, op.cit.*, §155.

<sup>17</sup> "Stranke ugovornice potvrđuju da je genocid, bez obzira da li je poćinjen u vrijeme mira ili u vrijeme rata, zloćin prema mećunarodnom pravu; one se obvezuju da će ga sprećavati i kaćznjavati."

<sup>18</sup> *BiH protiv Srbije, op.cit.*, §156.

<sup>19</sup> Schabas, *op.cit.*, str. 435.

<sup>20</sup> *BiH protiv Srbije*, §159, §162 i §165.

<sup>21</sup> *Ibid.*, §166 i §167.

<sup>22</sup> *Ibid.*, §165, §169 i §179.

U ovom kontekstu, kršenje te trostruke obveze bi potegnulo pitanje odgovornosti države za genocid.

Obveza država nije teritorijalno ograničena, ali jest ograničena mogućnošću pripisivanja djelovanja pojedinaca i organa državi za koju se navodi da je prekršila svoje obveze, kao drugog elementa međunarodno protupravnog čina.<sup>23</sup>

### 3.3. Pravna priroda odgovornosti

Razmatrajući dalje narav odgovornosti država, Sud je priznao da su kategorije iz članka 3. kaznenopravne i da odgovaraju sustavu individualne odgovornosti.<sup>24</sup> Međunarodnopravna odgovornost države uključuje djelovanja koja se smatraju elementima kaznene odgovornosti pojedinca, ali sama po sebi nije kaznenog karaktera. Ona više nalikuje građanskoj odgovornosti i postoji radi neispunavanja obveza koje su definirane običajnim pravom ili međunarodnim ugovorima, a ne radi počinjenja kaznenog djela.<sup>25</sup>

Nema, dakle, jednoznačnog odgovora na pitanje može li država počiniti genocid. Sama po sebi kao apstraktan entitet država ne može djelovati, ne može počiniti kazneno djelo i ne može biti kazneno odgovorna. Međutim, pojedinac, s druge strane, može djelovati, može počiniti kazneno djelo i može biti pozvan na kaznenu odgovornost, a to se njegovo djelovanje pod određenim okolnostima može pripisati, tj. uračunati, državi u smislu njezine međunarodnopravne odgovornosti.

Činjenica da ta međunarodnopravna odgovornost države više sliči građanskoj odgovornosti, međutim, ne znači da se time umanjuju karakter i težina zločina kojega su direktni počinitelji počinili. Njihova odgovornost ostaje eklatantno kaznena, a posebno je uređeno kada se djelovanje nekog pojedinca, koje je u suštini kaznenog karaktera, može pripisati državi u smislu postavljanja pitanja njezine odgovornosti za međunarodno protupravne čine. Takva pripisana odgovornost, iako u svojem korijenu kaznenog karaktera, na razini države takav karakter gubi i poprima obilježja građanske odgovornosti.<sup>26</sup>

Kao pomoćni organ Ujedinjenih naroda, Komisija za međunarodno pravo, koja je s radom počela 1949., ima zadatak kodifikacije i progresivnog razvoja međunarodnog prava. Pitanje odgovornosti država nalazilo se na njezinom dnevnom redu skoro pedeset godina – od 1955. do 2001., kada je rad na ovoj temi zaključen usvajanjem Nacrta članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine (dalje: Članci ili Nacrt članaka), kojeg mnogi autori smatraju prijelomnom točkom u povijesti međunarodnog prava.<sup>27</sup> Izražavajući zadovoljstvo dovršetkom rada ILC-a na temi odgovornosti država, Članke je Opća skupština priložila Rezoluciji 56/83 iz 2001., ne prejudicirajući pri tome njihovo eventualno buduće usvajanje putem mnogostranog međunarodnog ugovora.

<sup>23</sup> *Ibid.*, §183 i §184.

<sup>24</sup> *Ibid.*, §167.

<sup>25</sup> Milanović, *op.cit.*, str. 562.

<sup>26</sup> *Ad hoc* sudac Kreća smatra da prihvaćanje odgovornosti države za genocid nužno znači i iskonsku, pravu i nepobitnu kaznenu odgovornost države, što je samo po sebi neodrživo u međunarodnom pravu. *Izdvojeno mišljenje ad hoc* suca Kreće (§129).

Slične interpretacije dali su i suci Shi, Koroma, Owada i Tomka. *Zajednička deklaracija sudaca Shija i Korome* (§3-§5), *Izdvojeno mišljenje suca Owade* (§38-§73), *Izdvojeno mišljenje suca Tomke* (§37-§61).

Sudac Skotnikov smatra da odgovornost država postoji samo onda kada pojedinac počinio zločin genocida, a njegovo se djelovanje može pripisati državi, dok država sama po sebi genocid ne može počinuti. Obveza države da ne počinio genocid nije izrijeком navedena u Konvenciji. Takve su nepisane obveze, smatra, neprihvatljivije ne samo po općem međunarodnom pravu, nego i samoj Konvenciji. *Deklaracija suca Skotnikova* (str. 4.-10.).

Internet stranica Međunarodnog suda pravde [www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhyjudgment/bhy\\_ijudgment\\_20070226\\_frame.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhyjudgment/bhy_ijudgment_20070226_frame.htm).

<sup>27</sup> Internet stranica Komisije za međunarodno pravo, [untreaty.un.org/ilc/summaries/9\\_6.htm](http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_6.htm).

U mnogim se svojim dijelovima Nacrt članaka danas smatra pokazateljem stanja običajnog međunarodnog prava, na koje se Sud, sukladno odredbama članka 38. svojeg Statuta,<sup>28</sup> u slučaju *BiH protiv Srbije*, i oslonio pri donošenju svoje odluke.

U tom je smislu Sud uvažio tvrdnje BiH i Srbije da međunarodno pravo ne poznaje kaznenu odgovornost država, te da i konačna verzija Nacrta članaka ne poznaje "međunarodni zločin" kao "protupravni čin koji proizlazi iz povrede međunarodne obveze toliko bitne za zaštitu temeljnih interesa međunarodne zajednice da je njezina povreda priznata kao zločin od čitave te zajednice".<sup>29</sup> Upravo su neslaganja oko koncepta "međunarodnih zločina", koji je dugo vremena bio naveden u članku 19. Nacrta članaka, znatno produljila rad Komisije na ovoj materiji, pri čemu su predstavnici brojnih država smatrali da se na ovaj način nastoji u međunarodno pravo implicitno uvesti potpuno neprihvatljiv institut kaznene odgovornosti država.

Upravo iz tog razloga se u okviru odgovornosti države za genocid ne postavlja pitanje ima li država i *dolus specialis* u odnosu na potpuno ili djelomično uništenje neke zaštićene grupe. Namjera je dio pitanja kaznene odgovornosti i predmetom je dokazivanja ne na razini države kao apstraktnog entiteta, nego na razini političkog i vojnog vodstva koje u ime države djeluje i čije djelovanje državi može biti pripisano.

O samim uvjetima pripisivanja bit će riječi nešto kasnije.

### 3.4. Paralelizam odgovornosti

Zaključujući pitanje o karakteru odgovornosti za genocid, Sud je potvrdio da se radi o paralelnom sustavu individualne i odgovornosti države kao konstantnom elementu međunarodnog prava. Priroda djela genocida je dvojaka. Genocid je kako zločin koji podrazumijeva individualnu kaznenu odgovornost, tako i međunarodno protupravni čin koji poteže pitanje odgovornosti države prema običajnim pravilima o pripisivanju ili atribuciji. Odgovornost pojedinca, dakle, nije isto što i pitanje odgovornosti države.

Država ne može biti i nije izuzeta od svoje odgovornosti za međunarodno protupravne akte činjenicom da je izvršen progon ili kažnjavanje dužnosnika koji su ta djela direktno i neposredno počinili, jer ta dva sustava odgovornosti supostoje i nisu međusobno konkurentni.<sup>30</sup>

Individualna odgovornost ne isključuje međunarodne obveze država (članak 25. Rimskog statuta), niti potonja isključuje odgovornost pojedinca (članak 58. Nacrta članaka).

## 4. Međunarodno protupravni čini

### 4.1. Suvremena regulacija

Danas se smatra prihvaćenim da se u kontekstu odgovornosti država govori o primarnim pravilima, tj. ugovornim ili običajnim pravilima koja definiraju suštinske pravne obveze

<sup>28</sup> Članak 38. Statuta Međunarodnog suda pravde kao izvore međunarodnog prava koje primjenjuje u rješavanju sporova spominje: (a) međunarodne konvencije, bilo opće ili posebne, koje ustanovljuju pravila, izrijekom priznata od država u sporu, (b) međunarodni običaj kao dokaz opće prakse, prihvaćene kao pravo, (c) opća načela prava, priznata od civiliziranih naroda, i (d) sudske rješidbe i naučavanja najpoznatijih publicista različitih naroda kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila. Andrassy, Bakotić, Vukas, *Međunarodno pravo*, sv. 1, Školska knjiga, 1998., str. 19.

<sup>29</sup> Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *Međunarodno pravo* 3, Školska knjiga, 2006., str. 117. i 118., i Schabas, *op.cit.*, str. 440.–441.

<sup>30</sup> *BiH protiv Srbije*, *op.cit.*, §173.

država (povreda tih obveza je temelj odgovornosti država), i sekundarnim pravilima koja definiraju uvjete postojanja povrede primarnog pravila, kao i posljedice te povrede. Potonje se smatra posebnim i relativno autonomnim dijelom međunarodnog prava - pravom odgovornosti država.

U slučaju genocida, primarna pravila bi bila ona koja definiraju trostruku obvezu države da djelo ne počinii, spriječi i kazni (bez obzira na konkretan izvor te obveze), dok bi sekundarna pravila bila općenita pravila međunarodnog prava o uvjetima odgovornosti za svaki međunarodno protupravni čin, tako i genocid, kao povredu obveze nametnute primarnim pravilima.

Iako su međusobno povezani, od metodološke je i praktične važnosti, kao što će se vidjeti kasnije, ova dva skupa promatrati odvojeno. Upravo je u sintetičkom pristupu bila velika mana tradicionalne regulacije.<sup>31</sup>

Prema Casseseu, odgovornost države, kao dio tih sekundarnih pravila, definira se u smislu pravnih posljedica njezinog međunarodnog protupravnog čina. Posljedice se očituju ne samo u vidu obveza počinitelja protupravnog čina, nego i u pravima i ovlastima države koja je tim činom povrijeđena.<sup>32</sup>

Temelj odgovornosti je počinjeni međunarodno protupravni čin<sup>33</sup> koji postoji ako su kumulativno ispunjene objektivne i subjektivne pretpostavke;

- ako je neko komisivno ili omissivno djelovanje u neskladu s ponašanjem koje zahtijeva pravilo međunarodnog prava;
- ako se ta povreda obveze subjektu međunarodnog prava može pripisati.

Iz Nacrta članaka da se iščitati i razlikovanje dvaju tipova odgovornosti, ovisno o naravi prekršenih pravila: obična odgovornost i odgovornost za ozbiljne povrede kogentnih pravila općeg međunarodnog prava.

Potonje se javljaju kao zamjena za neprihvaćeni koncept "međunarodnih zločina", a odnose se na kršenje obveza (*erga omnes* ili *erga omnes contractantes*, ovisno o tome radi li se o zaštiti osnovnih vrijednosti međunarodne zajednice, ili zaštiti vrijednosti propisanih multilateralnim ugovorima kojih je dotična država stranka) kao što su mir, ljudska prava i samoodređenje. Za razliku od običnih povreda, ovdje se stvara javni odnos odgovornosti; povreda nanosena nepoštivanjem tih obveza smatra se povredom prava svake druge države da se odredbe poštuju pa se svaka država na nju može i pozvati.<sup>34</sup>

Potencijalna praktična vrijednost ovog sustava bi osobito mogla biti iskazana u slučaju genocida kojega država čini nad svojim stanovništvom. Tradicionalan koncept bi u tom slučaju u potpunosti zakačio djelovanje međunarodnih pravosudnih tijela (država koja bi mogla pokrenuti postupak radi utvrđenja kršenja obveza po Konvenciji bi bila ista ona država koja bi se u tom postupku pojavila kao tuženica), dok bi u okviru ozbiljnih povreda uspostavljeni institut "javnog odnosa", značio i, teoretski, davanje ovlasti bilo kojoj državi da može pokrenuti postupak pred ICJ-em u slučaju da druga država krši takve obveze, makar i prema svojim građanima.

Odgovornost države za genocid (u trostrukom smislu, kako ju je protumačio ICJ), bila bi, dakako, prema naravi povrede, posljedica povreda obveze koju država ima *erga omnes*.

Ipak, diskutabilna je praktična i realna vrijednost ovakvog teoretskog razlikovanja režima obične odgovornosti i režima odgovornosti za ozbiljne povrede kogentnih pra-

<sup>31</sup> Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2005., str. 241.-245.

<sup>32</sup> *Ibid.*, str. 241.

Članak 2., *Nacrt članaka*, *op.cit.*

<sup>33</sup> "Svaki međunarodno protupravni čin države za sobom nužno povlači međunarodnu odgovornost te države." - Članak 1., *Nacrt članaka*, *op.cit.*

<sup>34</sup> Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *Međunarodno pravo* 3, Školska knjiga, 2006., str. 118.-119. i Milanović, *op.cit.*, str. 564.-565.



vila općeg međunarodnog prava. Od većeg je praktičnog značaja izloženi koncept međunarodno protupravnih čina prema Nacrtu članka.<sup>35</sup>

#### 4.2. Pripisivost ili atribucija

Kako na međunarodnoj razini države često djeluju putem nedržavnih čimbenika, prije ustanovljenja odgovornosti države nužno je ustanoviti odgovornost pojedinaca ili grupe i mogućnost pripisivanja, tj. mogućnost da se njihovo djelovanje smatra, u svrhu ustanovljenja međunarodne odgovornosti države, djelovanjem države. Djelovanje koje je u surotnosti s međunarodnim obvezama neke države i mogućnost da se neko djelo pripiše državi dva su preduvjeta međunarodne odgovornosti države za svaki protupravni čin, pa tako i za zločin genocida.

Ovakvim se tumačenjem vodio i ICJ u presudi protiv Srbije, oslanjajući se velikim dijelom na svoju prethodnu praksu, ali i postojeće običajno pravo kako je ono iskazano Nacrtom članka koji je nastao upravo po uzoru na tu sudsku praksu. Prema Nacrtu članka, do pripisivanja djelovanja pojedinca ili grupe državi će doći ako se radi o:

- a) djelovanju državnih organa, bez obzira na njihovu funkciju ili položaj u sustavu državne vlasti;<sup>36</sup>
- b) djelovanju osobe ili tijela koji nisu državni organi, ali koji prema unutarnjem pravu te zemlje imaju ovlasti vršiti i u konkretnoj situaciji vrše elemente vlasti;<sup>37</sup>
- c) djelovanju organa koje je jedna država stavila na raspolaganje drugoj državi ukoliko ti organi vrše elemente vlasti države kojoj su na raspolaganju;<sup>38</sup>
- d) djelovanju osobe ili grupe osoba ukoliko isti djeluju prema smjernicama države ili pod njezinim ravnanjem i kontrolom;<sup>39</sup>
- e) djelovanju osobe ili grupe osoba ukoliko isti vrše elemente vlasti pri čemu službene vlasti same ne djeluju ili niti ne postoje, a u okolnostima koje zahtijevaju vršenje elemenata vlasti;<sup>40</sup>
- f) djelovanju ustaničkog pokreta koji postane novom vlašću dotične zemlje;<sup>41</sup>
- g) djelovanju koje se ne može državi pripisati prema prethodnim okolnostima, ukoliko i u mjeri u kojoj ga dotična država prizna i prihvati kao svoje.<sup>42</sup>

U praksi su najviše do izražaja došle odredbe koje se odnose na pripisivanje djelovanja državnih organa i pripisivanje djelovanja osobe ili grupe osoba prema smjernicama države ili pod njezinim ravnanjem i kontrolom. Osobito kroz ova dva slučaja, što je pokazala i praksa ICJ-a u slučaju *Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država* i, osobito, *BiH protiv Srbije*, izražena je sva specifičnost mogućeg protupravnog djelovanja jedne države posredstvom nedržavnih čimbenika, pa će o njima, kao i metodama njihovog utvrđivanja, u nastavku biti nešto više riječi.<sup>43</sup>

Druge situacije koje je u Nacrtu članka definirala Komisija za međunarodno pravo, a koje pretpostavljaju odgovornost države (prisila, pomoć ili potpora, ravnanje ili kontrola ponašanjem druge države i sl.) odnose se na odnose dviju ili više država kao subjekata

<sup>35</sup> Milanović, *op.cit.*, str. 601.

<sup>36</sup> Članak 4., *Nacrt članka, op.cit.*

<sup>37</sup> Članak 5., *Nacrt članka, op.cit.*

<sup>38</sup> Članak 6., *Nacrt članka, op.cit.*

<sup>39</sup> Članak 8., *Nacrt članka, op.cit.*

<sup>40</sup> Članak 9., *Nacrt članka, op.cit.*

<sup>41</sup> Članak 10., *Nacrt članka, op.cit.*

<sup>42</sup> Članak 11., *Nacrt članka, op.cit.*

<sup>43</sup> Presuda u slučaju *Vojne i paravojne aktivnosti u i protiv Nikaragve (Nikaragva protiv SAD-a)*, Internet stranica ICJ-a [www.icj-cij.org/iccjwww/ icases/inus/inusframe.htm](http://www.icj-cij.org/iccjwww/ icases/inus/inusframe.htm).

međunarodnog prava, a ne na odnos države prema nedržavnim čimbenicima. U kontekstu Konvencije, one nisu bile predmetom tumačenja ICJ-a.

### 4.3. Test “potpune kontrole”

Djelovanje državnih organa, prema odredbama članka 4. Nacrta članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, predviđeno je kao primarna okolnost koja dovodi do njegovog uračunavanja državi o čijoj se odgovornosti zaključuje.

Status organa procjenjuje se prije svega prema njihovom pravnom položaju u skladu s unutarnjim pravom države, u kojem slučaju se radi o *de iure* organima.

Međutim, u praksi se rijetko događa da država otvoreno protupravno djeluje putem svojih organa vlasti. Češće se radi o određenim tijelima (primjerice, paravojne skupine, plaćenici i sl.) koja stvarno djeluju pod znatnom kontrolom države, ali bez potrebnog formalnog *de iure* statusa. Ignoriranje ovakvih *de facto* državnih organa otvorilo bi mogućnost da države izbjegavaju svoju odgovornost jednostavnim izgovorom da neki organ nema adekvatan status prema unutarnjem pravu. *De facto* organ djeluje kao i *de iure* organ, a razlike među njima, osim po pravnom položaju, nema.

U praksi se za razlikovanje *de iure* i *de facto* organa koristi test “potpune kontrole”. Taj je test, koji se naziva i “prvim nikaragvanskim testom”, Međunarodni sud pravde formulirao u §109 i §110 presude u slučaju *Nikaragva protiv SAD-a*, a u kojem je, među ostalim, odlučivao može li se, i pod kojim uvjetima, djelovanje paravojne skupine *contras*, tijekom kojega je došlo do teških povreda međunarodnog humanitarnog prava u Nikaragvi, pripisati američkim vlastima.

Je li država stvorila dotičnu grupu, postoji li odnos potpune ovisnosti i potpuno odsustvo mogućnosti samostalnog djelovanja grupe, koristi li država taj odnos ovisnosti i kontrole i je li država odabrala i ustoličila političke vođe, ključna su pitanja za pozitivno rješavanje testa “potpune kontrole” i pripisivanje djelovanja državi.

Dakle, ovdje se radi o tijelima koja nisu organi države prema unutarnjem pravu, ali se po svojem pravnom značenju sa njima izjednačuju jer su faktički u odnosu potpune ovisnosti prema državi, nemaju samostalnosti i realno djeluju kao njezin instrument pa je i opravdano smatrati ih državnim organima.<sup>44</sup>

Dok god je djelovanje *de iure* i *de facto* organa službenog karaktera, ono se automatski pripisuje državi, čak i ako je počinjeno u prekoračenju ovlasti ili u suprotnosti s uputama.<sup>45</sup>

Primjerice, postojala bi odgovornost države za genocid ako bi se utvrdilo da su direktni počinitelji djela, koji su, ili pravno imajući status državnih organa, ili udovoljavajući testu “potpune kontrole” (jer je druga država, primjerice, tu skupinu stvarno osnovala, sasvim kontrolirala i usmjeravala njezine aktivnosti te odabrala, ustoličila i usmjeravala rad njezinih političkih vođa), počinili ubojstvo članova neke zaštićene skupine s namjerom njezinog potpunog ili djelomičnog uništenja, pri čemu samo političko vodstvo te države namjeru niti je imalo, niti je o njezinom postojanju imalo saznanja.

### 4.4. Test “efektivne kontrole”

Do uračunavanja djelovanja nedržavnih čimbenika (osobe ili grupe osoba) državi dolazi i ukoliko ti čimbenici djeluju prema smjernicama države ili pod njezinim ravnanjem i kontrolom, a prema odredbama članka 8. Nacrta članaka.

<sup>44</sup> *BiH protiv Srbije, op.cit.*, §391-§393 i *Nikaragva protiv SAD-a, op.cit.*, §93-§114.

<sup>45</sup> *BiH protiv Srbije, op.cit.*, §385., *Nikaragva protiv SAD-a, op.cit.*, §75-§86. i Članak 7., *Nacrt članaka, op.cit.*

Ispravan test kontrole bi bio test “efektivne kontrole”, nazvan i “drugim nikaragvan-  
skim testom”, onako kako ga je definirao Međunarodni sud pravde u §115 presude protiv  
SAD-a. Odnos “efektivne kontrole” bi postojao u situaciji kada država ne samo da financi-  
ra neku skupinu, nego i koordinira i nadzire njezino djelovanje te izdaje specifične, izričite i  
izravne upute ili naredbe u odnosu na počinjenje protupravnih djela. Općenito dane upute  
nisu, prema stavu ICJ-a, relevantne.<sup>46</sup>

U ovoj situaciji, državi se mogu pripisati isključivo pojedinačna protupravna djela oso-  
be ili grupe osoba za koja bi bilo moguće dokazati da su počinjena temeljem specifičnih,  
izravnih i izričitih uputa ili naredbi dotične države.

Za razliku od toga, u slučaju djelovanja *de iure* i *de facto* državnih organa, ide se i  
korak dalje pa se državi pripisuju ne samo pojedinačna protupravna djela, nego i cjelovi-  
tost redovnog djelovanja organa, kao i djelovanje u prekoračenju ovlasti ili u suprotnosti  
s uputama.<sup>47</sup>

S obzirom na stupanj kontrole i opseg pripisivog ponašanja, u slučaju genocida bi,  
ako bi se pripisivost djelovanja nedržavnih čimbenika temeljila na odnosu “efektivne kon-  
trole”, bilo nužno dokazati postojanje izravnih uputa vodstva odnosno države usmjerenih  
na počinjenje djela, ali i postojanje specifične namjere kod državnog vodstva koje te  
upute izdaje.<sup>48</sup>

Pretpostavke atribucije djelovanja državi međusobno su kaskadno isključive i njihovo  
utvrđivanje mora ići odgovarajućim redoslijedom, što je Sud potvrdio i u slučaju protiv  
SAD-a, i u slučaju protiv Srbije.<sup>49</sup> Ako se utvrdi mogućnost pripisivanja po osnovi *de iure*  
statusa državnih organa, neće se ispitivati njihov *de facto* položaj, niti postojanje “efek-  
tivne kontrole”. Utvrđenje *de facto* statusa nekog organa također prekludira pripisivost  
prema testu “efektivne kontrole”.

Dva su “nikaragvanska testa” ključna za izvođenje odgovornosti države za djela koja  
nisu počinili njezini *de iure* organi. Dosljedno su provedeni u obje presude te se smatraju  
okosnicom sustava odgovornosti država za djela nedržavnih čimbenika.

Argument Srbije da se njezina odgovornost ne može utvrditi bez postojanja prethodno  
nesumnjivo utvrđene kaznene odgovornosti pojedinca, čije djelovanje se mora moći pri-  
pisati državi, dakle, ne stoji. Prihvatanje suprotnog stajališta moglo bi u određenim situa-  
cijama u potpunosti zakočiti djelovanje sustava utvrđivanja odgovornosti države, ali i samu  
Konvenciju učiniti potpuno neprimjenjivom. Odgovornost države za sve međunarodno  
protupravne čini, pa tako i genocid, postoji na temelju kršenja međunarodne obveze i  
pripisivanja individualnog djelovanja državi, a prethodni kazneni progon je dobrodošao  
način utvrđivanja činjenica, ali ne i *conditio sine qua non*.<sup>50</sup>

## 5. Genocid kao međunarodno protupravni čin

Kao “zločin u međunarodnom pravu”, genocid je i međunarodno protupravni čin koji  
za sobom poteže pitanje odgovornosti države.<sup>51</sup> Suprotnost s međunarodnopravnom  
normom i pripisivost državi njegove su temeljne odrednice.

*Actus reus* i *mens rea* genocida, kao elementi njegove suprotnosti normi međunarodnog  
prava, izrijeckom su definirani člankom 2. Konvencije. Postojanje djela (kao kombinacije  
radnje i krivnje), pri čemu nije isključeno istovremeno postojanje više elemenata genocida

<sup>46</sup> *Nikaragva protiv SAD-a, op.cit.*, §115. i *BiH protiv Srbije, op.cit.*, §396-§400.

<sup>47</sup> Članak 7., *Nacrt članaka, op.cit.*

<sup>48</sup> Milanović, *op.cit.*, str. 568.

<sup>49</sup> *BiH protiv Srbije, op.cit.*, §379-§384.

<sup>50</sup> *Ibid.*, *op.cit.*, §180-§184.

<sup>51</sup> Članak 1., *Nacrt članaka, op.cit.*

iz navedenog članka, prethodna je pretpostavka razmatranja pripisivosti djela, pa tako i postojanja međunarodnog protupravnog čina.

Osim u slučaju srebreničkog masakra, ICJ u slučaju protiv Srbije nije utvrdio postojanje djela genocida, što zbog nepostojanja *dolus specialis* kao psihičkog odnosa prema djelu (krivnja ili *mens rea*) - u odnosu na elemente iz članaka 2.a, 2.b i 2.c, što zbog nepostojanja same radnje (*actus reus*) - u odnosu na elemente iz članaka 2.d i 2.e.<sup>52</sup> Dakle, iako je, primjerice, utvrdio sustavna ubijanja pripadnika zaštićene skupine, Sud nije bio u mogućnosti utvrditi postojanje *dolus specialis* u odnosu na potpuno ili djelomično uništenje skupine tim postupcima. S druge strane, sud namjeru nije niti utvrđivao u odnosu na, primjerice, sprečavanje rađanja unutar skupine, jer nije niti utvrdio da su takva djela činjena. Rezultat je u oba slučaja isti – genocida kao kompleksnog djela nema.

### 5.1. Metodologija utvrđivanja odgovornosti za genocid

S obzirom da je samo u slučaju Srebrenice utvrđeno postojanje elemenata genocida kao ponašanja kojim su prekršene međunarodne obveze propisane Konvencijom, samo se u odnosu na taj slučaj moglo i postaviti pitanje pripisivosti kao drugog elementa međunarodne odgovornosti države (uz činjenicu prekršenih obveza), i to kroz tri specifična pitanja, koja se zbog svoje metodološke prikladnosti i nužne sukcesivne primjene mogu postaviti i u budućim sličnim situacijama:

1. Mogu li se djela genocida pripisati državi na temelju običajnog međunarodnog prava o odgovornosti država, tj. jesu li genocid počinile osobe ili organi čije se djelovanje državi može pripisati?

Eventualna odgovornost za samo počinjenje genocida kao oblik djela iz članka 3.a apsorbira ostale pojavne oblike genocida (planiranje počinjenja, izravno i javno poticanje na počinjenje, pokušaj i sudioništvo).<sup>53</sup>

Doduše, ako odgovornost za počinjenje djela nije utvrđena, svejedno treba utvrditi eventualnu odgovornost za ostale pojavne oblike djela. Tako odgovornost za sudioništvo ili poticanje može postojati i bez odgovornosti za počinjenje.

Primjenjujući pravila o pripisivosti, Sud je zaključio da nema dokaza o sudjelovanju bilo srbijanskih *de iure* organa, bilo *de facto* organa u odnosu potpune ovisnosti o Srbiji ili tijela nad kojima su srbijanske vlasti imale efektivnu kontrolu, u događajima u Srebrenici. Odgovornost u odnosu na počinjenje genocida, kao osnovni oblik, s obzirom na nemogućnost pripisivosti ponašanja, nije pokazana, te je Sud, slijedom prihvaćene metodologije, isto pokušao učiniti u odnosu na ostale pojavne oblike djela genocida.<sup>54</sup>

2. Mogu li se drugi pojavni oblici genocida pripisati državi na temelju običajnog međunarodnog prava?

Sud se ovdje usredotočio na pitanje sudioništva u genocidu, koje razlikuje od situacije u kojoj neki organi postupaju pod efektivnom kontrolom tuženika. Potonje je element međunarodne odgovornosti i uvjet atribucije osnovnog oblika genocida (počinjenje djela) državi.<sup>55</sup>

Sudioništvo se definira kao osiguravanje sredstava radi omogućavanja ili poticanja počinjenja zločina. Izričito kategorija sudioništva ne postoji u okviru terminologije prava o međunarodnoj odgovornosti države, iako postoji sličnost s običajnopравnim pravilom o "pomoći ili potpori" koju jedna država pruža drugoj, ali ne nedržavnom čimbeniku, u počinjenju međunarodno protupravnog čina.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> *BiH protiv Srbije*, §296 i §297. - slučaj Srebrenice, te §276 i §277 (2.a), §319 (2.b), §344 i §354 (2.c), §355 i §361 (2.d) i §367 (2.e) – nepostojanje elemenata genocida.

<sup>53</sup> *Ibid.*, §380 i §381.

<sup>54</sup> *Ibid.*, §413-§415.

<sup>55</sup> *Ibid.*, §416-§424.

<sup>56</sup> Članak 16., *Nacrt članaka*, *op.cit.*

Ovdje je pripisivost Sud negirao prije svega držeći da na strani Srbije nije postojala namjera da se financijskom i ekonomskom pomoći postigne potpuno ili djelomično uništenje skupine, niti je postojalo odgovarajuće saznanje o postojanju namjere kod izravnih počinitelja, a koja su oba zahtjeva nužan *mens rea* element.<sup>57</sup>

Zaključujući da ne postoji odgovornost Srbije prema članku 3. (za počinjenje, sudioništvo, poticanje i dr.), valja razmotriti i je li država ispunila svoju obvezu sprečavanja konstitutivnih elemenata zločina genocida, koja obveza postoji samo ako, kao i sada, uopće ne postoji odgovornost za bilo koji od oblika samog djela genocida. Naime, ne bi imalo smisla utvrđivati odgovornost države za nesprečavanje genocida ako bi se utvrdila njezina odgovornost za počinjenje, sudioništvo, poticanje ili neki drugi oblik iz članka 3. Konvencije.

Logika kaže da država koja je sama aktivno poticala na počinjenje djela, djelo pokušala ili sudjelovala u njegovom počinjenju to djelo nije spriječila.<sup>58</sup> Jasno da nepostojanje odgovornosti prema člancima 3.a do 3.e znači da se odgovornost može utvrditi u odnosu na nesprečavanje.

3. Je li država ispunila svoje različite, ali međusobno povezane obveze sprečavanja i kažnjavanja djela genocida?<sup>59</sup>

a) Obveza sprečavanja predstoji tijekom cijelog razdoblja počinjenja genocida. Obveza nastaje u trenutku kada država sazna, ili je trebala saznati, za postojanje ozbiljnog rizika da će genocid biti počinjen. Od tog trenutka na dalje, ukoliko državi stoje na raspolaganju sredstva kojima bi odvrtila one koji pripremaju počinjenje ili njeguju specifičnu namjeru, ima i obvezu da ta sredstva upotrijebi koliko joj to okolnosti dopuštaju, ali nema obvezu da u tome uspije.<sup>60</sup>

Sudioništvo traži pozitivno djelovanje. Nesprečavanje postoji iz propusta da se usvoje i primijene komisivne (primjerice, zakonodavno reguliranje zločina) ili omisivne (primjerice, zabrana počinjenja djela) mjere. Za sudioništvo je potrebno utvrditi punu svijest o pripremanju ili počinjenju djela, dok odgovornost za nesprečavanje postoji i kada postoji samo potencijalna svijest u trenutku kada je država trebala djelovati, ali nije.<sup>61</sup>

Takvu je odgovornost Sud u odnosu na Srbiju utvrdio, ne samo na temelju bliskih veza s bosanskim Srbima, nego i na temelju prethodno izdanih privremenih mjera u postupku, a koje su se odnosile na obvezu država da učine sve u njihovoj moći da spriječe daljnju eskalaciju stanja i kršenje međunarodnog prava.

Tvrdnje da se ništa nije moglo učiniti ne mogu državu ekskulpirati od obveze poduzimanja mjera.<sup>62</sup>

b) Dok odgovornost za počinjenje, poticanje, sudioništvo ili neki drugi oblik iz članka 3. Konvencije apsorbira odgovornost za nesprečavanje, ona nema utjecaja na odgovornost države da kazni počinitelje. Stoga je moguće i svojevrсни stjecaj odgovornosti države za djela genocida iz članka 3. i odgovornosti zbog kršenja konvencijskih obveza da se kazni počinitelja djela.

Definirajući obvezu kažnjavanja, Konvencija govori o suđenju osobama koje su optužene za počinjenje ili druge pojavne oblike genocida.<sup>63</sup> Nadležnost domaćeg suda ili međunarodnog tribunala predviđena je samom Konvencijom. Te uvjete ICTY, kao sud koji je kreiran odlukom Vijeća sigurnosti UN-a, a ne dogovorom zemalja, ispunjava.<sup>64</sup>

<sup>57</sup> *BiH protiv Srbije, op.cit.*, §422.

<sup>58</sup> *Ibid.*, §382-§384.

<sup>59</sup> *Ibid.*, §425 i §426.

<sup>60</sup> *Ibid.*, §430 i §431.

<sup>61</sup> *Ibid.*, §432 i §438.

<sup>62</sup> *Ibid.*, §430.

<sup>63</sup> *Ibid.*, §440.

<sup>64</sup> *Ibid.*, §444 i §445.

Na temelju povijesti slabe ili nikakve suradnje s ICTY-em, Sud je zaključio da je Srbija odgovorna i za povredu Konvencije u smislu nekažnjavanja i neizručenja osoba osumnjičenih za genocid.

Pitanje pripisivosti postavlja se prema pravilima običajnog međunarodnog prava samo kada se povreda uistinu i dogodila.

## 6. Standard dokazivanja

Činjenice koje se odnose na počinjenje genocida i mogućnost pripisivanja, kako su ranije izloženi, moraju biti dokazane *beyond reasonable doubt* - visokim stupnjem vjerojatnosti koji je primjeren ozbiljnosti optužbi.<sup>65</sup> Neki su autori osporavali ovakav standard, smatrajući neprimjerenim povezivanje postupka utvrđenja kaznene s onim utvrđenja odgovornosti države. Iako traženje ovakvog standarda za oba elementa protupravnog čina (počinjenje djela i mogućnost pripisivanja) pripisivanje čini praktički nemogućim, Sud te argumente nije usvojio.

Milanović se, s druge strane, zalaže za korištenje istih standarda dokazivanja jer ne bi bilo u redu da kaznena odgovornost pojedinca i specifična međunarodnopravna odgovornost države kao kompatibilni, a ne konkurentni pojmovi, primjenom različitih metoda daju različite rezultate u postupcima pred različitim međunarodnim pravosudnim tijelima.<sup>66</sup> Također, iako je genocid međunarodno protupravni čin, on i po samoj Konvenciji, ali i po praksi ICTY-a, jest i dalje zločin u međunarodnom pravu.

## 7. Dobra revizija ili kriva interpretacija?

Slično tome, visok stupanj sigurnosti utvrđenja činjenica kojeg oba nikaragvanska testa traže, čini osobito dokazivanje efektivne kontrole države nad nedržavnim čimbenicima praktički nemogućim.

Iako je BiH tvrdila da se efektivna kontrola nad djelovanjem konkretnog počinitelja može izvesti iz odnosa države prema cjelokupnosti zbivanja, a ne nužno u odnosu na svaki pojedinačan akt, Sud je zaključio da pitanje odgovornosti države za djela osoba ili grupa osoba treba utvrditi neovisno o tipu počinjenih djela te da se stoga utvrđenje odgovornosti za djela genocida ne treba razlikovati od utvrđenih testova kontrole u slučaju protiv SAD-a.<sup>67</sup>

Modifikacija navedenih pravila neočekivano se pojavila u slučaju Duška Tadića pred ICTY-em, koji se tim testovima kontrole, koji su bili namijenjeni rješavanju pitanja atribucije i odgovornosti države, koristio za utvrđenje karaktera oružanog sukoba i primjenjivog dijela međunarodnog humanitarnog prava.<sup>68</sup> Zaključivši tako da se u BiH radilo o nemeđunarodnom oružanom sukobu, odnos bosanskih Srba i tadašnje SRJ ICTY je opisao kao odnos "saveznika, iako izrazito ovisnih saveznika"<sup>69</sup>.

Ne slažući se s ovakvim stavom, Žalbeno vijeće ICTY-a je utvrdilo da upotreba pravovojnih snaga pod navodnom kontrolom druge države izaziva potrebu ustanovljenja specifičnog standarda kontrole.<sup>70</sup> Usredotočujući se na test "efektivne kontrole", za koje-

<sup>65</sup> *Ibid.*, §209 i §210.

<sup>66</sup> Milanović, *op.cit.*, str. 593.-595.

<sup>67</sup> *BiH protiv Srbije, op.cit.*, §401.

<sup>68</sup> Presuda Raspravnog vijeća ICTY-a od 7. svibnja 1997., Internet stranica ICTY-a [www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm](http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm), §584-§608.

<sup>69</sup> *Ibid.*, §606.

<sup>70</sup> Presuda Žalbenog vijeća ICTY-a od 15. srpnja 1999., Internet stranica ICTY-a [www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm](http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm), §83-§145. i §112.

ga je smatrao da je zapravo pojašnjenje i konkretizacija testa "potpune kontrole", ICTY je provocirao izravan pravni sukob s ICJ-em i potencirao fragmentaciju međunarodnog prava, tj. različito pravno shvaćanje i rješavanje istih situacija pred različitim međunarodnim pravosudnim tijelima.<sup>71</sup> Iako nije izričito reklo da svoje zaključke želi s područja primjene ratnog prava proširiti i na područje odgovornosti država, Žalbeno vijeće jest eksplicitno navelo da "nikaragvanski test" drži neprimjerenim jer je u suprotnosti s logikom prava o odgovornosti država i s pravnom praksom i praksom država.

ICTY naglašava, koristeći argumentaciju o težini dokazivanja, da, dok su privatnoj osobi konkretne upute države potrebne ("efektivna kontrola") kako bi se njezino djelovanje moglo pripisati državi, hijerarhijski organizirane skupine, kao što su vojne jedinice, takav visoki standard kontrole ne zahtijevaju. Za pripisivanje njihovih djelovanja potrebno je pokazati da su djelovali u okvirima "sveukupne kontrole" neke države nad tijekom zbivanja.<sup>72</sup>

Bitna razlika testa "sveukupne kontrole" i testa "potpune kontrole", kojega ICTY uopće ne spominje, jest u stupnju kontrole koji se zahtijeva kako bi došlo od odgovarajućih pravnih posljedica – pripisivanja djelovanja državi, tj. kvalifikacije oružanog sukoba, pri čemu razlikovanje tih posljedica u presudi Žalbenog vijeća nije razvidno.<sup>73</sup>

ICTY kao da nije imao u vidu da postoji test "potpune kontrole" za konstrukciju kojega postojanje specifičnih zapovijedi, kao elementa testa "efektivne kontrole", a u smislu pripisivanja ponašanja državi, nije nužno. Test "sveukupne kontrole" se od onog "potpune kontrole" *a priori* razlikuje ne kvalitativno, nego kvantitativno.

Test "sveukupne kontrole" ICTY-a može biti primjeren kada se raspravlja u kategorijama individualne kaznene odgovornosti, tj. kada se razmatra pitanje primjene odredaba međunarodnog humanitarnog prava, ali ne i kada se govori o problemu pripisivosti djelovanja.<sup>74</sup> Stupanj i priroda sudjelovanja države u oružanom sukobu na teritoriju druge države mogu vrlo lako biti različiti od stupnja i prirode uključenosti koji bi doveli do međunarodne odgovornosti države za specifična djela počinjena tijekom tog konflikta. Test "sveukupne kontrole" nedopustivo proširuje spektar odgovornosti države izvan temeljnih principa pravila o odgovornosti država, skoro do granica održivosti.<sup>75</sup>

Iako usko povezani i upućeni jedno na drugo, međunarodno humanitarno pravo i pravo odgovornosti država su dva različita korpusa međunarodnog prava koja se ne smije izjednačavati. Razlika između njih je razlika između primarnih i sekundarnih pravila međunarodnog prava, a upravo se konačna, jasna i izričita distinkcija istih, od koje je u svojoj presudi Žalbeno vijeće odstupilo, smatra jednim od značajnijih dosega suvremenog međunarodnog prava.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> Milanović, *op.cit.*, 595. i Cassese, *op.cit.*, str. 249.-250.

<sup>72</sup> Presuda Žalbenog vijeća ICTY-a, *op.cit.*, §122 i §123.

<sup>73</sup> Situacije u kojima država financira, oprema, nadzire, te sudjeluje u planiranju vojnih aktivnosti nedržavnih čimbenika. U odnosu na konkretne vojne operacije ne moraju postojati specifične zapovijedi ili upute.

<sup>74</sup> Potpredsjednik Suda Al-Khasawneh smatra da je test efektivne kontrole primjenjiv na situacije kada je zajednički cilj djelovanja legitiman pa se test odnosi na pitanje počinjenih zločina u ostvarivanju legitimnih ciljeva. S druge strane, kada je cilj djelovanja sam po sebi kriminalan, onda ne treba tražiti postojanje i zajedničke strategije, ali i učinkovite kontrole nad pojedinim zbivanjem. Zajednička strategija i etnička pripadnost dovoljni su. Sud je holističkim pristupom zbivanjima mogao zaključiti o postojanju genocidne namjere. *Izdvojeno mišljenje potpredsjednika Suda Al-Kwasawneha*, §36, Internet stranica ICJ-a, *op.cit.*

<sup>75</sup> *BiH protiv Srbije*, *op.cit.*, §402-§407.

<sup>76</sup> Iako u načelu pohvalno govori o distinkciji primarnih i sekundarnih pravila međunarodnog prava, Cassese (*op.cit.*, 249.), koji je bio članom dotičnog Žalbenog vijeća, ovakvu presudu brani: poseban test kontrole nije išlo ik uspostavljanju odgovornosti države, nego prema zaključivanju jesu li pojedinci u oružanom sukobu, koji se činio građanskim ratom, u stvarnosti djelovali u ime strane države. Test "sveukupne kontrole" je test kojim se pokazuje djeluje li neki pojedinac kao *de facto* državni organ, a odnosi se na naoružane pojedince i oružane skupine. Na vojno neopremljene pojedince i skupine primjenjuje se test sličan onom "efektivne kontrole", a do pozitivnog odgovora na stvarni karakter djelovanja pojedinaca dolazi se i ako oni djeluju u okviru oružanih snaga ili u dogovoru s državnim vlastima.

Samo interakcija i pravilna primjena primarnih i sekundarnih pravila daje mogućnost utvrđivanja pune odgovornosti države za međunarodne protupravne čine. Standardi pripisivosti, koji su dio sekundarnih pravila, mogu se primijeniti u svim situacijama koje zahtijevaju odlučivanje o odgovornosti država, bez obzira o naravi povrede, tj. o vrsti povrijeđenih primarnih pravila. Smislenost ovakvog pristupa vidi se upravo u slučaju odlučivanja o odgovornosti za zločin genocida.

Tako je i odgovornost države za genocid, dakle, pitanje utvrđenja da je izravan počinitelj zločin počinio sa specifičnom namjerom, ili da ju je stvorio kasnije tijekom djelovanja (način i postupak dokazivanja određen primarnim pravilima), te da se njegovo ponašanje može atribuirati državi (određeno sekundarnim pravilima). Zato se ne utvrđuje *dolus specialis* države jer ju ona niti ne može imati. Namjeru može imati samo počinitelj, a njegovo kazneno djelo se onda pripisuje državi u smislu njezine međunarodne odgovornosti.

## 8. Zaključak

Uz punu svijest o rečenici koja je izrečena tijekom postupka u Nürnbergu – “zločine protiv međunarodnog prava čine pojedinci, a ne apstraktni entiteti” – odgovornost država za genocid danas se, ipak, čini uspostavljenom i prihvaćenom činjenicom, a nedostatak izričite obveze u relevantnim izvorima trebalo bi ipak pripisati progresivnom razvoju međunarodnog prava koje, sasvim legitimno, obveze konstruirati ne nužno na temelju pravnog pravila, nego i njegovog smisla i namjere tvoraca.

Presuda u slučaju BiH protiv Srbije, kao prva u povijesti međunarodne zajednice u kojoj se meritorno odlučilo o odgovornosti države za genocid, definira trodimenzionalnu odgovornost države za povredu odredaba Konvencije – države imaju obvezu zločin genocida spriječiti, kazniti i same ne počinuti. Drugačije shvaćanje nije samo sloboda interpretacije, nego prije svega dovođenje u pitanje suvremenih dostignuća u promicanju i zaštiti ljudskih prava.

Ispravan metodološki pristup utvrđenju odgovornosti za genocid sastoji se prije svega u percepciji genocida kao međunarodno protupravnog čina, sa svim posljedicama koje to nosi u pogledu utvrđivanja postojanja povrede i njezine pripisivosti državi, ali i u pravilnoj i praktičnoj distinkciji primarnih i sekundarnih pravila međunarodnog prava. Time se, zapravo, utvrđivanje odgovornosti za genocid svodi u pravne okvire koji postoje i za utvrđivanje drugih oblika povrede temeljnih pravila međunarodne zajednice.

Eventualno utvrđenje odgovornosti države za genocid ne smije implicirati bilo kakav oblik kolektivne krivnje, niti bi se potencijalne negativne implikacije utvrđenja odgovornosti države smjele koristiti kao izlika za nepokretanje pravosudnih mehanizama. Iako zasnovana na osobnoj kaznenoj odgovornosti, državna odgovornost je više građanskog i svakako ne-kolektivnog karaktera.

Utvrđenje državne odgovornosti nije i ne smije biti kraj djelovanja pravosudnog sustava, bilo na međunarodnoj, bilo na nacionalnoj razini. Svaki zločin, pa tako i genocid, ima svoje ime i prezime i svojeg direktnog počinitelja, kroz čije će se kažnjavanje, a o čemu primarno i govori Konvencija, postići individualizacija i konkretizacija krivnje te pružiti satisfakcija žrtvama.

Iako se čini da se u pravu težište stavlja na pitanja koja su, u prvom redu za žrtve i javnost, od minorne stvarne i životne relevantnosti, a čemu u prilog govori i različito laičko i pravno poimanje pojma genocida, upravo se jasnom i koherentnom konstrukcijom i pravilnom primjenom pravnih propisa treba zajamčiti zaštita temeljnih ljudskih prava, sloboda i vrijednosti onih zbog kojih ta djela i postoje.

Jedino će se na taj način stvari nazvati svojim imenom, a pojmovi “pravo” i “pravda” i u realnosti svakodnevnog života, a ne samo po korijenu riječi, sadržajno približiti.



## Summary

Adoption of International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts is considered by many legal experts and practitioners a breakthrough in the successive development of international law. Primary rules of international law define the core responsibilities of states as members of the international community. It is only through their interaction with the secondary rules, outlining essential elements of internationally wrongful acts, that state responsibility can be established in a methodologically sound and a practically sustainable manner.

The International Court of Justice clearly stated in the *Bosnia and Herzegovina vs. Serbia* case that the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, though putting an emphasis on individual responsibility and prosecution of indicted individuals, does not in any way exclude state responsibility for genocide as "crime of crimes". States have a three-fold responsibility – not to commit, to prevent and to punish genocide.

Though derived from individual criminal responsibility, state responsibility for genocide is not of criminal nature.

*Key words: genocide, International Court of Justice, state responsibility, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, internationally wrongful acts.*

## Literatura

1. Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo 3*, Školska knjiga, 2006.
2. Andrassy, J., Bakotić, B., Vukas, B., *Međunarodno pravo, sv. 1*, Školska knjiga, 1998.
3. *Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora*, Narodne novine – Međunarodni ugovori 16/93.
4. Cassese, A., *International Law, 2nd Edition*, Oxford University Press, 2005.
5. Horvatić, Ž., Šeparović, Z., *Kazneno pravo (posebni dio)*, Masmedia, 1999.
6. Jørgensen, N., *The responsibility of states for international crimes*, Oxford University Press, 2000.
7. Lapaš, D., Šošić, T. M. (ur.), *Međunarodno javno pravo - izbor dokumenata, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2005.
8. Milanović, M., *State Responsibility for Genocide*, 17 *European Journal of International Law* (2006).
9. Sands, P., Mackenzie, R., Shany, Y., *Manual on International Courts and Tribunals*, Butterworths, 1999.
10. Schabas, W., *Genocide in International Law – The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, 2000.

## Internet stranice

1. Internet stranica Komisije za međunarodno pravo, [www.un.org/law/ilc](http://www.un.org/law/ilc):  
Nacrt Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva  
Nacrt članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine
2. Internet stranica Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty):  
Presuda Raspravnog vijeća - slučaj Tadić  
Presuda Žalbenog vijeća - slučaj Tadić
3. Internet stranica Međunarodnog suda pravde, [www.icj-cij.org/icjwww/icjhome.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/icjhome.htm):  
Presuda u slučaju *Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Savezne Republike Jugoslavije)*

Izdvojeno mišljenje potpredsjednika Suda Al-Kwasawneha

Izdvojeno mišljenje *ad hoc* suca Kreće

Zajednička deklaracija sudaca Shija i Korome

Izdvojeno mišljenje suca Owade

Izdvojeno mišljenje suca Tomke

Deklaracija suca Skotnikova

Presuda u slučaju *Vojne i paravojne aktivnosti u i protiv Nikaragve (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)*

4. Internet stranica Visokog povjerenstva Ujedinjenih naroda za ljudska prava, [www.ohchr.org/english](http://www.ohchr.org/english).