

ZLOČIN PROTIV ČOVJEČNOSTI KAO IZRAZ DRŽAVNE POLITIKE

U ovom radu autorice analiziraju pojedina obilježja zločina protiv čovječnosti i bave se pitanjem je li za postojanje ovog međunarodnog zločina bitno da je počinjen pod okriljem državne politike ili politike neke organizacije. Iako je u praksi međunarodnih ad hoc kaznenih tribunala zauzet stav kako je za kvalifikaciju zločina protiv čovječnosti dostatno utvrditi sustavnost odnosno rasprostranjenost napada, autorice smatraju kako element politike u pozadini napada predstavlja običajnopravno obilježje zločina protiv čovječnosti, pogrešno zanemareno u praksi međunarodnih ad hoc tribunala. Rimski statut Međunarodnog kaznenog suda u čl. 7. st. 2. vraća se korijenima ovog kaznenog djela te izrijeком navodi kako "napad usmjeren protiv civilnog stanovništva" znači ponašanje koje uključuje višestruko činjenje pojedinih kaznenih djela protiv nekog civilnog stanovništva, na temelju ili u cilju državne politike ili politike neke organizacije da se takav napad počini, no niz pitanja se već otvorio u sudskoj praksi. Stoga se u radu analizira na kojoj razini vlasti treba biti usvojena neka politika da bi se mogla smatrati državnom, koja obilježja treba imati neka organizacija da bi se mogla smatrati relevantnim tvorcom politike, te u čemu se može sastojati određena (kriminalna) politika.

Ključne riječi: *zločin protiv čovječnosti, državna politika, politika organizacije*

* Doc.dr.sc. Maja Munivrana Vajda, Katedra za kazneno pravo, Pravni fakultet u Zagrebu, (Assistant Professor at Chair of Criminal Law Faculty of Law, University of Zagreb): maja.munivrana@pravo.hr

Rad se temelji na diplomskom radu Majde Namačinski, napisanom pod mentorstvom doc.dr.sc. Munivrane Vajde.

** Majda Namačinski, mag.iur., odvjetnička vježbenica, (Majda Namačinski, LLM, legal intern): majda.namacinski@gmail.com

1. UVOD

Rimski statut (u daljnjem tekstu: RS) definira zločin protiv čovječnosti (u daljnjem tekstu: ZPČ) kao niz kaznenih djela, poput ubojstva, mučenja ili silovanja (engl. *underlying crime*) počinjenih u sklopu sustavnog ili širokog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva, izvedenog na temelju politike države ili neke organizacije, uz znanje o tom napadu (engl. *contextual element*).¹ Kontekst zbog kojeg tzv. obično kazneno djelo postaje ZPČ određen je dvjema komponentama; napadom usmjerenim protiv civilnog stanovništva i politikom nekog entiteta. Najčešći i najjednostavniji primjer napada je vojni napad primarno usmjeren na civilno stanovništvo, no napad kao element ZPČ predstavlja svako zlostavljanje stanovništva koje uključuje višestruko činj enje zločina, primjerice zlostavljanje zarobljenika, a mogu ga izvesti bilo kakve skupine ljudi, teoretski i pojedinac.² U središtu ovoga rada jest ipak posljednja komponenta – državna politika ili politika neke organizacije, za koju držimo da je ključ razumijevanja ZPČ kao zasebnog kaznenog djela.

Iako je izraz ZPČ isprva korišten kao oznaka za zločine počinjene pod okriljem države, koji su uslijed toga predstavljali svojevrsan izraz kriminalne suverenosti, rat u bivšoj Jugoslaviji pokazao je da osim države, atmosferu i uvjete za počinjenje ZPČ mogu stvoriti i druge tvorevine, tzv. paradržave, a štoviše, danas se razmatra mogućnost da bi to mogle i neke druge organizacije, primjerice kriminalne bande. Pitanje nije samo od teorijske važnosti već se pojavilo i u sudskoj praksi - u predmetu *Kenija* pred stalnim Međunarodnim kaznenim sudom (engl. *International Criminal Court*, u daljnjem tekstu: MKS).³ U tom se predmetu Predraspravno vijeće II (u daljnjem tekstu: PRV II) podijelilo; no većina je smatrala kako bi relevantnu politiku mogla stvoriti svaka organizacija koja ima „sposobnost povrijediti osnovne ljudske vrijednosti“.⁴ Jasno je, međutim, kako su posljedice ekstenzivnog tumačenja pojmova politike i organizacije

¹ V. čl 7. Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda, UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17. 7. 1998., ISBN No. 92-9227-227-6.

² V. npr. *ICTY, Prosecutor v. Kunarac*, IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, 22.2.2001., par. 415.

³ ICC, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19, 31.3.2010.

⁴ *Ibid.* par. 90.

dalekosežne. Takvim se tumačenjem udaljava od „originalnog zločina“ – zločina nad Židovima počinjenih za vrijeme Drugog svjetskog rata. Gubi se iz vida i pravno dobro koje se želi zaštititi inkriminiranjem ZPČ. Vrijednosti poput života ili slobode već su zaštićene propisivanjem kaznene odgovornosti za ubojstvo ili porobljavanje, a ako se svako kolektivno nasilje koje rezultira većim brojem žrtava kvalificira kao ZPČ, nestaje kvalitativna razlika između ZPČ i nekoliko povezanih običnih kaznenih djela.

U prvom dijelu rada govorit ćemo o ZPČ kao međunarodnom zločinu, kao izrazu kolektivnog nasilja i zločinu iz poslušnosti. Držimo da je upravo politika ključni element koji kolektivno nasilje preobražava u ZPČ. Naime, za ZPČ je karakteristično da se politička organizacija okreće protiv nekog stanovništva koje obitava na njezinu teritoriju, ona izdaje svoju dužnost da ga zaštiti. U drugom dijelu rada bavit ćemo se povijesnim razvojem politike kao elementa ZPČ. Cilj je ovoga dijela pokazati kako politička pozadina napada predstavlja običajnopравни element ZPČ pogrešno napušten u praksi međunarodnih *ad hoc* kaznenih tribunala. Činjenični supstrat predmeta vođenih pred tim sudovima govori u prilog stavu kako samo države i njoj slične organizacije (*de facto* države, paradržave) predstavljaju entitet koji može stvoriti relevantnu politiku. Oslanjanje na običajno pravo je nužno jer sadržaj ZPČ još uvijek nije standardiziran nikakvom međunarodnom konvencijom.⁵ Treći dio rada posvećen je RS i praksi MKS. RS otvara nekoliko pitanja: na kojoj razini vlasti - lokalnoj ili višoj - treba biti usvojena neka politika da bi se mogla smatrati državnom; koja obilježja treba imati organizacija koja nije država da bi se smatrala relevantnim tvorcem politike, te, konačno, u čemu se sastoji sadržaj politike.

2. POLITIKA KAO RAZLIKOVNO OBILJEŽJE ZLOČINA PROTIV ČOVJEČNOSTI

Međunarodni zločini su zločini s izvorištem u međunarodnom pravu, prvenstveno međunarodnim konvencijama ili međunarodnom običajnom pravu. Formalno je to jedini kriterij koji razlikuje međunarodne zločine od običnih.⁶ U literaturi se, međutim, razmatra niz materijalnih kriterija.⁷ Što,

⁵ Rad na usvajanju takve konvencije je u tijeku – v. *infra* bilj. 72.

⁶ *Paust J.J.* 2010, str. 681.

⁷ *V. Munivrana Vajda, M.* 2013, str. 3.

primjerice, razlikuje ubojstva koja je počinio serijski ubojica od onih koja su počinjena kao genocid ili ZPČ? Očito, prvo je običan zločin, a drugo međunarodni, no iz kriminološke perspektive serijski ubojica uvijek postupava protivno društvenim normama i njegovo će ponašanje beziznimno naići na osudu, dok u drugom slučaju okolina potiče počinitelja na počinjenje zločina tako da on ima razloga vjerovati da postupava u skladu s društvenim normama i očekivanjima.⁸ Na tragu toga, *Smeulers* ističe dva obilježja međunarodnih zločina; prvo, oni su izraz kolektivnog nasilja te drugo, oni su zločini iz poslušnosti. Posljednje obilježje je ključno za razlikovanje međunarodnih zločina od drugih oblika kolektivnog nasilja, primjerice organiziranog kriminala. Obični kriminalci, naime, „djelujući sami ili u okviru grupe ili organizacije postupaju protivno vladajućim društvenim normama“, dok počinitelji međunarodnih zločina „postupaju u okviru specifičnog političkog, ideološkog i institucionalnog konteksta koji sankcionira i legitimira nasilje“.⁹ Štoviše, istraživanja pokazuju da su počinitelji međunarodnih zločina često normalni i uzorni građani koji su postupali u skladu sa važećim društvenim normama, ponekad i zakonima, kao što je primjerice bilo u razdoblju *apartheida* u JAR-u. Presudno je da je „zločin, iz perspektive počinitelja, odobrila ili oprostila vlast“.¹⁰

Opasnost koju za stanovništvo predstavlja državna vlast, dakle država sa svojim represivnim aparatom, prepoznata je rano i to u prvom redu kao opasnost koja prijete stanovništvu pobijeđene strane u oružanom sukobu od strane države pobjednice. Zato je međunarodnim konvencijama najprije uređeno vođenje oružanih sukoba.¹¹ Određene njihove povrede predstavljaju ratne zločine. No, masakri Armenaca pod okriljem Turske pokazali su kako

⁸ *Fletcher* 2002.

⁹ *Smeulers* 2008, str. 878.

¹⁰ *Ibid.*, str. 879. U osloncu na *Rölinga, Cassese*, razmatrajući razliku između ratnih zločina i ZPČ počinjenih tijekom oružanog sukoba, ZPČ drži izrazom kriminalnog sustava (engl. *system criminality*), jer ih potiče ili tolerira izvršna vlast, čega su počinitelji svjesni. Za razliku od toga, ratni zločini su izraz individualnog kriminaliteta (engl. *individual criminality*) jer ih čine borci iz razloga koji su poznati samo njima. Zbog toga se počinitelj ZPČ, za razliku od počinitelja običnih kaznenih djela, može nadati da će proći nekažnjeno (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A and IT-94-1-Abis, *Judgement in Sentencing Appeals, Separate Opinion of Judge Cassese*, 26. 1. 2000., par. 14.).

¹¹ Na haaškim konferencijama 1899. i 1907. godine usvojen je niz konvencija kojima se uređuju oružani sukobi. Više o povijesnom razvoju pravila međunarodnog ratnog i humanitarnog prava u Josipović, I. (2001), *Stalni međunarodni kazneni sud*, Zagreb, str. 13-73.

stanovništvu nerijetko opasnost predstavlja i vlastita država. O kakvoj je prijetnji riječ zorno ilustriraju događaji prije i tijekom Drugog svjetskog rata. Organizirana i masovna stradanja Židova i drugih u Trećem Reichu i državama saveznicama pokazuju kako stanovništvo može postati žrtvom vlastite države, a takvi zločini, koji bi se tradicionalno smatrali unutrašnjom stvari svake države, po težini su nerijetko nadilazili „međunarodne“ ratne zločine. Ti su zločini nazvani ZPČ.¹²

Dok je evidentno kako je represija ratnih zločina od interesa za cijelu međunarodnu zajednicu jer se posljedice rata mogu osjetiti i preko državnih granica,¹³ manje je jasno zašto takav interes postoji kod ZPČ. Povijest pokazuje da su to u pravilu nasilni zločini počinjeni od strane organiziranih grupa koje potiče ili štiti država ili slična tvorevina, nad državljanima te države ili drugim stanovništvom koje obitava na području pod kontrolom te tvorevine.¹⁴ U svom klasičnom obliku, čiji je primjer progon Židova u Trećem Reichu, oni bi se smatrali unutrašnjom stvari države, a kažnjavanje odgovornih za njih od strane sudova druge države ili međunarodnog suda – povredom načela neintervencije. *Luban* drži kako međunarodna zajednica, shvaćena kao zajednica država, nema interesa u represiji ZPČ, ali ga zato ima čovječanstvo, shvaćeno kao zajednica ljudi, jer ZPČ izravno povređuje čovjeka kao društveno biće. Čovjekov je identitet individualan i kolektivan. Njegov kolektivan identitet, dakle određenost državom ili drugom zajednicom kojoj pripada, prema *Lubanu* je ključ razumijevanja čovjeka kao društvenog bića i, posljedično, ZPČ kao zločina koji povređuje baš tu vrijednost. Čovjek je društveno biće i ima potrebu živjeti u zajednici, ali je istovremeno i jedinka koja ima potrebu za slobodom. Te dvije potrebe

¹² Osim već spomenutih ratnih zločina i ZPČ, kao međunarodni zločin valja spomenuti i genocid. ZPČ i genocid su različiti međunarodni zločini iako će u praksi ponašanje koje nije genocid u pravilu predstavljati ZPČ. Kod oba zločina u pravilu je riječ o kolektivnom nasilju podržanom od strane državne vlasti prema skupinama ljudi. Neki komentatori drže da je kod genocida naglasak na kolektivitetu žrtava, a kod ZPČ na kolektivitetu počinitelja. Iako je teoretski moguće da genocid počinji pojedinac, koji postupa prema vlastitom kriminalnom planu, i neovisno od državne ili druge vlasti, praksa pokazuje da su sudovi u pravilu tražili dokaz postojanja državne politike i za genocid. V. *Schabas, W.* 2008, str. 954.

¹³ *Deguzman* 2011, str.20.

¹⁴ *Luban* 2004, str.113. Primjerice, MVS se bavio ZPČ počinjenima pod okriljem Trećeg Reicha, MKSJ onima počinjenima pod okriljem Srbije, SAO Krajine, ARK, HZHB i drugim tvorevinama poput države, dok je MKSR procesuirao zločine počinjene pod okriljem Ruande.

moguće je ostvariti samo životom u političkoj organizaciji, čiji je temelj u društvenom ugovoru.¹⁵ Čovjek se pristaje odreći nekih svojih sloboda i podvrgnuti vlasti u zamjenu za zaštitu preostalih sloboda, ali on zapravo, zbog svoje društvene prirode, „nema alternative životu u grupi; i grupe nemaju alternative obitavanju na području pod nečijom ili tuđom političkom kontrolom“.¹⁶ Posljedica toga je stalna opasnost da će se vlast, koja treba zaštititi stanovništvo na određenom području, okrenuti protiv toga stanovništva, „ubijati ga, porobiti ga, progoniti ga, preobražavajući njihovu domovinu od utočišta u smrtna polja“.¹⁷ Progon Židova od strane Trećeg Reicha ili *apartheid* u JAR-u su primjeri ostvarenja te opasnosti i klasičan primjer ZPČ. Zavaravajuće je misliti da danas takve prijetnje nema. RS, koji predviđa, primjerice, ugovorno odricanje od državnih imuniteta i bezuvjetnu suradnju sa MKS u slučaju agresije, genocida, ZPČ i ratnih zločina, nisu ratificirale neke od najvećih svjetskih sila poput SAD-a, Kine, Rusije, Indije, ili Pakistana. Opasnost da će se institucije države ili „druge organizacije koja pod svojom vlašću i kontrolom ima civile“ okrenuti protiv stanovništva je stalna i zato cijelo čovječanstvo ima interes kažnjavati ZPČ. ZPČ predstavljaju „perverziju politike, i stoga perverziju društvenog bića“¹⁸. *Ratio* inkriminacije ZPČ je spriječiti da „politika prijeđe iz bezobzirnosti u gnjusnost zvanu ZPČ. Razlikovno obilježje ove kategorije kaznenih djela je političko, ne tek moralno“.¹⁹

Politika je, dakle, i pravni element ZPČ sadržan u definiciji iz RS. Riječ je o tome da država, ili drugi entitet koji je poput države, stvara atmosferu i uvjete u kojima je prihvatljivo činiti zločine nad nekim stanovništvom koje obitava unutar njezinih granica. Ona to može činiti aktivno, poput Trećeg Reicha, ili pasivno, namjernim propustom da zaštiti stanovništvo, iako ga objektivno može zaštititi.

¹⁵ Luban se odbija prikloniti i jednog teoriji društvenog ugovora. Smatra da one ne mogu objasniti zašto bi države odabrale sustav međunarodnog prava koji štiti ljudska prava u drugim državama. *V. Ibid.* str. 126.

¹⁶ *Ibid.* str. 117.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, str. 120.

¹⁹ *Ibid.*

3. POVIJESNI RAZVOJ POLITIKE KAO OBILJEŽJA ZLOČINA PROTIV ČOVJEČNOSTI

3.1. Praksa Međunarodnog vojnog suda i primjena Zakona br. 10. Nadzornog vijeća

Do propisivanja individualne kaznene odgovornosti za ZPČ dolazi nakon Drugog svjetskog rata.²⁰ Članak 6. Nürnberške povelje određuje ovlast Međunarodnog vojnog suda (*u daljnjem tekstu*: MVS) da „sudi i kazni osobe koje su, postupajući u interesima europskih Sila Osovine, kao pojedinci ili članovi organizacija, počinili neki od sljedećih zločina... (c) zločine protiv čovječnosti: naime, ubojstvo, istrebljenje, porobljavanje, protjerivanje, i druga nečovječna djela počinjena protiv nekog civilnog stanovništva, prije ili tijekom rata; ili proganjanja na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi u izvršenju ili u vezi s bilo kojim zločinom iz nadležnosti Suda...“.²¹ Sličnu odredbu sadržava i Povelja Međunarodnog vojnog suda za Daleki istok, ali, razumije se, govori o dalekoistočnim zločincima.²²

²⁰ Izraz ZPČ prvi puta nalazimo u zajedničkoj deklaraciji Savezničkih sila o osudi turskog masakra nad Armencima iz 1915. godine. Deklaracija govori o „novim zločinima Turske protiv čovječnosti i civilizacije (...) za koje će osobno odgovarati svi članovi osmanlijske vlade i njihovi agenti“ (Preslika telegrama veleposlanstva Sjedinjenih Američkih Država State Departmentu od 29. 5. 1915. sa tekstom deklaracije dostupan je na <http://middleeast.about.com/od/turkey/qt/me090318.htm> [zadnji puta posjećen 21.8.2013.]. „Zakoni čovječnosti“ (eng. *laws of humanity*) dio su i tzv. *Martensove* klauzule iz preambule Haaške konvencije iz 1899. Komentatori drže da upravo *Martensova klauzula*, iz Preambule Haaških konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1899. i 1907., sadrži zametak ZPČ. Ona određuje kako u oružanim sukobima države stranke konvencija u prvom redu primjenjuju konvencijama propisana pravila, no ako za neku situaciju takvog pravila nema, suglasne su da će na civilno stanovništvo i borbe primjenjivati „načela međunarodnog prava koja proizlaze iz običaja utvrđenih među civiliziranim narodima, iz načela čovječnosti i diktata javne svijesti“.

²¹ Charter of the International Military Tribunal, dostupno na <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> [2.11.2015]. Izraz ZPČ iz Nürnberške povelje odabrao je Robert Jackson, sudac američkog Vrhovnog suda i glavni američki tužitelj pred MVS, u konzultacijama sa Herschom Lauterpachtom (v. prema *Luban* 2004, str. 89.) Zbog statutarog zahtjeva da zločin mora biti počinjen u vezi sa ratnim zločinom ili zločinom protiv mira da bi se mogao kvalificirati kao ZPČ, može se tvrditi da ZPČ korijene vuku iz prava oružanih sukoba. Dapače, upravo je vojni napad na civilno stanovništvo, koje ne smije biti vojni cilj, klasičan primjer napada u smislu ZPČ.

²² Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo, 19.1.1946., dostupno na <http://droitcultures.revues.org/2183> [6.9.2013.]. Njegova je praksa od manjeg značenja za

Pojednostavljeno, nürnberška definicija određivala je ZPČ kao zločin tipa ubojstva ili progona počinjen protiv civilnog stanovništva u vezi sa ratnim zločinom ili zločinom protiv mira kada je počinitelj postupao u interesu europskih Sila Osovine.²³ Propisivanjem odgovornosti za ZPČ htjelo se urediti odgovornost pojedinaca za zločine počinjene pod okriljem politike Sila Osovine u pravilu nad njihovim vlastitim državljanima. Zato *Schabas* ističe kako često citiranu rečenicu iz Presude MVS koja započinje riječima: „[z]ločine protiv međunarodnog prava čine pojedinci...“,²⁴ treba razumjeti sa dodatkom: „u mjeri u kojoj ti pojedinci postupaju u interesima države“.²⁵ Za ovu temu osobito su zanimljivi predmeti *Juliusa Streichera*²⁶ i *Baldura von Schiracha*²⁷ na koje se pogrešno oslonio Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju (engl. *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, u daljnjem tekstu: MKSJ) kao potporu svom zaključku kako postojanje državne politike ili politike neke organizacije nije običajni element ZPČ.²⁸ Oslobađajući *Streicher* optužbe za zločin protiv mira MVS je naveo kako „nema dokaza da je [okrivljenik] ikad bio u užem krugu Hitlerovih savjetnika, niti je tijekom karijere bio usko povezan s formiranjem politika koje su dovele do rata“ te je zaključio da „nema dokaza koji pokazuju njegovu vezu sa zavjerom ili zajedničkim planom da se povede agresivni rat“.²⁹ Međutim, osuđen je za poticanje progona Židova putem medija kao ZPČ. Iz ovog slučaja u prvom redu se može izvesti zaključak da bi *Streicher* bio osuđen za zločine protiv mira da se mogla dokazati njegova pripadnost Hitlerovom najužem krugu. Niti oslobađajuća presuda za zločine protiv mira, niti osuđujuća presuda za ZPČ ne dokazuju

ovaj rad budući da se Međunarodni vojni sud za Daleki istok pretežno bavio zločinima protiv mira.

²³ *Schabas* 2008, str. 954.

²⁴ Judgment of the International Military Tribunal, 30. 9. - 1. 10. 1946. Dostupno na: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judgen.asp> [21. 8. 2013].

²⁵ V. *Schabas* 2008, str. 954.

²⁶ Streicher je bio *Gauleiter* Franconije i izdavač lista „Der Sturmer“ u kojem je propagirao nacističku politiku progona Židova. Optužen je za zločin protiv mira i zločine protiv čovječnosti.

²⁷ Poput *Streichera* i *von Schirach* je optužen za zločin protiv mira i ZPČ. *Von Schirach* je bio vođa Hitlerove mladeži, ministar mladih i *Gauleiter* Beča.

²⁸ ICTY, Prosecutor v. Kunarac *et al.*, IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12. 6. 2002., par. 98.

²⁹ *Schabas* 2008, str. 961.

kako postojanje državne politike nije element ZPČ. Naprotiv, njegov zločin se u suštini i sastojao upravo u propagiranju državne politike.

Von Schirach je pak oslobođen optužbe za zločine protiv mira jer Sud „unatoč vojnim aktivnostima *Hitlerove* mladeži“ nije uspio utvrditi da je *von Schirach* „bio uključen u osmišljavanje *Hitlerova* plana teritorijalne ekspanzije...“³⁰ Zbog sudjelovanja u progonu Židova osuđen je za ZPČ „iako nije osmislio politiku progona Židova iz Beča“³¹. Iz slučaja *von Schiracha* proizlazi isto što i iz *Streicherova* slučaja; sud je osudio *von Schiracha* za ZPČ iako on nije bio idejni kreator politike progona Židova, iz čega se ne može izvesti zaključak kako samo postojanje takve politike nije smatrano sastavnim dijelom ZPČ.

Savezničko nadzorno vijeće usvojilo je 1945. godine Zakon Nadzornog vijeća br. 10. koji je ovlastio sudove na područjima pod kontrolom savezničkih vlasti da procesuiraju počinitelje ratnih zločina, zločina protiv mira i čovječnosti.³² ZPČ ovaj Zakon je definirao kao „zvjerstva i zločine, uključujući ubojstvo, ... i druga nečovječna djela počinjena protiv nekog civilnog stanovništva, ili progone na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi“.³³ Definicija se bitno ne razlikuje od definicije sadržane u Nürnberškoj povelji. Od predmeta koji su se na temelju Zakona Nadzornog vijeća br. 10 pojavili pred njemačkim sudovima posebice valja istaknuti predmete *Pravosuđe*³⁴, *Einsatzgruppen*³⁵ i *Weller*³⁶. Ovi predmeti najbolje ilustriraju kako se ZPČ

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² Control Council Law No. 10 Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20. 12. 1945. Dostupno na <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp> [21. 8. 2013.].

³³ *Ibid.*, čl. 2. t. 1.c.

³⁴ United States of America v. Josef Altstötter *et al.* ("The Justice Case"), 3 T.W.C. 1 (1948), 6 L.R.T.W.C. 1 (1948), 14 Ann. Dig. 278 (1948), 3.- 4. 12. 1947. Dostupno na: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/alstoeetter.htm> [22. 8. 2013.]. Postupak se vodio protiv vodio protiv 16 njemačkih sudaca, javnih tužitelja i službenika.

³⁵ United States of America v. Otto Ohlendorf *et al.* („Einsatzgruppen Case“), Case No. 9, 10. 4. 1948. Dostupno na: http://www.worldcourts.com/ildc/eng/decisions/1948.04.09_United_States_v_Ohlendorf.pdf [21.8.2013]. Postupak se vodio protiv 24 pripadnika SS-a.

³⁶ Riječ je o skupnom nazivu za šest predmeta koji su se našli pred njemačkim sudovima na temelju Nadzornog zakona br. 10. Raspravljani su u predmetu *Kupreškići*, IT-95-16-T, 14.1.2000. Radilo se o zlostavljanju nekolicine Židova od strane dvojice pripadnika SS-a pod Wellerovim zapovjedništvom. Riječ je bila o „privatnom“ zlostavljanju, činjenom

standardno počeo shvaćati kao sustavno izvršen zločin pod okriljem države.³⁷ Tako je u predmetu *Pravosuđe*, sud, analizirajući definiciju ZPČ iz Zakona Nadzornog vijeća br. 10, naveo kao „zanimljivo da Zakon koristi riječi 'protiv nekog civilnog stanovništva' umjesto 'protiv bilo kojeg civila'. Odredba je usmjerena protiv zločina ... koji su sustavno organizirani i izvršeni od strane vlade ili uz njezino odobrenje“.³⁸

U predmetu *Einsatzgruppen* sud je pak nazvao ZPČ masivnom i sustavnom povredom života i slobode te istaknuo da se „koncept ZPČ ne primjenjuje na zločine primjereno predviđene u kaznenim zakonicima dobro uređenih država. Oni mogu doći u područje primjene ovog osnovnog zakonika čovječnosti samo ako se država koje se oni tiču, zbog svoje nezainteresiranosti, nesposobnosti ili vlastita sudjelovanja u njihovu činjenju, nije mogla ili htjela suočiti s njima i kazniti počinitelje“.³⁹

Predmet *Weller* pokazuje kako je državno okrilje za počinjenje zločina, dakle državna politika, ne samo integralni dio ZPČ nego i razlikovni element prema ostalim međunarodnim zločinima. Prvostupanjski sud je Wellera oslobodio optužbe za ZPČ utvrdivši kako su zločini za koje je bio optužen nadilazili i nacističku državnu politiku budući da im se Gestapo protivio. Vrhovni sud ga je ipak osudio i pritom utvrdio: „radnje koje su navodno ili stvarno proizašle iz osobito osobnih razloga su također često i spremno stavljane od strane nacionalsocijalističkog vodstva u službu ostvarenja njihovih kriminalnih ciljeva i planova. To važi čak i za radnje koje formalno nisu odobravane (...) Veza, u tome smislu, s nacionalsocijalističkim sustavom moći i tiranije u ovome slučaju jasno postoji jer su se radnje optuženog uklapale u brojne mjere progona koje su bile nametnute Židovima u Njemačkoj ili su se mogle nametnuti u svako doba. (...) Veza sa nacionalsocijalističkim sustavom moći i tiranije ne postoji samo u slučajevima postupaka koje su nositelji hegemonije naredili ili odobrili; ta veza postoji i glede postupaka koji se mogu objasniti samo atmosferom i uvjetima koje su stvorile vlasti. Raspravni sud je pogriješio kad je odlučujuće značenje pridao činjenici da je optuženi opomenut i da

nakon što bi skinuli službene uniforme. Lokalna židovska zajednica se na zbog njihova maltretiranja obratila Gestapu. Gestapo ih je obavijestio da je riječ o izoliranom događaju koji ne podržavaju, a Wellera je NSDAP opomenula zbog incidenta (par. 555.).

³⁷ *Hwang* 1998, str. 461.

³⁸ *Supra* bilj. 34.

³⁹ *Hwang* 1998, 498.

čak niti Gestapo nije opravdao eksces držeći ga izoliranim događajem. Da se njegov postupak ipak uklapao u progon Židova koji su provodili država i Nacistička stranka, pokazuje činjenica da optuženik ...nije kažnjen...u razmjeru sa težinom svoje krivnje...“.⁴⁰ Govoreći o atmosferi i uvjetima koje su stvorile vlasti, Sud je izrazio stav kako je državno okrilje za počinjenje zločina odlučujući element ZPČ, ono po čemu se ZPČ prepoznao i razlikovao od ostalih kaznenih djela.

U predmetu *R.* sud u britanskoj zoni je utvrdio kako bi radnja prijavljivanja osobe zbog vrijeđanja vodstva NSADP „mogla biti ZPČ ako je prijavitelj htio predati prijavljenog 'nekontroliranoj strukturi moći stranke [NSADP, op.a.] i države', znajući da je vjerojatna posljedica prijave da će žrtva upasti u arbitrarni i nasilni sustav“.⁴¹ U predmetu *P. et al* postavilo se pitanje može li i izricanje smrtne kazne pod određenim okolnostima predstavljati ZPČ. Sud je zauzeo stav da može. Naime, „očita diskrepancija između prekršaja i kazne čini jasnu manifestaciju brutalnog i zastrašujućeg nacističkog pravnog sustava, koji negira samu srž čovječnosti slijepim pridržavanjem navodno naređenih zahtjeva Trećeg Reicha“.⁴² Pitanje odgovornosti suca za ZPČ zbog izricanja prestrogih kazni postavilo se i u predmetu *H.* Sud je utvrdio da je njemački sudac počinio ZPČ „iako nije bio politički motiviran, u mjeri u kojoj je njegova radnja namjerno poduzeta u vezi sa nacističkim sustavom nasilja i terora“.⁴³ Citirani se dijelovi tiču *nexusa* između pojedinog djela i šireg konteksta u kojemu je ono počinjeno. Središnji dio toga konteksta je državna politika.

⁴⁰ *Supra* bilj.36. para 555. bilj. 816.

⁴¹ *R.* (S.StS 19/48), 27.7.1948., Entscheidungen des Obersten Gerishtshofes für die Britische zone, Berlin 1950, vol. 1., str. 45 - 49, str. 47. Optuženi *R.* bio je član NSADSTR. Prijavio je drugog člana NSADP zbog vrijeđanja vodstva stranke. Posljedica prijave bila je osuda na smrt prijavljenog koja ipak nije izvršena jer je SSSR okupirao Treći Reich.

⁴² *P. et al* (S.StS 111/48), 7.12.1948., Entscheidungen des Obersten Gerishtshofes für die Britische zone, Berlin 1950, vol. 1, pp 217 - 229, na str. 220. Riječ je odgovornosti za izrečenu smrtnu kaznu četvorici njemačkih marinaca zbog dezertstva koji su 5. 5. 1945. pokušali pobjeći iz Danske u Treći Reich. Danci su ih uhvatili i predali Nijemcima. Izvedeni su pred vojni sud i osuđeni na smrt. Kazne su izvršene na dan kapitulacije Trećeg Reicha.

⁴³ *H.* (S.StS 309/49), 18.8.1949., Entscheidungen des Obersten Gerishtshofes für die Britische zone, Berlin 1950, vol. 1.,str. 231 -246, na str. 233. i 238. Optuženi je bio njemački sudac koji je predsjedavao vojnim suđenjima dvama oficirima mornarice. Jedan je optužen zbog vrijeđanja Hitlera, a drugi zato što je nabavio strane osobne iskaznice za sebe i suprugu. Sudac je u oba slučaja glasovao za izricanje smrtne kazne.

U svim navedenim predmetima sudovi su naglašavali ulogu države u pružanju podrške za počinjenje ZPČ; dapače može se zaključiti kako su sudovi ZPČ shvaćali kao izraz namjernog okretanja države protiv vlastitih državljana, a time i izdaju svoje temeljne zaštitničke dužnosti prema njima.

3.2. Sudska praksa drugih država

Do osnivanja *ad hoc* tribunala koncept ZPČ se razvijao u sudskoj praksi pojedinih država. Na nacionalnu praksu valja se osvrnuti posebice zbog činjenice da sadržaj ZPČ nije standardiziran međunarodnom konvencijom, već se razvijao u običajnom pravu.⁴⁴ U literaturi se, kao osobito značajne u kontekstu ZPČ ističu presude u predmetima *Barbie*⁴⁵, *Touvier*⁴⁶, *Finta*⁴⁷ i *Eichmann*⁴⁸. Francuski su sudovi od početka držali da je državna politika imanentna ZPČ, i to ne bilo kakva politika, već politika ideološke supremacije. Tako je u predmetu *Barbie* Kasacijski sud utvrdio da se „ZPČ sastoji u činjenici da su radnje...počinjene na sustavan način u ime države koja provodi politiku ideološke supremacije“⁴⁹. Francuski žalbeni sud oslobodio je *Touviera* jer se „ne može zaključiti da je počinio ZPČ ako se ne može utvrditi da je imao posebnu namjeru sudjelovati u izvršenju zajedničkog plana počinjenjem nečovječnih djela na sustavan način ili

⁴⁴ Statut Međunarodnog suda pravde navodi običajno pravo među izvorima međunarodnog prava. Čini ga opća praksa prihvaćena kao pravo (*Statute of the International Court of Justice*, 3 *Bevans* 1179; 59 *Stat.* 1031; T.S. 993; 39 *AJIL* *Sustr.str.* 215 (1945), čl. 38. toč. 1. b.).

⁴⁵ Cour de cassation (Chambre Criminelle), *Claus Barbie*, N° de pourvoi : 85-95166, 20.12.1985., dostupno na: http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/barbie1985.pdf [7.9.2013.]. Klaus Barbie bio je šef Gestapa u Lyonu. Optužen je 1982. godine za ZPČ.

⁴⁶ Cour de cassation (Chambre Criminelle), *Paul Touvier*, N° de pourvoi : 74-91949, 6.2.1975., dostupno na: http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/France/Touvier_Cassation_6-2-1975.pdf [7.9.2013.]. Paul Touvier bio je član Vichyevske milicije koji sudjelovao u ubojstvu sedmero Židova u Rillieuxu. Inače je prvi francuski državljanin osuđen za ZPČ.

⁴⁷ Supreme Court of Canada, *Regina v. Imre Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, Case number: 23023, 23097 24.3.1994., dostupno na: <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1124/index.do> [7.9.2013.]. Finta je bio pripadnik Kraljevske mađarske žandarmerije koja je provela deportaciju 8617 Židova iz Segedina u Mađarskoj.

⁴⁸ District Court of Jerusalem, *State of Israel v. Eichmann*, Criminal Case 40/16, 15.12.1961., dostupno na: http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/Eichmann_Index.htm [9.9.2013.].

⁴⁹ *Supra* bilj. 45.

progona u ime države koja provodi politiku ideološke supremacije⁵⁰. Naime, žalbeni sud je držao da *Vichyevski* režim nije provodio politiku ideološke supremacije, ali ga je Kasacijski sud osudio, zaključivši da je *Touvier* postupao po nalogima Gestapa koji jest provodio politiku ideološke supremacije.⁵¹

Početak devedesetih godina pred kanadskim sudovima vodio se postupak protiv *Imrea Finte*. Iako bitan, taj je predmet nepravedno zanemaren. Naime, kada je 2002. godine Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu *Kunarac* zaključilo da postojanje bilo kakve politike, a kamoli državne, nije uopće element ZPČ, citiralo je nekoliko predmeta koji su se vodili pred nižim kanadskim sudovima, a previdjelo onaj koji se u isto vrijeme vodio pred kanadskim Vrhovnim sudom i u kojem se eksplicitno razmatralo pitanje državne politike kao obilježja ZPČ.⁵² Porota je *Fintu* oslobodila optužbe, a tu su odluku potvrdili žalbeni sud i kanadski Vrhovni sud. Vrhovni sud je zaključio kako je postojanje državne politike „pravni preduvjet ZPČ (*pre-requisite legal element of crimes against humanity*)“.⁵³ Posebnu težinu ovome zaključku Vrhovnog suda daje činjenica da državna politika nije bila dio definicije ZPČ u kanadskom kaznenom zakonu u to vrijeme. Drugim riječima, čak i kada državna politika nije bila propisani dio definicije ZPČ za Vrhovni sud nije bilo upitno da je ona njegov integralni dio i ono što ZPČ razlikuje od svih ostalih kaznenih djela.⁵⁴

Postupak protiv *Adolfa Eichmanna* jedan je od najpoznatijih u povijesti. Ponekad se, međutim, taj predmet ističe kao dokaz kako državna politika nije obilježje ZPČ, no moguć i suprotan zaključak. Naime, istina je da definicija ZPČ sadržana u izraelskom Zakonu o kažnjavanju nacista i njihovih kolaboracionista, 5710/1950, ne uključuje obilježje 'politike', no izuzevši usmjerenost djela protiv civilnog stanovništva, ista ne navodi ni neka druga opće prihvaćena obilježja ZPČ (primjerice, sustavnost ili širinu

⁵⁰ *Supra* bilj. 46.

⁵¹ Neki komentatori drže da su francuski sudovi otišli predaleko u određenju ZPČ kada su zahtijevali dokaz postojanja „politike ideološke supremacije“ i zaključuju kako je to možda bilo motivirano željom opravdavanja Vichyevskog režima ili francuskog djelovanja u Alžiru. V. *Hwang* 1998, str.475.

⁵² Valja ipak napomenuti kako je središnje pitanje u predmetu *Finta* bilo pitanje postupanja po zapovijedi nadređenog.

⁵³ *Supra* bilj. 47.

⁵⁴ Zanimljivo je da je Vrhovni sud time potvrdio stajalište prvostupanjskog suda koji je o tome prihvatio Bassiounijevo mišljenje kao mišljenje svjedoka-stručnjaka.

napada). Osim toga, već i sam naziv zakona upućuje na važnost uloge politike Trećeg Reicha u kaznenim djelima iz toga zakona.

3.3. Rad Međunarodnog pravnog povjerenstva

Opća skupština Ujedinjenih naroda (*u daljnjem tekstu: UN*) osnovala je 1947. godine Međunarodno pravno povjerenstvo (*u daljnjem tekstu: MPP*) sa zadatkom da prouči metode kojima bi Opća skupština UN trebala poticati progresivni razvoj međunarodnog prava i njegovu moguću kodifikaciju.⁵⁵ Djelovanje MPP od posebnog je značenja za ovaj rad iz više razloga. Prvo, nakon što je 1948. godine usvojena Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida,⁵⁶ ZPČ ostao je jedini međunarodni zločin čiji sadržaj nije bio standardiziran međunarodnom konvencijom. Dokumenti MPP stoga predstavljaju prvorazrednu smjernicu u traganju za pravilima međunarodnog običajnog prava. S druge strane, zato što je MPP osnovano od strane UN baš sa zadaćom kodificiranja međunarodnog prava, njihovi dokumenti predstavljaju i svojevrsan *opinio iuris* međunarodne zajednice, pa predstavljaju i pravni autoritet. Konačno, MPP je 2013. godine uključilo u svoj dugoročni mandat kodifikaciju ZPČ. Rad na međunarodnoj kodifikaciji još uvijek je u tijeku.

Jedan od prvih zadataka MPP-a bio je „formulirati principe međunarodnog prava koji proizlaze iz Nürnberške povelje i Presude Međunarodnog vojnog suda“,⁵⁷ koje je MPP 1950. godine i podnijelo Općoj skupštini“,⁵⁸ a godinu dana kasnije pripremilo je i nacrt Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva.⁵⁹ Drugi nacrt Kodeksa usvojen je 1954. godine.⁶⁰ Ovi se

⁵⁵ Establishment of an International Law Commission, G.A. Res. 174(II), U.N. GAOR, 2d Sess., 123d mtg. at 105, U.N. Doc A/519 (1947).

⁵⁶ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Dec. 9, 1948, 78 U.N.T.S. 277.

⁵⁷ Formulation of the principles recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal, G.A. Res. 177(11), U.N. GAOR, 2d Sess., 123d mtg. at 111, U.N. Doc. A/519 (1947).

⁵⁸ Report of the International Law Commission, U.N. GAOR, 5th Sess., Sustr.str. No. 12, U.N. Doc. A/1316, at 11 (1950), dostupno na: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf [3. 9. 2013.].

⁵⁹ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, II YEARBOOK INT'L L. COMM'N 134 (1951).

⁶⁰ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, II YEARBOOK INT'L L. COMM'N 151 (1954).

dokumenti najvećim dijelom bave pitanjem povezanosti ZPČ sa ratnim zločinima i zločinom protiv mira, tj. pitanjem je li ZPČ samostalno ili akcesorno kazneno djelo. Pojednostavljeno, postavilo se praktično pitanje da li masovna i organizirana ubojstva, progona i drugi zločini počinjeni pod okriljem Njemačke prije početka rata također predstavljaju ZPČ, odnosno je li bitna odrednica ZPČ njegova poveznica sa oružanim sukobom ili ne. U Presudi je navedeno: „Možda su i poduzete radnje, kao što se navodi u članku 6(c), 'prije ili tijekom rata', ali, očito, bit će teže dokazati njihovu povezanost sa zločinom protiv mira ili ratnim zločinom ako su radnje poduzete prije rata“.⁶¹

Postupci protiv neprijatelja Trećeg Reicha prije i tijekom rata sadržajno su bili isti, ne samo glede pojedinih djela kao što je ubojstvo, nego u pogledu cijelog konteksta u kojem su ta djela poduzeta, dakle državne politike i državnog okvira za činjenje zločina. Tako, primjerice, u Nürnberškim principima stoji: „Iako je utvrdio da su 'politički protivnici ubijani u Njemačkoj prije rata, i mnogi od njih su zatvarani u koncentracijske logore i držani u strašnim i okrutnim uvjetima', i da je 'politika progona, represije i ubojstava civila, percipiranih protivnika vlade, okrutno provođena u Njemačkoj prije rata iz 1939. godine', i da je 'progon Židova tijekom tog perioda nesporan', Sud je smatrao da nije dokazano da su te radnje, koje su poduzete prije izbivanja rata, počinjene u izvršenju ili u vezi s nekim zločinom iz jurisdikcije Tribunala. Zbog toga je sud utvrdio kako ne može 'općenito reći da su takve radnje prije 1939. godine bile ZPČ u smislu Povelje' (...) Tribunal nije, međutim, time isključio mogućnost da bi se ZPČ mogli počinuti i prije rata“.⁶²

Nacrt kodeksa iz 1951. određuje ZPČ kao „nečovječna djela poduzeta od strane državnih organa ili privatnih osoba protiv nekog civilnog stanovništva kao ubojstvo, (...), kada su takva djela poduzeta u izvršenju ili u vezi sa drugim zločinima iz ovog članka“.⁶³ Nacrt kodeksa iz 1954. ih označava kao „nečovječna djela poput ubojstva, (...) počinjena protiv nekog civilnog stanovništva od strane državnih organa ili privatnih osoba koje

⁶¹ *Supra* bilj.24, str. 80.

⁶² *Supra* bilj. 58, par. 121. - 122.

⁶³ *Supra* bilj. 59, čl. 2. st.10. Iako je to od manjeg značenja za ovaj rad, izrazom „u izvršenju ili u vezi s drugim zločinima iz ovog članka“ krug ZPČ znatno je proširen jer čl. 2. nije sadržavao samo ratne zločine i zločine protiv mira već i niz drugih zločina.

postupaju na poticaj državnih organa ili uz njihovo dopuštenje“.⁶⁴ Uočava se da MPP u Nacrtu iz 1951. i 1954. zauzima stav kako počinitelji ZPČ mogu biti i privatne osobe. Nacrt iz 1951. međutim zahtijeva vezu sa nekim drugim zločinom, dok Nacrt iz 1954. napušta tu vezu, ali zato zahtijeva da privatne osobe postupaju „na poticaj državnih organa ili uz njihovo dopuštenje“. Tako je napušten *nexus* sa drugim međunarodnim zločinima, a usvojena je definicija koja je puno više odgovarala stvarnim obilježjima ponašanja koje se htjelo kazniti. Naime, ZPČ je unesen u Nürnberšku povelju kako bi se kaznili zločini koji su imali uporište u politici Trećeg Reicha, a ne obična kaznena djela počinjena za vrijeme trajanja rata.

MPP je s radom nastavilo tek osamdesetih godina 20. stoljeća. 1991. godine izrađen je treći Nacrt kodeksa. U njemu nema zločina pod nazivom ZPČ, već je uveden novi zločin pod nazivom „sustavno ili masovno kršenje ljudskih prava“ koji je svojim sadržajem obuhvatio ZPČ. Prema Nacrtu za taj bi zločin odgovarao onaj „tko počini ili naredi izvršenje bilo kojeg od sljedećih kršenja ljudskih prava: ubojstvo, (...) na sustavan način ili masovno; ili progon“.⁶⁵ Letimičan pogled na definiciju pokazuje da je izrijekom uveden novi element u ZPČ; naime, pojedina djela moraju biti počinjena na sustavan način ili masovno.⁶⁶ Istovremeno je napušten zahtjev iz Nacrta iz 1954. kako počinitelj treba postupati „na poticaj državnih organa ili uz njihovo dopuštenje“. Pritom MPP u Komentaru navodi da „članak ne ograničava moguće počinitelje ZPČ samo na državne službenike ili predstavnike. Istina, oni bi, s obzirom na svoj službeni položaj, imali veću stvarnu mogućnost počinjenja zločina na koji se odnosi članak; ipak članak ne isključuje mogućnost da privatne osobe koje imaju *de facto* vlast

⁶⁴ *Supra* bilj.60, čl. 2. st. 11.

⁶⁵ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, II(2) YEARBOOK INT'L L. COMM'N 94 (1991), čl. 21.

⁶⁶ U pripadajućem Komentaru Nacrta navodi se što MPP podrazumijeva pod pojmovima „sustavnost“ odnosno „masovnost“. Tako se „sustavnost“ odnosi „na stalnu praksu ili na sustavan plan za izvršenje kršenja ljudskih prava“. „Masovnost“ se odnosi na „broj osoba pogođenih takvim kršenjem“, odnosno „pogođeni entitet“ (čl. 21. st. 3.) . U Komentaru se nadalje navodi kako je funkcija tih elemenata isključiti „izolirane akte ubojstava ili mučenje (...) bez obzira kako odvratno kršenje ljudskih prava je u pitanju“. U praksi, međutim, ta dva nova elementa, evidentno postavljena alternativno, nisu bila novina. Planska priroda i organiziranost zločina počinjenih pod okriljem politike Trećeg Reicha redovito je isticana u presudama za ZPČ, a francuski i kanadski sudovi držali su sustavnost počinjenja pojedinih radnji dijelom ZPČ.

ili su organizirane u kriminalne bande ili grupe mogli također počinuti tip sustavnih ili masovnih kršenja ljudskih prava na koje se odnosi članak; u tom slučaju, njihove radnje bi došle u domet Kodeksa⁶⁷. Proizlazi, stoga, kako treba razlikovati počinitelja ZPČ, koji može biti bilo službena bilo privatna osoba, od države ili drugog entiteta koji pruža podršku ili omogućuje počinjenje ZPČ. Prema tome, privatna osoba, postupajući prema vlastitom kriminalnom planu, bez „zaleđa“ neke grupe, ne bi mogla počinuti ZPČ. MPP je koristeći izraz „*de facto* vlast“, otvorio mogućnost da bi taj entitet mogao biti tvorevina poput države ali nije posve isključio i neke druge grupe koje takvu vlast nemaju. Dakle, ostalo je nužno postojanje nekog entiteta koji usmjerava činjenje djela, no ponovno je otvoreno pitanje potrebne naravi tog entiteta.

Nacrt kodeksa iz 1996. iznova uvodi pojam ZPČ, a definira ga kao „bilo koje od sljedećih djela, počinjeno na sustavan način ili masovno i potaknuto ili usmjereno od strane Vlade ili bilo koje organizacije ili grupe: ubojstvo, (...)“⁶⁸. Prema toj definiciji, kontekst u kojem je počinjen zločin koji se kvalificira kao ZPČ, ima dvije komponente: prvo, zločin mora biti počinjen sustavno ili zločini moraju biti masovni; i drugo, zločin mora biti počinjen pod okriljem nekog entiteta. Nacrt kodeksa iz 1991. izrijekom nije tražio pružati podršku tim zločinima od strane nekog entiteta; o tome je govorio tek prateći Komentar.

Podrška entiteta prema Nacrtu kodeksa iz 1996. godine se sastoji u poticanju ili usmjeravanju zločina, a pruža ju Vlada ili bilo koja organizacija ili grupa. Određenje je bliže Nacrtu kodeksa iz 1954. godine koji je govorio o ZPČ kao zločinima počinjenima protiv civilnog stanovništva „od strane državnih organa ili privatnih osoba koje djeluju na poticaj tih organa ili uz njihovo dopuštenje“⁶⁹. Te dvije definicije se razlikuju utoliko što Nacrt iz 1996. osim države uključuje i mogućnost da bi relevantnu podršku činjenju ZPČ mogli pružiti i drugi entiteti. No, Nacrt iz 1996. je zato puno stroži glede sadržaja te podrške. Dok je za Nacrt iz 1954. dovoljna obična pasivnost, što proizlazi iz riječi „uz njihovo dopuštenje [državnih organa, op.a]“, Nacrt iz 1996. zahtijeva da činjenje zločina bude „potaknuto ili

⁶⁷ *Supra* bilj. 65, čl. 21. st. 3.

⁶⁸ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 11(2) YEARBOOK INT'L L. COMM'N 15 (1996), čl. 18.

⁶⁹ *Supra* bilj. 60, čl. 2. st. 11.

usmjeravano od strane Vlade, druge organizacije ili grupe...“, dakle da entitet bude aktivan. U Komentaru Nacrta iz 1996. MPP navodi kako je funkcija ove komponente isključiti slučajeve „u kojima pojedinac počini nečovječno djelo postupajući na vlastitu inicijativu na temelju vlastitog kriminalnog plana bez ikakvog ohrabrenja ili usmjeravanja od strane Vlade, ili grupe ili organizacije. Takav tip izoliranog kriminalnog ponašanja ne bi predstavljalo ZPČ...Poticanje ili usmjeravanje od strane Vlade ili neke organizacije ili grupe, koja može ili ne mora biti povezana s Vladom, daje djelu njegovu veliku dimenziju i čini ga ZPČ koji se može pripisati privatnim osobama ili državnim agentima“. ⁷⁰ Uz taj navod MPP se pozvao na presude *Streicheru* i *Von Schirachu*, iz kojih se, kako je već objašnjeno *supra*, samo mogao izvesti zaključak da konkretni počinitelj ZPČ ne mora biti dio užeg kruga kreatora državne politike, a ne i da takva politika nije potrebna. Stoga je upitno u kojoj mjeri citirane presude podržavaju zaključak MPP kako relevantan entitet može biti i nedržavna organizacija. Nadalje, uočava se i da MPP razlikuje „vladu“ s jedne strane, i „grupu ili organizaciju“ s druge strane. Zahtjev logičke uravnoteženosti nalagao bi zaključak da „grupa ili organizacija“ treba imati takva obilježja koja ju čine sposobnom izvršiti „poticanje ili usmjeravanje“ odgovarajuće onome koje je u stanju učiniti vlada. U tome dijelu Komentara MPP u bilješci navodi kako je MVS na temelju Nürnberške povelje proglasio kriminalnima i neke organizacije „koje su osnovane za i upotrebljavane u vezi s počinjenjem zločina protiv mira, ratnih zločina i ZPČ“. ⁷¹ Riječ je organizacijama poput SS-a i Gestapa koje su bile povezane sa državom. Izjavu da bi grupe ili organizacije koje nisu povezane s državom mogle pružiti pravno relevantnu podršku ZPČ-i, MPP nije potkrijepio primjerima iz sudske prakse jer takve prakse nije bilo. Zato tu izjavu treba shvatiti kao prijedlog *de lege ferenda*, a ne kao potvrdu običajnog prava o tome pitanju. Konačno, valja ukazati kako je trenutno u tijeku rad MPP na kodifikaciji upravo zločina protiv čovječnosti. Posljednji prijedlog slijedi tekst Rimskog statuta, što svakako govori u prilog shvaćanju o politici kao obilježju ZPČ, no ne pruža detaljne

⁷⁰ V. *supra* bilj. 68.

⁷¹ *Ibid.*

smjernice niti o sadržaju politike niti o prirodi entiteta u njenoj pozadini.⁷² Hoće li u tome obliku konvencija biti i usvojena, ostaje tek vidjeti. Zaključno, vrijednost rada MPP velika je i neupitna. Međutim, iako su njegovi dokumenti od velike pomoći u traganju za pravilima običajnog prava, oni nisu potvrda običajnog prava. Dokumenti MPP eventualno mogu predstavljati *opinio iuris* država, no običajno pravo uz *opinio iuris* čini i kontinuirana sudska praksa. S druge strane, MPP je u Nacrtima kodeksa i pripadajućim Komentarima, uz iznimku Nacrta kodeksa iz 1991. godine, naglašavao ulogu države odnosno drugog entiteta u pružanju podrške počinjenju ZPČ. Njegovi zaključci o ulozi države i državnih organizacija su ispravni, i u svjetlu tadašnje sudske prakse, mogu se uzeti kao potvrda običajnog prava. Međutim, zaključke o nedržavnim organizacijama, a osobito onima koje nemaju *de facto* vlast, MPP nije moglo potkrijepiti sudskom praksom, pa se oni mogu držati samo prijedlozima glede smjera u kojem bi se ZPČ trebali razvijati. U samo dva navrata MPP se očitovalo o sadržaju politike entiteta. Prema Nacrtu iz 1954. ona bi se mogla sastojati i u toleriranju zločina, dok je prema Nacrtu iz 1996. potrebna aktivnost. Smatramo kako je Nacrt iz 1954. zauzeo pravilan stav, na temelju ranije izloženog predmeta *Weller*. U tome su slučaju zločini počinjeni protivno propisima Trećeg Reicha, dapače *Wellera* je Gestapo i opomenuo, ali su se ipak uklopali u opću politiku toleriranja zločina nad Židovima.

3.4. Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju

Devedesete godine 20. stoljeća obilježio je slom komunizma u Europi. U Jugoslaviji je on popraćen raspadom države i višegodišnjim ratom. Rat su obilježila teška kršenja humanitarnog prava, velika civilna stradanja i uništenja kulturnih objekata, a osobito praksa tzv. etničkog čišćenja. U odgovoru na ta zbivanja VS UN je 1993. godine osnovalo MKSJ.⁷³

⁷² V. International Law Commission, Sixty-seventh session, Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2015, Report of the Drafting Committee on Crimes against Humanity A/C.4/L.853

⁷³ UN Security Council, Resolution 808 (1993) Adopted by the Security Council at its 3175th meeting, 22.2.1993., S/RES/808 (1993), dostupno elektronički na: <http://www.refworld.org/docid/3b00f15d30.html> [posjećeno 23.8.2013.].

Statut MKSJ⁷⁴ je sastavljen u osloncu na Izvješće Glavnog tajnika UN-a od 3.svibnja 1993. godine.⁷⁵ Prema članku 5. Statuta ZPČ se definiraju kao taksativno navedena djela „počinjena u tijeku oružanog sukoba, međunarodnog i nemeđunarodnog, i usmjerena protiv nekog civilnog stanovništva“. U komentaru predložene odredbe navodi se da su ZPČ „vrlo ozbiljna nečovječna djela kao (...) ubojstvo, (...), počinjena u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv nekog civilnog stanovništva na nacionalnoj, političkoj ili vjerskoj osnovi“.⁷⁶

Statut MKSJ pobliže ne definira obilježja ZPČ te stoga ne čudi da se sadržaj ZPČ kristalizirao u sudskoj praksi, s prekretnicom u predmetu *Kunarac*. Iz prakse proizlazi da je ZPČ kompleksno kazneno djelo, sastavljeno od objektivnog i subjektivnog obilježja. Objektivno obilježje čini određeno taksativno navedeno djelo i kontekst u kojemu je djelo počinjeno. Kontekst čini sustavan ili široki napad⁷⁷ usmjeren protiv nekog civilnog stanovništva⁷⁸ i poduzet tijekom oružanog sukoba.⁷⁹ Pojedino djelo mora biti počinjeno u sklopu takvog napada, treba dakle postojati određeni *nexus*

⁷⁴ *Statute for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., U.N. Doc. S/RES/827 (1993).

⁷⁵ *Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808* (1993), 3.5.1993., str. 13, dostupno na http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/25704 [1.9.2013.]

⁷⁶ *Ibid.*, par. 48.

⁷⁷ U praksi MKSJ standardiziralo se shvaćanje da izraz „napad“ u smislu ZPČ ima drukčije značenje od onog koje mu pridaje ratno pravo, u smislu vojnog napada. „Napad“ u smislu ZPČ znači slijed ponašanja koje uključuje višestruko počinjenje nasilnih radnji, obuhvaća i svako zlostavljanje civilnog stanovništva. V. ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, *Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, IT-95-13-R61, 3. 4. 1996., par. 436. U praksi će napad ipak najčešće biti vojni, tako što će vojni odred napasti civilno stanovništvo, npr. zbog osvete, zastrašivanja i sl.

⁷⁸ Napad je „usmjeren“ protiv nekog civilnog stanovništva ako je ono primarni objekt napada (V. *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23&15-96-23/I-A, 16.6.2002., par. 90-92.). To je od važnosti za ratno pravo jer napad usmjeren na vojni cilj sa kolateralnim civilnim žrtvama nije napad usmjeren protiv civilnog stanovništva. Izraz „neko civilno stanovništvo“ znači stanovništvo bilo kojeg državljanstva, dakle i istog kao i počinitelj. Riječ „civilno“ ne znači da su automatski isključene osobe koje su bile borci, ali u vrijeme počinjenja zločina to više nisu, npr. zato što su izvan stroja zbog polaganja oružja, ranjavanja ili zarobljavanja. V. *Mrkšić (supra bilj. 77)*, par. 29.; ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, 7.5.1997., par. 635, 636.

⁷⁹ Uvjet *nexusa* sa oružanim sukobom nije materijalni element ZPČ, on je isključivo jurisdikcijske prirode tako da ograničava nadležnost MKSJ na ZPČ koje su počinjene u vrijeme trajanja oružanog sukoba. V. *Tadić (supra bilj.78)*, par. 627.

između djela i konteksta.⁸⁰ Napad protiv civilnog stanovništva je trebao biti usmjeren ili potican politikom države ili nekog entiteta, ali se taj uvjet u praksi povezivao sa zahtjevom da napad bude sustavan. Subjektivno obilježje ZPČ je znanje počinitelja o kontekstu, u sklopu kojeg je poduzeto i njegovo djelo.⁸¹

Postojanje politike nekog entiteta nije sastavni dio definicije ZPČ u Statutu, niti je dio izvješća Glavnog tajnika. Unatoč tome, Komisija stručnjaka u svojem je Završnom izvješću naglasila kako je politika dio konteksta ZPČ.⁸² Komisija je o politici govorila u okviru sustavnosti počinjenih djela, odnosno njihove masovnosti. Ona je držala da i sustavno i masovno počinjena djela moraju biti počinjena na osnovi „zajedničke politike“. Komisija nije izravno odgovorila na pitanje treba li zajedničku politiku shvatiti kao politiku države, ali čini se da je upravo nju imala u vidu kada je utvrdila: „Trebalo naglasiti da porast stope počinjenih zločina, koji prati opći raspad pravnog sustava i reda, nije ZPČ. Ipak, opći raspad pravnog sustava i reda može biti smišljen instrument, pažljivo izvedena situacija kako bi se sakrila prava priroda namjeravanog zla. Stoga, ne treba bez preispitivanja zaključivati da su počinitelji samo nekontrolirani elementi... Nepostojanje volje da se nekontrolirani elementi stave pod kontrolu, progone i kazne može biti pokazatelj da su ti elementi, u stvarnosti, korisno sredstvo za implementaciju politike kao dijela ZPČ“.⁸³ Iz toga se vidi da Komisija pojam „politike“ promatra kroz prizmu namjernog propusta entiteta odgovornog za uspostavu pravnog sustava i reda da zaštiti ugroženo

⁸⁰ *Nexus* između djela i konteksta postoji ako je djelo objektivno, s obzirom na prirodu i posljedice, dio napada. V. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, par. 248., 251. i 271.

⁸¹ Počinitelj mora znati za postojanje širokog ili sustavnog napada te da je njegovo djelo dio toga napada. V. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22. 2. 2001., par. 417.

⁸² Komisija stručnjaka, koja je dala prvu analizu sadržaja Statuta MKSJ u svojem Završnom izvješću, osnovana je na zahtjev VS UN sa zadaćom prikupljanja dokaza o kršenju humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije (*United Nations Security Council Resolution 780 (Establishing a Commission of Experts to Examine and Analyze Information Submitted Pursuant to Resolution 771)*), S.C. res. 780, 47 U.N. SCOR at 36, U.N. Doc. S/RES/780 (1992) dostupno na: <http://www1.umn.edu/humanrts/peace/docs/scres780.html> [23.8.2013.]. Na čelu joj je bio M. C. Bassiouni.

⁸³ *Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780* (1992), S/1994/674 – 27.5.1994., dostupno na: <http://www.his.com/~twarrick/commxy1.htm> [7.9.2013.].

stanovništvo od „nekontroliranih elemenata“. Pitanje je koji entitet osim države ima takvu odgovornost i sposobnost. Po prirodi stvari to bi mogao biti samo *de facto* država, tj. entitet poput države.

Iz navedenog ulomka može se izvesti zaključak i o sadržaju politike. Država, odnosno drugi sličan entitet, može biti aktivna, dakle aktivno sudjelovati u sustavnom ili masovnom počinjenju pojedinih djela, ili može namjerno ostati pasivna i tolerirati zločine, ne pokušavati spriječiti počinitelje, niti ih kazнено progoniti i kažnjavati. Iako politiku nije izdvojila kao zasebno obilježje, nego je o njoj govorila kao osnovi djela počinjenih sustavno ili masovno, Komisija ju je ipak držala ključnom za kvalifikaciju djela kao ZPČ: „opseg i priroda tih zločina postaju od osobitog značenja i interesa za međunarodnu zajednicu zbog gnusnog karaktera cjelokupne politike, uporabljenih sredstava za njezinu provedbu i broja žrtava kojima rezultira“.⁸⁴

Kako je već ranije spomenuto, prva presuda MKSJ donesena je u postupku protiv *Tadića*.⁸⁵ U prvoj presudi MKSJ se priklonio ranije zauzetom stavu u odluci u predmetu *Nikolić* prema kojoj 'politika' predstavlja obilježje ZPČ.⁸⁶ No, predmet *Nikolić* nije bio od pomoći glede određenja prirode entiteta o čijoj je politici riječ, budući da je sud samo naveo kako to ne mora biti „država u konvencionalnom smislu“.⁸⁷ Kako Statut ne sadrži nikakvu odredbu u tom smislu, niti odredbe o izvorima prava i pravilima tumačenja,

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, *supra* bilj. 78 Nekoliko napomena o samom predmetu kako bi se dobio bolji uvid u ulogu politike Kriznog štaba ARK, izvršne vlasti u ARK, srpskog entiteta za trajanja oružanog sukoba u bivšoj Jugoslaviji, kojoj je pripala i općina Prijedor. U općini je, kada je pala pod srpsku vlast, osnovan lokalni Krizni štab ARK koji je bio podređen Kriznom štabu ARK. On je u Prijedoru odmah implementirao niz mjera kojima se otežava život i kretanje nesrbima, uključujući otkaze, gubitak zdravstvenog i socijalnog osiguranja, zabranu privatnog rada, pohađanja škole, isključenje struje, telefonskih linija, a tolerirale su se krađe, zlostavljanja, silovanja i ubojstva što je život za nesrbe u Prijedoru učinilo nemogućim (par. 147-153.). Najteža od tih djela Tužitelj je kvalificirao kao ZPČ, a za njih je optužen Duško Tadić koji je u tome je razdoblju bio predsjednik lokalnog ogranka stranke SDS.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 653.: „Tradicionalno se taj zahtjev shvaća tako da treba postojati neki oblik politike da se ta djela počine“, „Koncept ZPČ također zahtijeva – iako to nije izraženo u tako puno riječi u gornjoj definiciji [Članak 6(c) Nurnberške Povelje] – da zločini u pitanju moraju biti dio sustava utemeljenog na teroru ili čine vezu u svjesno vođenoj politici usmjerenoj protiv određenih grupa ljudi.“

⁸⁷ ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, *Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, IT-94-2-R61, 20. 8. 1995., par. 27.

sud se morao osloniti na druge izvore u prilog svojem zaključku da se od razdoblja Trećeg Reicha „pravo o ZPČ razvilo tako da obuhvaća sile koje, iako ne pripadaju legitimnoj vladi, imaju *de facto* kontrolu nad, ili se mogu slobodno kretati u okviru, definiranog područja“.⁸⁸ Kao takvi prepoznati su Nacrt kodeksa iz 1996. koji govori o tome da djela mora poticati ili usmjeravati „vlada ili neka organizacija ili grupa“⁸⁹ te Nacrt iz 1991. godine prema kojemu su počinitelji u pravilu državni službenici jer imaju veću stvarnu mogućnost počinjenja takvih kaznenih djela, ali „ne treba isključiti niti privatne osobe sa *de facto* vlašću ili organizirane u kriminalne bande ili grupe“.⁹⁰

Zaključak MKSJ načelno treba pozdraviti. Ipak, MKSJ se trebao ograditi od široke formulacije „kriminalnih bandi ili grupa“ iz Komentara Nacrta iz 1996. jer ih niti MPP nije moglo potkrijepiti sudskom praksom.⁹¹ Ovako je bilješkom omogućio zaključak da bi organizacija koja nema obilježja države mogla stvoriti politiku u smislu ZPČ.

Drugo, MKSJ je pomalo nespretno i ne oslanjajući se na ikakve pravne izvore zaključio kako „politika ne mora biti formalizirana i njezino postojanje se može izvesti iz načina na koji se djela javljaju...ako su počinjena sustavno ili su širokog opsega, to pokazuje politiku da se počine, bila ona formalizirana ili ne“.⁹² Iako politika ne mora biti službena politika entiteta, stav kako bi se o njezinu postojanju moglo zaključivati iz sustavnosti ili opsega počinjenih djela čini se pogrešan. Definicija ZPČ iz Statuta MKSJ ne sadrži pojmove „sustavnost“, „široki opseg“ ili „politika entiteta“, no oni se izrijekom navode u čl. 18. Nacrta kodeksa iz 1996. godine i pratećem Komentaru, a MKSJ ih je držao implicitno sadržanima u zahtjevu da taksativno navedena djela budu usmjerena protiv civilnog stanovništva. Iz Komentara Nacrta iz 1996. godine, na koji se MKSJ snažno oslonio, proizlazi da kontekst ZPČ ima dvije komponente: a) da su

⁸⁸ Tadić, *supra* bilj.78, par. 654.

⁸⁹ *Supra* bilj.68.

⁹⁰ *Supra* bilj. 65, čl. 21. st. 5. Osim toga, MKSJ (Tadić, *supra* bilj. 78, par. 655.) se pozvao i na odluku u predmetu Nikolić te na odluku američkog suda u predmetu Kadić v. Karadžić (United States Court of Appeals for the 2nd Circuit, Kadić v. Karadžić: Opinion of 2nd Circuit re: Subject Matter Jurisdiction, 13.10.1995., dostupno na: <http://avalon.law.yale.edu/diana/4298-12.asp> [9.9.2013.]).

⁹¹ MPP je citirao presude *von Schirachu* i *Streicheru* te govorio o organizacijama povezanim sa Trećim Reichom poput Gestapa i SS-a.

⁹² Tadić, *supra* bilj.78, par. 653.

počinjena i druga takva djela na sustavan način ili masovno, te b) da je počinjenje djela poticano ili usmjeravano od strane nekog entiteta. Tek utvrđenje da postoje obje okolnosti dozvoljava zaključak o postojanju konteksta. U Komentaru se doista navodi da počinjenje djela na sustavan način znači „na temelju ranije osmišljenog plana ili politike“ te da bi „implementacija toga plana ili politike mogla... rezultirati ponovljenim ili kontinuiranim činjenjem nehumanih djela“, ali se to odmah potkrepljuje navodom da je i MVS „naglasio da su nehumana djela počinjena kao dio politike terora te su 'u mnogim slučajevima bila organizirana i sustavna“.⁹³ Iz toga je jasno da je MPP razlikovao plan ili politiku na temelju kojeg su djela počinjena, posljedica čega je da se uočava organiziranost u počinjenju zločina, od „politike terora“ tj. politike nekog entiteta koja takva djela potiče ili usmjerava. Obje su morale biti prisutne istovremeno da bi postojao odgovarajući kontekst. Primjerice, serijski ubojica postupa sustavno jer postupa prema određenom planu ili politici, ali to ne znači da u njegovu slučaju postoji i politika određenog entiteta koji ga potiče ili usmjerava. Politika entiteta postoji ako se može očekivati da će sustavno počinjeni zločini proći nekažnjeno zbog namjernog propusta entiteta koji ih može kazniti.⁹⁴

Za razmatranje ovog pitanja važan je i predmet *Kupreškići*. Predmet je otvorio pitanja obilježja entiteta o čijoj politici je riječ, ali još više sadržaja te politike.⁹⁵ Naime, iako je uzeo u obzir zaključak iz presude *Tadić* da bi, osim države, dolazili u obzir i entiteti sa *de facto* vlašću ili grupe koje se slobodno kreću definiranim područjem, Sud se nije usudio potvrditi tako široku formulaciju jer ju nije mogao potkrijepiti postojećom sudskom praksom, prema kojoj bi bio moguć samo zaključak da bi, osim države, u obzir dolazio entitet sa *de facto* vlašću.⁹⁶ Središnje pitanje u ovom

⁹³ *Supra* bilj.68.

⁹⁴ *V. Schabas* 2011, Crimes Against Humanity in Norway, MKSJ se u daljnjoj praksi oslanjao na presudu *Tadić*, osobito u pogledu zaključka da se o postojanju politike entiteta može zaključivati iz sustavnosti ili opsega počinjenih djela, što je kulminiralo drugostupanjskom presudom u predmetu *Kunarac* kojom je konačno zaključeno kako politika entiteta uopće nije obilježje ZPČ.

⁹⁵ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškići, IT-95-16-T, 16.1.2000.*, par. 543.: „Suština je tih zločina sustavna politika određenog opsega i težine usmjerena protiv civilnog stanovništva.“

⁹⁶ *Ibid.* par. 552.: „Potreba da su ZPČ barem tolerirani od strane države, vlade ili entiteta također se naglašava u nacionalnoj i međunarodnoj sudskoj praksi. Zločini u pitanju mogu biti sponzorirani od strane države ili mogu na bilo kojoj razini biti dio vladine politike ili

predmetu, međutim, bilo je pitanje sadržaja politike: mora li entitet aktivno sudjelovati u stvaranju uvjeta za počinjenje zločina ili je dovoljno da se pasivno postavi prema zločinima koje čine privatne osobe? Sud je rješenje našao u predmetu *Weller*, već ranije analiziranome u ovome radu, te je zaključio: „proizlazi da je u takvim slučajevima potreban neki oblik eksplicitnog ili implicitnog odobrenja ili podrške od strane države ili izvršne vlasti, ili da je počinjenje zločina evidentno ohrabreno općom politikom izvršne vlasti ili da se jasno uklapa u takvu politiku“.⁹⁷ Time je sud ujedno i izvrsno izrazio bit politike u kontekstu ZPČ.

Pa ipak, vrlo brzo MKSJ je odustao od politike kao obilježja ZPČ, odričući joj značenje običajnog elementa ZPČ.⁹⁸ Prema mišljenju žalbenog vijeća u predmetu *Kunarac* postojanje politike može služiti samo kao dokaz da su zločini počinjeni sustavno.⁹⁹ Žalbeno vijeće se pozvalo na definiciju iz čl.6(c) Nürnberške povelje, ali pritom je izostavilo *chapeau* tog članka koji govori o počiniteljima koji su postupali „u interesu Sila Osovine“, a pogrešno je protumačilo i predmete *Streicher*, *Von Schirach* i *Eichmann* koji su se temeljili upravo na postojanju državne politike (*V. supra* 3.1. i 3.2.). Žalbeno je vijeće uzelo u obzir i nekoliko presuda donesenih od nižih kanadskih sudova: *Mugesera*, *Sivakumar* i *Moreno*, ni ne spominjući predmet *Finta* koji se vodio pred kanadskim Vrhovnim sudom u isto doba, a koji je državnu politiku držao „nužnim obilježjem ZPČ“.¹⁰⁰ Nadalje,

politike entiteta koji drži *de facto* vlast nad teritorijem“. Sud se u tome oslonio na predmete *Barbie* i *Touvier*, analizirane *supra* u ovome radu.

⁹⁷ *Ibid.* par. 555.

⁹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Appeal Judgement, IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12.6.2002.* Predmet *Kunarac* se tiče silovanja, mučenja i porobljavanja muslimanskog stanovništva od strane srpskih snaga u općini Foča. Muškarci su uglavnom zatočeni, dok su žene zatvarane na različitim privatnim lokacijama s ograničenom mogućnošću kretanja. One su sustavno silovane od strane vojske, uz odobrenje lokalne policije, koja im je često takva silovanja i omogućavala (v. presudu Raspravnog vijeća, *supra* bilj. 2, par. 576). Predsjedništvo Republike Srpske formalno se pokušalo distancirati od navedenih zločina, te izdalo naredbu da se zaštite preostali nesrbi u Gornjem Podrinju, ali ta naredba nije implementirana i ostala je bez ikakvog učinka.

⁹⁹ Korijene toga pogrešnog zaključka, kao što je objašnjeno, nalazimo već u presudi *Tadić*.

¹⁰⁰ Zanimljivo je kako je Žalbeno vijeće primijetilo kako su slučajevi iz nacionalne prakse koji se često spominju u prilog zaključku kako je politika element ZPČ samo primjenjivali vlastite kaznene zakone koji sadrže takav uvjet pa se zato ne mogu uzeti u obzir. Osim što je pogrešno držati da se takva nacionalna praksa zbog navedenog razloga ne može uzeti u obzir, žalbeno vijeće nije bilo u pravu niti kada je tvrdilo da su u navedenim predmetima samo primjenjivani nacionalni kazneni zakoni. U razdoblju kada se vodio predmet *Finta*

pozvalo se na „lakonske“ paragrafe iz Izvješća Generalnog tajnika¹⁰¹ na temelju kojeg je donesen Statut MKSJ, te pogrešno shvatilo smisao relevantnog dijela Komentara Nacrta Kodeksa iz 1954. jer on zapravo izričito spominje ulogu državne vlasti. Iako u konkretnim predmetima ovaj zaključak MKSJ nije doveo do pogrešnog ishoda, imao je dalekosežne posljedice na razvoj međunarodnog kaznenog prava. Prihvatio ga je Međunarodni kazneni sud za Ruandu (engl. International Criminal Tribunal for Rwanda, u daljnjem tekstu: MKSR), a čini se da se snažno urezao i u dosadašnju praksu MKS (o čemu više *infra*).

Na temelju navedenog može se, dakle, zaključiti kako su se do pojave MKSJ nacionalni i međunarodni sudovi isključivo bavili ZPČ počinjenima pod okriljem države. Zločini na području bivše Jugoslavije nedvojbeno su pokazali da i entitet poput države može pružiti kvalitativno jednaku podršku tim zločinima. MKSJ je na početku svojeg rada ispravno zaključio kako je politika nekog entiteta dio konteksta u kojem djelo mora biti počinjeno da bi bilo kvalificirano kao ZPČ, kao i da bi osim države, taj entitet mogla biti i organizacija sa *de facto* vlašću nad područjem. Referencama da bi grupe koje nisu entiteti sa *de facto* vlašću mogle biti entiteti u smislu ZPČ ne treba pridati veće značenje jer činjenični supstrat konkretnih predmeta pred MKSJ nije opravdavao takav zaključak; radilo se, naime, o zločinima pod okriljem država ili tzv. „paradržava“. Stoga su takve reference samo *obiter dicta*. Glede sadržaja politike, MKSJ je otišao korak dalje od Nacrta kodeksa iz 1996. dopuštajući da bi se politika mogla sastojati i u namjernom toleriranju zločina od strane entiteta koji ih može spriječiti. U toj mjeri njegova je praksa doprinijela razumijevanju ZPČ i može biti izvrsna smjernica MKS u

pred kanadskim Vrhovnim sudom, politika kako je već navedeno, nije uopće bila dijelom definicije ZPČ u kanadskom kaznenom zakonu, no taj je sud ipak zaključio kako državna politika predstavlja obilježje ZPČ.

¹⁰¹ Citirani paragrafi glase: „48. ZPČ su prvi puta prepoznati u Povelji i Presudi Numberskog Tribunala, kao i Zakonu br. 10 Nadzornog vijeća za Njemačku. 8/ ZPČ su usmjereni protiv nekog civilnog stanovništva i zabranjeni su bez obzira jesu li počinjeni u oružanom sukobu, međunarodnom ili nemeđunarodnom. 9/ 49. ZPČ se odnose na vrlo ozbiljna nehumana djela poput namjernog ubojstva, mučenja ili silovanja, počinjena u sklopu sustavnog napada ili napada širokog opsega protiv nekog civilnog stanovništva na nacionalnoj, političkoj, etničkoj ili vjerskoj osnovi. U sukobu na području bivše Jugoslavije, takva nehumana djela su preuzela oblik tzv. „etničkog čišćenja“ i rasprostranjenog i sustavnog silovanja i drugih oblika seksualnog nasilja, uključujući prisilnu prostituciju.“

traganju za pravilima običajnog prava. Međutim, MKSJ je pogriješio kada je politiku pomiješao sa sustavnošću napada, pa je stoga potreban poseban oprez.

3.5. Međunarodni kazneni sud za Ruandu

Osim rata u Europi, devedesete godine 20. stoljeća obilježila su velika stradanja i u drugim dijelovima svijeta. Građanski rat u Ruandi dobio je svoj epilog u organiziranom masakru pola milijuna Tutsija i progonu stotina tisuća u susjedne države. Kao odgovor na to VS UN osnovalo je MKSR, čiji je statut priložen odluci o osnivanju.¹⁰²

ZPČ su u članku 3. Statuta MKSR definirani kao pojedina djela počinjena u sklopu sustavnog ili širokog napada protiv nekog civilnog stanovništva na diskriminatornoj osnovi. Za razliku od Statuta MKSJ, nema zahtjeva za vezom sa oružanim sukobom. Umjesto toga, izrijekom se određuje kontekst u kojem neko djelo mora biti počinjeno da bi se moglo kvalificirati kao ZPČ.

Ni Statut MKSR, dakle, pobliže ne definira obilježja ZPČ pa se MKSR, kao i MKSJ, u počecima svojeg djelovanja suočio s problemom utvrđivanja njihova sadržaja. Najveći oslonac našao je u praksi MKSJ, nacionalnoj praksi i Nacrtima kodeksa zločina s pripadajućim komentarima. Osnovni sadržaj pojedinih elemenata ZPČ utvrdio je u svojoj prvoj presudi u predmetu *Akayesu*.¹⁰³ Kao kontekstualne elemente ZPČ Sud je izdvojio sljedeće: postojanje napada,¹⁰⁴ usmjerenost napada protiv nekog civilnog stanovništva,¹⁰⁵ diskriminatoran karakter napada¹⁰⁶, sustavnost napada ili

¹⁰² UN SC Res 955 (1994), 8.9.1994., [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955\(1994\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955(1994)) [3.9.2013.].

¹⁰³ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Judgement, ICTR-96-4-T, 2. 9. 1998.

¹⁰⁴ Napad već čini bilo koje od taksativno navedenih djela u Statutu, ali da on može biti i nenasilan u klasičnom smislu pa bi obuhvaćao i, primjerice, uspostavu sustava apartheida, ili vršenje pristiska nad stanovništvom da se ponaša na određeni način ako je to izvedeno na masovan ili sustavan način (*Ibid.* par. 580.).

¹⁰⁵ Izraz „civilno stanovništvo“ shvaćen je široko, tako da ne obuhvaća samo osobe koje aktivno ne sudjeluju u neprijateljstvima, već i borce izvan stroja (*hors de combat*) zbog bolesti, ranjavanja, zarobljavanja ili drugog razloga. Osim toga, stanovništvo ne gubi karakter civilnog ako se među njime nalaze pojedinci koji se ne mogu smatrati civilima u izloženom smislu (*ibid.*, par. 582).

¹⁰⁶ Zahtjev da napad treba biti diskriminatoran, rano je prepoznat kao isključivo jurisdikcijski kriterij. Imao je i istu funkciju kao i veza sa oružanim sukobom iz čl. 5.

njegov široki opseg.¹⁰⁷ Konačno, MKSR je zahtijevao određenu veza, tzv. *nexus*,¹⁰⁸ između pojedinog djela i konteksta u kojemu je djelo počinjeno. Osim što njegovo djelo mora objektivno biti dijelom napada, počinitelj ga mora poduzeti uz znanje o tome napadu.¹⁰⁹

U predmetu *Akayesu*, politika nije istaknuta kao poseban element. Sud se o njoj očitovao ukratko, u dijelu izlaganja o sustavnosti napada. Tako je sustavan napad „temeljito organiziran, prati pravilan obrazac na osnovi zajedničke politike i uključuje značajna javna i privatna sredstva“¹¹⁰. Ne mora biti riječ o formalno usvojenoj državnoj politici, ali „mora postojati neki ranije osmišljeni plan ili politika“.¹¹¹ Sud je citirao Komentar Nacrta iz 1996. godine.

Iz teksta presude *Kayishema i Ruzindana*¹¹² dolazi do izražaja razlikovanje sustavnog ili širokog napada od politike. „Sustavan“ napad je tako rezultat primjene osmišljene politike, u skladu sa shvaćanjem MPP izraženom u Komentaru Nacrta kodeksa iz 1996., a izraz „politika“ se zapravo svodi na pitanje „tko ili što potiče politiku“.¹¹³ Čini se da je vijeće smatralo kako izraz „politika“ u sebi podrazumijeva stvaranje određenih uvjeta za ostvarenje napada. Međutim, vijeće nije puno ponudilo po pitanju entiteta koji „potiče politiku“. Iako je citiralo relevantne paragrafe Komendara Nacrta iz 1996. o „vladi, organizaciji ili grupi“, problem „poticanja politike“ je svelo na pitanje ima li sud jurisdikciju nad privatnim akterima

Statuta MKSJ, dakle, ograničiti stvarnu nadležnost MKSR na jednu skupinu ZPČ (*ibid.* par. 583.).

¹⁰⁷ Zbog pogreške u definiciji ZPČ u francuskoj verziji Statuta, Sud se na početku rada morao pozabaviti pitanjem jesu li pojmovi „široki“, odnosno „sustavni“ napad postavljeni alternativno. Utvrdivši da doista jesu, nastavio je s analizom sadržaja tih pojmova (*ibid.* par. 579.). „Široki“ napad je onaj koji je masivan, čest, velikog opsega, određene ozbiljnosti i usmjeren protiv više žrtava. Kao „sustavan“ napad određen je onaj koji je temeljito organiziran i slijedi pravilan obrazac na osnovi zajedničke politike i koja uključuje značajna javna i privatna sredstva (*ibid.* par. 580.).

¹⁰⁸ *Nexus* znači da čak i kada djelo nije počinjeno u isto vrijeme ili na istom mjestu gdje se dogodio napada, ono mora svojim obilježjima, ciljevima, prirodom ili posljedicama objektivno biti dijelom napada (ICTR, *Prosecutor v. Semanza*, ICTR 97-20-T, 15.5.2003., par. 326).

¹⁰⁹ ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A, 7. 6. 2001., par. 93-94.

¹¹⁰ *Akayesu*, *supra* bilj.103, par. 580.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² V. ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-I-T, 21.5.1999., par. 289..

¹¹³ *Ibid.* par. 125.

(*Ruzindana*), i nad državnim akterima (*Kayishema*).¹¹⁴ To je pogrešan pristup jer pitanje „politike“ nije pitanje pojedinih počinitelja, zapravo nije sporno da bi privatni akteri mogli počiniti ZPČ, već kakva obilježja treba imati entitet koji pruža podršku napadu.

Konačno, vrijedi još istaknuti predmet *Bagilishema*. Taj je predmet i pred MKSR otvorio pitanje pretvara li zahtjev za postojanjem politike široki napad u sustavni, odnosno jesu li statutarni zahtjevi da napad bude „širok“ ili „sustavan“ alternative samo na papiru. Ako je sustavan napad onaj koji izveden na temelju ranije osmišljene politike, a politika je „inherentni element napada“¹¹⁵ bio on sustavan ili širok, kako definirati široki, rašireni napad? Sud nije ponudio odgovor, već je samo primijetio, u osloncu na zaključke iz presude *Blaškić*, kako je u praksi teško razlikovati široki napad od sustavnog, „jer se u praksi i napad usmjeren protiv većeg broja žrtava u pravilu oslanja na neki oblik organiziranja ili planiranja“.¹¹⁶ To je jasan primjer zamućivanja razlike između politike i sustavnosti napada. Međutim, postojanje politike entiteta ne pretvara nužno široki napad u sustavan napad, o čemu više *infra*.

Zahtjev za „politikom“ se napušta u predmetu *Semanza* u osloncu na predmet *Kunarac*.¹¹⁷ Ipak, s obzirom da su zločini kojima se bavi MKSR počinjeni pod jasnim okriljem državne politike, to i nije imalo praktično značenje za ishod slučajeva pred tim sudom.

4. RIMSKI STATUT I MEĐUNARODNI KAZNENI SUD

4.1. Definicija zločina protiv čovječnosti i njezino tumačenje

Na Rimskoj konferenciji 17.5.1998. godine potpisan je RS MKS. Osim RS usvojeni su i Obilježja kaznenih djela (*u daljnjem tekstu: OKD*)¹¹⁸ te Pravila o postupku i dokazima (*u daljnjem tekstu: PPD*). U čl. 7. st.1. RS stoji: „Za svrhe ovoga Statuta, izraz "zločin protiv čovječnosti" znači bilo koje od niže opisanih djela, počinjenih u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog

¹¹⁴ *Ibid.* par. 126.

¹¹⁵ *Supra* bilj.109, par. 78

¹¹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-T, 3. 3. 2004, par. 207.

¹¹⁷ *Semanza*, *supra* bilj. 108, par. 329

¹¹⁸ OKD je dokument u kojem su navedena sva kaznena djela iz nadležnosti RS, sa detaljnim opisom njihovih obilježja. OKD pomažu pri tumačenju i primjeni odredbi RS o kaznenim djelima (RS, čl. 9. st. 1.) i mora biti u skladu sa RS (čl. 9. st. 3.).

protiv nekog civilnog stanovništva, uz znanje o tome napadu, kao što je: ubojstvo, ...“. U st. 2. istog članka izraz „napad usmjeren protiv civilnog stanovništva“ definira se kao „ponašanje koje uključuje višestruko činjenje 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“. OKD dodatno pojašnjava kako uvjet politike znači da „država ili organizacija aktivno promoviraju ili hrabre ...napad“ te da „politika koja ima civilno stanovništvo za objekt napada treba biti implementirana državnom radnjom ili radnjom organizacije. Takva politika može, u iznimnim okolnostima, biti implementirana namjernim propustom da se poduzme radnja, koji je svjesno usmjeren na ohrabrenje takvog napada. Zaključak o postojanju takve politike ne može se izvesti samo iz odsutnosti radnje vlade ili organizacije“.¹¹⁹

Time je kontekst u kojem treba biti počinjeno djelo da bi bilo kvalificirano kao ZPČ određen preciznije nego ikad prije. No, i dalje ostaje znatan prostor za tumačenje. Između ostalog, sucima je i dalje prepušteno utvrđenje kakva obilježja ima „organizacija“ kao entitet koji promovira politiku, i koji je sadržaj politike. U tome im, međutim, RS daje jasne smjernice. Naime, za razliku od statuta drugih međunarodnih sudova, RS izrijekom propisuje izvore prava za MKS i njihovu hijerarhiju (čl. 21. st. 1.). Prvi su u hijerarhiji sam RS, OKD i PPD. Tek ako oni ne pružaju odgovor MKS, ako je to svrhovito, mora primijeniti međunarodne konvencije te načela i pravila međunarodnog običajnog prava. Vlastitu praksu može primijeniti iako ga ona ne obvezuje, dok praksa drugih međunarodnih sudova nije sama po sebi izvor prava za MKS (čl. 21. st. 2.) već je to samo u mjeri u kojoj ona odražava načela i pravila međunarodnog običajnog prava, tj. upućuje na postojanje konzistentne prakse (*longa consuetudo*) koju prati *opinio iuris sive necessitatis*. To je osobito bitno kod ZPČ čiji sadržaj još uvijek nije, za razliku od ratnih zločina i genocida, standardiziran konvencijom, već se razvijao u običajnom pravu.

¹¹⁹ OKD, čl. 7. toč 3. i pripadajuća bilj. 6. Neki komentatori drže da su oni u suprotnosti s RS i stoga ništavi. Čl. 7. toč. 3. određuje sadržaj politike tako što navodi da se ona mora sastojati u aktivnom promoviranju ili ohrabriranju napada. Bilješka govori o implementaciji te politike. Ona se u pravilu implementira radnjom države ili organizacije, ali iznimno i namjernim propustom da se poduzme radnja. Pitanje je može li se politika *implementirana namjernim propustom* da se poduzme radnja *sastojati u aktivnom promoviranju ili hrabrenju* napada.

Pri tome bi suci MKS trebali strogo voditi računa o pravilima tumačenja koja proizlaze iz čl. 22. RS. Stav da nedefinirane izraze iz RS treba tumačiti primjenom pravila običajnog prava prema Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora nije apsolutno prihvatljiv zbog dvojne prirode pravila sadržanih u RS.¹²⁰ S jedne strane, RS je međunarodni ugovor jer uređuje odnose među državama, s druge strane, kada ga sud primjenjuje u postupku, on je za njega propis kaznenopravne naravi. Običajna pravila tumačenja međunarodnih ugovora sadržana u Bečkoj konvenciji treba primijeniti u prvom slučaju, ali za drugi slučaj RS sadrži posebna pravila tumačenja. Dok Bečka konvencija govori o tumačenju izraza prema njegovu uobičajenom značenju, uzimajući u obzir kontekst, cilj i svrhu ugovora, pravila koja su se često koristila u prilog aktivističkog tumačenja pravila međunarodnog kaznenog prava pozivanjem na različite idealističke ciljeve kao što je sprječavanje nekažnjivosti, RS izrijeком propisuje principe *nullum crimen sine lege*, zabranu analogije i obvezu restriktivnog tumačenja izraza (čl. 22 RS). MKS ne bi smio odstupati od navedenih principa.

Činjenica je da će se MKS u tumačenju nedefiniranih pojmova iz RS oslanjati na pravila običajnog prava koja proizlaze iz prakse MKSJ. Glede oslanjanja na tu praksu u odnosu na politiku kao element ZPČ treba voditi računa o nekoliko stvari. Prvo, MKSJ je, kako je već objašnjeno, 2002. godine s drugostupanjskom presudom u predmetu *Kunarac* napustio politiku kao obilježje ZPČ. Drugo, za vrijeme dok ju je držao elementom ZPČ, MKSJ ju je miješao sa sustavnošću počinjenih djela, što nije prihvatljivo iz perspektive MKS. Politika je sastavni dio „napada“ prema RS, a „sustavnost“ samo njegovo obilježje. Sud bi se prvo morao uvjeriti da uopće postoji napad, tj. da postoji višestruko počinjenje djela na temelju politike nekog entiteta, a tek onda bi se mogao upustiti u analizu njegovih obilježja, naime utvrđenje je li on sustavan ili široka opsega. Treće, MKSJ je izvodio različite zaključke vezano uz pitanje kakvi bi entiteti mogli biti iza politike kao indikatora sustavnosti. Međutim, u predmetima pred tim sudovima uvijek se radilo o entitetima sa *de facto* vlašću. Zaključci o

¹²⁰ *Jacobs, D.*, 2013, Why the Vienna Convention should not be applied to the ICC Rome Statute: a plea for respecting the principle of legality.. Jacobs, međutim, zagovara primjenu principa *in dubio pro reo* na tumačenje RS, gubeći iz vida kako se taj princip primjenjuje u procesnom pravu na situacije u kojima postoji dvojba o činjenicama. Takva dvojba ne smije za sudove postojati kada su u pitanju pravni propisi. Sudovi moraju znati pravo.

drugim grupama kao potencijalnim entitetima predstavljali su samo *obiter dicta* pojedinih vijeća MKSJ. Četvrto, u praksi se često spominju Komentari Nacrta kodeksa zločina. MKS se ne bi smio pozivati na njih kao samostalni izvor prava. Oni mogu biti, kako je ranije rečeno – samo svojevrstan *opinio iuris* međunarodne zajednice, tj. mogu govoriti u prilog zaključka da postoji običajnopravno pravilo o nekom pitanju, pod pretpostavkom da istovremeno postoji i konzistentna sudska praksa. Isto vrijedi i za isključiva oslanjanja na mišljenja teoretičara međunarodnog kaznenog prava. S tim u vezi valja naglasiti kako u akademskoj zajednici ne postoji jedinstven stav oko elementa politike kao obilježja ZPČ što otežava traganje za pravilom običajnog prava.¹²¹

Imajući u vidu sve ove metodološke napomene, valja dakle razmotriti: na kojoj razini vlasti treba biti usvojena politika da bi se mogla smatrati državnom, kakva obilježja treba imati neka grupa da bi se mogla smatrati organizacijom u smislu RS i u čemu se sastoji politika države ili organizacije. U nastavku teksta, izložit ćemo dosadašnju praksu MKS o tim pitanjima i ponuditi svoje prijedloge.

4.2. Država ili organizacija kao kreator politike

Svaka rasprava o elementu politike treba započeti s razmatranjem naravi entiteta o čijoj politici je riječ. Naime, ukoliko entitet ne ispunjava uvjete na temelju kojih bi se mogao smatrati relevantnom organizacijom, nije ni potrebno upuštati se u analizu sadržaja politike. Nasilje nad civilnim stanovništvom izvršeno od strane nekog kolektiva koji ima svoju politiku, ali ne predstavlja relevantnu organizaciju u smislu ZPČ, obično je kolektivno nasilje i treba biti predmetom ispitivanja u nacionalnom kaznenom postupku. RS govori o politici „države ili organizacije“ bez dodatnih objašnjenja tih pojmova. Dok je pojam države sam po sebi jasan, iako i on otvara barem jedno važno pitanje - naime na kojoj razini vlasti, lokalnoj ili višoj, treba biti usvojena neka politika da bi se mogla

¹²¹ Robinson ih sve ugrubo dijeli u četiri skupine. Prva, predvođena *Bassiounijem*, koja drži da bi entitet iza politike mogla biti samo državna organizacija. Druga, predvođena *Schabasom, Kressom i Ambosom*, prema kojoj dolazi u obzir samo organizacija koja je poput države. Treća, u kojoj je i sam Robinson, koja zastupa elastičniji pristup sličan onome *Trendafilove i Tarfussera* u predmetu *Kenija*. Četvrta, u kojoj je *Mettreaux*, prema kojoj politika uopće nije element ZPČ pa je bespredmetno razgovarati o prirodi entiteta koji bi mogao stajati iza nje. V. *Robinson* 2011..

kvalificirati kao državna - manje je jasno što podrazumijeva izraz „organizacija“.

MKS se nije puno bavio ovim pitanjima na početku svojeg rada. Tragove rasprave o razini na kojoj treba biti usvojena politika da bi se mogla kvalificirati kao državna nalazimo u situacijama *Kenija*¹²² i *Obala Bjelokosti*¹²³. U situaciji *Kenija* suci *Trendafilova* i *Tarfusser*, oslanjajući se bez ikakvih obrazloženja na odluku MKSJ u predmetu *Blaškić*, zauzeli su stav kako državna politika može biti usvojena na lokalnoj ili regionalnoj razini, a ne nužno na centralnoj.¹²⁴ U citiranom paragrafu u predmetu *Blaškić* MKSJ je svoj zaključak izveo iz Komentara Nacrta kodeksa iz 1991. i 1996. godine u dijelovima u kojima govore o nedržavnim kriminalnim bandama i grupama, iz jednog paragrafa iz predmeta *Barbie* o tome da postoje grupe opasnije od države,¹²⁵ te i samog čl. 7. RS u dijelu u kojem govori o politici organizacije. Osim što je riječ o cirkularnom zaključivanju PRV II, niti MKSJ nije citiranim dijelom potkrijepila zaključak da bi državna politika mogla biti usvojena na nižoj razini jer izneseni argumenti govore isključivo o obilježjima nedržavnih grupa. Primjerice, citirani paragraf iz presude *Barbie* puno više govori o obilježjima nedržavne organizacije kao relevantnog entiteta za ZPČ, i bilo bi ga prikladnije koristiti u prilog argumentu da bi ta nedržavna organizacija morala raspolagati vlašću poput države. Zaključak PRV II prihvatilo je nekritički i PRV III u predmetu *Obala Bjelokosti*.¹²⁶ Sudac *Kaul* je, međutim, u svojem izdvojenom suprotnom mišljenju izrazio stajalište da bi politika u smislu RS u pravilu morala biti usvojena na najvišoj razini vlasti odnosno, ako bi bila usvojena na nižoj razini, morala bi biti podržana na najvišoj razini.

¹²² *Supra* bilj. 3.

¹²³ ICC, Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", ICC-02/11-14-Corr, 15.11.2011.

¹²⁴ *Supra* bilj. 3, par. 89.

¹²⁵ Citirani tekst iz presude *Barbie* (*supra* bilj.45) glasi: „Zar ne postoje sile i organizacije čija bi moć bila veća i čije bi postupci bili dalekosežniji od nekih država institucionalno predstavljenih u UN? Treba paziti jer druge metode totalnog zlostavljanja ljudskog stanja bi mogle biti jednako strašne, iako iz drugih aspekata, od onih o kojima smo sad govorili“.

¹²⁶ *Supra* bilj.123, par. 45.

Regionalni organ vlasti mogao bi usvojiti politiku u smislu RS samo ako bi za to imao sredstva u okviru svojeg djelokruga.¹²⁷

Priklanjaje jednom ili drugom stavu izravno ovisi o tome kako tko shvaća politiku u smislu ZPČ. Shvati li se politika kao stvaranje određene atmosfere i uvjeta, te pružanje strukturalne podrške činjenju zločina, ona čini razliku između zločina kao izraza kolektivnog nasilja i zločina iz poslušnosti. Takve uvjete u pravilu može stvoriti samo najviša državna vlast (*de facto* ili *de iure*), ali ako bi zbog velikog stupnja autonomije upravljala sustavom i represivnim aparatom na manjem području, primjerice unutar regije, to bi mogla učiniti i regionalna vlast. Centralna vlast koja bi namjerno tolerirala činjenje zločina, ili tolerirala zločinačku politiku niže vlasti, stvorila bi državnu politiku.

Što se tiče pojma „organizacije“ u njegovu se analizu već upustilo PRV I u predmetu *Katanga i Chui*.¹²⁸ Organizacijom je PRV I držalo „grupe koje vladaju određenim teritorijem ili bilo koju organizaciju koja ima sposobnost izvesti rasprostranjen ili sustavan napad“.¹²⁹ U zaključku se izričito pozvalo na Komentar Nacrta kodeksa iz 1991. u dijelu u kojem on govori o „privatnim osobama sa *de facto* vlašću ili organiziranima u kriminalnim bandama ili grupama“.¹³⁰ PRVI I nije obrazložilo zašto se oslonilo na Komentar budući da isti nije sam po sebi izvor prava za MKS u smislu čl. 21. RS. Nadalje, ako se već odlučilo osloniti na rad MPP, trebalo je analizirati njihov cjelokupan rad glede toga pitanja ili barem objasniti zašto je to učinilo, odnosno zašto je taj Komentar smatralo autoritativnijim od njegova prethodnika i sljedbenika. Zaključke PRV I iz predmeta *Katanga i Chui* prihvatilo je i PRV II¹³¹ prilikom potvrđivanja optužnice *Jean-Pierru*

¹²⁷ ICC, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul, ICC-01/09-19, 31.3.2010., par. 43.

¹²⁸ ICC, Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, 30.9.2008., par. 369.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Supra* bilj.65.

¹³¹ Zanimljivo je kako je član PRV II u predmetu *Bemba Gombo* (*infra* bilj. 133) sudjelovao i sudac Kaul koji će kasnije u predmetu *Kenija* iznijeti suprotno mišljenje, zauzimajući stav da MKS mora uvijek obrazložiti zašto je primijenilo pravni izvor koji nije sadržan u RS te se strogo pridržavati pravila o izvorima prava i tumačenju. Pohvalno je što se Kaul ipak očitovao o ranijoj praksi MKS, u čijoj kreaciji je i sam sudjelovao. Objasnio je da je u tim predmetima riječ bila o „organiziranim oružanim skupinama poput vojske u

Bemba Gombi.¹³² U situaciji *Kenija* MKS se upustio u detaljniju analizu pojma organizacije.¹³³ Trebalo je odgovoriti na pitanje je li postizborno nasilje u Keniji izvedeno na temelju ili u cilju politike neke organizacije u smislu RS. Većina koju su činili suci *Trendafilova* i *Tarfusser* najprije je utvrdila da je „RS nejasan glede kriterija koji grupu čine organizacijom... Dok neki drže da bi to mogle biti samo organizacije poput države,¹³⁴ Vijeće smatra da formalna priroda grupe i razina njezine organizacije ne bi trebali biti određujući kriterij“.¹³⁵ Vijeće je potom utvrdilo da bi kriterij trebala biti sposobnost grupe da povrijedi osnovne ljudske vrijednosti („*capability to infringe on basic human values*“). Izraz je preuzet od *di Filippa* koji, govoreći u kontekstu uključivanja terorizma među međunarodne zločine, drži da privatne grupe mogu nanijeti štetu poput one koju mogu nanijeti

kontekstu nemeđunarodnog oružanog sukoba koje su djelovale tijekom dužeg vremena“ (*supra* bilj. 127, par. 48.). Ipak, treba požaliti što to nije izričito rečeno i u tim predmetima.

¹³² ICC, Prosecutor v. *Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against *Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, 15.6.2009.

¹³³ *Supra* bilj. 3. Predmet se odnosi se događaje koji su uslijedili nakon proglašenja pobjednika predsjedničkih izbora u Keniji krajem 2007. godine. U narednim su danima izbili neredi koji su rezultirali tisućama mrtvih i tri stotine tisuća prognanih (Office of the

Prosecutor, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09,

26.11.2009., par. 81.). Najteže je bilo u Nairobiju te provincijama Rift Valley, Nyanza i Zapadnim provincijama (par. 82.). Neredi su izbili spontano, kao nasilne demonstracije, ali su ubrzo prešli u organizirane i intenzivne napade na etničkoj osnovi (par. 84.). Prema navodima Tužitelja, sukobe su započeli pristaše stranke ODM – političari, biznismeni i plemenski starješine etničkih zajednica Kalenjini i Luo. Oni su angažirali lokalne kriminalne bande i pozvali obične ljude da sudjeluju u napadima na percipirane pristaše stranke PNU, uglavnom pripadnike etničke zajednice Kikuyu (par. 85-87.). Mediji su korišteni kao platforme za širenje govora mržnje i pozivanje na nasilje (par. 89.). Izvedeni su i kontranapadi protiv percipiranih pristaša ODM. Njih je pretežito izvodila banda Mungiki koju su angažirali pristaše pobjedničke stranke PNU – političari i lokalni biznismeni, uz pasivno sudjelovanje policije (par. 3., 92.).

¹³⁴ Dov Jacobs u svojem je blogu „Spreading the Jam“ sarkastično primijetio da su ti „neki“, koje je sud i naveo u bilješci, eminentni profesori Bassiouni i Schabas. Jacobs, D. (2010), The ICC authorizes first use of OTP proprio motu powers in Kenya: Opening a new Pandora's Box of legal difficulties (and revisiting some old ones too...), <http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2010/04/07/the-icc-authorizes-first-use-of-otp-prop/> [9.9.2013.].

¹³⁵ *Supra* bilj. 3., par. 90.

teritorijalni entiteti.¹³⁶ Nadalje, Vijeće se oslonilo na Komentar Nacrta iz 1991. prema kojemu bi i privatne osobe koje imaju *de facto* vlast ili suorganizirane u kriminalne bande ili grupe mogle počiniti masovna ili sustavna kršenja ljudskih prava.¹³⁷ Kao treći i zadnji argument vijeće se pozvalo na namjeru tvoraca RS i navelo: „da su sastavljači namjeravali isključiti nedržavne aktere iz pojma „organizacija“, ne bi uključili ovaj pojam u...Statut“.¹³⁸ No, Vijeće je navelo kako zadovoljava li neka grupa kriterije prema kojima bi se mogla smatrati organizacijom u kontekstu RS treba ispitivati od slučaja do slučaja.¹³⁹ Kao kriterije koje pritom treba uzimati u obzir, koji ne moraju biti kumulativno ispunjeni, Vijeće je primjera radi navelo postojanje odgovorna zapovjedništva ili uspostavljene hijerarhije, raspolaganje sredstvima da se izvede široki ili sustavan napad, ostvarivanje kontrole nad dijelom teritorija, činjenicu da su kriminalne aktivnosti primaran cilj grupe, te izravno ili neizravno izražavanje namjere da se napadne civilno stanovništvo.

Što se tiče argumenta o namjeri tvoraca RS, isti ne daje odgovore na pitanja kakva bi svojstva trebao imati nedržavni akter, bi li trebao biti poput države ili dolaze u obzir i elastičnije tvorevine.¹⁴⁰ Nadalje, neupitna je vrijednost rada MPP i njihov doprinos u traganju za pravilima običajnog međunarodnog prava. Ipak, koliko god oni bili korisni, dokumenti MPP nisu navedeni u čl. 21. kao izvori prava za RS. *Trendafilova* i *Tarfusser* su stoga trebali objasniti njihovo značenje,¹⁴¹ kao i zašto su smatrali kako baš Nacrt kodeksa iz 1991. odražava pravila međunarodnog prava. Osim toga, istina je kako privatne grupe, poput mafije i raznih terorističkih grupa, mogu izvesti napade koji bi rezultirali mnogim žrtvama. Međutim, kad se već oslonilo na teleološki argument, PRV II je trebalo objasniti i koje su to osnovne ljudske vrijednosti i je li ZPČ usmjeren na zaštitu, primjerice, života ili slobode, vrijednosti koje bi se mogle nazvati osnovnima ili te vrijednosti dovoljno štite „obična“ kaznena djela poput ubojstva, silovanja, ropstva, itd.¹⁴² Nije posve jasno niti kako su suci primijenili ove kriterije na činjenice slučaja. U

¹³⁶ V. Kress 2010, str. 858.

¹³⁷ *Supra* bilj. 3. par. 91.

¹³⁸ *Ibid.*, par. 92.

¹³⁹ *Ibid.*, par. 93.

¹⁴⁰ V. Kress 2010, str. 859.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

dijelu odluke pod nazivom „državna politika ili politika organizacije“, suci se u većoj mjeri bavili organiziranošću napada, a o tome kvalificira li se grupa koju se detektirali kao entitet u pozadini tih napada kao organizacija u smislu RS sukladno kriterijima koje su postavili, govorili su neizravno i vrlo općenito.¹⁴³ Čini se da je PRV II primijenilo samo dva svoja kriterija: postojanje sredstava da se napadi izvedu i javno izražavanje namjere da će se napadi izvesti. Upitno je da li je to dovoljno.

Dok je većina, dakle, držala da pojam organizacije treba tumačiti elastično, *Kaul* je bio mišljenja kako treba postaviti strože kriterije. Sudac *Kaul* je i o ovom pitanju priložio izdvojeno suprotno mišljenje u kojem je obrazložio stav da organizacija iz RS može biti samo entitet koji ima obilježja države. Za njega su ta obilježja: kolektivitet osoba; činjenica da je organizacija utemeljena i djeluje radi zajedničkih interesa; da djeluje tijekom duljeg vremena; da se nalazi pod odgovornim zapovjedništvom i ima određeni stupanj hijerarhijske strukture, uključujući, minimalno neku političku razinu; da ima sposobnost nametanja politike svojim članovima i njihova sankcioniranja; te sposobnost i dostupna sredstva da izvede široki napad na civilno stanovništvo.¹⁴⁴ Organizirani kriminal, mafija, grupe naoružanih civila i kriminalne bande, i konkretno „nasilju sklone grupe osnovane *ad hoc*, slučajno, spontano, prigodno, sa fluktuirajućim članstvom i bez potrebne strukture i razine za donošenje politike“, nemaju te karakteristike. Prihvatiti da bi navedene grupe bile organizacija u smislu RS prema *Kaulu* bi dovelo do zamagljivanja razlike između običnih kaznenih djela i ZPČ. *Kaul* je priznao vrijednost prakse *ad hoc* tribunala, ali smatrao ju je ograničenom s obzirom da ona nije navedena kao izvor prava za MKS, kao i zbog zamagljivanja razlike između politike i sustavnosti napada. Pojam politike iz RS *Kaul* je ispravno vezao uz pojam napada, a ne uz pitanje

¹⁴³ PRV II je detektiralo dvije grupe, jednu pro-PNU i drugu pro-ODM, osnovane *ad hoc*, i sastavljene od političara, biznismena i plemenskih vođa (*supra* bilj.3, par. 123. - 124.). Pripadnici su se povremeno sastajali kako bi dogovorili i organizirali napade (*ibid.* par. 118.), a bilo je i javnih prijetnji političara iz obje stranke, pripadnika odgovarajućih detektiranih grupa, protjerivanjem zajednice *Kikuyu*, odnosno *Kalenjin* još prije izbora (*ibid.* par. 120. i 125.). Mediji i plemenski vođe su širili govor mržnje (*ibid.* par. 120., 123. i 125.). Napade su izvele kriminalne bande, mahom sastavljene od mladih ljudi, u nekim slučajevima i privatno uvježbavanima. U napadima su se koristila vozila i sofisticirano oružje, a upotrijebljena je i znatna količina benzina. PRV II zaključilo da su sredstva za te napade osigurali političari i biznismeni (*ibid.* par. 122.).

¹⁴⁴ *Supra* bilj. 127, par. 51.

njegove sustavnosti. U analizi značenja pojma „organizacija“ za *Kaula* je bilo ključno to što se u definiciji taj pojam navodi zajedno sa pojmom država što „indicira da iako ne trebaju biti ostvareni konstitutivni elementi državnosti, organizacija treba imati neke karakteristike države“. Osvrnuo se i na kontekst čl. 7. st. 1., imajući u vidu prvenstveno preambulu RS koja govori o ciljevima MKS - sprječavanju nekažnjivosti za najteže zločine, u kakvima su tijekom posljednjeg stoljeća stradali milijuni ljudi. Prema njemu bi elastično tumačenje moglo dovesti do „banaliziranja i trivijaliziranja“ ZPČ, a ukazivao je i na opasnost od povrede principa *nullum crimen sine lege*.¹⁴⁵ *Kaulova* argumentacija počiva na teleološkom tumačenju. ZPČ se razvio nakon Drugog svjetskog rata kao odgovor na masovne i sustavne zločine nad civilima. No, ono što je te zločine učinilo ZPČ nije samo njihova masovnost niti sustavnost, već činjenica da su izvedeni u režiji Trećeg Reicha. *Kaul* je isticao kako je vrijednost čijoj zaštiti služi inkriminacija ZPČ čovječanstvo, i to od prijetnje koja proizlazi iz državne politike.¹⁴⁶ Kako je snažno *Kaul* argumentirao svoj stav pokazuje i činjenica da PRV III u predmetu *Obala bjelokosti* nije mehanički preuzelo zaključak većine. Utvrdilo je da među sucima postoji nesuglasnost glede obilježja koje bi trebala imati organizacija, te se vratilo na zaključak iz predmeta *Katanga i Chui* koji govori o „grupama koje upravljaju određenim teritorijem ili organizacijama sposobnima počinuti širok ili sustavan napad“.¹⁴⁷ Istovremeno, ovo je vijeće naglasilo kako *Kaulovo* razilaženje s većinom nije od značenja za njihov predmet jer je u konkretnom slučaju riječ o organizaciji koja se mogla smatrati stranom u oružanom sukobu.¹⁴⁸

4.3. Sadržaj politike

Sadržaj politike određuje OKD u čl. 7. toč. 3. i pripadajućoj bilješki 6. Politika se sastoji u aktivnom promoviranju ili ohrabrivanju napada. Treba biti implementirana radnjom, a u iznimnim okolnostima i namjernim propustom, no iz same pasivnosti se ne može izvoditi zaključak o postojanju politike. Iako je sadržaj detaljno određen, OKD ipak ostavljaju otvorenima neka pitanja. Tekst OKD podsjeća na izričaj iz Komentara Nacrta kodeksa

¹⁴⁵ *Ibid.* par. 31-32., 51-55.

¹⁴⁶ *Ibid.* par. 61, 63.

¹⁴⁷ ICC, Côte d'Ivoire, ICC-02/11-14-Corr, 15.11.2011. par. 43.

¹⁴⁸ *Ibid.* par. 99.

iz 1996. godine, koji govori o „usmjeravanju ili poticanju“ od strane entiteta. Komentar obuhvaća širi krug entiteta, jer uključuje i grupe, ali zato ne spominje pasivnost entiteta kao oblik implementacije politike. Pasivnosti entiteta se, međutim, dotaknuo MKSJ u već spomenutom predmetu *Kupreškići* u dijelu u kojem govori o privatnim pojedincima kao počiniteljima ZPČ. Da bi se zločini privatnih osoba kvalificirali kao ZPČ, potrebno je da ih državna vlast ili *de facto* vlast „barem tolerira“, odnosno da ih „eksplicitno ili implicitno odobri ili potiče“, tj. „da su ohrabreni općom vladinom politikom ili da se jasno uklapaju u tu politiku“.¹⁴⁹

MKS se još nije upustio u detaljnu analizu sadržaja politike. Dosada se u manjoj mjeri samo razmatralo značenje izraza „aktivno promoviranje ili hrabrenje“. U predmetu *Mbarushimana*, PRV II se podijelilo po pitanju je li ono u konkretnom slučaju dokazano. PRV II je bez daljnjih obrazloženja samo bilo jedinstveno u stavu da će se aktivno promoviranje ili hrabrenje smatrati dokazanim ako se dokaže postojanje „naredbe FDLR da se stvori humanitarna katastrofa“.¹⁵⁰ Čini se da je od pitanja aktivnog promoviranja još složenije pitanje pasivnosti entiteta. MKS se nije njime bavio, iako u njemu možda leži i odgovor na pitanje jesu li, u svjetlu zahtjeva za postojanjem politike, širina i sustavnost napada stvarne alternative. OKD navodi da bi u iznimnim slučajevima politika mogla biti implementirana namjernim propustom da se poduzme radnja, no da se iz same neaktivnosti ne može izvoditi zaključak o postojanju politike. Naglasak je, mišljenja smo, na izrazima „iznimne okolnosti“ i „namjeren propust“. Moguće je zamisliti situaciju u kojoj država iz određenih političkih razloga tolerira nasilje nad dijelom stanovništva na nekom području.¹⁵¹ Nasilnici su brojni, možda povezani u neke grupe ili organizacije, no nisu povezani s državom. Svjesni su, međutim, da država neće stati u zaštitu napadnutog stanovništva. U takvoj situaciji opravdan bi bio zaključak o postojanju državne politike u smislu RS usprkos pasivnosti države. Naime, u tom bi primjeru država bila pasivna namjerno, a ne zato što ne bi raspolagala sredstvima za suzbijanje takvih zločina. Da je država pasivna zato što nije sposobna nositi se sa

¹⁴⁹ *Supra* bilj. 36., par. 552. i 555.

¹⁵⁰ ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana*, *Decision on the confirmation of charges*, ICC-01/04-01/10-465-Red, 16.12.2011., par. 246.

¹⁵¹ Primjerice, situacija u kojoj je zbog izbornog sustava i političkih afiniteta pojedinih dijelova stanovništva, vladajućoj političkoj stranci prihvatljiva promjena društvene kompozicije određenog područja.

zločinima, državna politika ne bi postojala, ali kod namjernog propusta ona postoji. U takvoj situaciji nije bitno kako su povezani počinitelji i izvode li napade na stanovništvo organizirano, bitno je samo da postoji napad koji država namjerno tolerira. Isto tako je razvidno da nije opravdan zaključak kako sustavnost ili širina napada zbog uvjeta politike više nisu stvarne alternative. Iz situacije u kojoj je entitet sposoban spriječiti rasprostranjene zločine, ali to ne čini, jasno je da postojanje politike ne implicira nužno sustavnost napada. Napadi ne postaju organizirani ili isplanirani, tj. sustavni, samom činjenicom da ih država tolerira, tj. time što postoji državna politika njihova toleriranja.¹⁵²

5. ZAKLJUČAK

Kao međunarodni zločini ZPČ imaju dvije karakteristike; oni su izraz kolektivnog nasilja koje u pravilu vrše grupe nad grupama koje obitavaju na određenom teritoriju, ali oni su i zločini iz poslušnosti, jer njihovi počinitelji smatraju da postupaju u skladu, a ne protiv vladajućih društvenih normi. Za razliku od ostalih međunarodnih zločina, ZPČ povrjeđuje čovjeka kao društveno biće, njegovu potrebu da živi u političkoj organizaciji kojoj predaje dio svojih sloboda u zamjenu za zaštitu preostalih. Politička organizacija koja bi ga trebala štiti se okreće protiv njega. Zato je ZPČ i prvorazredan politički zločin, svojevrsan izraz kriminalnog suvereniteta. Kao takav se redovito javlja i kroz povijest. Različiti nasilni zločini poput ubojstva ili progona činjeni pod okriljem Trećeg Reicha, Ruande, SAO Krajine ili Republike Srpske, redovito su kvalificirani kao ZPČ. Pa ipak, politički supstrat ZPČ izrijekom je priznat tek u tekstu RS.

RS definira ZPČ kao djela poput ubojstva ili progona počinjena u sklopu sustavnog ili širokog napada, izvedenog na temelju ili u cilju politike države ili neke organizacije. Politika se sastoji u aktivnom promoviranju ili hrabrenju napada, a iznimno može biti implementirana i namjernim propustom da se poduzme radnja. Složena definicija i stroga pravila o tumačenju i izvorima prava stavila je suce MKS pred izazov utvrđivanja

¹⁵² V. *Ambos, Wirth*, 2002, str. 30. Ovi komentatori smatraju da bi osim namjernog propusta da zaštiti neko stanovništvo, morala postojati i međunarodna obveza pasivnog entiteta da to učini. Postojanje takve obveze drže „iznimnom okolnošću“ o kojoj govori bilješka 6 OKD (str. 32.).

sadržaja pojedinih nedefiniranih izraza. Unatoč ranom nekritičkom oslanjanju na praksu *ad hoc* tribunala, suci MKS sve više uviđaju razlike između definicije ZPČ sadržane u RS i njihova sadržaja standardizirana u praksi drugih sudova. Neslaganje sudaca oko obilježja koje bi trebala imati organizacija da bi smatrala organizacijom u smislu RS otkriva zapravo puno dublje suštinsko neslaganje glede biti ZPČ, naime pitanja je li ZPČ svako masovno ili sustavno kršenje temeljnih ljudskih prava ili pak samo ono koje je izraz kriminalne suverenosti. Jaz između dvije opcije je puno veći nego što se čini isprva, a proizlazi iz različitog shvaćanja sadržaja politike kao obilježja ZPČ.

Iako element politike nije bio izrijeком sadržan u definiciji ZPČ ni u Nürnberškoj povelji ni u Zakonu br. 10 Nadzornog vijeća, MVS i njemački sudovi u svojim su presudama redovito naglašavali da je upravo veza običnog zločina sa politikom Trećeg Reicha ono što ga preobražava u ZPČ. Isto tako, i kanadski Vrhovni sud u predmetu *Finta* smatrao je postojanje politike nužnim obilježjem ZPČ unatoč tome što u to vrijeme ona nije bila dio definicije ZPČ u kanadskom kaznenom zakoniku. MPP je redovito u svojem radu naglašavalo politiku kao komponentu ZPČ i jedino pitanje koje je stvarno držalo otvorenim bilo je pitanje može li relevantnu politiku, sa svime što ona nosi, stvoriti i entitet koji nije država, te kakav bi on trebao biti.

Politika, državna ili neka druga, nije bila ni dio definicije ZPČ u statutima *ad hoc* tribunala. Ipak, oni su u svojoj ranijoj praksi držali da je ona dio običajnog prava ZPČ. Nažalost, od samih početaka su je usko povezivali sa sustavnošću napada, tj. držali su da se o njezinu postojanju može zaključivati iz sustavnosti napada. U predmetu *Kunarac* MKSJ je, vrlo površnom analizom, zaključio kako ona nije običajnopравни element ZPČ, te da njezino postojanje eventualno može govoriti u prilog zaključku da je napad bio sustavan. To pokazuje zanemarivanje i nerazumijevanje rada MPP, usprkos tome što rana praksa MKSJ obiluje referencama na dokumente MPP, osobito u pogledu entiteta koji bi, osim države, mogli stvoriti relevantnu politiku. Naime, do osnivanja MKSJ događaji kvalificirani kao ZPČ imali su uporište isključivo u državnoj politici Trećeg Reicha. MKSJ se prvi morao baviti pitanjem može li entitet poput države, tj. paradržava, stvoriti pravnorelevantnu politiku. Činjenice predmeta pred tim sudom, primjerice zločini u Prijedoru, pokazale su kako je to moguće. Stoga

treba prihvatiti zaključke MKSJ da bi entiteti sa *de facto* vlašću mogli stvoriti relevantnu politiku. Svaki drukčiji zaključak doveo bi do apsurdne situacije da zločini nad civilnim stanovništvom koje se nalazi unutar entiteta koji funkcionira poput države, u smislu da ima izvršnu vlast ima kontrolu nad područjem i upravlja represivnim aparatom, nije zaštićeno od suštinski iste opasnosti koja stanovništvu prijete od *de iure* države. MKSJ se također prvi bavio i mogućnošću da se politika implementira pasivno, namjernim propustom da se zaštiti stanovništvo, što je bilo predmetom rasprave u slučaju *Kupreškići*. No, ostale zaključke MKSJ, osobito one koji govore o entitetima koji nemaju *de facto* vlast kao mogućim kreatorima relevantne politike, treba smatrati samo *obiter dicta* jer nisu bili relevantni u konkretnim predmetima. Naime, činjenično je riječ uvijek bila o entitetima koji su imali *de facto* vlast. Isto još u većoj mjeri vrijedi za zaključke MKSR koji se isključivo bavio zločinima počinjenima pod okriljem države.

RS, osim izričitog uključivanja obilježja politike u definiciju ZPČ, sadrži pravila o tumačenju i izvorima prava. Temeljno je pravilo restriktivnog tumačenja i zabrane analogije, a u odsutnosti odredbi RS i OKD, MKS se u traganju sadržaja pojedinih pojmova sadržanih u definicijama kaznenih djela mora poslužiti međunarodnim konvencijama i običajnim pravom. Vlastitu praksu može slijediti, ali praksa *ad hoc* tribunala nije izvor prava za MKS osim u mjeri u kojoj odražava pravila običajnog prava. U ranim tumačenjima sadržaja ZPČ MKS nije vodio računa o navedenim pravilima, a upitno je u kojoj mjeri to čini i danas. Iako se nastojao distancirati od stava MKSJ da je politika samo komponenta sustavnosti napada, MKS čini se, i dalje izvodi zaključke o postojanju politike iz sustavnosti napada, a nije se još detaljno dotaknuo ni analize njezina sadržaja. Još uvijek nema ni odgovora na pitanje jesu li zahtjevi širine ili sustavnosti napada stvarne alternative u svjetlu uvjeta politike u oba slučaja. Smatramo da jesu. Naime, kada entitet koji može zaustaviti rasprostranjene zločine nad nekim civilnim stanovništvom to ne čini, primjerice iz političkih razloga, postoji politika pasivnosti u smislu RS, a napadi istovremeno ne postaju sustavnima. Oni bi bili sustavni da se entitet u pitanju postavi aktivno, pa ih usmjerava ili na drugi način potiče, kao što je to bio slučaj s Trećim Reichom.

Trenutačno goruće pitanje je pitanje obilježja koje treba imati neka grupa da se može smatrati organizacijom u smislu RS. PRV II u predmetu Kenija se podijelilo o tome pitanju. Većina je zauzela stav da bi to mogla biti svaka

grupa koja ima sposobnost povrijediti osnovna ljudska prava, dok je sudac *Kaul* držao da to može biti samo organizacija poput države. Treba podržati zaključak suca *Kaula*. Iz činjenice da RS govori o „državi ili organizaciji“ i da zahtjev pravne sigurnosti zahtijeva da se pritom obuhvate kvalitativno slična ponašanja, nameće se zaključak da bi organizacija trebala biti poput države. To je i jedini prihvatljiv stav kada se uzmu u obzir zahtjevi restriktivnog tumačenja i zabrane analogije. Nadamo se da će buduća praksa MKS ići u tom smjeru i tako se vratiti korijenima i biti ovog teškog međunarodnog zločina.

LITERATURA

1. Paust J.J. (2010). The International Criminal Court does not have complete jurisdiction over customary crimes against humanity and war crimes, *The John Marshall Law Review* 43: 3, str. 681.-718. Dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1598440> [7.9.2013].
2. Munivrana Vajda, M. (2013), Kaznena djela protiv čovječnosti i ljudskog dostojanstva u Derenčinović, D. (ur.). Posebni dio kaznenog prava, Zagreb.
3. Fletcher G. P. (2002). *Romantics at War, Glory and Guilt in the Age of Terrorism*, Princeton University Press, Princeton and Oxford.
4. Smeulers, A. (2008). Review Essays. Punishing the Enemies of All Mankind, *Leiden Journal of International Law*, 21, str. 971-993. Dostupno na: <http://law.wlu.edu/faculty/facultydocuments/drumbmlm/reviewLJIL.pdf> [7.9.2013].
5. Josipović, I. (2001). *Stalni međunarodni kazneni sud*, Zagreb.
6. Schabas, W. (2008). State Policy as an Element of International Crimes, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 98:3, str. 953-982. Dostupno na <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7299&context=jclc> [7.9.2013].
7. deGuzman, M.M. (2011). Crimes Against Humanity, u Bartram S. B., (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Edgar Elgar Publishing, Temple University Legal Studies Research Paper 2010:9, str. 1-25. Dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1745183> [7.9.2013].
8. Luban D. (2004). A Theory of Crimes Against Humanity, *Yale Journal of International Law*, 29, str. 85-167. Dostupno na: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146/> [7.9.2013].
9. Hwang P. (1998). Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court, *Fordham International Law Journal* 22:2, str. 457-504. Dostupno na: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1594&context=ilj> [7.9.2013].
10. Schabas, W. (2011), *Crimes Against Humanity in Norway*. Dostupno na: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/07/crimes-against-humanity-in-norway.html> [1.9.2013].
11. Jacobs, D. (2013). Why the Vienna Convention should not be applied to the ICC Rome Statute: a plea for respecting the principle of legality. Dostupno na:

- <http://dovjacobs.blogspot.com/2013/08/why-vienna-convention-should-not-be.html> [9.9.2013].
12. Robinson, D. (2011). *Essence of Crimes Against Humanity Raised by Challenges at ICC*. Dostupno na: <http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/> [8.9.2013].
 13. Jacobs, D. (2010). *The ICC authorizes first use of OTP proprio motu powers in Kenya: Opening a new Pandora's Box of legal difficulties (and revisiting some old ones too...)*. Dostupno na: <http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2010/04/07/the-icc-authorizes-first-use-of-otp-prop/> [9.9.2013].
 14. Kress, C. (2010), *On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision*“, *Leiden Journal of International Law*, 23, str. 855–873. Dostupno na: <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/KeniaFinale.pdf> [9.9.2013.].
 15. Ambos, K & Wirth, S. (2002), *The current law of Crimes Against Humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, *Criminal Law Forum* 13:1, str. 1- 90, Dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972244 [9.9.2013].

Summary

CRIMES AGAINST HUMANITY AS AN EXPRESSION OF STATE POLICY

In this paper the authors analyze individual elements of crimes against humanity and, in particular, tackles the question of whether this international crime has to be committed under the aegis of state or organizational policy. Although in case law of international ad hoc criminal tribunals it has been decided that for crimes against humanity it is sufficient to establish only the systematic or widespread nature of the attacks, the author believes that the element of policy in the background of the attack is a customary element of crimes against humanity, wrongly neglected in the practice of international ad hoc tribunals. The Rome Statute of the International Criminal Court in Art. 7. para. 2. returns to the roots of this crime by explicitly stating that "an attack directed against a civilian population" means a course of conduct involving the multiple commission of certain criminal offenses against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack. Yet, a number of issues have already arisen in practice. Therefore, this paper seeks to analyze at which level of government a policy needs to be adopted in order to be considered a state policy, which characteristics an organization should have to be considered a relevant policy maker, and what may be the substance of such a (criminal) policy.

Key words: *crimes against humanity, state policy, organizational policy*