

TUMAČENJE I PRIMJENA DEFINICIJE GENOCIDA KROZ PRESUDE MKSJ-a

Bartul Marušić *

UDK: 341.485(497.1)

341.645(497.1)

Pregledni rad

Primljeno: 5. V. 2017.

Prihvaćeno: 2. XII. 2017.

SAŽETAK

Nakon kobnoga Drugog svjetskog rata međunarodna je zajednica, osviještena nerazmjernima političkog holokausta, u revitaliziranoj formi Lige naroda, tj. Ujedinjenim narodima 1948. usvojila Konvenciju o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, koja je stupila na snagu 12. siječnja 1951. Njena deklarativna i preventivna svrha dosegla je i onu neželjenu – represivnu, jer se Konvencija 1990-ih počela „primjenjivati“ na slučajeve teških kršenja zakona i običaja ratovanja. Njezina definicija genocida sprovedena je u gotovo svim normativnim aktima kojima se regulira kazneno ili međunarodno kazneno pravo, pa tako i u hrvatskom Kaznenom zakonu, Rimskom statutu, Statutu MKSJ-a i MKSR-a, te mnogim drugima. Ipak, definicija nije mogla predvidjeti sve oblike pod koje se to strašno kazneno djelo pravilno podvodi pa su uslijedile mnoge interpretacije pravnika i sudaca, i to kroz slučajeve o kojima će biti riječ. Borislav Herak bio je 1993. prvi osuđenik za genocid u BiH nakon Drugog svjetskog rata, zatim Nikola Jorgić u Njemačkoj 1997. za općinu Doboje, a MKSJ je osudio generala Radislava Krstića, i to iste 1998. godine kada je i MKSR osudio Akayesu. Nikada neka država nije bila osuđena za genocid, a Srbija je nakon tužbe BiH okrivljena „samo“ zbog toga što nije poduzela adekvatne mjere da spriječi genocid (u Srebrenici), čime je postala jedina koja je formalnopravno prekršila Konvenciju, ali nije izravno proglašena odgovornom za provođenje genocida od strane bosanske srpske vojske (VRS). U radu se analiziraju presude MKSJ-a i njihov utjecaj na razvoj definicije genocida i raznih njegovih pojavnih oblika.

Ključne riječi: genocid, Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju, Međunarodni kazneni sud za Ruandu, definicija i obilježja genocida, najvažniji haški slučajevi.

1. UVOD

OUN Rezolucijom 96 (I) od 11. prosinca 1946. predložena je konvencija i potom utvrđena definicija zločina genocida – Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida usvojena 1948. (ili dalje samo: Konvencija): „Članak II. U smislu ove

* Mag. iur. Bartul Marušić (mlmarusi@inet.hr) nastavnik je pravne grupe predmeta u Upravnoj školi Zagreb te postdiplomant na specijalističkom studiju za kaznenopravne znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

Konvencije kao genocid se smatra bilo koje od navedenih djela učinjenih u namjeri potpunog ili djelomičnog uništenja jedne nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe kao takve: a) ubojstvo članova grupe; b) teška povreda fizičkog ili mentalnog integriteta članova grupe; c) namjerno podvrgavanje skupine životnim uvjetima koji trebaju dovesti do njenog potpunog ili djelomičnog uništenja; d) mjere usmjerene na sprečavanje rađanja u okviru skupine; e) prisilno premještanje djece iz jedne grupe u drugu. Čl. III. Kažnjiva su sljedeća djela: a) genocid; b) planiranje izvršenja genocida; c) neposredno i javno poticanje na izvršenje genocida; d) pokušaj genocida; e) sudioništvo u genocidu. Čl. IV. Osobe koje učine djelo genocida ili neko drugo djelo navedeno u čl. III. bit će kažnjene bez obzira da li upravljaju državom, obavljaju funkcije ili su obični pojedinci.”¹

Konvencija je dobila priliku da zaživi, nažalost, u ratovima krajem 20. st. S obzirom na sve opsežniju sudsku praksu, ratove i postupke koji su u tijeku, uključujući i onaj Ratka Mladića, te široki interes teorije za preciziranjem genocida, u ovom radu se nećemo previše zadržavati na ponavljanju i kompiliranju stavova mnoštva autora o mnoštvu različitih slučajeva i primjera, već ćemo se probati zadržati samo na onim segmentima prakse Haškog suda koji predstavljaju svojevrsan *opinio juris* sudaca ili barem pokušaj njega.

Da bismo imali što širi, ali ne i apsolutan uvid, treba sagledati najvažnije slučajeve u kojima je Haški sud imao priliku odgovoriti na široke zahtjeve tužiteljstva i pokušaje obrane da suzi domet pretpostavaka. Stoga se nećemo zadržavati previše ni na tumačenjima tužitelja, branitelja i teoretičara, osim u nužnoj mjeri, već ćemo naglasiti najvažnije zaključke sudova na konkretnim činjeničnim stanjima. Na njih će se pozitivnom tendencijom i dalje oslanjati sudovi u svojem postupanju. Goran Jelisić jedan je od optuženika kojega se teretilo za genocid u Brčkom, ali tu točku optužnice nije priznao i nije proglašen krivim za nju.² Stoga nećemo obrađivati ni takve slučajeve zasebno, iako se oni spominju vezano za neke zaključke o razli-

¹ Konvenciju je potpisalo 135 država i ona, prema stajalištu Međunarodnoga suda pravde (ICJ), obvezuje samo te iste. Nisu je potpisale 52 države, uključujući Indoneziju, Nigeriju i Japan, ali još od nirnberških suđenja zločin genocida je ušao i u „pravni običaj“ među civiliziranim narodima. Za spomenuti je kako predmetni Statut Haškog suda „prepisuje“ isto kazneno djelo u čl. 4. (4 ranjive skupine, 5 identičnih čina koji predstavljaju *actus reus* genocida, te 5 kažnjivih oblika djela), a kod uvjeta se jedino razlikuje pretpostavka vezana za udruživanje radi vršenja genocida (umjesto „planiranja“). To je zato što je Haški sud bio „sklon“ umetanju kategorija vezanih za „kolektivne“ kaznenopravne odgovornosti poput tzv. udruženog zločinačkog pothvata, čiji temelj nije imao ni u (svom) pismenom normativnom, ni u običajnom međunarodnom pravu. Vidi: Ažurirani Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju. O pitanju vjerodostojnosti MKSJ-a vidi: Atlaga i Vulić (2016). Statut MKSR-a u svome drugom članu propisuje iste pretpostavke kao i MKSJ, a progon zločina genocida spominje na više mjesta, jer je to bio temeljni zločin tog kratkog perioda 1994. Odredba čl. 6. Statuta stalnog Kaznenog suda u Hagu predviđa iste pretpostavke (4 i 5), ali ne progovara o sudioništvu, nego sudioništvo općenito definira u čl. 25. Vidi: Ažurirani Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju.

² MKSJ, *Jelisić IT-95-10*, prvostupanjska i drugostupanjska presuda. Goran Jelisić je u logoru Luka davao otpusnice nekim Bošnjacima „bez razloga“, što je činilo „dokaz“ da nije imao namjeru istrijebiti populaciju dokraja, unatoč svojem ponašanju i šovinističkim izjavama.

kovnim metodama genocida. Mnogima (poput Plavšić) je priznanjem zamijenjena optužba genocida za alternativne „blaže“ implikacije, a neki su, poput Miloševića i Kovačevića, umrli tijekom postupka, pa se ishod izrijeke i obrazloženja presude po tom i ostalom pitanju ne zna.

1.1. O problemu (primjene) definicije genocida

Definicija genocida je problematična kako iz doktrinarnih i materijalnih razloga tako i iz procesnih, odnosno kod samog dokazivanja. Budući da se mentalni element (*mens rea*) mora kumulativno ispuniti odnosno dokazati skupa s fiziološkim elementom (*actus reus*), nije kratko vrijeme otkada se ustanovilo da je ovaj drugi element najteži, a ujedno i 'najvažniji' kod optužbe. Kako će se vidjeti u radu, sudske presude, a napose ove predmetne vezane za rad Haškog suda, u svojim obrazloženjima doskaču proširivanju prvog pojma i elementa na drugi na način da iz prvog zapravo izvode drugi koji se ne može eksplicitno, nego se može većinom implicitno dokazati. Problem kod dokazivanja drugog elementa su i sve više modificirani načini prikriivanja ili nijekanja zločina koji se s velikim razlogom naziva „zločinom svih zločina“ ili „majkom svih zločina“.

Budući da je Konvencijom obuhvaćeno i „sprečavanje i kažnjavanje“ zločina genocida od strane državnih vlasti, kratko se treba spomenuti i da do događaja u Bosni, Ruandi i Sudanu nije ni prevenirano, ni mahom sankcionirano postupanje u područjima koja su faktički bila obuhvaćena i odgovarala genocidnim katastrofama.³ Zato je ustanovljavanje *ad hoc* kratkotrajnih suvremenih UN-ovih tribunala i stalnog sudišta u Hagu veliki iskorak u primjenjivanju Konvencije i pravne teorije.⁴ Budući da su države uključene i u sukob i u potencijalan genocid, obveza im je voditi računa o svemu, iako i pravna i stvarna primjena Konvencije ovisi ne samo o njihovoj volji, već i o političkoj volji vanjskih sila koje u mnogim slučajevima nisu intervenirale ili spriječile zlo.⁵

Hipoteza je i Betsy Lynn Montgomery (2007) da je Konvencija u biti „neefektivna“, a njena definicija se u sadržajnom pogledu odnosi na razne varijante nepovezanih situacija (iako su postavljene alternativno). Iako se u mnogim presudama naglašava da cilj mora biti manifestiran u biološkoj smrti mase pojedinaca, ipak su pretpostavke za *actus reus* mješovite naravi smrtonosnih i nesmrtonosnih postupaka, pa prema tome i kineska politika „jednog djeteta“ može imati genocidna obilježja u djelomičnoj populaciji (Eng 2007). Stoga, pretpostavke c) i e) vezano za uvjete koji dovode do nestanka grupe i premještaja djece mnogi autori čak *de lege ferenda* odbacuju, iako ukrajinski „holodomor“ ili direktiva R. Karadžića svakako predstavljaju naznaku

³ Rat u Pakistanu, Burundiju, Kambodži, Nigeriji, Gvatemali ili Iraku i Iranu 1980-ih.

⁴ Vidi: Fabijanić Gagro i Škorić (2008). Autorice razlažu starije presude prema analitičkim kriterijima.

⁵ Naročito je to vidljivo u slučaju Srebrenice ili pak Ruande, gdje su francuski kontingenti čak prešutno podržavali revoltiranu agresivnu Hutu skupinu. Mnoge države nisu adekvatno reagirale zbog političkih (ne)interesa ili upravo zbog načela „neintervencije“. Ipak, u Bosni je SAD još bio najangažiraniji, ali nakon 1992.

najokrutnijih djela. To je jedan od restriktivnih i ekskluzivnih prijedloga autora poput Enga ili Noora Akbara, s kojima se autor samo djelomično slaže jer su spomenuti događaji primjer uvjeta koji djeluju kao i masovna ubojstva.⁶

Ono što je bitno u diskusijama tiče se inkluzivnog poimanja skupina koje nisu obuhvaćene konvencijskim i zakonskim definicijama. Zakonodavstva suzuju umjesto da proširuju ciljne skupine (uglavnom su četiri), što je opet bio cilj preciziranja *ratione personae*, ali izbjegao se odgovor na sljedeće pitanje: zar supkulture ili političke skupine poput komunista, anarhista ili čak 'terorista' ne bi ulazile u domenu genocida? Za utvrditi je i da ciljnu skupinu definira sam napadač iz svoje perspektive, a postoje izvjesne opasnosti u lažnom viktimiziranju ili opravdavanju državnih vlasti da suzbijaju svoje političke disidente. Iako bi se grupe uistinu trebale shvaćati i iz socijalno-ekonomske perspektive, sve grupe agresor prikazuje zapravo kao „neprijatelje“ i protudruštvene skupine, a ne kao nekakav društveni kolektiv. One su „antisocijalne“ (Eng 2007: 4).⁷ I unutar same nacionalnosti, etniteti ili vjere postoje dileme, pa tako i kod Bošnjaka Muslimana, što će se vidjeti kroz iduće presude.

Problem kod definicije genocida je taj što neke pretpostavke vezano za grupu i *actus reus* „nedostaju“, a neke su i dalje nedovoljno jasne. Zatvorena klauzula je bolja i ovakva, mada djelomično loša, nego previše otvorena, ali debate su i dalje aktualne, kao i polemike oko promjene definicije po Konvenciji⁸. Među prvim značajnim teoretičarima je Raphael Lemkin, „otac“ ideje o genocidu, a započeo je razmatranja podjelom na pojmove *barbarizam* i *vandalizam*, te je predvidio i uspon Hitlera. Prema Lemkinu, genocid je „koordinirani plan različitih akcija usmjerenih prema uništenju osnovnih temelja života nacionalnih grupa s ciljevima uništenja grupa samih“ (Power 2002: 40). Lemkin je promatrao sve grupe kao jednakovrijedne zaštite i uništenje je usmjereno i k spornom kulturnom nestanku, te je načeo raspravu oko distinkcija na genocid, etnocid, kulturocid, holokaust, genocidni masakr itd., što sve skupa umanjuje bit i ekskluzivnost kaznenog djela genocida koji može biti u relativno većim ili manjim razmjerima. Ne treba ponavljati da se genocid može izvršiti u ratu (proglašenom ili, rjeđe, ne) i u miru. Kod uvjeta potpunog ili djelomičnog uništenja spora puno nema jer i Židova je „samo“ trećina stradala u Europi.

Problem o kojem se progovara kroz sudsku praksu su, dakle, pitanja dokazivanja namjere kod genocida, iako je ona, u kojem god obliku bila, ključna ili osjetljivo pitanje svakog kaznenopravnog predmeta. Također, motivi su irelevantni iako neki autori, npr. Savon (1972), naglasak stavljaju i na to. Peter Drost (1959) napominje da je u svakom slučaju potrebna i sistematičnost obrasca ponašanja, a naizgled nesporne teze, npr. da genocid vrši „većina nad manjinom“, prijeporne su još od Vahakna Dadriana i upravo je Bosna primjer obrnutog slučaja.

⁶ Širim definicijama genocida skloni su autori koji žele „popuniti“ rupe koje je propustio UN, a uže favoriziraju pravnici poput Petera Drosta, koji žele precizirati ekstremnost slučajeva genocida.

⁷ Trebale bi upravo te skupine biti nemarginalizirane. Konvencija ne odvrća u dovoljnoj mjeri od činjenja genocida jer nema ni međunarodne sile i ovlasti zajednice imati pravni mandat za vojnu ili političku akciju (prema njoj) (Herder 2013).

⁸ Jonassohn i Chalk, Charny, Fein, Harff, Gurr, Katz i dr.

Ipak, utvrđivanje odgovornosti države za genocid jedno je od najkompleksnijih pitanja, pa se uz *actus reus* i *mens rea* zahtijeva i „pripisivost“ protupravnog čina genocida državi koja krši međunarodnu obvezu (Atlaga, Gliha i Pižeta 2015: 107). To propisuje Nacrt članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine u svojem čl. 2 i člancima 12. do 14. Uz pitanja sukcesije te *ratione temporis* to je tema koja se tiče više slučajeva Međunarodnog suda, a ne tribunala kojem je zadaća kazneni progon pojedinaca uz jedinu razliku radi li se o neposrednim izvršiocima ili zapovjedno odgovornim osobama. Ipak, prije sagledavanja *ratione materiae* potonjeg upozorit ćemo da u par. 383. presude *BiH protiv Srbije* ICJ država istodobno odgovara za dva čina: čin genocida počinjen od strane osoba ili organa koji su pripisivi državi i za povredu obveze države da počinitelje toga čina kazni. Par. 166. citira stajalište prema kojem se čl. 1. Konvencije tumači kao obveza države da se suzdrži od činjenja genocida (preko svih svojih tijela), iako to isto nije gramatički izraženo *expressis verbis*. Nedostatna je regulacija Konvencije prisutna na mnogim kaznenopravnim i međunarodnopravnim poljima te ćemo pitanja efektivne kontrole i odgovornosti država i državnih entiteta koji se mijenjaju ili nestaju ostaviti za drugu temu.

Stanton (1996) kod genocida nabraja i osam faza koje su tada ispunjene: klasifikacija, simbolizacija, dehumanizacija, organizacija, polarizacija, priprema, istrebljenje i osporavanje. Jer u prvim fazama države se još najlakše opravdavaju da nema ni govora o genocidu. Manjak preciznosti definicije u Konvenciji vidljiv je i kroz to da se toliko spominjani *dolus specialis* zapravo – ne spominje (sve do presude *Akayesu* i *Kayishema*), te je ostalo otvoreno sudskoj praksi i pitanje *dolus eventualis*, opće namjere i znanja. U međunarodnom kaznenom pravu, pa tako i u Statutu Haškog suda, međunarodna kaznena djela kažnjavaju se počinjena u izravnoj namjeri jer je prema autorima to adekvatan stupanj potreban za tako krupne kvalifikacije. No tu namjeru je ipak teško neosporno ili izvan razumne sumnje utvrditi i o njoj progovaraju prvenstveno idući kronološki slučajevi.

Analizirajući presude i sudove zaključit ćemo ukratko da je MKSJ čvršće definirao namjeru i odgovornost od „susjednoga“ MKSR-a, koji je blaži po tom pitanju, kao i Rimski statut (koji u čl. 30 predviđa i namjeru i znanje ili svijest kao temelje odgovornosti). Goldsmith (2010: 245) predlaže da se drugostupanjska namjera izjednači po svojem učinku i osobu proglasi izravno krivom za počinjenje genocida prema predlošku engleskog prava, a ne da se ublažava kvalifikacija za sudioništvo, poticanje i pomaganje kao u *Krstiću* i sl. Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju bio je restriktivniji jer je u Ruandi cijeli proces podređen glavnom ratnom zločinu – genocidu. Sudačku diskreciju kakvu ćemo opisivati, iako je sklona mnogim interpretacijama kakve nisu zabilježene u pravnim dokumentima (pa tako i *dolus specialis* koji je suprotan intenciji i Lemkina i *travaux préparatoires* nacрта Konvencije), ipak nećemo odbacivati kao Goldsmith, s obzirom na nužnu potrebu interpretiranja takvih neopsežnih izvora. No dilema će i dalje biti, a pravna svijest će vjerojatno imati više odjeka prema presudama haških vijeća nego prema neobveznim pisanim izvorima dokle god se temeljna definicija ne promijeni, a to neće biti tako brzo.

2. „CASE LAW“ U PRAKSI HAŠKOG SUDA VEZANO ZA DOSEGE I OBILJEŽJA DEFINICIJE

2.1. Tužitelj protiv Nikole Jorgića⁹

Iako ova presuda ne spada u haške, značajna je jer je među prvima kojima se nakon Drugoga svjetskog rata osudilo fizičku osobu i čija stajališta kasnije citira Haški sud, a s kojima se ne slaže u svemu.¹⁰ Sud u Düsseldorfu je bosanskog Srbina koji je živio u Njemačkoj osudio na doživotnu zatvorsku kaznu, i to četverostruku, zbog sistematskih zločina u općini Doboj.¹¹ Jorgiću je presuđeno da je imao namjeru počiniti geno-

⁹ Njemački savezni sud u Düsseldorfu, *Jorgić IV* – 26/96 2 StE 8/96. Isti je sud sudio prema odjelu 6 i 220a njemačkog kaznenog zakona, gdje se genocid ubraja u vanjske zločine protiv međunarodno zaštićenih pravnih interesa. Ipak, za razliku od Haga i Konvencije o genocidu, njemačko pravosuđe ne spominje četiri, nego tri zaštićene skupine (etnička je skupina „izbačena“ iako predstavlja širi rodni pojam obuhvaćen ne samo političkom nacijom, nego i tradicijom, jezikom i običajem), dok je pet čina koji predstavljaju *actus reus* identično kao i u drugim propisima.

¹⁰ Prva je presuda Okružnog vojnog suda u Sarajevu, K-I-14/93 od 12. ožujka 1993. u slučaju *Herak, Damjanović i Tomić*. I kasnijim presudama viših instanci (druga i treća) potvrđeno je sve što je teretilo Heraka i Damjanovića za pokolje i silovanja u selima Krše odnosno Ahatovići. Dom za ljudska prava naložio je kasnije ponovno provođenje postupka nad Damjanovićem, koji je tom prilikom oslobođen, dok je Herak ostao jedina osoba osuđena za genocid prije osnutka Suda Bosne i Hercegovina 2002. Kritike su bile povezane s optuženikovim tvrdnjama da su bili prinuđeni svjedočiti i da osim priznanja nisu pronađeni materijalni dokazi koji bi upućivali na njih kao počinitelje zločina (a identificirani su i 'novi' počinitelji). Dvojica braće (Blekić) pronađeni su živi u Sarajevu, a tvrdilo se da su ubijeni. Međutim, Dom za ljudska prava to nije dovodio u pitanje prema članku 141. Krivičnoga zakona BiH, nego je naglasio da je za genocid najvažnija namjera i da identitet osoba i broj preživjelih nisu ključni faktori. Također je smrtna kazna zamijenjena zatvorskom (u trajanju od 20 godina). U Hrvatskoj je poznata osuđujuća presuda Županijskog suda u Osijeku K-156/92-38 od 19. ožujka 1993. u kojoj je *Luca Ročliher* osuđena za genocid prema tadašnjem čl. 141 OKZ RH zbog zločina koje su u selu Bokšić počinile JNA i srpske paravojne postrojbe kojima se optužena revnosno pridružila. Presuda, iako ju je potvrdio i žalbeni sud, sporna je i dalje zbog podvođenja civilnog protjerivanja, potkradanja i vrijeđanja pod genocid, a ne etničko čišćenje, zločine protiv čovječnosti i sl. Iako je za razumjeti naznake tendencioznosti u suđenjima u Hrvatskoj ili Bosni i Hercegovini (u jeku rata), primjećujemo i njemačku podosta široku diskreciju u tumačenju zločina genocida. Tako je, primjerice, i *Maksim Sokolović* bio za genocid osuđen na devet godina (u istom gradu) zbog mučenja nekolicine Bošnjaka, dok mu nijedno ubojstvo nije bilo dokazano. *Đurađ Kušljčić* je 1999. osuđen na doživotnu zatvorsku kaznu zbog ubojstva šestoro Bošnjaka. Prvostupanjski sud je to okvalificirao kao izvršenje genocida, dok je drugostupanjski prekvalificirao u „sudioništvo u genocidu“. Godine 2008. dogodio se veliki obrat i potpuno oslobođenje Kušljčića koji je izjavio da se radilo o „politički montiranom procesu“ (Đurić 2008).

¹¹ Stranke su u tom postupku prvenstveno postavile pitanje nadležnosti njemačkog suda jer Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida ne predviđa univerzalnu jurisdikciju, nego nadležnost sudova države u kojoj su se zločini dogodili ili specijalnog međunarodnog suda. Takav sud međutim nije osnovan, iako Konvenciju sprovodi i Međunarodni sud pravde, a isto tako Statut MKSJ-a (9(1)) ne odriče pravo državama da sude najteže međunarodne zločine ako on nije preuzeo jurisdikciju kao primaran. Iako

cid u svim svojim kriminalnim radnjama, a također je rečeno da specijalna namjera genocida ne mora biti usmjerena samo na fizičko-biološko uništenje skupine, već se može raditi i o uništenju grupe kao socijalne zajednice u svojim „specifičnostima i osjećaju pripadnosti”.¹² Međutim, taj postulat i „presedan” nisu kasnije svesrdno prihvatili sudovi. U tom kontekstu spominje se i „sistematični obrazac” i „strukturno organizirana centralna kontrola”.

U tužbi Europskom sudu za ljudska prava¹³ (dalje: ESLJP) Jorgić se žalio na povrede članka 5. i 6. (Europske) Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKLP) zbog jurisdikcije i članka 7. Konvencije o genocidu zbog široke interpretacije kaznenog djela genocida, za što navodno nema osnove ni u njemačkom, ni međunarodnom javnom pravu. Sud nije prihvatio kritike vezano za nadležnost, jer bi to bilo protivno *erga omnes* obvezama svih država da kažnjavaju za najteže zločine, kako nijedna ne bi mogla postati utočištem takvih zločinaca.

Njemački federalni sud je argumentirao pak tezu o „socijalnom” uništenju kao analognu s namjerom zakonodavca da genocidom proglasi i premještanje djece iz jedne skupine u drugu ili provođenje mjera za sprečavanje rađanja gdje, slično kao i kod nametanja nesnošljivih uvjeta, nije riječ o fizičkoj likvidaciji članova grupe. I sam Europski sud za ljudska prava podsjeća na Rezoluciju 47/121 od 18. prosinca 1992., iako ona nije primarni pravni izvor, u kojoj se masovni progon civila iz svojih domova i zatvaranje u koncentracijske logore shvaća kao politika etničkog čišćenja koja je *forma* genocida.

Ipak, presude Haškog suda (dalje: MKSJ) o kojima će biti riječ, a koje su done-sene između sudskih postupaka u Njemačkoj i Strasbourgu, tumače svaki pokušaj pretjerano ekstenzivnog tumačenja djela (*actus reus*) i namjere (*mens rea*) korakom dalje prema kršenju načela *nullum crimen sine lege*. Prisilni premještanje i namjera uništenja kulture ili rušenje kulturno-vjerskih spomenika predstavljaju samo *dokaz* da je prava namjera bila uništenje skupine kao takve.¹⁴ Europski sud za ljudska prava se „složio” s presudom njemačkog suda zbog toga što, kako je obrazložio, unatoč tendenciji Haškog suda koja nas tu najviše zanima, Jorgić je u svojem postupanju mogao i trebao *predvidjeti* da će njegove zločinačke radnje moći biti kvalificirane kao genocidne u sadržajno vrijeme kada nije bilo izričite sudske interpretacije koja

Statut nije dokraja precizan u odgovoru na pitanje „koje” države imaju pravo supsidijarne nadležnosti, ipak se na njega i stavove UN-ove Komisije za međunarodno pravo oslanja njemački sud koji smatra da ima pravo suditi ako mu Hag to prešutno ili izričito ustupi. Hag nije tražio da „preuzme” taj slučaj, kao ni Bosna i Hercegovina na koncu. Upravo prema odjelu 7 njemačkog kaznenog zakonika osoba koja nije njemačkog državljanstva, a zatekne se na prostoru Njemačke, može biti suđena u slučaju ako nije zahtijevana ili moguća ekstradicija.

¹² Njemački savezni sud u Düsseldorfu, *Jorgić IV* – 26/96 2 StE 8/96 od 26. rujna 1997., str. 94–95.

¹³ ESLJP, *Jorgić protiv Njemačke* 74613/01 od 12. srpnja 2007.

¹⁴ Tako MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, prvostupanjska presuda od 2. kolovoza 2001., par. 580. Pitanje je i da li uništenje srebreničke skupine mora biti unutar Srebrenice ili i izvan nje? Premještanje nužno mora voditi i do smrti na odredištu u skladu s Konvencijom?

bi jamčila suprotno. Stoga Europski sud za ljudska prava potvrđuje stav nacionalnog federalnog suda i odbija tužbu po navedenim točkama, što je važno za tadašnju praksu.

Suprotno od toga, rečeno je da u predmetu *Krstić* koji slijedi, tako i u *Kupreškić* gdje je ubojstvo stotinjak Muslimana u selu u sprezi s progonom činilo diskriminatornu namjeru koja je imala za cilj iseljenje, pa i nestanak Muslimana, ali ne i uništenje njihove skupine (što je druga vrsta *dolus specialis*).¹⁵ No u istoj presudi se naglašava da je progon „samo jedan korak od genocida“. O etničkom čišćenju kao *formi* genocida pisali su mnogi,¹⁶ ali je i Međunarodni sud u predmetu Bosne i Hercegovine protiv Srbije potvrdio mišljenje da etničko čišćenje može biti oblik genocida ako korespondira s nekim od djela nabrojanim u članku 2. Konvencije.¹⁷ Ipak naglašava da se, unatoč sličnosti, mora istaknuti razlika između politike genocida i etničkog čišćenja koje je često ratu, a također se uvriježilo u javnom žargonu tek sa zbivanjima od 1990. Što se tiče Konvencije, ona kažnjava djela koja nisu počinjena samo u ratu, nego i „miru“¹⁸, a vezano za njezinu odredbu (čl. 6.) o nadležnosti sudova države na čijem teritoriju je genocid počinjen primijetiti ćemo da to može biti relativno i sklisko jer ta država više ne mora postojati (kao npr. Republika BiH ili uopće BiH, Jugoslavija, Srpska Krajina, Zapadna Bosna), te s obzirom na razne probleme oko utvrđivanja pravnog položaja sljednica i sukcesije.

Ipak, univerzalna jurisdikcija je potvrđena kako od strane njemačkog suda i Europskog suda za ljudska prava, tako i Haškog suda i mnogih drugih.¹⁹ Stoga već tu možemo zaključiti da je po tom pitanju faktički prihvaćen konsenzus, a vezano za socijalno i kulturno uništenje određene skupine Europski sud za ljudska prava je kao „prijelazni“ potvrdio tezu o genocidu, ali ograničivši se zapravo samo na kontekst suđenja 1990-ih i uopće na svoju funkciju zaštitnika druge vrste konvencije o „ljudskim pravima“, one koja se tiče optuženog u postupku, a ne njegovih žrtava.

Presude Haškog suda potkrepljuju većinom uže tumačenje definicije u spomenutim segmentima, ali otvaraju horizonte u drugim pitanjima, pa ćemo prijeći na sljedeću i prvu najznačajniju presudu toga suda. Također, ta presuda se nadovezuje

¹⁵ MKSJ, *Tužitelj protiv Kupreškića* IT-95-16-T, prvostupanjska presuda od 14. siječnja 2000., par. 751.

¹⁶ Vidi, npr., Munivrana Vajda (2011), Lieberman (2010), Blum *et al.* (2008).

¹⁷ Međunarodni sud pravde u Hagu (dalje: MS), *BiH protiv Srbije*, presuda od 26. veljače 2007., par. 190. S druge strane Opća skupština UN-a je u jeku bosanskog rata 1992. Rezolucijom 47/121 odredila etničko čišćenje kao oblik, a ne samo dokaz genocida. I njemački savezni sud zaključio je da namjera sastavljača nije bila samo fizičko istrebljenje, već je zaštićeno *društveno postojanje* skupine što ne mora uključivati (samo) ubojstva većeg broja pripadnika grupe. Kulturni genocid je ipak odbacila i Opća skupština na svom šestom odboru u pripremnim radovima Konvencije.

¹⁸ Tako i u MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, prvostupanjska presuda od 2. kolovoza 2001., par. 480.

¹⁹ MKSJ, *Tužitelj protiv Tadića* IT-94-1, prvostupanjska presuda od 7. svibnja 1997., par. 62. i MKSJ *Tužitelj protiv Furundžije* IT-95-17/1-T, prvostupanjska presuda od 10. prosinca 1998., par. 156.

na neke prijašnje koje su genocid tumačile ili kao glavno ili kao sporedno pitanje u *ad hoc* Međunarodnom kaznenom sudu za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnom kaznenom sudu za Ruandu (MKSR).

2.2. Tužitelj protiv Radislava Krstića²⁰

Radislav Krstić bio je general Drinskog korpusa koji je uz Zvorničku i Bratunačku brigadu, Glavni štab i ostale vojne i paravojne formacije iz Bosne i Srbije počinio genocid nad srebreničkim Bošnjacima iz 11. srpnja 1995. U raspravama o genocidu prvo se analizirala etimologija riječi „istrebljenje“, koja dolazi izvorno od riječi „protjerati“ a činjenično se shvaća i preklapa s „uništenjem“ velikoga broja ljudi, dok se od genocida razlikuje po namjeri i ostalim specifičnostima.²¹ Pretresno vijeće potvrdilo je stav da kod zločina istrebljenja treba doći do lišavanja života najmanje jednog pojedinca i to „u sklopu sistematskog napada protiv pripadnika civilnog stanovništva“.²² I to bilo kojeg, bez obzira na zajedničke četiri karakteristike skupine koje se nabrajaju alternativno i taksativno kao *numerus clausus* za genocid. Kod potonjeg, dakle, sve je suprotno: traži se etnička, vjerska, rasna ili nacionalna pripadnost žrtava, a broj ubijenih ne mora biti (još) nikakav ako se radi o djelima koja ne spadaju u ubojstvo, a ako je riječ o ubojstvima, stajalište je sudske prakse da većinom ne može biti riječ o samo jednom ubojstvu. I ne moraju biti samo civili posrijedi. Vezano za geografsku širinu prostora i entiteta nad kojim se provodi zločin bit će dodatno riječi. Ipak, oko diskriminatorne namjere koja je drukčija od one genocidne različita stajališta zauzimaju sudska vijeća.²³ Komisija za međunarodno pravo uzima zločin istrebljenja kao zločin „usko“ povezan s genocidom,²⁴ a i Statut Međunarodnog kaznenog suda istrebljenje povezuje s „uništenjem dijela nekog stanovništva“, a metode nabraja u otvorenu klauzulu.²⁵ U Srebrenici se dogodio i taj zločin i ostali, samo što ne odgovara svatko za istu inkriminaciju. Vijeće u slučaju Krstić odredilo je da se istrebljenje može odnositi na uništenje koje ne mora biti „rasprostranjeno“, ali isto tako može biti usmjereno prema cijeloj i konkretnoj populaciji ili znatnom dijelu

²⁰ MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, prvostupanjska presuda od 2. kolovoza 2001.

²¹ MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, prvostupanjska presuda od 2. kolovoza 2001., par. 496.

²² MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, prvostupanjska presuda od 2. kolovoza 2001., par. 497. nadalje.

²³ MKSJ, *Tužitelj protiv Tadića* IT-94-1, prvostupanjska presuda od 7. svibnja 1997., par. 273 nadalje, nasuprot *Akayesu* MKSR u par. 292., gdje se ne iziskuje ta pretpostavka, što opet ostavlja to pitanje neriješenim.

²⁴ Cilj je isto „grupa pojedinaca“, a namjera nije determinirana. Isto tako grupa „pojedinaca“ razlikuje se od grupe kao koherentne zajednice osoba istih obilježja i vrednota. Posrijedi mora biti „masovno uništenje“, što je naizgled teža riječ od uništenja kod genocida, ali *mens rea* je relativno drugačija. Vidi: *Report of the International Law Commission on the work of its 48th session*, 6. svibnja – 26. srpnja 1996., članak 18.: 118.

²⁵ Vidi: Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda, NN 5/2001.

te populacije.²⁶ To može biti ubijanjem i nametanjem uvjeta (sabotiranjem dotoka lijekova i hrane), a dotična populacija može imati obilježja koja nisu obuhvaćena zločinom genocida, npr. politička, supkulturna ili seksualna.²⁷ To je bitna razlika te broj žrtava može biti ograničen.

Sud je također raspravljao o naravima teških tjelesnih i duševnih ozljeda kao obilježjima genocida i drugih zločina.²⁸ Još u presudi *Eichmann* je rečeno da su teške tjelesne povrede bile rezultat radnji koje su izvršavane s namjerom da se istrijebe Jevreji koji su još ostali na životu, što i dalje predstavlja djelo genocida.²⁹ Kumulativni efekt koji je prisutan kod progona i ubojstava ili nanošenja povreda, kao i kod drugih zločina protiv čovječnosti, prepoznat je još u praksi Međunarodnog suda koji za progon svakako predviđa diskriminatornu namjeru, ali sve zajedno se treba gledati holistički, u cijelom svom kontekstu, a ne izolirano.³⁰

Vratit ćemo se genocidu. Još u presudi *Jelisić* utvrđeno je ponovno da djelo mora biti usmjereno protiv grupe i s ciljem da ju se uništi cijelu ili djelomično (dva elementa).³¹ Etnička ili druga navedena pripadnost mora biti osnova biranja žrtve, ali i namjere da se zajednica „kao takva“ uništi. To nije novina, ali Vijeće u slučaju *Krstić* inzistira na potrebi razlikovanja individualne namjere optuženog i namjere prisutne pri smišljanju i počinjenju zločina (paragraf/par. 529). Motiv svakog sudionika „udruženog zločinačkog pothvata“ može biti različit, a da je cilj postupanja isti. Termin udruženi zločinački pothvat Haški sud koristi u mnogim kontekstima, iako ga je praktički sam skovao. Međutim, ostalo je pitanje je li počinitelj, u konkretnom slučaju *Krstić*, dijelio (istu) namjeru s ostalima da se sprovede genocid, da li odgovara jednako, te je li potrebno „kovati“ (zajednički) plan uoči operacije. Dok potonje nije uopće važno (par. 572), o prvom se treba utvrditi pravilno činjenično stanje prije konkretnog odgovora.

Za početak, sudsko vijeće treba identificirati skupinu tako što koristi kriterij „stigmatiziranja grupe“ i to uglavnom onako kao kod agresora. Takav je pristup već spomenut u presudama *Jelisić* i *Nikolić* (par. 575 i dalje kod *Krstića*). Ali koliki je razmjer do kojeg se smije definirati grupu a da se ne ode *ultra vires* Konvencije po geografskom poimanju? Jesu li bosanski Muslimani, podrinjski i istočnobosanski Muslimani ili srebrenički Muslimani „ciljana“ skupina koja treba biti zaštićena? Odgovor je važan s obzirom na reperkusiju vezanu za cilj cijelog ili djelomičnog

²⁶ MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, prvostupanjska presuda od 2. kolovoza 2001., par. 497. i dalje: 215-216.

²⁷ MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, prvostupanjska presuda od 2. kolovoza 2001., par. 498.

²⁸ MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, prvostupanjska presuda od 2. kolovoza 2001., par. 500. nadalje

²⁹ Vidi: Attorney General v. Adolf Eichmann.

³⁰ Tako i u MKSJ-u, *Tužitelj protiv Kupreškića* IT-94-1, prvostupanjska presuda od 14. siječnja 2000., par. 622.

³¹ MKSJ, *Tužitelj protiv Jelisića IT-95-10*, prvostupanjska presuda od 14. prosinca 1999., par. 66. Grupni nestanak ne treba pratiti individualni dokraja. Cilj je grupa kao takva, a ona je zbir pojedinaca, jasno.

uništenja grupnog kolektiva. Pojam „djelomično“ treba se gledati kvalitativno i kvantitativno. Osim u ruandskim slučajevima, gdje je krivnja za genocid bila unutar jedne zajednice³², još u presudama *Nikolić*³³ i *Jelisić*³⁴ određeno je da jedna regija ili geografski ograničeno područje može biti predmet genocida (Vlasenica ili Brčko, u konkretnim slučajevima). U *Krstiću* se konstatiralo kako se nomotehničkim iščitavanjem Konvencije zaključuje da se izraz „uništiti u cijelosti ili djelomično“ odnosi na namjeru, a ne stvarno provedeno djelo (par. 584), ali „dio“ skupine nije imao jednostavno značenje jer se postavilo pitanje dio čega ili cjelinu čega predstavljaju srebrenički Muslimani odnosno Bošnjaci. Prije konačnog odgovora na to pitanje, Vijeće je podsjetilo da predmeti *Kayishema* i *Ruzindana* uz atribut „dio“ dodaju prefiks „znatan“ (par. 586 i dalje). Taj znatan dio može biti unutar jedne zemlje ili samo unutar jedne zajednice. Time se već približava odgovoru na glavno pitanje, a kvalitativno tumačenje sugerira da znatan dio može biti i brojčano manji (ako obuhvaća važan dio poput vodstva).

Kontekst sudbine ostatka grupe je također važan. Još u *Jorgiću* i slično u *Đajiću*³⁵ (opće)prihvaćen je princip geografsko užeg teritorija. No za broj žrtava na njemu nije se znalo treba li se on usporediti s brojem preživjelih u Srebrenici, Podrinju, Bosni ili čak svijetu. Obrana je kod *Krstića* naglašavala da su ubijeni samo muškarci, a ne žene, djeca i starci, i da je njihov postotak u odnosu na sve Muslimane u Bosni između 2 i 3%. Sud je zauzeo stajalište koje djeluje u većem dijelu razumno: u paragrafu 590 i 591 naglašava da je diskrecija oko odgovora na ta pitanja prepuštena Vijeću koje ih želi ponuditi konzistentno cilju i svrsi Konvencije. Stoga poseban entitet, koji može činiti manji teritorij nego onaj gdje se provode napadi širokih razmjera koji nisu genocid, može činiti općina Srebrenice, ali zaštićena skupina su – bosanski Muslimani, a ciljana istočnobosanski koji čine znatan udio.

Njihov dio u Srebrenici nije se odnosio samo na stanovnike toga grada i okolice, već su se u njega „sjatile“ i izbjeglice iz cijelog Podrinja, a vojno sposobni ljudi nisu slučajno odabrani i nisu narušili cijeli koncept genocidnog plana. Budući da oni, dapače, predstavljaju bitan segment tog društva koje je patrijarhalno, time je zagaraniran nestanak stare zajednice i nemogućnost njenog obnavljanja jer se srebreničke žene neće htjeti vratiti niti moći udati dok se muševci vode kao „nestali“. One koje su pak prisilno deportirane ili su pod pritiskom odlučile da evakuiraju područje, to je bilo s ciljem da se prikaže milosrdna slika u javnosti jer bi genocid nad njima odjeknuo puno jače i bez mogućnosti prikrivanja.³⁶ Argument da genocid nije izvršen u Žepi ne predstavlja dovoljnu snagu jer tema tu nije Žepa, koja je još k tome manja i u njoj

³² Vidjeti: Kantonen (2006).

³³ Vidjeti: MKSJ, *Tužitelj protiv Nikolića* IT-94-2-R61, optužnica od 20. listopada 1995., par. 34.

³⁴ MKSJ, *Tužitelj protiv Jelisića* IT-95-10, prvostupanjska presuda od 14. prosinca 1999., par. 83. A u tu citiranom slučaju *Kunurac* IT-96-23/1-T podsjeća se na genocid prema zakonu SFRJ koji je „posebna vrsta zločina protiv čovječnosti“.

³⁵ *Tužitelj protiv Novislava Đajića*, <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/484ae2/> (pristupljeno 29. rujna 2017.).

³⁶ Vidi općenito MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T.

je isto provedeno etničko čišćenje civila, pa ona nije toliko ugrožavala konsolidaciju istočnobosanskog srpskog političkog entiteta.

Ipak, Vijeće često izjednačava bojazan od povratka vojno sposobnih ljudi s genocidnim činom i nemogućnosti povratka i obnove muslimanske zajednice.³⁷ U mnogim akcijama, npr. u Oluji³⁸, bilo je više razloga zbog kojih je stanovništvo evakuirano i nije uvijek bio posrijedi genocid, pa ni strah od njega, koliko mnogi drugi razlozi. A psihologiji masa, kada pokrene određen broj ljudi, priključe se i ostali misleći da se radi o nekom pravilnom i potrebnom obrascu ponašanja. Činjenica da se nije pravila distinkcija između civila i vojnika daje na značenju dokazima o genocidnoj namjeri, ali opet je i tu bilo raznih razloga, poput velike brojnosti i „mijenjanja statusa“ jednih za druge. Pretresno vijeće u predmetu Krstić u paragrafima 595. i 596. u prilog svojoj konstataciji da je uništen znatan dio (znatne) zaštićene skupine koristi izraze koji nisu dovoljno uvjerljivi za dokazivanje namjere, koju naravno nije lako dokazati bezuvjetno ili izvan razumne sumnje, a to su: „VRS snage nisu mogle ne znati“, „morale su biti svjesne“, „znale su“, „jaka je indikacija“. Isto tako se za individualnu kaznenu odgovornost Krstića govori u kontekstu da je „morao biti svjestan“ bijednih uvjeta... i sl. (par. 609).

Žalbeno vijeće potvrdilo je, ali i osporilo neke teze. Broj dijela grupe nije dakako „u apsolutnom smislu“ (par. 12).³⁹ Isto tako namjera je uvijek ograničena prilikama (par. 13), a značaj srebreničke općine ni iz perspektive Srba, ni Bošnjaka Muslimana, nije bio samo u veličini (par. 15). Također, genocid je trebao biti zastrašujući primjer onoga što čeka enklave i Muslimane u drugim mjestima, npr. u Bihaću na zapadu. Vezano za namjeru kao ključan problem, stanje svijesti se uzima kao dobar pokazatelj je li je bilo i kakva je bila. No stanje svijesti služi i za druge svrhe. Prije zaključka o Krstićevom stanju svijesti i njegovoj inkriminaciji treba napomenuti da je Žalbeno vijeće reklo da kod genocida nije bitna najefikasnija metoda (par. 32), nego adekvatna. Također, premještanje onih koji nisu bili vojno sposobni muškarci ne predstavlja genocid samo po sebi, ali se to izvodi kao dokaz da je skupa s činjenjem drugih kažnjivih djela bila posrijedi cjelokupna koncepcija sistematskog uništenja (par. 33). Činjenične okolnosti kaznenih djela ne trebaju obuhvaćati izjave počinitelja, ni planove, čak ni identitet. Tri elementa vidimo da Vijeće izvodi iz svojeg zaključka da je u Srebrenici počinjen genocid: 1) razmjernost ubijanja (iako ne presudno), 2) svijest Glavnog štaba Vojske Republike Srpske (VRS) o pogubnim posljedicama, 3) druge aktivnosti poduzete da se osigura fizičko nestajanje i prikrivanje zločina. Ali unatoč takvom sramotnom činu, definiciju treba primjenjivati s oprezom a ne olako. Žalbeno vijeće stoga svako „proširivanje“ obrazlaže na način da se ne radi o suštinskom relativiziranju, već dapače preciziranju onoga što stoji u definiciji.

³⁷ MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, prvostupanjnska presuda od 2. kolovoza 2001., par. 400 i dalje.

³⁸ Oluja nije bila genocid čak i da su brijunski transkripti izražavali očitu namjeru za etničkim čišćenjem, jer Tuđman i vodstvo nikada nisu imali namjeru uništiti srpsku skupinu kao takvu, utvrdio je među ostalim Međunarodni sud i tako zadržao distinkciju između zločina protiv čovječnosti i genocida.

³⁹ MKSJ, *Tužitelj protiv Krstića* IT-98-33-T, drugostupanjnska presuda od 19. travnja 2004.

Glavnu izmjenju unijelo je s obzirom na kvalifikaciju Krstićeve odgovornosti, gdje se ne slaže s prvostupanjskim zaključkom da Krstić odgovara kao glavni (su)počinitelj. Budući da je „dokazano“ da je Krstić – kao profesionalni vojnik koji je u početku naređivao da se drži reda – bio figura koju je „iskoristio“ Glavni štab zbog ljudstva i sredstava, a nije sudjelovao u kreiranju genocidne ideje s Mladićem i ostalima, Vijeće smatra da njegova svijest i znanje o genocidu nije samo po sebi dovoljno da bude izjednačen s počiniteljem, već ga treba osuditi kao „pomagača i podržavatelja“ u genocidu prema čl. 7. Statuta (par. 137). Za sudioništvo u užem smislu nije potrebna namjera, već samo znanje o genocidu, iako ima i suprotnih prošlih stavova.

Na kraju, Žalbeno vijeće utvrđuje da je nedopustiva kumulacija osuda za genocid i ostale zločine, poput istrebljenja, za isti činjenični opus (par. 219 nadalje). Zanimljivo je izdvojeno mišljenje suca Shahabuddena koji premještanje stanovnika ispravno tumači kao kvalificirano, a nije siguran u zaključak da uništavanje uvijek mora biti fizičko ili biološko (par. 50 nadalje): „Nije jasno zašto bi namjera da se grupa uništi na način koji nije fizički ili biološki bila izvan uobičajenog domašaja Konvencije na kojoj se zasniva Statut, pod uvjetom da je ona povezana s nekim od nabrojanih djela koja jesu fizičke ili biološke prirode.“ Jer je *a contrario* vidimo obrnuto; ako se ne ubije a ima namjeru fizički uništiti, to može biti genocid. Ako je to izvan gramatičkog iščitavanja uništenja kakvo je interpretiralo Vijeće i Komisija, nije sigurno da se ne bi smjelo teleološki interpretirati drukčije, odnosno da tako ne bi htjeli i kreatori Konvencije. Npr. zabrana korištenja jezika i pisma ili izjašnjavanja nacionalnosti, kao i prekrštavanje, nisu daleko od učinka premještanja djece iz skupine u skupinu.

Shahabudden iza *numerus clausus* u definiciji genocida ne vidi razlog da se pred tim zanemari jedinstvena operacija svih akata u genocidu i namjera da se uništi grupa može se dokazati dokazivanjem namjere da se prouzrokuje uništenje koje nije fizičko, u cijelosti ili djelomično. Također, ne vidi da članak 7. Statuta ispada kao „dodatak“ članku 4. u kojemu je već predviđeno „sudjelovanje“ u genocidu. U formalnom smislu zapravo je sudioništvom u čl. 4. obuhvaćen pojam pomaganja i podržavanja, dok je poticanje posebno navedeno, te čl. 7. predstavlja možda „višak“, ali oboje ulazi u međunarodne običaje i zato u materijalnom pogledu ne dodaje se *de facto* definiciji nešto što se ne smije. Na kraju, on smatra da Žalbeno vijeće nije dobro ocijenilo da se Krstića treba teretiti kao pomagača i podržavatelja, jer (ispravno) utvrđuje razliku između znanja o genocidu kojeg može drugi počinuti i sudjelovanja u počinjenju kaznenog djela (par. 75). Stoga poznati primjer trgovca otrovnim kemikalijama nije dokraja adekvatan jer on nije „direktno“ involviran u daljnju zloupotrebu tih proizvoda. Također, moramo primijetiti kako je, prema određenom pravilu, Krstić imao ne samo znanje, nego i namjeru, i to izravnu drugog stupnja. Naime, intelektualna sastavnica namjere mu nije bila oskrvnuta, dok je ona voljna predmet diskusija i pitanja koliko je njome mogao vladati i koliko se mogao suprotstaviti Mladiću. Zsigurno više nego Erdemović, npr., koji je to barem pokušao, ali i to je relativno.

2.3. Tužitelj protiv Vidoja Blagojevića i Dragana Jokića⁴⁰

Pukovnik Vojske Republike Srpske Vidoje Blagojević optužen je za genocid i alternativno za sudioništvo u genocidu. Kako je rečeno i u presudi *Stakić*⁴¹, sudjelovanje u genocidu ne obuhvaća udruživanje u pokušaju ili bilo kojoj drugoj pripremljenoj radnji, nego genocid mora biti izvršen. Presudom se podrobnije razrađuje pitanje teške duševne povrede koja je nastala kombinacijom ubijanja i zlostavljanja te prisilnog premještanja žena u Srebrenici, kako tvrdi optužba.

Prvostupanjsko vijeće je potvrdilo tezu da je kulturni genocid (kulturocid) bio isključen (izbačen) iz definicije, no to nije spriječilo mogućnost da fizički ili biološki genocid bude i širi od ubijanja pripadnika grupe (par. 658).⁴² No on mora biti temeljan, a tužiteljstvo zato nije htjelo dokazivati da je kulturni genocid dovoljan *per se*, nego je iz njega izvodilo ukupnost događanja koja indiciraju genocidnu namjeru, te je razne posljedice koje nisu bile karaktera ubojstva htjelo svesti na stavku teške duševne povrede. Pretresno vijeće konstatiralo je da je fizičko i biološko uništenje grupe bilo vjerojatan ishod prisilnog premještanja stanovništva koje nije bilo ubijeno, kada se vršilo na način da se grupa ne može više sama obnoviti i kada su se razdvajali njeni članovi.⁴³ Nije se objasnilo dokraja da li se ta grupa više ne može obnoviti na starom ili novom području kao zasebni dio grupe kao cjeline, ali se sugeriralo da se radi o identitetu i propasti kolektiva koja ne mora uključivati nestanak svih njegovih individualnih članova. Ipak, kasnije se kroz presude provlačila tvrdnja da se mnoge srebreničke žene neće htjeti i smjeti preudati, pa će i ta činjenica pridonijeti i rezultirati faktičnim nestankom svih (a djeca?).

Nadalje, zapovjedna odgovornost, iako nije predviđena u članku Statuta MKSJ-a o genocidu, ipak se primjenjuje na sve zločine prema čl. 7(3) Statuta i to uključuje zanemarivanje dužnosti, jednako kao i u raspravnoj presudi *Brđanin* (par. 721). Vijeće kod Blagojevića za zapovjednu odgovornost smatra dostatnim da je nadređeni znao da se podređeni spremaju počinuti ili čine genocid i da za njega imaju traženu posebnu namjeru, a njegova se namjera, tj. *mens rea* već iskupljuje u činjenici znanja ili imanja razloga za znanje.⁴⁴ Također, jasno je da izvršenje ne mora osobno provesti zapovjednik i to ga ne čini samo pomagačem i podržavateljem.⁴⁵ Razlika je samo mala u naredbi i propuštanju. Vezano za prisilni premještaj, vijeće je zaključilo da

⁴⁰ MKSJ, *Tužitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, prvostupanjska presuda od 17. siječnja 2005.

⁴¹ MKSJ, *Tužitelj protiv Stakića* IT-94-24, prvostupanjska presuda od 31. srpnja 2003., par. 561.

⁴² Definiciju genocida kao širu od fizičkog izumiranja shvaća i kao takvu propagira Chalk (1990).

⁴³ MKSJ, *Tužitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, prvostupanjska presuda od 17. siječnja 2005., par. 666: 245.

⁴⁴ MKSJ, *Tužitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, prvostupanjska presuda od 17. siječnja 2005., par. 686.

⁴⁵ Tako MKSJ, *Tužitelj protiv Tadića*, drugostupanjska presuda od 15. srpnja 1999., par. 192. U istoj su definirane tri kategorije zločinačkog pothvata.

pukovnik Blagojević nije imao traženu namjeru, nego je odgovoran kao pomagač.⁴⁶ Jokić pak nije imao traženu namjeru da poćini ubojstvo, istrebljenje i progon.⁴⁷

Važno je za predmet to što se MKSJ u ovoj presudi nadovezao na stav MKSR-a, iako ga on, kako i sam često tvrdi, ne obvezuje. A taj je vezan za tri oblika odgovornosti za sudioništvo u genocidu: sudioništvo putem pribavljanja sredstava, sudioništvo svjesnim pomaganjem i podržavanjem te sudioništvo poticanjem.⁴⁸ Pomaganje i podržavanje genocida odnosi se na „sve radnje pružanja pomoći ili ohrabivanja koje su u značajnoj mjeri pridonijele ili imale značajan učinak na izvršenje kaznenog djela genocida”.⁴⁹ Također, obuhvaća sljedeće elemente: a) da je optuženi izvršio djelo koje se sastojalo od pružanja praktične pomoći, ohrabrenja ili moralne podrške u značajnoj mjeri, b) da je optuženi znao da pomaže poćinjenje konkretnog zloćina, i c) da je optuženi znao da je zloćin poćinjen s posebnom namjerom.⁵⁰

Blagojević je ispunio sve elemente dajući sredstva Bratunaćke brigade na raspolaganje za pogubljenje srebrenićkih Muslimana (par. 785) i bio je odgovoran za podržavanje mnogih ubojstava u Bratuncu. Njegov i općenito hijerarhijski odnos ne mora biti samo *de jure* prema podređenima, već i *de facto*, a zapovjedna odgovornost nije samo vrsta objektivne odgovornosti jer mora se imati znanje i mogućnost sprećavanja i kaźnjavanja postupanja nižih vojnika.⁵¹ Ne traži se nemoguće, već je ponekad potrebno samo prijaviti zloćin (par. 793). Blagojević je među ostalim osuđen kao kriv za sudioništvo u genocidu pomaganjem i podržavanjem na osnovi članka 4(3)(e) i 7(1) Statuta.⁵² U konaćnici, vezano za broj ųrtava, sud u ovom slućaju nije kao u slućaju *Blaškić*⁵³ uzeo da je to posebna i otegotna okolnost s obzirom na to da je razmjer pojedinih zloćina sadržan već u samom kaznenom djelu genocida i istrebljenja.⁵⁴

U ųalbenoj presudi drugostupanjsko vijeće je poništilo ųestu ųalbenu osnovu i osudu za sudioništvo u genocidu jer bez znanja o masovnim ubojstvima svijest o drugim ćinjenicama nije dovoljna da se bez razumne sumnje utvrdi posjedovanje

⁴⁶ MKSJ, *Tuųitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, prvostupanjska presuda od 17. sijećnja 2005., par. 712-714.

⁴⁷ MKSJ, *Tuųitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, prvostupanjska presuda od 17. sijećnja 2005., par. 723.

⁴⁸ MKSJ, *Tuųitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, prvostupanjska presuda od 17. sijećnja 2005., par. 777. prema MKSR, *Akayesu* ICTR 96-4, I., par. 533-537.

⁴⁹ Prema MKSJ, *Tuųitelj protiv Brđanina* IT-99-36, prvostupanjska presuda od 1. rujna 2004., par. 729. koji se oslanja pak na *Semanzu* i *Stakića*.

⁵⁰ MKSJ, *Tuųitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, prvostupanjska presuda od 17. sijećnja 2005., par. 782.

⁵¹ Tako i „Ćelebić”, MKSJ, *Tuųitelj protiv Mucića i ostalih*, prvostupanjska presuda od 9. listopada 2001., par. 239.

⁵² MKSJ, *Tuųitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, prvostupanjska presuda od 17. sijećnja 2005., par. 797.

⁵³ MKSJ, *Tuųitelj protiv Blaškića* IT-95-14-T, prvostupanjska presuda od 3. oųujka 2000., par. 784.

⁵⁴ MKSJ, *Tuųitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, prvostupanjska presuda od 17. sijećnja 2005., par. 841.

znanja o genocidnoj namjeri glavnih počinitelja.⁵⁵ Kazna mu je ukupno smanjena na petnaest godina.

2.4. Tužitelj protiv Popovića, Beare, Nikolića, Borovčanina i drugih⁵⁶

Vezano za genocid, kogentni međunarodni običaj, ciljanu grupu se u ovom slučaju definira ne samo rasom, nacijom ili vjerskom zajednicom okupljenom oko zajedničkog duhovnog ideala, nego i *plemenom* i *drugom grupom određenog pozitivnog identiteta*, što je na granici *ultra vires*.⁵⁷ Tu ne smiju ulaziti samo „nesrbi” ili drugi „ne-narodi”. Iako će se o tome dalje nastaviti i u presudi *Karadžić*, prvostupanijsko vijeće je utvrdilo da se i kod ubojstva i kod teških tjelesnih ili duševnih povreda treba ustanoviti i dokazati – posljedica, dok kod nametanja uvjeta koji su sračunati da dovedu do potpunog ili djelomičnog fizičkog uništenja skupine ne treba.⁵⁸ Ta „sračunatost” razlikuje ovaj *actus reus* od ostalih jer traži dvostruku *mens rea*: namjeru za genocidom i namjeru da uvjeti dovedu do njega. U te uvjete može ulaziti i „sistematsko istjerivanje iz domova”. Objektivni kriteriji o tome jesu li uvjeti takvi da mogu dovesti do „istrebljenja”, tj. uništenja, ovise i o karakteristikama ciljane grupe, npr. njene ranjivosti.⁵⁹

U presudi je važno to što se potvrdilo da je izolirani počinitelj genocida jednako odgovoran kao i onaj tko provodi državnu politiku. Državna politika i plan nisu konstitutivni elementi zločina genocida, iako je optuženi to pokušao osporiti i pozivao se i na mišljenja nekih profesora, npr. Williama Schabasa.⁶⁰ Sudovi nisu vezani za mišljenja onih u prethodnim slučajevima, iako se često nadovezuju na njih. Tako je i Statut MKS-a samo „pomoćno sredstvo”, to nisu obvezujuća pravila unatoč razlikama u finesama, poput „očiglednog obrasca postupanja” (par. 829). Brojčana veličina ciljanog djela (ne samo ubijenih ljudi) je važna polazišna točka, ali ne nužno i „kraj ispitivanja”.⁶¹ Važnost brojčanosti varira u zavisnosti od okolnosti svakog predmeta

⁵⁵ MKSJ, *Tužitelj protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, drugostupanijska presuda od 9. svibnja 2007., par. 123-124.

⁵⁶ MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T

⁵⁷ MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, prvostupanijska presuda od 10. lipnja 2010., par. 809. kao i u *Stakiću* IT-97-24, prvostupanijska presuda, par. 21. Tvrdi se da je to bio cilj sastavljača (?).

⁵⁸ MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, prvostupanijska presuda od 10. lipnja 2010., par. 811. nadalje. I MKSJ, *Tužitelj protiv Brđanina* IT-99-36, prvostupanijska presuda od 1. rujna 2004., par. 688. Teške tjelesne ozljede uključuju i psihološko maltretiranje i ispitivanje popraćeno premlaćivanjem, unakaženost i ostalo.

⁵⁹ MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, prvostupanijska presuda od 10. lipnja 2010., par. 816.

⁶⁰ MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, prvostupanijska presuda od 10. lipnja 2010., par. 827, 828. Takav stav vidimo i u presudama *Krstić*, *Jelisić* te ruandskim *Kayishema* i *Ruzindana* (p. 138). Vijeće se ipak ne slaže sa stavom u *Krstiću* da rasprostranjeni i sistematski napadi na civilno stanovništvo nisu elementi kaznenog djela genocida.

⁶¹ MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, prvostupanijska presuda od 10. lipnja 2010., par. 832.

i s razlogom se ne mogu postaviti zatvoreni kriteriji koje bi se onda moglo i lakše „zaobići“. Isto tako, civili ne moraju biti jedini koji čine znatnost i važnost u tom broju i kontekstu, već može biti i riječ o (samo) vojnom osoblju.

U ovom slučaju se sud postavio čvršće i u žalbenom postupku većinom ništa nije osporeno u suštini. Čvršće je postupio i tako što je odlučno odvojio prisilni premještaj kao potencijalan *actus reus* genocida i to tako što ga nije htio sagledavati ni izolirano, ni kombinirano s ubijanjem i ostalim učincima. Po tome se razlikovao od razmatranja u prošlim slučajevima, gdje je sud prihvatio mnoge inovativne opservacije tužiteljstva o genocidu u Srebrenici. Također se vijeće nije uvjerilo da je prisilno premještanje samo za sebe bilo mjera koja je imala za cilj sprečavanje rađanja unutar skupine.⁶² Posredni dokazi su prihvaćeni za ocjenu genocidne namjere jer su neposredni gotovo neizvedivi ako nema priznanja počinitelja. Njegovo stanje svijesti je često privatno i sakriveno u četiri zida. No nije se ni u jednoj presudi konkretno odgovorilo na pitanje je li premještanje bilo s genocidnom namjerom, odnosno je li se htjelo izumiranje na taj način proširiti s muškaraca na žene bez da ih se ubija. I je li postojala namjera da se kod njih izazove bol ili je to samo nužna posljedica generalne namjere da se uništi Srebrenica, prvenstveno ubijanjem muškaraca.

Drugi problem primjećujemo kroz ponovljena tri kriterija zbog čega za zajednicu (Srebrenice) nije bitna samo njena veličina, iako u konačnici ni broj nije bio tako malen (8000 mrtvih i nestalih te 30.000 raseljenih koji se ne usude vratiti u zapaljene kuće i nemaju zaposlenje). Naime, prihvaćena je elaboracija iz *Krstića* da je 1) srebrenička enklava bila od vitalnog srpskog strateškog interesa, 2) da se eliminiralo ne samo stanovnike Srebrenice, nego i izbjeglice iz okolnih mjesta, 3) eliminacija je trebala pokazati i drugim Bošnjacima da nemaju šanse niti se mogu pouzdati u zaštitu međunarodnih snaga, nego ih u Bihaću i Goraždu vjerojatno čeka sličan scenarij.⁶³ Osim drugoga argumenta, prvi i treći uistinu ne ogledaju narav instituta genocida. Unatoč odbijanju žalbi Popovića *et al.* da je strateško mjerilo stvar teritorija, a ne genocidne namjere, drugostupanjski sud nije ponudio zadovoljavajuće objašnjenje toga.⁶⁴ S druge strane je odbio tezu da se optuženici nisu mogli priključiti naknadno u dogovor o udruženju radi počinjenja genocida, jer udruživanje je i nedovršeno i trajno kazneno djelo, što ne isključuje jedno drugo. Time je sud prihvatio anglo-saksonsko stajalište (ponovno), a djelovanje Srba ne vidi kao „slučajno“ ili „slično“ postupanje, nego kao usklađenu i koordiniranu akciju koja opravdava ovakve teške inkriminacije za koje se traži visok stupanj izvjesnosti.

O kumulaciji i „apsorpciji“ genocida drugim kaznenim djelima sud je ponovio stajalište da je njihov materijalni supstrat različit i da treba osuditi za sve ako to zahtijeva pravda i pravi stupanj krivnje.⁶⁵ Popović i Beara su osuđeni za cilj uništenja

⁶² MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, prvostupanjska presuda od 10. lipnja 2010., par. 854.

⁶³ MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, prvostupanjska presuda od 10. lipnja 2010., par. 865

⁶⁴ Beara navodno nije „razumio test znatnosti“ i na tome je ostalo. MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, drugostupanjska presuda od 30. siječnja 2015., par. 422.

⁶⁵ MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, prvostupanjska presuda od 10. lipnja 2010., par. 870 dalje.

grupe kao konačne žrtve i imali su i znanje i namjeru koju su dijelili. Stoga im je krivica „potpuna“. Sudovi najčešće posredne dokaze izvode iz izjava (ali ne izolirano), „energičnog učešća“ te neposrednog sudjelovanja i ponašanja ili prisutnosti. „Pobijte sve“, bez obzira na djecu i bez iznimaka, govori samo za sebe. U protivnom bi od preširokog tumačenja genocid spao na razine preuskog i nerealnog. Borovčanin nije osuđen da je imao genocidnu namjeru, iako je bio visoki časnik MUP-a Vojske Republike Srpske uz ostale članove Glavnog štaba i regionalnih korpusa te službe sigurnosti i obavještavanja. U ovoj i mnogim presudama namjera (podređenih) bosanskih Srba u genocidu je „jedan od odlučujućih faktora“, a namjera počinitelja da počine genocid je uvijek „ograničena prilikama“ pa privremeno otvaranje koridora za bijeg na bošnjački teritorij ne negira genocid.

2.5. Tužitelj protiv Zdravka Tolimira⁶⁶

U presudi *Tolimir* ponavljaju se paradigme postavljene u slučajevima *Krstić*, *Brđanin* i presudama MKSR-a i Međunarodnog suda pravde, ali razrađuju se dalje pravni problemi vezani za genocid. Determinacija grupe se oslanja na *case by case* i objektivni te subjektivni kriterij (par. 735). Grupa, dakle, mora imati poseban identitet i biti određena svojim zajedničkim karakteristikama, a nije dovoljno koristiti negativan kriterij. Vezano za obilježja teške tjelesne ili duševne povrede trebaju se sagledati uvjeti „od slučaja do slučaja“, što uključuje otvorenu klauzulu koja obuhvaća, među ostalim, torturu, nehumano i degradirajuće postupanje, seksualno nasilje, tučnjavu, prijetnje smrću i općenito ozljede koje ozbiljno narušavaju zdravlje... (par. 737). Iako one ne trebaju biti „trajne“ i nepovratne, posljedice ipak moraju biti izvan „trenutne nesreće, sramoćenja ili poniženja“ te se zbog takvih posljedica ne može voditi normalan i konstruktivan život, nastavlja Vijeće.

Uvjeti koji dovode do nestanka i uništenja grupe moraju biti dugotrajnije naravi i obuhvaćaju prvenstveno načine uskraćivanja hrane, vode, lijekova i ostalih osnovnih potrepština (p. 740). Iako takve mjere ne trebaju rezultirati u konačnoj fizičkoj destrukciji (svih), nije dovoljno da je samo došlo do disolucije odnosno raspada grupe i društva (p. 741). Kada nema izravnih dokaza, dovoljne su i objektivne vjerojatnosti da će/bi došlo do smrti grupe. Mjere kojima se sprečava rađanje moraju obuhvaćati bilo fizičke bilo psihičke, poput spolnih mutilacija, prisilne sterilizacije, kontrole rađanja, odvajanja muškaraca od žena i zabrane brakova (p. 743). Dalje, namjera za genocid teško je izravno dokaziva pa se moraju uzeti u obzir „svi dokazi zajedno“ u svojem općem kontekstu, te širina povreda i sistematičnost ciljanja žrtava.⁶⁷ *Actus reus* razlikuje se kod genocida i udruživanja radi genocida, gdje se isti takav manifestira kao „dogovor“ između stranaka, ali je *mens rea* jednaka. Za oboje je Tolimir osuđen i namjera mu je „dokazana“, dok je predvidivost zločina i kažnjivosti takva da ne treba obuhvaćati namjeru za „proširenim“ i produženim

⁶⁶ MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T.

⁶⁷ MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, prvostupanjnska presuda od 12. prosinca 2012., par. 745.

djelima.⁶⁸ Mora postojati dogovor između dvije i više osoba, a i genocid mora biti nad više od dvije osobe, kako je dosad tumačeno kroz sudsku praksu, iako ima i minimalističkih stavova. Koordinirane akcije su jedan od uvjeta da bi se genocid ostvario, a za njih treba biti dokaza koji stoje „izvan razumne sumnje“. Udruženje za počinjenje genocida ima činjenične sličnosti s udruženim zločinačkim pothvatom i obuhvaća zajednički plan koji ne mora biti uvjet za dokazivanje genocidne namjere. Sud zato ponavlja različitost u diskriminatornoj namjeri za progonom kao zločinu protiv čovječnosti i namjeri za uništenjem, iako je *genus* isti.⁶⁹

Tolimira, međutim, sud gotovo jednako tereti i za događaje u Srebrenici i Žepi koji, iako imaju vremenski neksus, ipak se teritorijalno i oblikovno uvelike razlikuju. Gleda se cijeli kontekst protjerivanja i ubojstava iako se u Žepi uglavnom nije razdvajalo civile muškarce od žena, niti vršilo masovna pogubljenja, što čini proširenu analogiju kakvu je već kritiziralo poslije i žalbeno vijeće. U žalbenom postupku Tolimir je išao toliko radikalno da je postavio paradoksalno pitanje razlikovanja etničke pripadnosti (grupe) bosanskih Srba i Muslimana u istočnoj Bosni.⁷⁰ Tu je poznato inzistiranje na „građanskom“ ratu čak došlo do toga da ispadne da se radilo o borbama dviju antagonističkih skupina s istog područja, slično kao u Ruandi, što baca ljagu na cijelu nacionalnu propagandu VRS-a i SDS-a i uopće ne dolazi u obzir za razmatranje.

Identifikacija grupe bosanskih Muslimana i njenog značajnog dijela istočnobosanskih Muslimana, koji su se svi skupili pod izbjeglištvom u gradu i činili skupinu srebreničkih Muslimana, više nije bila upitna i nakon *Krstića* sud nije htio ponovno diskutirati o tome. Tri grupe bosanskih Muslimana su tada bile pod udarom srpskih snaga: a) muškarci u Srebrenici, b) žene, djeca i stariji odvojeni od njih, c) muslimanska populacija nasilno transferirana iz Žepe (par. 192). Iako je žalbeni sud odbio većinu Tolimirovih argumenata, koji su se zasnivali na navodnom previše generalnom i širokom podvođenju normi uz činjenice, ipak je mnoge teze prvostupanijskog vijeća osporio, a naročito vezane za Žepu, čime MKSJ ponovno nije zauzeo jedinstveno stajalište (kao i u slučaju Gotovina vezano za druga pitanja „prekomjernog granatiranja“ i sl.). Tjelesna i duševna ozljeda uopće nisu definirane u Konvenciji, ali vijeće čini razliku između duševnih povreda odvedenih iz Srebrenice i onih iz Žepe.

Također, tvrdi da se Konvencija treba tumačiti u duhu, a taj je da svaka okolnost mora biti usmjerena na fizičko uništenje, ali ne više tako doslovno u smislu kako je propisivao konvencijski prijedlog (par. 202). On je predviđao „prisilni premještaj koji je izvršen pod uvjetima koji dovode do smrti cijele razmještene grupe ili njezinog dijela“, ali danas je taj prijedlog samo pomoćno sredstvo. Prisilan premještaj može uistinu pridonijeti genocidu, ali u Žepi sud s razlogom nije primijetio da su transportirani mještani bili na putu da izumru, iako Žepljane i dalje podvodi pod

⁶⁸ MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, prvostupanijska presuda od 12. prosinca 2012., par. 1173: 498

⁶⁹ MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, prvostupanijska presuda od 12. prosinca 2012., par. 849.

⁷⁰ MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, drugostupanijska presuda od 8. travnja 2015., par. 181.

(status) „žrtve“ ukupnog genocida provedenog nad Muslimanima u istočnoj Bosni, uključujući Žepu i Srebrenicu, pa i druge podrinjske gradove.⁷¹ Vezano za teške duševne povrede, žalbeno vijeće je potvrdno odgovorilo da su „prijetnje smrću“ ili znanje neposredne smrti (vidjevši leševe prije) nešto što se može podvesti pod ozbiljnu mentalnu ozljedu i razmatrati kao odvojeni *actus reus* genocida.⁷² U Žepi prijevoz stanovnika nije bio pod takvim okolnostima, iako su se već širile glasine o ubojstvima određenih razmjera oko Srebrenice. Također, tamo nije bilo ni masovnih ubojstava⁷³, a Mladićev ulazak u autobuse i njegovi govori o tome da im poklanja život ipak nisu učinili trajne psihičke posljedice kako se tvrdi, dapače. Tolimir je bio optužen da je mahao puškom, što isto nije ni dokazano dokraja. Žepljani su mogli nastaviti relativno normalan život nakon takvog događaja jer ništa nije ukazalo na suprotno (par. 215).

U analizi uvjeta koji dovode do uništenja grupe sud se oslanja i na tumačenje Međunarodnog suda u tužbama Hrvatske i Srbije⁷⁴, gdje nabraja sljedeće metode koje, osim ubojstava, mogu dovesti do izumiranja: nedostatak medicinske skrbi, higijene, odjeće, hrane, lijekova, sistematsko protjerivanje iz stanova i kuća, te podvrgnutost granatiranju ili prisilnom radu, a sve kako bi to dovelo isključivo do smrti i nestanka (grupe).⁷⁵ Iako ni ta mišljenja suda ne vežu MKSJ, on je ipak bio konzistentan s tom interpretacijom, što učvršćuje i daljnji *opinio juris*.⁷⁶ Tome svemu se prilagala kao dokaz i *direktiva 7* kojom se doslovce predviđalo stvaranje uvjeta opće nesigurnosti i nepodnošljivosti daljnjeg nastavka života u enklavama. Oba suda su se složila da uništavanje kulturnih, vjerskih i povijesnih spomenika ne potpada pod takve uvjete koji bi opravdali pozivanje na čl. 4(2)(c) Statuta. A i svi navedeni događaji oko Srebrenice i Žepe izlaze ipak izvan gabarita „limitiranih“ oblika usmrćivanja.

Iako je žalbeno vijeće u ovom predmetu odlučilo da se prisilni premještaji moraju analizirati ipak – odvojeno⁷⁷ i da se treba voditi računa o načelu zakonitosti, ipak je ponovno citiralo jedan stav Međunarodnog suda o tome da se pripisivanje etničkog čišćenja genocidu može uzeti u obzir samo ako su istodobno postojali

⁷¹ Vidi MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, drugostupanjska presuda od 8. travnja 2015., par. 218.

⁷² MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, drugostupanjska presuda od 8. travnja 2015., par. 206. Prisilni premještaj je „dodatno sredstvo“ fizičkog uništenja i boli.

⁷³ Drugačije su bile okolnosti, MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, drugostupanjska presuda od 8. travnja 2015., par. 213.

⁷⁴ O njoj vidjeti: Galli (2016). U tužbi Hrvatske dva suca su bila za to da su čini na području Republike Hrvatske bili genocid, dok u protutužbi Srbije nije „dignuta“ niti jedna ruka. U tužbi Bosne i Hercegovine Srbija je proglašena krivom samo za nespriječavanje genocida u BiH, ali je problem „pripisivosti“ državi Srbiji.

⁷⁵ MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, drugostupanjska presuda od 8. travnja 2015., par. 200. nadalje.

⁷⁶ Čl. 21 (2) Statuta Kaznenog suda pak predviđa: Sud *može* primjenjivati načela i pravna pravila na način kako ih je tumačio u svojim ranijim odlukama.

⁷⁷ MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, drugostupanjska presuda od 8. travnja 2015., par. 233.

neki oblici likvidacija i djela iz čl. 2. Konvencije o genocidu. Uvijek se mora raditi o smrti, pa bila ona „spora smrt“, odnosno cilj mora biti tome usmjeren. Osnovne potrebe moraju biti uskraćene duže vrijeme ako se ne radi o ubojstvu, a isto tako i u spomenutom slučaju *Popović i ostali* sud je naglasio da prisilan transfer iz dotična dva grada gledajući izolirano ne potpada pod čl. 4(2)(c) Statuta. Žalbena vijeće u *Stakić* s druge strane naglašava da se ne treba sagledavati svaki čin posebno je li bio genocidan, nego se svi dokazi zajedno moraju uzeti u obzir da bi se ukupna namjera mogla ocijeniti kao genocidna.⁷⁸ I ova predmetna presuda u par. 253 opet se vraća ipak na tezu da se genocidna namjera može iščitati iz „općeg konteksta“ akata koji odražavaju pripremu raznih djelovanja sistematski upućenih prema istoj skupini, kao i mentalno stanje počinitelja tijekom cijelog tog procesa.

Tu primjećujemo da je sud opet ostao nedorečen kada je s jedne strane htio restriktivno, a s druge strane opet općenito tumačiti događaje koje treba podvesti pod genocid. Ipak je napravio važnu distinkciju vezano za optužbe koje su očigledno samovoljno širile tumačenje genocida na gotovo svaku radnju za koju je Tolimir odgovarao. Tako je na pitanje čini li ubojstvo trojice prominentnih civilnih i vojnih vođa Žepe također genocid, ipak ispravio grešku prvostupanjskog trojca te proveo pravilno test. Taj test ne odriče da je ubojstvo vođa, kao užeg ali važnog dijela skupine, mogući čin genocida ako bitno utječe na opstanak i stanje ostatka grupe. I to je prvostupanjsko vijeće dobro konstatiralo⁷⁹, ali u ovom slučaju se isti test nije mogao primijeniti adekvatno na pojedinačna ubojstva u Žepi jer nije bilo izrečenih dokaza da je nestanak vođa ikako utjecao na sudbinu stanovnika.⁸⁰ Naročito ako se uzme u obzir da su ubojstva uslijedila mjesec i više dana nakon „evakuacije“ Žepe, nadodali bismo.

Značajan je i drugi test razglaban na kraju presude, tzv. *Čelebići test*, koji se odnosi na pitanje kumulacije optužbi. Vijeće je zauzelo stav da je dopušteno „kombinirati“ optužbu za genocid i zločine protiv čovječnosti s istim činjeničnim supstratom jer se radi o materijalno različitim kaznenim djelima koja imaju različite *actus reus* i *mens rea*. Istrebljenje, na primjer, zahtijeva široko rasprostranjen sistematski napad usmjeren protiv civila, progon diskriminatornu namjeru, a genocid namjeru uništenja. I nijedno od toga se ne preklapa odnosno nije identično. Ipak, teško je reći da genocid ne apsorbira često upravo ovo prvo dvoje, jer da bi se ostvario mora sadržavati ili služiti se drugim vrstama „zločina“. Ali moguće je psihološki i zamisliti da je neki čin bio prvotno iz genocidnih pobuda, a kasnije više nije, ili obrnuto. Također, i genocid i udruživanje radi genocida su dva odvojena bića (par. 621).

⁷⁸ MKSJ, *Tužitelj protiv Stakića*, žalbena presuda od 22. ožujka 2006., par. 55.

⁷⁹ MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, drugostupanjska presuda od 8. travnja 2015., par. 261. Treba se sagledati cijeli kontekst. Ne trebaju biti ubijeni svi vođe da bi (ostali) činili značajan dio skupine. Za napomenuti je da posrijedi mogu biti i intelektualci, odnosno kulturno-obrazovna masa.

⁸⁰ MKSJ, *Tužitelj protiv Tolimira* IT-05-88/2-T, drugostupanjska presuda od 8. travnja 2015., par. 266. i dalje. Civili iz Žepe su (u cijelosti) bili prebačeni na siguran bosanski teritorij gdje su se mogli i „obnoviti“.

Na kraju, bitno je u ovoj presudi što je sud potvrdio da i pogrdni izrazi („balijs“) nisu sami po sebi dokazi genocidne namjere, nego samo indikacije koje u kombinaciji s ostalim okolnostima mogu prikazati genocid izvan razumne sumnje (par. 576). Širenje mržnje i prikazivanje nekog naroda kao skupine ljudi niže vrijednosti mogu biti metode kojima se potiče genocid, ali i ne moraju. Upravo je u slučaju *Jelisić* to bilo diskutabilno unatoč čak „genocidnim“ izjavama počinitelja prema žrtvama.

Premještaj (ne i deportacija, jer ona predstavlja nasilan prelazak preko granice zemlje, što slučajevi bijega u Srbiju npr. nisu predstavljali) otvara značajno pitanje, a to je ono ima li se u cilju, a ne samo motivu, išta izvan glavnog političkog plana da se stvori homogena ili etnički čista država. Je li genocid sredstvo? I to za cilj koji je slabije inkriminirajući od njega? U tom je slučaju genocid ili pomoćno sredstvo, ili ga nema, ili je uistinu eskalirao samo na određenom mjestu i u određeno vrijeme. Ili, kako se brani i Karadžić, eskalacije paravojske (tzv. crvene beretke iz Srbije i Bosne) se uistinu nisu mogle svugdje kontrolirati kada ni srpske institucije i politička organiziranja nisu bili na uobičajenoj civiliziranoj razini.⁸¹ Motivi još dakako nisu bitni, a kamoli opravdavajući po pitanju nekakvih „osveta“, a, također, nema ni govora o vojnoj nuždi. Premještaj u kombinaciji s razdvajanjem muškaraca i dječaka od žena također može predstavljati i mjeru sprečavanja rađanja, koja nije bila ni razmatrana ovdje. Ista je spomenuta još u slučaju *Popović* u tom kontekstu, a rečeno je i da mjere mogu biti i samo psihološke naravi.⁸²

2.6. Tužitelj protiv Radovana Karadžića⁸³

U jednoj od zadnjih presuda prije Mladića, Hadžića koji je umro, i žalbenih postupaka, prvi predsjednik Republike Srpske Radovan Karadžić osuđen je na 40 godina zatvora, a od optužbi za genocid usvojena je samo ona koja se odnosila na događaje u Srebrenici. Teze su uglavnom ponavljale ono iz prijašnjih presuda, pa tako i o kalkuliranim uvjetima života koji dovode do izumiranja, poput nehumanog postupanja, psihičkog zlostavljanja, silovanja, prisilnog rada i drugog (par. 537). Također je definiranje pripadnika grupe određeno opet kao specijalno i pozitivno, a ne negativno (poput „nesrba“).⁸⁴ Uništavanje kulture i vjerskih objekata te kuća

⁸¹ U Hrvatskoj je postojao antagonizam između stranačke vojske HSP-a (HOS) i regularne vojske (HV) odnosno njezinih začetaka u obliku ZNG-a. Jedni druge su optuživali za eventualna nepropisna djelovanja prema van i unutra i sudski utvrđivali istinu (Manolić – Paraga). Tu je lako postojalo dvostruko zapovjedništvo o kojemu se govorilo i u slučaju *Blaškić* u Bosni, gdje su uz vojne glave kontrolu nad podređenima obnašali i bosansko-hrvatski i hrvatski političari. Kod *Šešelja* se pak povezanost s Belim orlovima i šešeljevcima nije, vidimo, dovela u spregu s odgovornošću samog Šešelja za zločine koje su počinile razne individue i skupine (tu su bile i postrojbe pod zapovjedništvom Dragoslava Bokana koji nikada nije optužen).

⁸² MKSJ, *Tužitelj protiv Popovića i ostalih* IT-05-88-T, prvostupanjska presuda od 10. lipnja 2010., par. 818.

⁸³ MKSJ, *Tužitelj protiv Karadžića* IT-95-5/18-T, prvostupanjska presuda od 24. ožujka 2016. (drugostupanjska se čeka).

⁸⁴ MKSJ, *Tužitelj protiv Karadžića* IT-95-5/18-T, prvostupanjska presuda od 24. ožujka 2016.,

predstavlja samo „dokaze“ o genocidu i posebnoj namjeri, a ne ulazi u njegov obim (par. 553). U ovoj presudi je značajno i što se silovanje gleda kao oblik nanošenja teških duševnih povreda kojima se može ispuniti obilježje genocida, a isto tako se razdvajanje muškaraca i žena u Srebrenici prvi put nakon Krstića stavlja u kontekst „utjecaja na prokreaciju“, iako i dalje nije podvedeno izričito pod mjere sprečavanja rađanja kojima bi se ostvario zločin genocida.

Genocidna namjera Karadžića mora se globalno sagledati u svjetlu njegove odgovornosti prema čl. 7(1) i 7(3), a da bi se ustanovila i ocijenila treba se ispitati namjera (k)od strane svih učesnika, od onih najnižih izvršitelja do politički i vojno odgovornih. Sud je dalje propitivao razne izjave kojima se Karadžić mogao inkriminirati, od „uništenja neprijatelja“ do „nestajanja Muslimana“ nadalje. Ipak, one su se morale sagledati u cijelom kontekstu, te je vijeće zaključilo da se u gotovo svima radilo o povijesnom revizionizmu ili podizanju etničkih tenzija kojima je cilj bio prvenstveno stvaranje države i homogenog prostora za vladanje, ali ne isključivo uz namjeru uništenja drugih naroda.⁸⁵ Dapače, suci nisu prepoznali genocidnu namjeru ni u jednoj općini (Prijedor, Rogatica, Vlasenica, Ključ, Foča, Sanski Most itd.) osim srebreničke, u drugoj točki genocida (od par. 5655). Unatoč tvrdnjama o sistematskom obrascu protupravnog ponašanja, ni kod izvršitelja, ni kod njega (i drugih političara) nije dokazano izvan razumne sumnje da se radilo o genocidnoj namjeri, a čak da se dokazao i *actus reus* koji odgovara nekima od onih pet pretpostavaka, to i dalje nije dovoljno. U konačnici, Karadžićeva individualna odgovornost se ipak sastojala ne samo u znanju za čine koji su se vršili (ubojstva i ozljede + premještaj), nego i neintervenciji. Ipak, sud ga čini odgovornim tek od 13. srpnja kada je u razgovorima s Deronjićem doznao i faktički ili prešutno podržao ubijanje zarobljenika u Zvorniku, Kravici, Pilici i drugdje (tada je imao svijest). Prispisuje mu se stoga da je dijelio istu namjeru s njima u općem planu, ali također je (ionako) kriv za to što je propustio spriječiti zločin kad je mogao i/ili što ga nije kasnije kaznio na adekvatan način (par. 5835).

Unatoč njegovoj obrani, optuženi je imao *de jure* nadređen odnos nad Mladićem i ostalima (par. 5841) i nije uspio osporiti odnos nadređeni – podređeni, iako je tvrdio da više nije imao nikakve kontrole niti utjecaja nad vojskom. Znao je i imao razloga znati razmjere posljedica (par. 5843). Mjere da se kazne počinitelji ne trebaju biti nemoguće, nego „razumne“ i realne.⁸⁶ U krajnjoj liniji se treba podčinjene „razriješiti dužnosti“. Njegova puka rečenica da se postupa zakonito ne lišava ga odgovornosti jer mjere ipak trebaju biti konkretno poduzete. Vojni sudovi su i dalje postojali, a ni kasnije se nije ništa promijenilo. Mladić je smijenjen tek nakon operacija i pritiska međunarodne javnosti. Karadžić je znao za genocid i zločine, dijelio je namjeru i značajno pridonio njihovom ostvarivanju, zaključuje Vijeće (par. 5849).

par. 541. Povrede moraju biti ozbiljne naravi i da su prijetnja uništenju grupe u cjelini ili djelomično, rečeno je i u prvostupanjskoj presudi MKSJ-a, *Tužitelj protiv Krajišnika* IT-00-39, od 27. rujna 2006., par. 862. Stupanj prijetnje nije presudan i ovisi o okolnostima.

⁸⁵ MKSJ, *Tužitelj protiv Karadžića* IT-95-5/18-T, prvostupanjska presuda od 24. ožujka 2016., par. 2595. nadalje.

⁸⁶ MKSJ, *Tužitelj protiv Karadžića* IT-95-5/18-T, prvostupanjska presuda od 24. ožujka 2016., par. 5844-5845.

3. ZAKLJUČAK

Iz presuda Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju vidimo tendenciju sužavanja, ali i preciziranja definicije i dometa genocida. Tako se naglašava da ciljano uništenje mora biti isključivo fizičke i biološke naravi, ali se može „proširiti” na kulturni genocid, što samo „pojačava” i dokazuje onaj prvi. Rezultat uništenja i brojnost⁸⁷ nisu, naravno, odlučni za dokazivanje namjere koja je ključna za genocid, ali primjećujemo da sud ne želi dokraja odbaciti, niti prihvatiti ekstenzivno tumačenje metodologije koja je bila sredstvo za postizanje ultimativnog destruktivnog cilja.⁸⁸ Stoga u svakom pokušaju tužiteljstva da pripiše optuženima mnogo toga diskreciono i više nego što se iščitava iz definicije, sud zauzima kompromisan stav kojim ne reže nit ni sa jednom oprečnom mogućnosti (kulturocid ne, *ali ako...*, deportacija i premještanje sami po sebi ne, *ali ako...*, ubojstvo vodećih članova grupe ne, *ali ako...*, sistematski plan nije potreban, *ali ako...*). Sve zajedno je ipak to činilo specifičnost genocida u ratu u Bosni i Hercegovini koji se htio djelomično i neuspjelo prekriti. Uistinu mnoga od ovih navedenih djela u drugim kontekstima nisu proglašena genocidnom metodom, jer ubojstvo Blage Zadre i zločini te agresivni rat u Vukovaru ipak nisu bili izjednačeni sa Srebrenicom, a ni „etnička čišćenja” prije i nakon Oluje. Brojnost i naroda u istočnoj Bosni imala je posebne reperkusije, ali isto tako teško se oteti dojmu da se sud nije prvenstveno vodio brojnošću žrtava u velikim razmjerima nakon Drugog svjetskog rata.

S druge strane, jedan drugi efekt je tu razvikan, a to je tzv. kombinirani efekt⁸⁹ kaznenih djela koja su u sprezi činila jedinstveni cilj – genocid. O njemu se detaljnije govorilo u slučaju *Tolimir* te su ujedno i udruženi zločinački pothvat te udruženje radi počinjenja genocida nešto što je novo u praksi međunarodnih sudova i zato podložno kritikama. Značajan je napredak geografsko sužavanje dometa genocida⁹⁰, koje je bilo nužno da definicija doslovnim tumačenjem ne bi otišla u besmisao i ideal koji nije bio namjera tvoraca Konvencije. Iako je postojala mala razlika u odnosu na metode iz Drugog svjetskog rata koje su bile sveopće i bez iznimaka, ipak je uz modificirane načine cilj zločina u istočnoj Bosni bio isti, a to je – uništenje zajednice kroz uništenje individua i materijalnih stvari. Time metoda nije postala „blaža” i sofisticiranija od onih nacističkih i fašističkih pa da bi se moglo reći da to opravdava rjeđe i blaže kažnjavanje za ovo ekskluzivno kazneno djelo, nego je samo

⁸⁷ O brojnosti kao ključnom mjerilu opovrgnuto je još u prvostupanjskoj i drugostupanjskoj presudi *Jelisić* IT-95-10, par. 82. nadalje, jer se gleda važnost pogubljenih i utjecaj na grupu u cijelosti, što isto iziskuje oprez. Jedino kod ubojstva mora postojati dokaz „rezultata”, citirani gore *Karadžić*, par. 542., *Brđanin* par. 688. i *Stakić* par. 514.

⁸⁸ U tužbi protiv *Karadžića* tužiteljstvo upravo izmjenu demografske strukture uzima kao cilj, a sredstvo je – genocid, odnosno uništavanje dijelova zajednica bosanskih Hrvata i Muslimana (par. 2571 kod tužbe).

⁸⁹ O nužnosti „kumulativnog efekta” kao derivata deduciranja subjektivnog elementa iz objektivnog govora Bassiouni (Goldsmith 2010: 241–242).

⁹⁰ *Jorgić, Nikolić, Jelisić, Krstić, Tolimir, Popović, Karadžić...* Veliki broj na malom području je tim gori, dok su raniji lokalni sudovi, spomenuli smo, pod genocid široko podvodili razne ratne zločine bez obzira na broj, i to čak u manjim mjestima odnosno selima.

poprimila nove i perfidnije oblike kojima se neuspjelo pokušala zavarati medijska javnost. Dapače, osim mrtvih stvoreni su i „živi mrtvaci“.⁹¹ A prema ponašanju optuženika i prekopavanju grobnica vidi se da je osim namjere postojala i svijest o protupravnosti jer Konvencija o genocidu postoji pedesetak godina i više nije bilo moguće nadanje tumačenju *nullum crimen sine lege*. Jedino se moglo raspravljati o finesama tumačenja.

Na kraju možemo i sami pogledati je li definicija donekle „zastarjela“. Ubojstvo je logično kazneno djelo genocida, a već za uzrokovanje teških tjelesnih ozljeda koje ne rezultiraju smrću može biti pitanje je li to uvijek adekvatno sredstvo za uništenje grupe.⁹² Ako se radi o mutilacijama, kastracijama i sl., onda to ima perspektivu, kao i ako se radi o tjelesnim ozljedama koje uistinu rezultiraju smrću i uništenjem ili su to trebale biti. No pokušaj uništenja neadekvatnim metodama može se shvatiti i kao pokušaj genocida, i kao genocid sam. Uništavanje kulturnog dobra, pa i kulturnog identiteta, nema veliko uporište u sudskoj praksi, ali ni ona nije ujednačena po tom i drugom pitanju.

Podvrgavanje uvjetima koji dovode do potpunog i djelomičnog uništenja podsjeća i na Karadžićevu *direktivu 7* koja naređuje stvaranje „nepodnošljivih uslova“ koji će dovesti do nemogućnosti nastavka normalnog života u enklavama te opće nesigurnosti, nepodnošljivosti i besperspektivnosti opstanka i života žitelja Srebrenice i Žepe. Već sam Ratko Mladić tu je posljednju „metodu“ u naredbi izbacio znajući da je ona očiti dokaz protivnosti Ženevskim konvencijama. Civilne grupe ne smiju nikada biti vojni cilj, unatoč pomiješanosti civila i vojnika, iako je to značilo tek implikaciju a ne eksplicaciju izravne namjere uništenja svih stanovnika. Postojala je još uvijek mogućnost da se takvim ratnim zločinom prikriva vojna nužda (?).

Uspostavljanje mjera koje sprečavaju rađanje (iako je trebalo staviti ili prevesti preciznije – razmnožavanje) otvara i perspektivu „nasilnog rađanja“ odnosno trudnoća kao posljedica silovanja.⁹³ Taj primjer bi svakako trebalo dodati u definiciju, iako neki smatraju da se može podvesti pod već postojeću. Silovanje koje je široko planirano kao mjera može imati više svrha. Jedno su naslade, što je još najrjeđe, te ponižavanje jedne grupe i zadavanje boli što ulazi u zločin protiv čovječnosti, a drugo su silovanja koja imaju za cilj promijeniti demografsku i etničku strukturu tako što će, na primjer, „Muslimanke rađati srpsku decu“. U tom slučaju je genocid još više modificiran od zadnje pretpostavke o premještanju djece iz jedne skupine u drugu. Neki čak, dakle, svako sistematsko silovanje kao plansku vojnu i političku zločinačku akciju svrstavaju pod genocid, no treba paziti s pretjerano ekstenzivnim tumačenjem „majke svih zločina“ kao ekskluzivnog djela, iako ovako početno restriktivna definicija očito nije odgovorila na konkretna pitanja vezana za vrijeme, mjesto,

⁹¹ Zaštićeni svjedok u *Tolimiru*: „Ja živim ali kao da me nema, odnosno postojim ali moj život ne ide dalje...“

⁹² Kao u predmetu MKSR-a, *Tužitelj protiv Serombe* ICTR-2001-66-A, prvostupanjska presuda od 12. ožujka 2008., tjelesna i duševna povreda mora biti toliko teška da (i dalje) prijeti potpunim ili djelomičnim uništenjem te grupe.

⁹³ Taj je zločin podveden u statutu Kaznenoga suda (čl. 7.) i dalje pod – zločin protiv čovječnosti.

broj i modalitete *dolus specialis*, *actus reus*, *mens rea* i *modus operandi*. Sve treba precizno vrednovati kod zločina koji u sebi ipak ponajviše nosi subjektivna obilježja (krivnje). Također, međunarodni sudovi kažnjavaju, ponavljamo, samo namjeru kod takvih delikata, iako propuštanje sprečavanja i nekažnjavanje počinitelja ima i svoje granične oblike između neizravne namjere i nehaja.⁹⁴ Poticanje na genocid ili njegov pokušaj, makar bio neprikladan, vuče za sobom odgovornost, iako se može raditi tek o hipotetskoj akcesornosti i neostvarivanju ni prvog koraka za *actus reus*.

Neki predlažu da se i etničko čišćenje (uvijek) podvede pod genocid, iako je ono zaseban zločin.⁹⁵ No budući da vidimo u definiciji da uništenje ne mora nastupiti uvijek kao rezultat smrti, i „čišćenje“ odnosno brisanje populacije s određenog teritorija može imati isti učinak i istu namjeru kao genocid. Jednako tako i (ne)dobrovoljno evakuiranje žena i djece, kao u Srebrenici, usporedo s ubijanjem muškaraca koji imaju veliki značaj u islamskom patrijarhalnom društvu, ne čini bitnu razliku u odnosu na genocidnu namjeru u fašističkoj sveopćoj metodologiji destrukcije, jer je rezultat kojem se teži ili kojeg se postiglo – isti. Nije se u definiciji uzela u obzir ni moderna tendencija kažnjavanja posebno za negiranje zločina genocida ili njegovo umanjivanje, kao u Francuskoj, što je „osma“ (ili prva) faza genocida.

Za sažeti je kako su i javnost i neki autori (Goldsmith 2010: 244) u početku bili nezadovoljni presudama MKSJ-a, naročito oslobađanjima i preformuliranjima odgovornosti pojedinaca (*Krstić, Nikolić i Jelisić*⁹⁶). Za razumjeti je ipak skeptičnost suda s obzirom na nedovoljnu normativnu preciznost. Svakako je sudska praksa pridonijela razvoju kroz prve prave praktične primjere nakon Drugog svjetskog rata, no inter-

⁹⁴ Naime, kada se radi o čelnicima. Ali općenito je stav da genocidna namjera može biti samo izravna, a ne „slučajna ili iz nehaja“, što je rečeno i u slučaju *Bagilishema* ICTR-95-1A. Npr., slučaj je i da nastane veliki broj žrtava koji „liči“ na genocid, a nije. A s druge strane, „genocidna djela ne moraju izravno prouzročiti smrt žrtve“ (Fabijanić Gagro i Škorić 2008: 1408).

⁹⁵ O etničkom čišćenju kao obliku genocida vidi: Munivrana Vajda (2011). Mora se primijetiti da su razlagane hrvatske presude bile podosta pristrane u vezivanju gotovo svakog ozbiljnijeg ratnog slučaja za genocid, naročito u suđenjima 1990-ih. Još su više napuhivali sudovi tzv. Republike Srpske Krajine. U vrijeme rata V. Šakić, S. Sedlar i A. Tojčić su istraživanje naslovlili „Ratni zločin i zločin genocida u agresiji Srbije na Republiku Hrvatsku 1991.“ (1993). Ni kasnije, a najmanje tada, niti jedna od tih teza nije bila dokazana i sudski potvrđena u međunarodnom pravu. Autori su se posvetili dokazivanju objektivnog elementa genocida kroz prizmu brojnosti i nacionalnosti žrtava u pograničnim krajevima stratišta, ali je subjektivni element tu ipak najvažnije pitanje. Kasnije i objektivnije u povijesni kontekst, vezano za presudu Međunarodnog suda, događaje u Hrvatskoj stavlja Nazor (2015).

⁹⁶ Goldsmith (2010: 245) naziva tu presudu „neprihvatljivom“ i smatra da je subjektivni element uz objektivni dokazan. Složit ćemo se da je slučaj bio indiciraniji od mnogih elaboriranih njemačkih i hrvatskih/bosanskih, te da je interesantan zbog toga što je Jelisić među rijetkim pojedincima neposrednim izvršiocima. Kazna od 40 godina (koja je umanjena) Katherini Goldsmith ne daje utjehu koju daje ispravna i teža pravna kvalifikacija. No pitanje je je li posve u pravu s obzirom na prijepor oko toga da li puštanje nekih pojedinaca iz skupine na slobodu utječe na genocidni plan i namjeru. Odnosno, koliko je tanka granica između lucidnih rasističkih prijetnji i jasno zacrtanog plana uništenja. Prema Goldsmith, cijeli je rad Haga konfuzan.

pretacije su podložne (konstruktivnim) kritikama jer nema jednostavnog konsenzusa oko elemenata tako osjetljivog i „novopečenog“ međunarodnog kaznenog djela i pojma koji nosi veliku političku reperkusiju u sebi i moguće svakojake posljedice.

Dakle, još nijedna država nije osuđena kao odgovorna za genocid na međunarodnom sudu i nivou⁹⁷, iako mnogi pojedinci, pa i najistaknutiji, jesu. Već je velika stvar zanemarivanje bilo kakvog imuniteta takvih osoba, ali djelovanje visokih funkcionara nužno se veže i za odgovornost državnih entiteta. No razlika je u utjecaju sudskih postupaka na legitimnost tvorevina poput Republike Srpske, Hrvatske Republike Herceg-Bosne ili Zapadne Bosne, nego da je riječ o potencijalnoj osudi predsjednika Hrvatske, Jugoslavije ili Srbije. Spekulacije da je to izbjegnuto namjernim, pa i nasilnim opstrukcijama postupaka i danas se čine mogućim i povećavaju interes struke za ovu temu i preciziranje problema, paralelno s međunarodnopravnim pitanjima sukcesije, nadležnosti i ostalog relevantnog za državne i individualne ratne zločine u širem smislu.

LITERATURA

- Atlaga, Andro, Dino Gliha i Ivan Pižeta. 2015. Povreda međunarodne obveze kod odgovornosti države za genocid. *Pravnik* 48 (1): 107–118.
- Atlaga, Andro i Lovre Vulić. 2016. Pitanje vjerodostojnosti ICTY-a kroz prizmu predmeta Gotovina. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. https://apps.unizg.hr/ректорова/upload_2016/Pitanje%20vjerodostojnosti%20ICTY-a%20kroz%20prizmu%20predmeta%20Gotovina.pdf (pristupljeno 27. rujna 2017.)
- Attorney General v. Adolf Eichmann. <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/185/Eichmann/> (pristupljeno 29. rujna 2017.).
- Ažurirani Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_bcs.pdf (pristupljeno 27. rujna 2017.).
- Blum, Rony, Gregory H. Stanton, Shira Sagi i Elihu D. Richter. 2008. 'Ethnic cleansing' bleaches the atrocities of genocide. *The European Journal of Public Health*, Vol. 18, No. 2. 204–209.
- Chalk, Frank i Kurt Jonassohn. 1990. *The History and Sociology of Genocide: Analyses and Case Studies*. Yale University Press.
- Drost, N. Peter. 1959. *The Crime of State: Genocide*. Leyden: A. W. Sythoff.
- Đurić, Goran. 2008. Pobegao od ratnog zla, a robijao za – genocid. *Blic*, 6. rujna. <http://www.blic.rs/Vesti/Republika-Srpska/55793/Pobegao-od-ratnog-zla-a-robijao-za--genocid> (pristupljeno 2. listopada 2017.).

⁹⁷ Nizozemska je pred nacionalnim sudom proglašena odgovornom za tristotinjak pogubljenih iz Srebrenice kojima nije dala utočište u Potočarima, gdje je imala nadležnost sa svojim kontingentima.

- Eng, Kok-Thay. 2007. Redefining Genocide. http://www.genocidewatch.org/images/AboutGen_Redefining_Genocide.pdf (pristupljeno 2. listopada 2017.).
- Fabijanić Gagro, Sandra i Marissabell Škorić. 2008. Zločin genocida u praksi međunarodnih kaznenih ad hoc tribunala. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 58(6): 1387–1420.
- Galli, Toma. 2016. Analiza presude Međunarodnog suda u sporu o primjeni Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida između Republike Hrvatske i Republike Srbije. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti* 7(1): 6–59.
- Goldsmith, Katherine. 2010. The Issue of Intent in the Genocide Convention and Its Effect on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Toward a Knowledge-Based Approach. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* 5(3): 238–257.
- Herder, Katherine. 2013. Problems with the 1948 United Nations Convention on the Prevention and Punishment of Genocide. Manchester University Student Research Symposium April 2013. <http://ww2.manchester.edu/peacestudies/bulletin/2013/documents/StudentResearchSymposiumKatyHerder.pdf> (pristupljeno 4. listopada 2017.).
- Kantonen, Arto. 2006. Rwanda Crisis and Genocide in Case Law of Rwanda Tribunal. <http://ethesis.helsinki.fi/julkaisut/oik/julki/pg/kantonen/rwandacr.pdf> (pristupljeno 1. lipnja 2017.).
- Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida. <http://media.cgo-ccc.org/2013/06/12-Konvencija-o-sprijecavanju-i-kaznjavanju-zlocina-genocida.pdf> (pristupljeno 23. svibnja 2017.).
- Lieberman, Benjamin. 2010. 'Ethnic Cleansing' versus Genocide? U: *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, ur. Donald Bloxham i A. Dirk Moses. Oxford University Press.
- Montgomery, Betsy L. 2007. *Explaining the Ineffectiveness of the Convention on The Prevention and Punishment of the crime of genocide: The Leadership of the Hegemon (thesis)*. Georgia State University.
- Munivrana Vajda, Maja. 2011. Etničko čišćenje kao oblik genocida? Hrvatsko zakonodavstvo i praksa u svjetlu međunarodnih izvora. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 61 (6): 1921–1948.
- Nazor, Ante. 2015. Presuda Međunarodnoga suda pravde u Haagu 3. veljače 2015. i povijesne činjenice. *ČSP* 3(1): 635–654.
- Power, Samantha. 2002. *A Problem from Hell: America and Age of Genocide*. New York: Basic Books.
- Report of the International law Commission on the work of its 48th session*, 6. svibnja – 26. srpnja 1996.
- Savon, Hervé. 1972. *Du cannibalisme au génocide*. Locquignol: Hachette.
- Stanton, Gregory H. 1996. 8 Stages of Genocide. Genocide Watch. <http://www.genocidewatch.org/genocide/8stagesofgenocide.html> (pristupljeno 2. listopada 2017.).

Šakić, Vlado, Slavenka Sedlar i Anka Tojčić. 1993. Ratni zločin i zločin genocida u agresiji Srbije na Republiku Hrvatsku 1991... *Društvena istraživanja* 2(2–3): 407–454.

Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda. NN 5/2001. http://narodne-novine.nn.hr/clanci/medunarodni/2001_04_5_42.html (pristupljeno 28. rujna 2017.).

Akayesu ICTR-96-4

Bagilishema ICTR-95-1A

BIH protiv Srbije ICJ od 26. veljače 2007.

Blagojević i Jokić IT-02-60-T

Blaškić IT-95-14

Brđanin IT-99-36

Čelebići- Mucić et al. IT-96-21

Furundžija IT-95-17/1-T

Jelisić IT-95-10

Jorgić IV – 26/96 2 StE 8/96

Jorgić vs. Germany 74613/01 od 12. srpnja 2007. ESLJP

Karadžić IT-95-5/18-T

Kayishema i Ruzindana ICTR-95-1

Krstić IT-98-33-T

Kunurac IT-96-23/1-T

Kupreškić IT-95-16-T

Nikolić IT-94-2-R61

Popović et al. IT-05-88-T

Rezolucija 47/121 OUN

Semanzu ICTR-97-20

Seromba ICTR-2001-66-1

Sikirica IT-95-8

Stakić IT-97-24

Tadić IT-94-1

Tolimir IT-05-88/2-T

INTERPRETATION AND APPLICATION OF GENOCIDE DEFINITION THROUGH ICTY CASES

Bartul Marušić

SUMMARY

Following the fate of the Second World War, the international community, aware of the disproportions of the political holocaust, in the revitalized form of the League of Peoples, ie the United Nations, adopted the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, which came into force on 12 January 1951. Its declarative and preventive purpose reached unwanted repressive too, since the convention began to “apply” to cases of serious violations of the laws and customs of war, especially in the nineties of the last century. Its definition has been implemented in almost all normative acts regulating criminal or international criminal law, including the Croatian Criminal Code, the Rome Statute, the Statute of the ICTY and the ICTR and many others. However, the definition could not foresee all the forms that this terrible criminal offense is properly undergoing, so many interpretations have been made, both by lawyers and judges, through the cases to which they will be concerned. Borislav Herak was the first convicted for genocide after the Second World War in Bosnia and Herzegovina in 1993, then Jorgic in Germany in 1997 for the Dobojska municipality, and general Radislav Krstic was convicted in the ICTY in 1998 when Akayesu in ICTR. The state has never been convicted of genocide, and Serbia has been blamed for “just” failing to take adequate measures to prevent genocide (in Srebrenica), which has become the only one that has formally violated the Convention, but is not directly pronounced accountable for carrying out genocide by the Bosnian Serbs. The paper analyzes the judgments of the ICTY and their development of the definition of genocide and various manifestations of the most serious crime.

Keywords: genocide, ad hoc court ICTY and characteristics of genocide definition, most important cases of Hague Tribunal for former Yugoslavia.