

**SVEUČILIŠTE U ZAGREBU
PRAVNI FAKULTET**

ANDRO ATLAGA, DINO GLIHA, IVAN PIŽETA

GENOCID „ZLOČIN SVIH ZLOČINA“

**TUMAČENJE ODGOVORNOSTI DRŽAVE KROZ PRAKSU MEĐUNARODNOG SUDA,
KRITIKE I PRIJEDLOZI NOVIH RJEŠENJA**

Zagreb, 2015.

Ovaj rad izrađen je na Katedri za međunarodno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, pod stručnim vodstvom prof. dr. sc. Maje Seršić i predan je na natječaj za dodjelu Rektorove nagrade u akademskoj godini 2014./2015.

Tumač kratica:

Armija RBiH – Armija Republike Bosne i Hercegovine

BiH – Bosna i Hercegovina

ECOSOC – *Economic and Social Council* (Ekonomsko i socijalno vijeće)

ICJ – *International Court of Justice* (Međunarodni sud)

ICTR – *International Criminal Tribunal for Rwanda* (Međunarodni kazneni sud za Ruandu)

ICTY- *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991* (Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od 1991.)

JNA – Jugoslavenska narodna armija

MUP RS – Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Srpske

Nacrt članaka – Nacrt članaka o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine

PCIJ – *Permanent Court of International Justice* (Stalni sud međunarodne pravde pri Ligi naroda)

RS- Republika Srpska

SFRJ – Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija

SRJ – Savezna Republika Jugoslavija

UN - *United Nations* (Ujedinjeni narodi)

UNPROFOR - *United Nations Protection Force* (Zaštitne snage Ujedinjenih naroda)

VRS – Vojska Republika Srpske

I. UVOD.....	1
II. ISTRAŽIVAČKA GRAĐA I METODE ZNANSTVENOISTRAŽIVAČKOG RADA	3
III. POVIJESNI RAZVOJ	5
1. GENOCID U POVIJESTI KAO ZLOČIN BEZ IMENA.....	5
1.1. Genocid u prahistoriji, starom i srednjem vijeku	5
1.2. Genocid u novom vijeku.....	9
1.2.1. Kolonijalizam i Europa do 20. stoljeća	9
1.2.2. Razdoblje totalitarizma u prvoj polovini 20. stoljeća	12
2. „GENOCID”	17
3. NÜRNBERŠKI PROCES I UVOD U PRAVNU REGULACIJU ZLOČINA GENOCIDA	19
4. REZOLUCIJA 96(1) „ZLOČIN GENOCIDA“ OPĆE SKUPŠTINE UJEDINJENIH NARODA 1946.....	21
5. STVARANJE KONVENCIJE O SPRJEČAVANJU I KAŽNJAVANJU ZLOČINA GENOCIDA	23
5.1. Izrada nacрта Konvencije Glavnog tajnika UN-a	23
5.2. Rezolucija 180 (2) „Nacrt konvencije o genocidu“	25
5.3. Donošenje Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida	26
IV. ELEMENTI KAZNENOG DJELA GENOCIDA	28
1. ACTUS REUS	28
1.1.Uvod.....	28
1.2. Broj žrtava	29
1.3. Članak 2. (a): ubojstvo članova skupine	31
1.3.1. Killing v. meurtre.....	31
1.3.2. Pitanje pripadnosti žrtava ubojstava skupini nad kojom je počinjen genocid	33
1.3.3. Ispunjenje <i>actus rei</i> elementa iz čl. 2.(a) u slučaju <i>BiH v. Srbija</i>	34
1.3.3.1. Podizanje tužbe Bosne i Hercegovine protiv Savezne Republike Jugoslavije	34
1.3.3.2. Osnovanost tužbe Bosne i Hercegovine u odnosu na članak 2.(a) Konvencije o genocidu: ubijanje članova skupine	36
1.3.3.2.1. Odbijeni dio zahtjeva Bosne i Hercegovine	36
1.3.3.2.2. Usvojeni dio zahtjeva Bosne i Hercegovine	39
1.3.4. Ispunjenje <i>actus rei</i> elementa iz čl. 2(a) u predmetu <i>Hrvatska v. Srbija</i>	41
1.4. Članak 2(b): Nanošenje teških tjelesnih ili psihičkih povreda.....	46
1.4.1. Uvod	46
1.4.2. Silovanje kao način nanošenja teških tjelesnih i psihičkih povreda iz članka 2(b) Konvencije o genocidu.....	47
1.4.3. Kvalitativni kriterij nanošenja teških tjelesnih ili psihičkih povreda	48
1.4.4. Ispunjenje <i>actus rei</i> elementa iz čl. 2(b) u predmetu <i>BiH v. Srbija</i>	50
1.4.5. Ispunjenje <i>actus rei</i> elementa iz čl. 2(b) u predmetu <i>Hrvatska v. Srbija</i>	52
1.4.5.1. Nanošenje teških tjelesnih povreda	53
1.4.5.2. Nanošenje psihičkih povreda srodnicima nestalih osoba	55
1.5. Članak 2(c) : namjerno podvrgavanje grupe takvim životnim uvjetima koji dovode do njenog potpunog ili djelomičnog uništenja	56
1.5.1. Životni uvjeti koji mogu dovesti do potpunog ili djelomičnog uništenja neke skupine.....	58
1.5.2. Ispunjenje <i>actus rei</i> elementa iz čl. 2(c) u predmetu <i>BiH v. Srbija</i>	60
1.5.2.1. Okruživanje i pucanje na civile te sustavno izgladnjivanje.....	60
1.5.2.2. Deportacija i progon.....	61
1.5.2.3. Uništenje povijesne, vjerske i kulturne baštine	62
1.5.3. Ispunjenje <i>actus rei</i> elementa iz čl. 2(c) u predmetu <i>Hrvatska v. Srbija</i>	63
1.5.3.1. Uskraćivanje hrane i medicinske pomoći.....	63
1.5.3.2. Sustavno izbacivanje iz domova i prisilno premještanje.....	64
1.5.3.3. Zabrana kretanja.....	65
1.5.3.4. Prisilno stigmatiziranje.....	65

1.5.3.5. Pljačkanje imovine građana i hrvatske kulturne baštine	65
1.6. Članak 2(d) : nametanje mjera s namjerom sprječavanja rađanja unutar skupine	66
1.6.1. Ispunjenje <i>actus rei</i> elementa iz čl. 2(d) u predmetu <i>BiH v. Srbija</i>	67
1.6.2. Ispunjenje <i>actus rei</i> elementa iz čl. 2(d) u predmetu <i>Hrvatska v. Srbija</i>	69
1.7. Članak 2(e): prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu	70
1.7.1. Ispunjenje <i>actus rei</i> elementa iz čl. 2(e) u predmetu <i>BiH v. Srbija</i>	72
2. MENS REA	73
2.1. Uvod.....	73
2.2. Kvalitativno značenje namjere	74
2.2.1. Znanje	76
2.2.2. Htijenje	77
2.3. Dokazivanje namjere.....	78
2.4. Postojanje genocidne namjere u slučaju <i>BiH v. Srbija</i>	81
2.5. Postojanje genocidne namjere u slučaju <i>Hrvatska v. Srbija</i>	85
2.5.1. Obrazac ponašanja JNA i srpskih paravojskih postrojbi	87
2.5.1.1. Kontekst ispunjenja <i>actus rei</i> elemenata genocida.....	88
2.5.1.2. Prilika ispunjenja <i>actus rei</i> elementa genocida	90
2.5.2. Presuda ICJ-a u predmetu <i>Hrvatska v. Srbija</i>	91
V. ODGOVORNOST DRŽAVE ZA GENOCID	92
1. UVOD	92
2. ODGOVORNOST DRŽAVE ZA MEĐUNARODNO PROTUPRAVNE ČINE	93
2.1. Pojam i pravna priroda odgovornosti države za međunarodno protupravne čine	93
2.2. Odgovornost države za međunarodno protupravne čine prema interpretaciji Nacrta članka o odgovornosti države za međunarodne protupravne čine	94
2.2.1. Značaj i obveznost Nacrta članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine	94
2.2.2. Funkcija i doseg Nacrta članka o odgovornost država za međunarodno protupravne čine	97
2.2.3. Kategorija ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava	102
3. ELEMENTI MEĐUNARODNO PROTUPRAVNOG ČINA DRŽAVE	105
3.1. Pripisivost međunarodno protupravno čina državi.....	106
3.1.1. Uvod	106
3.1.2. Prva kategorija – Pripisivost čina državnih organa i od države ovlaštenih tijela	107
3.1.2.1. Pripisivost čina državnih organa (čl.4.).....	107
3.1.2.2. Osobe i tijela ovlaštena od države (čl. 5.)	112
3.1.2.3. Državni organi dani na raspolaganje drugoj državi (čl. 6.)	113
3.1.2.4. Djelovanje <i>ultra vires</i> (čl. 7.)	115
3.1.3. Druga kategorija - Pripisivost čina počinitelja koji nisu državni organi	116
3.1.3.1. Pripisivost čina pojedinaca usmjerenih ili kontroliranih od države (čl. 8.)	117
3.1.3.2. Standard potrebne kontrole države nad pojedincima	119
3.1.3.2.1. Presuda u predmetu <i>Nikaragva</i>	119
3.1.3.2.2. Presuda u predmetu <i>Tadić</i>	124
3.1.4. Treća kategorija – Posebni slučajevi pripisivosti čina počinitelja koji nisu državni organi (čl. 9. - čl. 11.).....	128
3.1.4.1. Pripisivost čina poduzetih u odsutnosti državne vlasti (čl. 9.)	129
3.1.4.2. Pripisivost državi čina ustanika i drugih pokreta (čl. 10.)	130
3.1.4.2.1. Rasprava o čl. 10. Nacrta članka u presudi <i>Hrvatska v. Srbija</i>	133
3.1.4.3. Pripisivost čina koji država naknadno prizna i prisvoji kao svoj (čl. 11.).....	134
3.2. Povreda međunarodne obveze.....	136
3.2.1. Pojam i sadržaj povrede međunarodne obveze	136
3.2.2. Vremensko produženje povrede međunarodne obveze i sastavljeni protupravni čin.....	141
3.2.3. Povreda međunarodne obveze kod odgovornosti države za genocid	143
3.2.3.1. Pravna priroda povreda međunarodne obveze kod odgovornosti države za genocid	143
3.2.3.2. Tumačenje obveze države da sprječavaju i kažnjavaju zločin genocida naspram obveze države da ne počine genocid u praksi Međunarodnog suda.	145
4. ZNAČAJ PRAKSE MEĐUNARODNOG SUDA ZA UTEMELJENJE ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA GENOCID	149

VI. OSVRT, KRITIKE I PRIJEDLOZI NOVIH RJEŠENJA ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA GENOCID	151
1. ODNOS MEĐUNARODNOG SUDA I MEĐUNARODNOG SUDA ZA RATNE ZLOČINE POČINJENE NA PODRUČJU BIVŠE JUGOSLAVIJE U UTVRĐIVANJU ACTUS REI I MENTIS REAE GENOCIDA.....	151
2. POSTOJI LI POTREBA UVRŠTAVANJA "NAMJERNOG PODVRGAVANJA SKUPINE TAKVIM ŽIVOTNIM UVJETIMA KOJI DOVODE DO NJENOG DJELOMIČNOG ILI POTPUNOG UNIŠTENJA" KAO MODALITETA POČINJENJA GENOCIDA?	154
3. OSVRT NA UTVRĐIVANJE GENOCIDNE NAMJERE U SREBRENICI.....	155
4. ZAŠTO U HRVATSKOJ NEMA GENOCIDA?	158
5. ZNAČAJ MEMORIJALA REPUBLIKE HRVATSKE U PREDMETU ODGOVORNOSTI SRBIJE ZA GENOCID PRED MEĐUNARODNIM SUDOM..	163
5.1. Pojam memorijala u praksi Međunarodnog suda	164
5.2. Prikupljanje i usustavljanje materijala i dokumenata te utvrđivanje povijesno značajnog činjeničnog stanja	164
5.3. Razrješavanje pitanja nestalih i zatočenih u Domovinskom ratu	166
5.4. Utvrđivanje štete i povrat kulturnih dobara	168
5.5. Zaključno o važnosti sporednih učinaka memorijala.....	171
6. PRIJEDLOG NOVOG RJEŠENJA ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA GENOCID	172
6.1. Uvod.....	172
6.2. Prijepori u dosadašnjoj praksi utvrđivanja odgovornosti države za genocid	173
6.2.1. Ostaje li primjenom testa „efektivne kontrole“ odgovornost države za genocid mrtvo slovo na papiru?	173
6.2.2. Proširivanje polja primjene čl. 8. Nacrta članaka primjenom testa „sveopće kontrole“	177
6.3. Osnovanost uvođenja novog testa kontrole	178
6.4. <i>De lege ferenda</i> test „stvarne kontrole“	179
6.4.1. Nazivlje testa „stvarne kontrole“	179
6.4.2. Test „stvarne kontrole“	179
6.4.2.1. Spajanje dvaju postojećih testova	180
6.4.2.2. Uzročnost kao dodatni kriterij.....	180
6.4.3. Primjena testa „stvarne kontrole“ u predmetu <i>BiH v. Srbija</i>	183
VII. ZAKLJUČAK.....	185
VIII. APPENDIX: KAZALO SUDSKE PRAKSE KORIŠTENE U PREDMETIMA BIH V. SRBIJA I HRVATSKA V. SRBIJA PRED MEĐUNARODNIM SUDOM	188
IX. ZAHVALE.....	192
X. POPIS LITERATURE.....	195
XI. SAŽETAK/SUMMARY	212

I. UVOD

Genocid je utjelovljenje najmalicioznije ideje ljudskog uma – istrebljenje dijela ljudske populacije samo zato što su pripadnici druge nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine. Premda svijest o njegovoj zloćudnosti potječe od početka čovječanstva, genocid je pravno normiran kao kazneno djelo tek nakon Drugog svjetskog rata kao svojevrsna reakcija na Holokaust proveden od strane Trećeg Reicha. Njegova definicija ustanovljena je Konvencijom o genocidu 1948. godine, te kao takva, u pravilu, neizmijenjeno usvojena u zakonodavstva gotovo svih zemalja svijeta.

Unatoč općem međunarodnom konsenzusu pri teoretskom definiranju genocida, praksa je pokazala kako je njegov sadržaj uvelike sporan. Spornost proizlazi, prije svega, iz njegove prirode budući da se radi o kompleksnom kaznenom djelu za čije postojanje mora biti ispunjen niz pretpostavki. Također, pri tumačenju njegovih sastavnica dolazi do izražaja različitost doktrinarnih pristupa koje nude različita rješenja pri utvrđivanju postojanja genocida. Od velike je važnosti i činjenica politizacije samog pitanja koja u prvi plan dolazi kod ustanovljenja odgovornosti države za genocid.

Intencija donositelja Konvencije o genocidu bila je ustanovljenje odgovornosti pojedinaca za počinjenje genocida, dok je odgovornost države izvedena posredno, odnosno tumačenjem Konvencije. Najveća prepreka u utvrđivanju odgovornosti države za genocid, nakon što je jednom ustanovljeno njegovo počinjenje od strane pojedinaca, je u pripisivanju njihovih djela državi. Temelj pripisivanja predstavlja Nacrt članaka o odgovornosti države za međunarodne protupravne čine donesen 2001. godine koji je zapravo kodifikacija postojećeg međunarodnog običajnog prava za odgovornost države. U dosadašnjoj praksi Međunarodnog suda, postupak odgovornosti države za genocid proveden je u dva slučaja: u predmetu Bosne i Hercegovine protiv Srbije te u predmetu Republike Hrvatske protiv Srbije.

Kako bi se postupno i sustavno obradilo pitanje odgovornosti države za genocid u ovom će radu, prije svega, biti predstavljen povijesni nastanak pojma genocida te njegovo konstituiranje Konvencijom o genocidu kao međunarodnog protupravnog čina.

Potom će biti obrađeni *actus reus* i *mens rea* elementi genocida, prvenstveno s teoretskog i doktrinarnog aspekta, a zatim će se razložiti pitanje njihovog postojanja u predmetima Bosna i Hercegovina protiv Srbije te Hrvatska protiv Srbije. Pri tome će posebna

pozornost biti posvećena nalazima i presudama Međunarodnog kaznenog suda za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od 1991.

Nakon toga, bit će obrazložen pojam međunarodnopravne odgovornosti države, prije svega na općenitoj razini, a potom odgovornost države konkretno za genocid. Kao bitan element odgovornosti države na kojem se u ovom radu stavlja poseban naglasak je pripisivost državi djelovanja pojedinaca. Pri objašnjavanju pripisivosti na kritički će se način obraditi različiti modaliteti pripisivanja kodificirani Nacrtom članka o odgovornosti države za međunarodne protupravne čine.

Konačno, bit će razložen i objašnjen dvojbeni odnos Međunarodnog suda i specijaliziranih međunarodnih *ad hoc* sudova, bit će iznesena kritika postojećeg uređenja instituta genocida, obrazloženo utvrđenje postojanja genocidne namjere u Srebrenici, objašnjeno zašto je presuđeno da u Hrvatskoj nema genocida te će biti predloženo *de lege ferenda* uređenje jednog od modaliteta pripisivosti međunarodno protupravnog čina državi. Pri navedenom, autori ovog rada su se konzultirali i surađivali s nekim od svjetski priznatih međunarodnopravnih i kaznenopravnih stručnjaka čija su mišljenja direktno integrirana u sadržaj rada.

II. ISTRAŽIVAČKA GRAĐA I METODE ZNANSTVENOISTRAŽIVAČKOG RADA

U izradi ovog rada korišteni su razni znanstvenoistraživački pristupi i metode kojima je obrađeno 74 radova domaće i strane literature, 68 slučajeva iz međunarodnopravne sudske prakse, 42 pravnih izvora i dokumenata te 30 jedinica ostalog sadržaja (audio zapisi, memorijali, službene web stranice i dr.). Osnovna hipoteza kojom su autori rada bili vođeni od samog početka ulaska u ovo istraživanje bila je da su kriteriji za utvrđivanje odgovornosti države za genocid postavljeni previsoko te da ona u praksi ostaje na formalnoj razini. Bazu ispitivanja navedene hipoteze sačinjavaju dvije recentne presude Međunarodnog suda u predmetima *Bosna i Hercegovina v. Srbija* iz 2007. godine te *Hrvatska v. Srbija* iz 2015. godine koje su detaljno obrađene induktivno-deduktivnom metodom i metodom sinteze.

Dok prvi dio predstavlja uvod u cjelokupni rad, a drugi istraživačku građu i metode znanstvenoistraživačkog rada, u trećem dijelu („Povijesni razvoj”) dan je prikaz povijesnog razvoja instituta genocida zaključno sa sredinom 20. stoljeća kada je službeno prepoznat od međunarodne zajednice te pravno normiran putem Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida. Navedeni dio rada obrađen je na temelju mnogobrojne strane literature i međunarodnopravnih dokumenata relevantnih za početke normiranja instituta genocida nakon Drugog svjetskog rata, primjenom povijesne metode i deduktivne metode izvođenja posebnih zaključaka iz općih sudova.

Četvrti dio rada („Elementi kaznenog djela genocida”) bavi se pitanjem elemenata instituta genocida: *actus rea* i *mens rea*. Oni su detaljno obrađeni induktivno-deduktivnom metodom, metodom deskripcije i sinteze temeljem činjeničnog stanja i stajališta Međunarodnog suda u predmetima *Bosna i Hercegovina v. Srbija* te *Hrvatska v. Srbija*. Zaključci i stavovi izvedeni iz prakse Međunarodnog suda dodatno su potkrepljeni praksom Međunarodnog suda za ratne zločine počinjene na području bivše Jugoslavije, radovima iz strane i domaće literature te stavovima međunarodnopravnih autoriteta izraženih u intervjuima koje su s njima vodili autori rada.

U petom dijelu rada („Odgovornost države za genocid”) obrađena je međunarodnopravna odgovornost države za genocid. U njegovom prvom dijelu, gdje se obrađuje međunarodnopravna odgovornost države općenito, primjenjena je metoda deskripcije i analize te deduktivna metoda. U drugom dijelu kritički su obrađeni pojedini elementi pomoću induktivno-deduktivnom metodom te metodom sinteze.

Šesti dio rada („Osvrt, kritike i prijedlozi novih rješenja odgovornosti države za genocid”) predstavlja najkreativniji i najvrijedniji dio u kojemu su metodom opovrgavanja i metodom sinteze raspravljena određena pitanja koja su se pojavila kroz prethodne dijelove rada. Nakon toga, dodatno, metodom dokazivanja predložena su određena nova rješenja koja bi trebala poboljšati postojeći koncept odgovornosti države za genocid. Za potporu stajališta autora iznesenih u ovome dijelu od posebne je važnosti što je korištena metoda intervjuiranja s priznatim međunarodnopravnim stručnjacima za relevantno područje.

U sedmom, zaključnom, dijelu, sintetizirani su zaključci izvedeni kroz rad te je potaknuta rasprava o pitanju odgovornosti države za genocid.

III. POVIJESNI RAZVOJ

1. GENOCID U POVIJESTI KAO ZLOČIN BEZ IMENA¹

Genocid nije nova tvorevina 20. stoljeća nastala kroz beskrupulozne vojne akcije i bolesne ambicije zaslužne za nastanak dva svjetska rata i uništenje milijuna života na svim krajevima svijeta. U smislu čl. 2. Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida (u daljnjem tekstu: Konvencija o genocidu),² genocid je definiran kao djelo počinjeno s nakanom da se potpuno ili djelomično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina. Kao tako opisano djelo izvršavao se još davno prije razdoblja suvremenih civilizacija. U tom kontekstu značajna je izjava Jean-Paul Sartrea na drugom zasjedanju Bertrand Russelovog tribunala za međunarodne ratne zločine u Vijetnamu, gdje je na početku svoga izlaganja rekao: „Genocid kao činjenica je star koliko i čovječanstvo te nikada nije postojalo društvo čija ga je struktura uspjela prevenirati.”³

1.1. Genocid u prahistoriji, starom i srednjem vijeku

Od svojih početaka, zbog raznih razloga, povijest ljudske zajednice obiluje primjerima (ne)uspješnih nastojanja uništenja određenih društvenih skupina. Ljudi su se vrlo rano počeli organizirati u različite, više ili manje organizirane, strukture koje su zastupale mnoštvo, često oprečnih interesa. Razvojem civilizacije te su strukture sve češće i intenzivnije međusobno stupale u kontakt. Pritom se stvaralo sve više konfliktnih situacija koje su nastajale kada bi se njihovi interesi našli u koliziji. U ekstremnim situacijama određene dominantnije skupine nastojale su istrijebiti druge inferiornije skupine. Motivacija tomu bila je različita, od želje za

¹ Winston Churchill je u svome obraćanju 1941. nazvao genocid zločinom bez imena, referirajući se pritom na nacističke pokolje.; Obraćanje premijera Winstona Churchilla svijetu o susretu s predsjednikom Rooseveltom, 24. kolovoz 1941., dostupno na: <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1941/410824a.html>

² Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, Službeni vjesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ, broj 2/1950.; NN MU br. 12/1993.

³ Izjava francuskog filozofa i književnika dobitnika Nobelove nagrade Jean-Paul Sartrea „On Genocide” na drugom zasjedanju Bertrand Russel tribunala za međunarodne ratne zločine u Vijetnamu, održanom u gradu Roskilde u Danskoj 1967. godine.; dostupno na: <http://www.brusseltribunal.org/GenocideSartre.htm>

nadmoći nad drugim skupinama, preko egzistencijskih razloga, pa sve do zadovoljenja određenih iskvarenih motiva pojedinih vođa dominantnijih skupina.

Primjere takvih događaja, koji poprimaju genocidna obilježja prema suvremenom tumačenju, pronalazimo u raznim povijesnim tekstovima. Tako namjeru, kao subjektivni element, i čin izvršenja genocidnih radnji, kao objektivni element, pronalazimo u slavnom Homerovom epu Ilijadi, u kojemu je opjevan povijesni sukob između Grka i Trojanaca iz 12. stoljeća pr. n. e. Ne ulazeći u sadržaj sukoba prikazanog u epu, navedena tvrdnja jasno se vidi iz citata kralja Agamemnona u kojemu on govori o Trojancima: „Neka ne poštedito niti jednoga, čak niti nerođeno dijete u majčinoj maternici; neka niti jedan čovjek ne ostane na životu; neka svi u trojanskom gradu ostanu zaboravljeni i nepokopani.”⁴ Kroz njegovu izjavu jasno se vidi namjera da se uništi jedna nacionalna skupina koja odgovara konstrukciji genocidne namjere. Kako je kasnije pokazala povijest, navedene riječi kralja Agamemnona bile su provedene u djelo koje je zabilježeno kao jedan od prvih potencijalnih slučajeva genocida u povijesti čovječanstva.

Slučajeve genocidnih djela pronalazimo i na određenim mjestima u Bibliji na kojima se opisuju pojedini povijesni događaji. U literaturi je jedan od najcitiranijih primjera uništenje nomadskog naroda Amalekita. Prvi židovski kralj Šaul dobio je od Boga zadatak uništiti “sve muškarce i žene, djecu i dojenčad, stoku i ovce te deve i magarce” amalekitskog naroda. Prema daljnjem tekstu Biblije, on u tome naumu uspijeva te izvršava sve elemente zločina kojeg u današnje doba nazivamo genocidom.⁵

U svjetsko je povijesti poznat i događaj uništenja grada i naroda Kartage u Trećem Punskom ratu. Poznati profesor Sveučilišta Yale, Ben Kiernan naziva taj događaj “prvim genocidom”.⁶ Još od 264. g. pr. n. e., kroz tri punska rata, trajao je stogodišnji sukob između Rima i Kartage za dominaciju na mediteranskom području. Konačno, 146. g. pr. n. e. taj se sukob završio potpunim uništenjem grada Kartage i istrebljenjem većine njegovih

⁴ Homer, Ilijada, 6. 6., u: Ford, J., H., (ur.), Butler, S., (prij.), Homer - The Iliad and the Odyssey, El Paso, 2006., str. 64.

⁵ Nelson, T. (ur.), The Holy Bible: New King James Version, Nashville, 2009., 1 Samuel 15, str. 253.

⁶ V. više: Kiernan, B., The First Genocide: Carthage, 146 BC, Diogenes, vol. 51., br. 3., Kolovoz 2004., str. 27.-39.

stanovnika.⁷ Prema povijesnim zapisima, od otprilike 200.000 tisuća stanovnika koliko je živjelo tamo, njih 150.000 bilo je ubijeno dok je ostatak preživjelih uglavnom bio prodan u roblje. Osim toga, ruševine grada Rimljani su posipali sa soli kako bi spriječili da bilo što naraste u budućnosti na tome području te da se taj narod više nikada ne uspije uzdići.⁸ Kada se sve to uzme u obzir, ovaj čin se ispostavlja kao jedan od najbrutalnijih i najučinkovitijih slučajeva uništenja jednog naroda.

Nadalje, u literaturi se često navode i pohodi Atila „Biča Božjega” u 5. stoljeću te Džingis-kana u 13. stoljeću, kao slučajevi povijesnih genocida. Iako vremenski i prostorno odvojeni, njihovo djelovanje ima mnogo sličnih karakteristika. Riječ je o snažnim karizmatičkim ličnostima koje su ujedinile razjedinjena barbarska ratnička plemena u želji za širenjem i osvajanjem susjednih civiliziranih plemena. Njihove osvajačke pohode obilježavali su pustošenje i potpuno uništenje manjih naroda koji su im stajali na putu, čime su u više navrata izvršavali genocidne radnje.⁹ Genocidne metode kojima su se Mongoli služili bile su slijedeće: - fizički genocid: masakri, prisilni rad, silovanje i maltretiranje žena, lišavanje uzdržavanja uništavanjem usjeva, deportacija u teškim uvjetima i pljačkanje; - biološki genocid: odvajanje od obitelji ropstvom; - kulturnu genocid: uklanjanje nacionalnog, umjetničkog i intelektualnog vodstva, uništenje kulturnih simbola.¹⁰

Treba još spomenuti i križarske ratove kao primjer nakane uništenja pojedinih vjerskih skupina. Ne ulazeći u pojedinosti, križarski ratovi su skup vojnih operacija zapadnoeuropskih zemalja između 11. i 16. stoljeća na čelu s papom, s osnovnim ciljem da Katolička Crkva preuzme kontrolu nad Svetom zemljom Jeruzalemom. Kroz preko deset ratova, vojska križara sukobljavala se s različitim vjerskim skupinama s nakanom suzbijanja muslimanskog utjecaja

⁷ O netrepeljivostima između dvije zaraćene strane pred konačnim sukobom vidi: Church, A., J., Gilman, A., *The story of Carthage*, New York, 1886., str. 272. - 280.

⁸ Jones, A., *Genocide: A Comprehensive Introduction*, New York, 2006., str. 5.

⁹ Harvey, B., *Atila the Hun*, Philadelphia, 2003., str. 19.-20.; Jones, A., *op. cit.* u bilj. 8., str. 5.

¹⁰ Lemkin, R., *History of Genocide: Middle Ages*, vol. 2., u: Jacobs, S., L. (ur.), *Lemkin on Genocide*, Plymouth, 2014., str. 110.-111. et 140.-147.

S povijesnog gledišta, kulturni gubici nastali djelovanjem mongolskih trupa u 13. stoljeću značajniji su čak i od ljudskih gubitaka. Iako ne postoje točni podaci, šteta nanesena uništenjem i otuđivanjem palača, crkvi, džamija, knjiga, članaka i umjetnina je neprocjenjiva.; *Ibid.* str. 113.-114.

na području Bizantskog carstva te uništenja pojedinih poganskih i heretičkih skupina.¹¹ Jedan od takvih primjera križarskih ratova bio je uništenje francuske heretičke skupine Albigenzi nad kojom je Katolička crkva i njezina kršćanska vojska provodila sustavni genocid tijekom 12. i 13. stoljeća. Njihov slučaj je prvi u kojemu je Katolička crkva poduzela vojne mjere protiv kršćanskih heretika.¹² Nakon prvih neuspješnih individualnih pokušaja suzbijanja njihove skupine, Crkva je u prvoj fazi njihovog istrebljenja provela kulturni genocid nad njima. Kako bi iskazali svoju odanost Crkvi, brojni plemići bili su prisiljeni uništavati i oduzimati imovinu Albigenza, uništavati njihova arhitektonska dostignuća, vjerske i znanstvene knjige i zapise i sl. U daljnjoj fazi došlo je do fizičkog genocida, u kojem su masovno ubijani pripadnici Albigenza po pojedinim gradovima.¹³ Sve to završeno je uništenjem jedne visokointelektualne vjerske skupine koja je predstavljala tračak svjetlosti u južnoj Francuskoj u „Tamnim godinama” srednjega vijeka.¹⁴

Kroz gore prikazane historijske primjere mogu se pronaći djela koja bi odgovarala suvremenom opisu instituta genocida. S obzirom na to, u njima je sasvim legitimno tražiti korijene postojanja genocida kao činjenice u povijesti čovječanstva. Pritom treba imati na umu da su određena istraživanja pokazala da je u starijem dobu genocid, odnosno uništenje pojedinih društvenih skupina, bilo iznimka u ratnim sukobima više nego što je to bio u modernom razdoblju. Osim toga, treba uzeti u obzir i da su izvori tih primjera često dvosmisleni i ne sasvim pouzdani te da im se ne bi smio pridavati preveliki znanstveni značaj.¹⁵

¹¹ Howard, J., *The Crusades: A History of One of the Most Epic Military Campaigns of All Time*, Hustonville, 2011., str. 1.

¹² Lemkin, R., *History of Genocide: Antiquity*, vol. 1., u: Jacobs, S., L. (ur.), *Lemkin on Genocide*, Plymouth, 2014., str. 66.

¹³ *Ibid.* str. 72.-76.

¹⁴ *Ibid.* str. 80.

¹⁵ van Wees, H., *Genocide in the Ancient World*, u: Bloxham, D., Moses, A., D. (ur.), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, New York, 2010., str. 239.-258.

1.2. Genocid u novom vijeku

1.2.1. Kolonijalizam i Europa do 20. stoljeća

Prijelazom u novi vijek nije se smanjio broj događaja i činova u svijetu koji su poprimali obilježja genocida. Naprotiv, otkrićem novih kontinenata i kolonizacijom te netrpeljivostima na europskom kontinentu, novovjekovna povijest obiluje brojnim primjerima genocidnih radnji.

Columbovim otkrićem Amerike 1492. godine započeo je dug proces širenja i nastanjivanja europskih naroda na prostorima Novoga svijeta, koji je trajao sve do druge polovine 20. stoljeća. Međutim, taj proces nije uvijek prolazio idilično. Na novootkrivenim prostorima Europljani su zatekli brojne domorodačke narode. Vrlo često susreti tih dvaju svjetova nisu prolazili u miroljubivom tonu već su bivali obilježeni brojnim konfliktima i brutalnostima. S namjerom da zaposjednu i prisvoje novootkrivena područja, Europljani su nastojali podrediti domorodačke narode što je u brojnim slučajevima završavalo njihovim potpunim ili djelomičnim uništenjem. Ne ulazeći u sve pojedinačne slučajeve, može se zaključiti da je u stoljetnoj povijesti tih sukoba bilo izvršavano mnoštvo ratnih zločina koji su poprimali obilježja genocida.¹⁶

Jedan od takvih primjera je eliminacija indijanskih naroda prilikom nastanjivanja Europljana na područje Sjeverne Amerike. U procesu naseljavanja novootkrivenog kontinenta, europski narodi, ponajprije Englezi i Francuzi, eliminirali su pojedina plemena domorodačkih indijanskih naroda koji bi im zasmetali u uspostavi dominacije na tom širokom prostoru. Prve genocidne radnje usmjerene protiv indijanskih plemena započele su sredinom 16. stoljeća i trajale su sve do 1890. godine kada je vlada Sjedinjenih Američkih Država službeno proglasila završetak višestoljetnih „indijanskih ratova”. Vrhunac tih sukoba zbivao se u drugoj polovini 19. stoljeća kada su čelni ljudi Sjedinjenih Američkih Država otvoreno vodili politiku totalnog istrebljenja svih domorodačkih naroda. Posljedica te politike bila je da

¹⁶ Rubinstein, W., D., *Genocide*, New York, 2014., str. 45.-46.

O francuskom osvajanju Alžira v.: Kiernan, B., *Blood and Soil: A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, Harrisonburg, 2007., str. 213. *et seq.* i str. 364. *et seq.*; O genocidu Herero i Nama naroda u Njemačkoj Jugozapadnoj Africi v.: Schaller, D., J., *The Genocide of the Herero and Nama in German South-West Africa, 1904.-1907.*, u: Totten, S., Parsons, W., S. (ur.), *Centuries of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts*, New York, 2013., str. 89. *et seq.*

su pojedina indijanska plemena bila potpuno uništena ili svedena na minimum dok je, prema nekim podacima, ukupan broj domorodačkog naroda sveden na dvije trećine od vremena prije „indijanskih ratova”.¹⁷ Kada se sve uzme u obzir, genocid europsko-američkog naroda nad indijanskim narodom jedan je od najmonumentalnijih primjera sustavnog uništenja jedne društvene skupine.¹⁸

Drugi sličan primjer je slučaj genocida Aboridžina u Australiji između ranih 1800-ih i kasnih 1920-ih godina. Dolaskom britanskog naroda na australski kontinent, raznim se metodama provodio teror nad domorodačkim narodima radi njihovog istrebljenja i pasivizacije. Metode koje su se koristile za ostvarenje toga cilja bile su krajnje intrigantne. Počevši od ubijanja pojedinaca i pokolja pojedinih članova klanova, preko prisilnog odvajanja djece od njihovih rodnih skupina i obitelji, pa sve do njihove segregacije u ograđene prostore. S obzirom na takve načine izvršenja genocidnih radnji, slučaj u Australiji u svakom pogledu predstavlja odmak od konvencionalnih slučajeva genocida. Sve to rezultiralo je smanjivanjem broja Aboridžina s oko 500.000 koliko ih je bilo 1788. godine na 30.758 (odnosno prema drugim podacima 83.588) koliko ih je bilo 1911. godine. Unatoč svim podacima i brojnim dokazima koji govore u prilog tome, ipak i danas postoji struja teoretičara koji tvrde da na području Australije nije bilo genocida. Pritom argumentiraju da su navedene radnje učinjene u korist zaštićenog stanovništva ili da su počinjene kao reakcija na ponašanje domorodaca. Međutim, neovisno o pojedinim suprotnim stajalištima, neupitno je da je postojala namjera uništenja te da su ostvareni elementi genocida. Posebice je tomu tako kada se uzme u obzir da je danas od prvotnog stanovništva ostalo samo nekoliko tisuća domorodačkih stanovnika te da je njihov udio u ukupnom stanovništvu Australije neznatan.¹⁹

Sljedeći slučaj iz Novoga svijeta, koji je prethodio naseljavanju Europljana, bio je tzv. Zulu genocid. Diktatorski vođa Shaka Zulu je između 1810. i 1828. godine na području današnje Južnoafričke Republike i Zimbabwea provodio jednu od najambicioznijih i

¹⁷ Stiffarm, L., A., Lane., P., jr., *The Demography of Native North America: A Question of American Indian Survival*, u: James, A. (ur.), *The State of Native America: Genocide, Colonization and Resistance*, New York, 1992., str. 34.-36.

¹⁸ *Ibid.* str. 37.

O genocidu nad indijancima u 17. i 18. st. v. više: Kiernan, B., *op. cit.* u bilj. 16., str. 213. *et seq.*

¹⁹ O genocidu u Australiji v. više: Tatz, C., *Genocide in Australia*, u: Totten, S., Parsons, W., S. (ur.), *Centuries of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts*, New York, 2013., str. 55. *et seq.* i Kiernan, B., *op. cit.* u bilj. 16., str. 249. *et seq.*

najbrutalnijih kampanja u svjetskoj povijesti koja je dovela do tzv. „velikog vala uništenja” poznatog u zulu kao Mfecane.²⁰ O intenzitetu Zulinog pohoda dovoljno govori podatak da je istrebljenje naroda bilo toliko temeljito da gotovo uopće nema nikakvih povijesnih zapisa koji svjedoče o tome. Tek je tradicijom usmene predaje rijetkih potomaka žrtava Zulinog režima taj događaj ostao zabilježen u svjetskoj povijesti. Metode kojima se Shaka koristio bile su nadasve jedinstvene (i efektne). Primjer toga bilo je uništenje klana Butelezi metodom separacije klana. Prvo je izdvojio svu sposobnu mušku populaciju i kombinacijom metoda uvjeravanja i prisile inkorporirao u svoj ili jedan od njemu podređenih klanova. Otklonivši tako svaku mogućnost defanzive i otpora, ostatak je klana, koji se sastojao žena, djece i starih osoba, pobio.²¹ Međutim, nije uvijek tako postupao. U drugom primjeru, pri uništenju rivalskog plemena *Ndwanwe* nije se koristio prethodno navedenom metodom već je jednostavno istrijebio njegove stanovnike. Prema nekim podacima, Shakina vojska od 50.000 vojnika pobila je svih 40.000 pripadnika plemena tako da nije ostalo nijedno živeće ljudsko biće toga plemena.²²

U novom vijeku područje Europe obilovalo je sukobima i pokušajima uništenja pojedinih društvenih skupina. Jedan od ranijih događaja, koji je poprimao obilježja genocida, pohod je Engleske na Irsku (1565.-1605.). U tome četrdesetogodišnjem razdoblju Engleska je provodila agresivnu i beskompromisnu ofenzivu na Irsku koja je pretvorila irski otok u englesko “lovište” na irski narod. Vrhunac toga zbio se početkom 17. stoljeća kroz tzv. politiku spaljene zemlje engleskog generala Lorda Mountjoy. Osnovna nakana takve politike bila je pretvaranje Irske u blanko zemlju oslobođenu od “korova” koju bi Englezi mogli obnoviti i nastaniti s engleskim narodom. Do 1580. godine engleska vojska se utrostručila, bilo je 8.000 vojnika, dok se istovremeno broj irskog stanovništva smanjio za 30%. Pritom je bilo uništavano irsko stanovništvo neovisno o dobu i spolu, sva je njihova imovina bila spaljivana i uništavana, a sva stoka zaklana. Sve do smrti kraljice Elizabete I. i prelaska novog kralja Jamesa I. na politiku „miješanog nasada” irskog otoka, koji nije isključivao domorodački irski narod, broj masakara i genocidnih radnji je rastao. Broj irskog seoskog

²⁰ Levene, M., *Genocide in the Age of the Nation State: The Meaning of Genocide*, London, 2005., str. 146.

²¹ Jones, A., *op. cit.* u bilj. 8., str. 7.

²² Rubinstein, W., D., *op. cit.* u bilj. 16., str. 23.

stanovništva spustio na samo nekolicinu, dok je broj ukupnog stanovništva smanjen na njih 750.000.²³

Posljednji primjer genocida, u ovom razdoblju, vjerski je sukob između katolika i protestanata - Tridesetogodišnji rat (1618.-1648.). Taj je sukob obilježio prvu polovinu novoga vijeka te je nastao kao svojevrsni nastavak križarskih ratova. Njegova osnovna nakana bila je potpuno uništenje jedne vjerske skupine čime je ispunjen subjektivni element genocida. Za svoga trajanja pretvorio se u jedan od najdestruktivnijih i najkrvoločnijih sukoba na europskom području. Prema nekim podacima, u međusobnim je sukobima tijekom rata poginulo oko 7.000.000 ljudi. Između toga je najviše uništeno stanovništvo područja Boemije čiji se broj smanjio s 4.000.000 na 750.000 stanovnika čime bi, pogotovo na tome području, bili ispunjeni i subjektivni (*mens rea*) i objektivni (*actus reus*) elementi genocida.²⁴ Iako je rat završen Westfalskim mirom 1648. godine, posljedice tog sukoba bile su trajne. Stvorio se još veći jaz između vjerskih i društvenih sukoba koji je rezultirao brojnim kasnijim sukobima i čije su posljedice imale utjecaja i na današnju društveno-političku kartu Europe. Međutim, pozitivna strana tog sporazuma bila je što su njime postavljeni temelji međunarodnopravne zaštite nacionalnih, rasnih, etničkih i vjerskih skupina.²⁵

1.2.2. Razdoblje totalitarizma u prvoj polovini 20. stoljeća

Primjere genocida nad određenim skupinama tijekom prve polovine 20. st. karakterizira, prije svega, veći broj dostupnih nam podataka o konkretnim zbivanjima. Za razliku od dotadašnjih, za one koje su uslijedili možemo s većom sigurnošću ustvrditi da potencijalno ispunjavaju osnovna obilježja instituta genocida. U nekima od njih mogu se jasno prepoznati genocidne radnje, dok drugi jasno upućuju na moguće postojanje genocidalne namjere.

U Osmanskom Carstvu zločini ove prirode započeli su 1914. godine kada je osmanska vojska, vraćajući se iz Rusije nakon poraza, počela pljačkati i masakrirati armenska sela.

²³ Kiernan, B., *op. cit.* u bilj. 16., str. 203.-212.

²⁴ Rubinstein, W., D., *op. cit.* u bilj. 16., str. 37.

²⁵ Schabas, W., A., *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2nd edition, Cambridge, 2009., str. 18.

Osmanska vojska usmjerila je potom svoje snage protiv armenske zajednice u gradu Van, armenskom političkom središtu. Nakon neuspjelog osvajanja grada, Talaat Pasha²⁶ je naredio 24. travnja 1915. godine, s ciljem osvete, uhićenje istaknutih pojedinaca armenske zajednice: političara, novinara, svećenika i drugih. Većina ih biva ubijena.²⁷ Potom je uslijedila politika sistemski razrađenih valova deportacije s ciljem da se etnički očisti područje carstva. Tijekom raseljavanja odvijala su se i masovna ubojstva Armenaca. Većina sposobnih muškaraca slala se u vojsku, dok se ostatak muške populacije, zajedno s dječacima, izdvajao iz karavana raseljavanja te ubijao. Žene i djevojčice bile su prepuštene silovanju i fizičkom nasilju. Kasnije su bile podvrgnute islamizaciji čime se brisala njihova pripadnost armenskom narodu.²⁸ Također, na genocid upućuju, i potkrjepljuju navedeno, naredbe vojsci i službenicima utvrđene na jednoj od tajnih konferencija *İttihat ve Terakki Cemiyeti*.²⁹ Tamo se izravno nalagalo da se na prikladan način pobiju svi Armenci u vojsci, istrijebe svi muškarci mlađi od 50 godina, svećenici i učitelji bez obzira na godine te podvrgnu islamizaciji djevojke i djeca. Naređeno je bilo i izvršavanje organiziranih masovnih ubojstava Armenaca.³⁰

U prvoj polovini 20. st. na području Sovjetskog Saveza odvijali su se događaji specifični po načinu počinjenja zločina. U kontekstu raznih represivnih mjera prema kmetstvu, isticala se mjera njihova izgladnjivanja koja je dostigla svoj vrhunac 1932. i 1933. godine, a najviše žrtava uzela je na području Ukrajine. Procjenjuje se da je na cjelokupnom području Sovjetskog Saveza stradalo oko četiri milijuna Ukrajinaca.³¹ Iako neki povjesničari smatraju da je glad u Ukrajini bila posljedica loše ekonomske politike i tadašnjih geopolitičkih neprilika, nezanemarivi su argumenti koji upućuju na genocid. Prema nalazima *Commission*

²⁶ Mehmed Talaat Pasha bio je jedan od tadašnjih trijumvirata Carstva i inicijator sveukupne politike deportacije i masovnog ubijanja Armenaca.; v. više: Rubinstein, *op. cit.* u bilj. 16., str. 142. *et seq.*

²⁷ Kaiser, H., Genocide at the Twilight of the Ottoman Empire, u: Bloxham, D., Dirk Moses, A., (ur.), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, New York, 2010., str. 365-385.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Eng. *Committee of Union and Progress (CUP)* koji je osnovao *Teşkilât-ı Mahsusa* (eng. *Special Organization*) za provođenje, između ostalog i demografske politike te masovnih ubijanja; v. više Dündar, F., *The settlement policy of the Committee of Union and Progress*, u: Kieser, H.-L., (ur.), *Turkey Beyond Nationalism: Towards Post-Nationalist Identities*, London, 2006., str. 37. *et seq.*

³⁰ Kiernan, B., *op. cit.* u bilj. 16., str. 408.

³¹ V. više: Werth, N., *Mass Deportations, Ethnic Cleansing, And Genocidal Politics in the Later Russian Empire and the USSR*, u: Bloxham, D., Moses, A., D., (ur.) *The Oxford Handbook of Genocide*, New York, 2010., str. 386.-406.

*on the Ukraine Famine*³², glad je bila umjetno uzrokovana maksimalnim i nerazumnim zapljenama usjeva i ostalih poljoprivrednih proizvoda na području Ukrajine. Ista politika nastavljena je i nakon saznanja sovjetskih vlasti da je time došlo do velikog broja žrtava. Iako je gladi bilo i u drugim područjima Sovjetskog Saveza, utvrđeno je da su represivne mjere jednakog intenziteta kao one u Ukrajini bile prisutne jedino u etnički ukrajinskom području Sovjetskog Saveza.³³ Posljedica je bila očita razlika između ukrajinskih i ruskih dijelova Saveza u količini dostupne hrane. Namjera da se glad održi i prouzrokuje što više žrtava bila je očitovana sprječavanjem migracija iz Ukrajine u ruske dijelove saveza u potrazi za hranom. Također, na granicama je bila zaplijenjena sva hrana namijenjena uvozu u Ukrajinu.³⁴ Treba imati na umu i kontekst navedenih događaja. Naime, tih godina, uz kmetstvo, bilo je napadnuto i političko vodstvo Ukrajine, te mnogi književnici, umjetnici, svećenici, itd., čime je izvršen napad na kulturu ukrajinskog naroda.³⁵ Uzimajući u obzir sve dosad navedeno, nameće se zaključak da je upravo ukrajinski narod bio namjerno podvrgnut takvim životnim uvjetima koji su trebali dovesti do njegova djelomičnog uništenja. To je zaključila i već spomenuta *Commission on the Ukraine Famine*.³⁶ Ukrajinski parlament je 2006. godine također prepoznao ove događaje kao genocid, a koji su danas poznati pod imenom *Holodomor*.³⁷

³² Svrha „Commission on the Ukraine Famine“ bila je istražiti događaje na području Ukrajine 1932.-1933. godine te omogućiti javnosti bolji uvid u navedene događaje, v. više: *Commission on the Ukraine Famine Report to Congress, Investigation of the Ukrainian Famine 1932.-1933.*, dostupno na: <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=umn.31951d00831044s;view=1up;seq=6>.

³³ *Ibid.*

³⁴ Conquest, R., *The Harvest of Sorrow: Soviet Collectivization and the Terror-famine*, New York, 1987., str. 327.

³⁵ Lemkin, R., *Soviet Genocide in the Ukraine*, u: Luciuk, L., Y., (ur.), *Holodomor: Reflections on the Great Famine of 1932–1933 in Soviet Ukraine*, Kingston, "Holodomor Studies" Journal, Vol. 1, Issue 1, Winter-Spring 2009., str. 3.-8.

³⁶ *Ibid.*

„Article 1. The 1932-1933 Holodomor in Ukraine is an act of genocide of the Ukrainian people.“, Law of Ukraine №376–V "On Holodomor of 1932 - 33 in Ukraine“, Kiev, 2006., *Verkhovna Rad.*, dostupno na: dostupno na: <http://canada.mfa.gov.ua/en/ukraine-%D1%81%D0%B0/holodomor-remembrance/holodomor-remembrance-ukraine/holodomor-law-ukraine>

³⁷ „Article 1. The 1932-1933 Holodomor in Ukraine is an act of genocide of the Ukrainian people.“, Law of Ukraine №376–V "On Holodomor of 1932 - 33 in Ukraine“, Kiev, 2006., *Verkhovna Rad.*, dostupno na: dostupno na: <http://canada.mfa.gov.ua/en/ukraine-%D1%81%D0%B0/holodomor-remembrance/holodomor-remembrance-ukraine/holodomor-law-ukraine>

Povijesno su najvažniji primjer genocida zločini nacističkog režima počinjeni tijekom Drugog svjetskog rata, poznati pod imenom *Holokaust*.³⁸ Iako usmjereni prema više društvenih skupina, njihova monstruoznost u najvećoj se mjeri očitovala prema Židovima. Primjetni znakovi animoziteta prema židovskom narodu dolaze do izražaja već nakon Prvog svjetskog rata kada se u njemačkoj narodnoj svijesti počela stvarati misao o krivnji Židova za gubitak rata. Ogorčenost je rasla do te mjere da ih se nazivalo svjetskim parazitima koje, radi sveopćeg dobra, treba istrijebiti.³⁹ Dolaskom Hitlera na vlast 1933. godine, Židovi su bili zakonodavstvom podvrgnuti izravnim diskriminacijskim mjerama. Iste im je godine oduzeta jednakost pred zakonom te su sustavno bili otpušteni iz javne službe na temelju nepripadnosti arijevske rasi.⁴⁰ Dvije godine kasnije, doneseni su tzv. Nürnberški zakoni koji su dodatno izolirali i otežali položaj židovskog naroda.⁴¹ Tim su zakonima bili izravno zabranjeni brakovi i izvanbračni seksualni odnosi između Židova i arijevske rase kako bi se očuvala čistoća njemačke krvi te se Židovima oduzeo status građana.⁴² Narednih godina bili su podvrgnuti otvorenom nasilju te su svojevrijem emigrirali.⁴³ Mržnja prema Židovima konačno je kulminirala netom prije početka Drugog svjetskog rata kada je Hitler u svome govoru nagovijestio uništenje Židova.⁴⁴ Takva očita namjera za uništenjem židovskog naroda

³⁸ O značenju riječi *holokaust*, v. više Charney, I., W., „Holocaust“: The Word and Its Usage, u: Charney, I., W., Wiesenthal, S., Tutu, D., (ur.), *Encyclopedia of Genocide: Vol. 1*, Jerusalem, 1999., str. 41. *et seq.*

³⁹ Browning, C., R., *The Nazi Empire*, u: Bloxham, D., Moses, A., D., (ur.) *The Oxford Handbook of Genocide*, New York, 2010., str. 407.-425.

⁴⁰ *Ibid.* str.

„*Law for the Restoration of the Professional Civil Service*“, u: Arad Y., Gutman I., Margalio A., (ur.) *Documents on the Holocaust: Selected Sources on the Destruction of the Jews of Germany and Austria, Poland, and the Soviet Union*, Jerusalem, 1999., str. 39. *et seq.*

⁴¹ V. više Proctor, R., N., *Racial Hygiene: Medicine Under the Nazis*, Cambridge, 1988., str. 131. *et seq.*

⁴² „*Nuremberg Law for the Protection of German Blood and German Honor, September 15, 1935*“, u: Arad Y., Gutman I., Margalio A., (ur.) *Documents on the Holocaust: Selected Sources on the Destruction of the Jews of Germany and Austria, Poland, and the Soviet Union*, Jerusalem, 1999., str. 78. *et seq.*

„*First Regulation to the Reich Citizenship Law, November 14, 1935*“, u: Arad Y., Gutman I., Margalio A., (ur.) *Documents on the Holocaust: Selected Sources on the Destruction of the Jews of Germany and Austria, Poland, and the Soviet Union*, Jerusalem, 1999., str. 80.

⁴³ Najpoznatiji događaj nasilja nad Židovima je „*Kristallnacht*“ (hrv. Kristalna noć.); v. više: Niewyk D., L., *The Holocaust: Jews, Gypsies and the Handicapped*, u: Totten, S., Parsons, W., S., (ur.), *Centuries of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts*, New York, 2013., str. 197. *et seq.*

⁴⁴ Browning, C., R., *op. cit.* u bilj. 39., str. 407.-425.

ostvarila se tijekom Drugog svjetskog rata. Početkom rata se pitanje Židova rješavalo njihovom separacijom u posebne gradske četvrti ili prisilnim organiziranim emigracijama. Godine 1942. pitanje židovskog naroda dobilo je neočekivano brutalan epilog kroz tzv. *die Endlösung der europäischen Judenfrage*.⁴⁵ Prema tom planu Židovi su bili deportirani u istočne dijelove Europe: oni sposobni za rad dalje u koncentracijske logore, održani na životu kao robovi i kasnije pogubljeni, a nesposobni deportirani u posebne koncentracijske logore namijenjene isključivo masovnom ubijanju.⁴⁶ Mnogi su bili ubijeni i prije deportacije od strane njemačkih vojnih jedinica. Na taj su se način „čistile“ cijele židovske zajednice u gradovima i selima, što je prouzrokovalo visok broj žrtava u iznimno kratkom razdoblju.⁴⁷ Takvo sustavno ubijanje Židova bilo je nastavljeno do kraja rata. Cjelokupna systemska politika uništenja židovskog naroda s ciljem njegova potpunog istrjebljenja u Europi te jasno izraženom namjerom za uništenje, uzela je, procjenjuje se, oko 6 milijuna života.⁴⁸ Logičan slijed nakon ovakvih primjera pokušaja djelomičnog ili potpunog uništenja određenih društvenih skupina jest stvaranje i razvoj posebnog instituta koji bi bio odgovor na zločine ovakve naravi.

„Once again I will be a prophet: should the international Jewry of finance (*Finanzjudentum*) succeed, both within and beyond Europe, in plunging mankind into yet another world war, then the result will not be a Bolshevization of the earth and the victory of Jewry, but the annihilation (*Vernichtung*) of the Jewish race in Europe. Thus, the days of propagandist impotence of the non-Jewish peoples are over.“, "Extract of Speech by Hitler, January 31, 1939", Arad Y., Gutman I., Margalioth A., (ur.) Documents on the Holocaust: Selected Sources on the Destruction of the Jews of Germany and Austria, Poland, and the Soviet Union, Jerusalem, 1999., str. 132. *et seq.*

⁴⁵ Eng. *Final solution*, v. više Friedlander, H., *The Origins of Nazi Genocide: From Euthanasia to the Final Solution*, Chapel Hill, 1995., str. 284.

Plan je podnesen u siječnju 1942. godine na konferenciji u Wanseenu.; v. više Niewyk, D., *op. cit.* u bilj. 43., str. 199.

⁴⁶ *Ibid.* str. 199. *et seq.*

⁴⁷ Browning, C., R., *op. cit.* u bilj. 39., str. 407.-425.

⁴⁸ Landau, R., S., *The Nazi Holocaust*, London, 2006., str. 3. *et seq.*

2. „GENOCID”

Teško je zamisliti bilo kakvu ozbiljniju analizu razvoja instituta genocida bez spominjanja Poljaka Raphaela Lemkina, „oca genocidnih studija”.⁴⁹ Kao što se može vidjeti iz prethodnih primjera, tijekom povijesti čovječanstva izvršavani su mnogi zločini koji ispunjavaju biće današnjeg zločina genocida. Međutim, sve do prve polovine 20. stoljeća nije postojao pojam kojim bi se mogle obuhvatiti sve pojedinačne genocidne radnje u jedan jedinstveni institut. Potaknut nacističkim zločinima taj pojam je formuliran tek 1943. godine u Lemkinovom djelu *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Governments, Proposals for Redress*.⁵⁰

Potaknut gubitkom velikog dijela obitelji u nacističkim zločinima,⁵¹ Lemkin je u prvome dijelu svojega rada, u kojem analizira njemačke tehnike okupacije, izravno definirao i problematizirao zločin genocida.⁵² Polazeći od definicije genocida kao uništenja nacije ili etničke grupe, autor je tražio univerzalan termin koji će označavati „stari fenomen u modernom razvoju”.⁵³ Tražio je termin koji će s praktične strane biti jasan i nositi moralni autoritet te koji će moći obuhvatiti tadašnja zbivanja u Europi.⁵⁴ Našao ga je kombinacijom latinskih riječi *genos* (lat. rasa, pleme) i *cide* (lat. ubijanje) čime je došao do kovanice „genocid” odnosno ubijanje naroda.^{55,56} Time je skovao termin koji se činio općenito

⁴⁹ Jacobs, S., L., Lemkin on genocide: introduction, u: Jacobs, S., L. (ur.), *Lemkin on Genocide*, Plymouth, 2014., str. xii.

⁵⁰ Lemkin, R., *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Governments, Proposals for Redress*, Washington, D. C., 1944.

⁵¹ Ignatieff, M., *The Unsung Hero Who Coined the Term “Genocide”*, dostupno na: www.newrepublic.com, rujan, 2013.

⁵² Lemkin je *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Governments, Proposals for Redress* podijelio na tri dijela “Analiza njemačkih tehnika okupacije”, “Okupirane države” i “Pravo okupacije”. Prvi dio je podijeljen na 9 poglavlja (uprava, policija, pravo, sudovi, imovina, financije, rad, postupanje sa Židovima i genocid). Zadnje deveto poglavlje, u kojem se govori o zločinu genocida, podijelio je na 3 naslova u kojima se govori prvo o novom terminu i konceptu uništenja nacija, zatim o tehnikama genocida na različitim područjima i konačno o prijedlozima za budućnost.; Lemkin, R., *op. cit.* u bilj. 50.

⁵³ Lemkin, R., *op. cit.* u bilj. 12., str. 79.

⁵⁴ January, B., *Genocide: Modern Crimes Against Humanity*, Minneapolis, 2007., str. 29.
Lemkin, R., *Genocide - A Modern Crime*, *Free World*, vol. 4., travanj 1945., str. 39.-43.

⁵⁵ Lemkin, R., *op. cit.* u bilj. 12., str. 79.

prihvatljivim i prikladnijim od pojma „masovno ubojstvo” koji se do tada često koristio u istom značenju. Naime, Lemkin je smatrao da pojam masovnog ubojstva ne ističe motivaciju njegova počinjenja koja proizlazi isključivo iz rasnih, nacionalnih ili vjerskih nastojanja te je bitan element tog zločina.⁵⁷ Pored toga, smatrao je da se pojmom „genocid” naglašava značenje zločina koji ne čini samo povredu pravila rata, nego povredu protiv čovječanstva.⁵⁸ On ne mora nužno značiti trenutno uništenje nacije. Namjera je bila da se njime istakne koordinirani plan različitih djelovanja s ciljem uništenja esencijalnih temelja života pojedine nacije. Taj plan se postizao dezintegracijom političkih i socioloških institucija, kulture, jezika, nacionalnog osjećaja, religije i ekonomskog postojanja nacionalne ekonomije te s uništenjem osobne sigurnosti, slobode, zdravlja, dostojanstva i života pojedinaca pripadnika određene skupine. Genocid je usmjeren protiv nacionalne skupine kao entiteta te su djelovanja usmjerena prema pojedincima kao članovima skupine, a ne prema njihovim pojedinim ličnostima.⁵⁹

Neposredno nakon njezina predstavljanja 1944. godine, Lemkinova kovanica je vrlo brzo stekla popularnost u akademskom i političkom svijetu.⁶⁰ Uz izrazito zalaganje autora,⁶¹

⁵⁶ Pojam ubijanja naroda, u smislu značenja kovanice “genocid”, u uporabi je još davno prije Lemkina u različitim varijacijama ovisno o pojedinim narodima. Englezi su se koristili terminom “ubijanja nacija” prije 1918. godine dok je francuski političar i novinar Gracchus Babeuf smislio naziv *populicides* odnosno ubijanje populacije još 1795. za označavanje masakra 117.000 farmera u Vendee regiji za vrijeme francuske revolucije. U njemačkim pravnim krugovima je termin koji opisuje ubijanje ljudi *Volkmord* u uporabi od 1831. godine te je korišten i za genocid nad Herero narodom (1904.-1907.). U Poljskoj postoji termin *ludobojstwo* koji znači ubijanje ljudi. U armenskom jeziku *tseghaspantium* znači ubiti rasu, dok je u grčkom jeziku *genoktonia* stari termin koji znači ubijanje ili smrt nacije. *Izwekufa* je kovanica afričkog zulu jezika, nastala za vrijeme zločina vođe Shake. Nastala je od pojma *izwe* (zulu; narod, nacija, državno uređenje) i *ukufa* (zulu; ubijanje, umrijeti) čime u potpunosti odgovara Lemkinovom terminu “genocid” i značajno i etimološki.; Sarkin, J., *Colonial Genocide and Reparations in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims under International Law by the Herero against Germany for Genocide in Namibia, 1904.-1907.*, Westport, 2009., str. 109.

⁵⁷ Lemkin, R., *Genocide*, American Scholar, vol. 15., no. 2., travanj 1946., str. 227.-230.

⁵⁸ *Ibid.*, str. 108.

⁵⁹ Lemkin, R., *op. cit.* u bilj., 12., str. 79.

⁶⁰ Lemkin je u jednom svom kasnijem članku naveo da je za tako brzu recepciju koncepta genocida u međunarodnom pravu važan čimbenik bio prihvaćanje i podrška ideje od strane novinara Sjedinjenih Američkih Država i drugih zemalja. Posebno je istaknuo doprinos Washington Posta (od 1944.), The New York Timesa (od 1945.), New York Herald Tribunea, Dagens Nyhetera iz Stockholma, Sunday Timesa iz Londona, The Nineteenth Century and Aftera iz Londona, Le Monde iz Pariza, Tribune des Nationsa iz Pariza i drugih tijela javnih mijenja u Švicarskoj, Nizozemskoj, Norveškoj i Indiji. Uz to još navodi doprinos i podršku institucija The Scandinavian Institute for International Cooperation i The International Women's Alliance, obje iz Stockholma.;

to je ubrzo rezultiralo pravnom regulacijom instituta i uvrštavanjem pojma u konačni nacrt Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida.⁶² Time je “genocid” službeno prihvaćen kao termin koji označava djelo počinjeno s nakanom da se potpuno ili djelomično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina.⁶³ Njegovo formuliranje je predstavljalo temelj i prvi korak u slikovitom razvoju instituta kojim se štiti čovječanstvo od najgorih zločina kojima ljudska povijest obiluje.

3. NÜRNBERŠKI PROCES I UVOD U PRAVNU REGULACIJU ZLOČINA GENOCIDA

Krajem Drugog svjetskog rata, u Londonu 8. kolovoza 1945. godine, države pobjednice predvođene Francuskom, Sjedinjenim Američkim Državama, Sovjetskim Savezom i Velikom Britanijom donijele su Statut o Međunarodnom vojnom sudu.⁶⁴ Njim je u Nürnbergu osnovan prvi sud s ciljem procesuiranja najistaknutijih nacističkih vođa za tri grupe zločina: zločine protiv mira, ratne zločine i zločine protiv čovječnosti. Postupak se nije vodio za zločin genocida koji još nije bio definiran te čiji je pojam još bio u nastajanju. To, međutim, nije spriječilo tužiteljstvo Međunarodnog vojnog suda da u svojim optužnicama izloži kako su optuženi „namjerno i sustavno provodili genocid, to jest proces nacionalnog i rasnog

Lemkin, R., *Genocide as a Crime under International Law*, *American Journal of International Law*, vol. 41(1), 1947., str. 145.-151.

⁶¹ Lemkin se još 1933. godine na Petoj međunarodnoj konferenciji za unifikaciju kaznenog prava zalagao za regulaciju i sankcioniranje djelovanja usmjerenih na uništenje i ugnjetavanje naroda, koja u svojoj biti odgovaraju aktualnom konceptu genocida. U svojem radu kojeg je iznio na konferenciji, predložio je unosenje dvaju novih međunarodnih zločina u kaznena zakonodavstva trideset i sedam država članica konferencije, zločin barbarstva i zločin vandalizma, koji su obuhvaćeni kasnije reguliranim zločinom genocida. Zločin barbarstva je poimao ugnjetavačke i destruktivne radnje usmjerene protiv individualaca kao članova nacionalne, religijske ili rasne grupe, dok je zločin vandalizma poimao zlonamjerno uništenje umjetničkih radova i kulture zbog toga što predstavljaju specifične tvorevine genijalnosti takvih grupa. Međutim, Lemkinova ideja nije prihvaćena jer su tamošnji pravници smatrali zločin prerijetkim za regulaciju.; Lemkin, R., *op. cit.* u bilj. 12., str. 91.; Lemkin, R., *Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations*, dostupno na: <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>

⁶² Tatz, C., *op. cit.* u bilj. 19, str. 56.

⁶³ Konvencija o genocidu, čl. 2.

⁶⁴ United Nations, *Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement")*, od 8. kolovoza 1945. dostupno na: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>

istrebljenja civilnog pučanstva okupiranih teritorija sa svrhom uništenja nacionalnih, rasnih i vjerskih skupina, pogotovo Židova, Poljaka, Roma i ostalih“.⁶⁵ Navedeni primjer predstavlja prvi slučaj spominjanja riječi genocid u međunarodnoj sudskoj praksi. Ipak, budući da genocid još nije bio definiran nijednim međunarodnim dokumentom, Međunarodni vojni sud, sukladno načelu *nullum crimen sine lege*, nikoga nije mogao osuditi za njegovo počinjenje. Međutim, u više je svojih presuda isticao osudu za masovna ubojstva rukovođena idejom istrebljenja cijelih nacionalnih i drugih skupina, ponajprije Židova.

Statut o Međunarodnom vojnom sudu i navedeni proces vođen protiv glavnih aktera Trećeg Reicha nije bio dovoljan kako bi zadovoljio potrebe kažnjavanja velikog broja počinjenih kaznenih djela tijekom Drugog svjetskog rata. Zbog toga su predstavnici sila pobjednica okupljeni u *Allied Control Council*-u⁶⁶ donijeli *Control Council Law No. 10.*,⁶⁷ smatran modifikacijom Statuta Međunarodnog vojnog suda. Predstavljao je pravni temelj daljnjih suđenja zločincima Drugog svjetskog rata kojima se i dalje nije moglo suditi za, i dalje pravno nedefiniran, zločin genocida. Međutim, u suđenjima koja su uslijedila često se koristio pojam genocid. Pored drugih⁶⁸ postupaka, posebno se ističe postupak protiv

⁶⁵ Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1 Indictment: Count Three: (A) Murder and Ill-treatment of civilian populations of or in occupied territory and on the high sea, str. 44., dostupno na: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf

⁶⁶ Vladajuće izvršno tijelo na području okupirane Njemačke u razdoblju nakon Drugog svjetskog rata, u kojem su bili predstavnici Sjedinjenih Američkih Država, Sovjetskog Saveza, Velike Britanije te kojima su kasnije dodani predstavnici Francuske.; Statement by the Governments of the United Kingdom, the United States of America, the Union of Soviet Socialist Republics and the Provisional Government of the French Republic on Control Machinery in Germany (June 5, 1945), dostupno na: http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=2298

⁶⁷ Nakon suočavanja s potrebom kažnjavanja svih zločina počinjenih na različitim hijerarhijskim razinama okupacijskih snaga, države pobjednice su shvatile kako će biti nužno donijeti novi međunarodnopravni dokument koji će biti temelj daljnjih suđenja. Radi praktičnosti i ekonomičnosti suđenje nižerangiranim nacistima odlučeno je da njihova suđenja ne budu vođena pred posebno ustrojenim međunarodnim sudom, već da takva suđenja budu pod jurisdikcijom posebno ustrojenih nacionalnih sudova država pobjednica. Radi te svrhe donesen je Control Council Law No.10 koji je omogućio niz procesa koji će se pred državnim sudovima voditi kroz sljedećih nekoliko desetljeća.

Najpoznatiji sud osnovan temeljem Control Council Law No.10 je Međunarodni sud Sjedinjenih Američkih Država koji je vodio dvanaest suđenja protiv istaknutih članova Hitlerove elitne SS postrojbe, liječnika koji su provodili eksperimente nad ljudima i bili sudionici u masovnim pogubljenjima te sudaca (The Doctors' Trial, The Judges' Trial, The Plock Trial, The Flick Trial, The Milch Trial, itd.); Schabas, W., A., *op. cit.* u bilj. 25., str. 48.-52.

⁶⁸ District Court of Jerusalem, Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, No. 40/61., od 11. prosinca 1961., para. 195.dostupno na: : http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/eichmann_district.pdf ;

Alstottera⁶⁹ u kojem se sud pozvao na Rezoluciju Opće skupštine Ujedinjenih Naroda 96(I) „Zločin genocida“ gdje se genocid definira kao „poricanje prava na postojanje cijelih ljudskih skupina, kao što je ubojstvo poricanje prava na život pojedinog čovjeka“.⁷⁰

Primjetno je kako se sudskom praksom izražavala osuda kako same ideje istrebljenja neke skupine, tako i provoditelja takve ideje. Usporedno uz vođenje procesa protiv nacista, u međunarodnoj su zajednici bile sve izraženije tendencije za donošenje međunarodnog dokumenta u kojem će se definirati i osuditi pokušaj i čin istrebljenja određene rasne, vjerske, političke ili neke druge skupine. Također, postojala je zabrinutost zbog svojevrstne pravne praznine, budući da još uvijek nije postojao nijedan pravni akt kojim bi, ono što će se kasnije definirati kao genocid, bilo određeno kao zabranjeno i kažnjivo. S obzirom da je već postojala pravna svijest o tome što bi zločin genocida bio, slijedio je postupak ujednačavanja stajališta država pri čemu će glavnu ulogu imati Opća skupština Ujedinjenih naroda.⁷¹

4. REZOLUCIJA 96(1) „ZLOČIN GENOCIDA“ OPĆE SKUPŠTINE UJEDINJENIH NARODA 1946.

Unatoč tome što Opća Skupština nema snagu međunarodnog zakonodavca, ona je već u samim počecima predstavljala najautoritativniji organ za artikuliranje stavova o brojnim pravnim pitanjima. Početna inicijativa za aktualiziranjem pitanja genocida u Skupštini došla je s Kube tijekom prvog zasjedanja.⁷² Njeni predstavnici zahtijevali su da se na dnevni red

United States of America v. Karl Brandt *et al*, od 19. kolovoza 1947., dostupno na: http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=medical ; US Military Tribunal, United States of America v. Erhard Milch od 16. travnja. 1947., dostupno na: http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=milch ; United States of America v. Ernst von Weizsacker, *et al*, od 11. travnja 1949., dostupno na: http://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-XIV.pdf

⁶⁹ United States of America v. Alstotter, *et al* (“The Justice Case“) od 4. prosinca 1947., dostupno na: http://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf

⁷⁰ The Crime of Genocide, United Nations General Assembly Resolution, 1946, 96(I) : „denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of right to live of the individual human beings“

⁷¹ Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str. 1. – 52.

⁷² Prvo zasjedanje Opće skupštine trajalo je od 1946. do 1947., a rezolucije su donošene od 24. siječnja do 15. svibnja. ; dostupno na: <http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>

stavi pitanje genocida sa svrhom da se genocid konstituirao kao međunarodni zločin. Raspravljanje je počelo u studenom 1946. godine.

Države članice Ujedinjenih Naroda⁷³ bile su složne u pitanju donošenja rezolucije u kojoj će se izraziti javna osuda genocida, međutim pri njenom stvaranju javilo se pitanje odgovornosti za počinjenje zločina genocida. Glavnu riječ vodila je Velika Britanija, čiji su predstavnici iznijeli prijedlog da za počinjenje genocida mogu biti odgovorne države, jednako kao i pojedinci. Protiv takve ideje odmah su ustali predstavnici Francuske, budući da njihova pravna tradicija i pravno uređenje nije poznavalo kaznenu odgovornost države. Međutim, potreba da se međunarodno priznatim pravnim aktom osudi genocid te stvori podloga za stvaranje buduće konvencije kojom će genocid biti definiran, bila je jača od trenutne želje za raspravljanjem o pitanju državne odgovornosti. Stoga je problematika državne odgovornosti ostavljena po strani. Kasnije je odbor za stvaranje Rezolucije 96(1) objasnio kako je pitanje državne odgovornosti odvojeno od odgovornosti pojedinaca pitanje o kojem bi bilo povoljnije raspraviti pri stvaranju same konvencije u kojoj bi pojam genocida bio i konačno definiran. Smatrali su kako je prerano za odlučivanje o tome.⁷⁴

Upravo zbog jedinstva država članica u osudi genocida proces stvaranja rezolucije bio je vrlo kratak. Opća Skupština je već 11. prosinca 1946. stvorila Rezoluciju 96(1) „Zločin genocida“ (u daljnjem tekstu: Rezolucija 96(1)) te u njoj prvotnu definiciju genocida kao zločina kojim se poriče postojanje čitavih ljudskih skupina. Kao primjer navodi situacije u kojima „rasne, vjerske, političke i druge grupe bivaju uništene, u potpunosti ili djelomično“.⁷⁵ Pored toga određuje kako je genocid zločin za koji su odgovorni počinitelji i sudionici u počinjenju, neovisno radi li se o privatnim osobama, državnim službenicima ili dužnosnicima, te neovisno je li genocid počinjen na vjerskoj, rasnoj, političkoj ili nekoj drugoj osnovi.

Najznačajnija odredba Rezolucije 96(1) bio je zahtjev Ekonomskom i socijalnom vijeću Ujedinjenih naroda da poduzme nužna istraživanja s ciljem stvaranja nacrtu konvencije za genocid. Stvaratelji Rezolucije 96(1) bili su svjesni da je njena pravna i faktička snaga u

⁷³ U trenutku vođenja rasprave o nacrtu Rezolucije 96(1) bilo je 57 članica Ujedinjenih Naroda.; <http://www.un.org/en/members/growth.shtml#text>

⁷⁴ Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str. 52. – 58.

⁷⁵ Rezolucija Opće skupštine 96(1), Zločin genocida, od 11. prosinca 1946., dostupno na: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement>

prevenciji i kažnjavanju genocida zapravo nedostatna. Posebice kad se uzme u obzir neizgrađenost međunarodnog kaznenog prava te mnoštvo neusklađenih stavova i različitih interpretacija genocida među državama. Iz tog su razloga predložili stvaranje jačeg pravnog instrumenta koji bi mogao vršiti veći pritisak na države članice za poštovanjem pravila o prevenciji i kažnjavanju genocida.

Uloga Rezolucije 96(1) u stvaranju pojma genocida od presudne je važnosti. Ona predstavlja prvi međunarodnopravni akt kojim se definira i osuđuje zločin genocida te nagovještava daljnji razvoj i potanje određenje pojma genocida u budućoj konvenciji. Čak je i Međunarodni sud, već 1951. godine, 5 godina nakon donošenja Rezolucije 96(1) istaknuo njenu ulogu u nastanku Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida. Zaključio je da je njom utvrđena osuda genocida smatrana obvezujućom za sve države članice Ujedinjenih naroda, iako nije sadržavala nikakve kaznene odredbe za postupanje protivno njenom sadržaju.⁷⁶ Na taj su način stvoreni temelji i dane smjernice po kojima je krojena Konvencija.

5. STVARANJE KONVENCIJE O SPRJEČAVANJU I KAŽNJAVANJU ZLOČINA GENOCIDA

5.1. Izrada nacrtu Konvencije Glavnog tajnika UN-a

Početakom 1947. godine Glavni tajnik UN-a podnio je zahtjev Opće Skupštine iz Rezolucije 96(1) za pripremanje nacrtu konvencije Ekonomskom i socijalnom vijeću (u daljnjem tekstu: ECOSOC). Sugerirao je ECOSOC-u da za pomoć u izradi nacrtu angažira UN-ovu Komisiju za ljudska prava. Međutim, pretrpanost brojnim pitanjima Komisije za ljudska prava u opustošenom postratnom svijetu, učinila ju je nesposobnom da se bavi pitanjem stvaranja konvencije o genocidu. Takve okolnosti, uz nedostatak inicijative ECOSOC-a da poduzme konkretne mjere, primorale su ECOSOC da se proglasi nekompetentnim za izradu nacrtu. ECOSOC, ne samo da nije prihvatilo zahtjev Glavnog tajnika, nego mu je uzvratilo zahtjevom da on uz pomoć pravnih stručnjaka iz područja

⁷⁶ ICJ Reports 6.: Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Advisory Opinion), 1951. dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>

međunarodnog i kaznenog prava pripremi nacrt konvencije o genocidu te ga podnese ECOSOC-u na njegovom sljedećem zasjedanju.

Glavni tajnik UN-a Trygve Halvdan Lie prihvatio je zahtjev ECOSOC-a te uspostavio svoju tročlanu Diviziju za ljudska prava.⁷⁷ Smatrao je da se u nacrtu treba dotaknuti svih pitanja za koje je izgledno da će biti obuhvaćene budućom konvencijom, ostavljajući kompetentnim tijelima Ujedinjenih naroda da kasnije eliminiraju ono što u njoj smatraju nepotrebnim.

U relativno kratkom razdoblju⁷⁸ tročlani Odjel za ljudska prava sastavio je nacrt buduće konvencije. Na samom početku, u preambuli nacrta genocid je bio definiran kao „namjerno uništenje skupine ljudskih bića i zločin protiv zakonitosti svih naroda“.⁷⁹ Potrebno je primijetiti kako su stvaratelji na samom početku naglasili *namjeru uništenja* kao bitan element pojma genocida, što će biti od ključne važnosti u njegovoj konačnoj definiciji te zapravo *differentia specifica* u odnosu na sva ostala kaznena djela. Kao svrha buduće konvencije istaknuta je prevencija uništenja rasnih, nacionalnih, jezičnih, religijskih i političkih skupina. Kao što se vidi, enumeracija zaštićenih skupina je zatvorena i nema generalne klauzule koja bi obuhvatila eventualne druge grupe kao što je učinjeno u Rezoluciji 96(1) u kojoj se zaštita pruža rasnim, političkim, vjerskim i drugim skupinama. Zatim, zamišljeno je da bude kažnjavano počinjenje genocida, stvaranje plana počinjenja, poticanje na počinjenje, neovisno bude li uspješno ili ne, pokušaj počinjenja genocida te supočiniteljstvo u bilo kojem od prije navedenih djela.⁸⁰

Posebno je bila naglašena obveza država za suradnju pri provođenju konvencije. Zahtijevano je da države u svoje zakonodavstvo uvedu odredbe o kažnjavanju genocida te da kazne svakog počinitelja za čije su suđenje teritorijalno nadležne. Ako bi nacrt bio usvojen,

⁷⁷ Tzv. *Human Rights Divison* sastavljena je od tri člana među kojima su Raphael Lemkin (već spomenuti kreator naziva pojma genocida), Henri Donnedieu de Vabres (profesor kaznenog prava na Sveučilištu u Parizu, te bivši sudac Međunarodnog vojnog suda u Nurnbergu) i Vespasian V. Pella (predsjednik Međunarodne organizacije za kazneno pravo). ; Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str 60.

⁷⁸ Od završne 4. sjednice ECOSOC-a 28. ožujka. 1947. do početka 5. sjednice u srpnju 1947.; *Ibid.*, str 59.- 64.

⁷⁹ United Nations Secretariat, Secretariat Draft, First Draft of the Genocide Convention, UN Doc. E/447, od svibnja 1947., dostupno na: <http://www.preventgenocide.org/law/convention/drafts/>

⁸⁰ Drost, P., *The Crime of State, Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples*, Netherlands, 1959., str. 39.-51.

države koje bi potpisale i ratificirale konvenciju morale bi drugoj državi izručiti svaku osobu optuženu za neko od konvencijom taksativno navedenih kaznenih djela. Pri tome je naglašena nemogućnost da određena država odbije izručiti svog državljanina optuženog za genocid, pravdajući takvu odluku zaštitom svojih državljanina od inozemnih političkih progona. Također, bile bi obvezne izručiti vlastite državljanine međunarodnom sudu ukoliko bi se to od njih tražilo, pa i u slučajevima kada smatraju da nema temelja za suđenje tim osobama.⁸¹

Nacrt tog sadržaja podnesen je u srpnju 1947. godine na petom zasjedanju ECOSOC-a, koje ga je 8. kolovoza 1947. samo prosljedilo Općoj skupštini.

5.2. Rezolucija 180 (2) „Nacrt konvencije o genocidu“

Na samom početku drugog zasjedanja Opće skupštine⁸² predstavnici Velike Britanije ustali su s idejom opstrukcije stvaranja konvencije.⁸³ Smatrali su kako je genocid već prepoznat kao zločin u međunarodnoj zajednici kao posljedica presuda Međunarodnog vojnog suda u Nürnbergu te kako je donošenje konvencije ne samo nepotrebno, nego može biti i kontraproduktivno. Isticali su kako bi u slučaju donošenja konvencije neuspjeh njenog ratificiranja predstavljao zapravo negiranje svrhe kojoj bi ona trebala služiti. Ta svrha je stvaranje univerzalne osude genocida koja je nürnbergskim procesima već uspostavljena. Neslaganja u stvaranju konvencije i problemi u ratifikaciji, smatrali su, mogu nanijeti nepopravljivu štetu te ostaviti problematiku pitanja genocida neriješenom.

U daljnjem nastavku raspravljanja, shvativši kako je donošenje Konvencije neizbježno, britanski predstavnici predlagali su da se genocid u preambuli deklarira kao „međunarodni zločin za koji mogu odgovarati i pojedinci i države na državnim razinama i na međunarodnoj

⁸¹ Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str. 60.-66.

⁸² Drugo zasjedanje Opće skupštine je trajalo od 1947. do 1948., a rezolucije su donošene od 30. rujna 1947. do 15. studenog 1947.; dostupno na: <http://www.un.org/documents/ga/res/2/ares2.htm>

⁸³ Glavnu riječ u iznošenju ideje opstrukcije stvaranja konvencije imao je Hartley Shawcross, najistaknutiji britanski predstavnik te glavni zastupnik Velike Britanije tijekom nürnbergskih procesa.; UN web TV: Genocide Convention: - Interview with Mr. Hartley Shawcross, dostupno na: <http://webtv.un.org/topics-issues/non-governmental-organizations/lutheran-world-federation/watch/genocide-convention-interview-with-mr.-hartley-shawcross/2849207469001>

razini⁸⁴. Taj prijedlog Velike Britanije bio je usvojen Rezolucijom 180(2) „Nacrt konvencije o genocidu“ (u daljnjem tekstu: Rezolucija 180 (2)) na drugom zasjedanju Opće skupštine. Usvojenim prijedlogom jasno dolazi do izražaja isticanje državne odgovornosti za počinjenje genocida te se s njim nastavlja slijed postavljanja pitanja uloge države u genocidu otpočet u stvaranju Rezolucije 96(1).

Opća skupština je u donesenoj Rezoluciji 180(2), pored navedenog, iznijela zahtjev ECOSOC-u da nastavi s radom koji je započeo te da na sljedećoj sjednici Opće skupštine podnese konačni nacrt konvencije. U tu svrhu, ECOSOC je osnovao *ad hoc* odbor⁸⁵, koji se obvezao pri izradi uzeti u obzir nacrt konvencije Glavnog tajnika UN-a te prijedloge i kritike nacrtu od strane država članica Ujedinjenih naroda.

Međutim, tijekom svog rada⁸⁶ *ad hoc* odbor nikada nije izričito raspravljao o nacrtu Glavnog tajnika, niti je uzeo u obzir Rezoluciju 180(2) koja mu je prethodila i kojom se izričito odgovornost za genocid protegnula i na države. U dvadeset i osam zasjedanja tijekom travnja i svibnja 1948. godine *ad hoc* odbor izradio je konačan nacrt konvencije o genocidu te ga predao ECOSOC-u. ECOSOC je tijekom zasjedanja u kolovozu 1948. o nacrtu samo površno raspravilo te ga neizmijenjenog prosljedilo Općoj skupštini na njenom trećem zasjedanju.⁸⁷

5.3. Donošenje Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida

Treće je zasjedanje Opće skupštine bilo od izuzetne važnosti za razvoj ljudskih prava s obzirom da je u tijeku bila završna rasprava i odlučivanje o donošenju međunarodne deklaracije o ljudskim pravima i konvencije o genocidu.

⁸⁴ UN Doc. A/C.6/159.

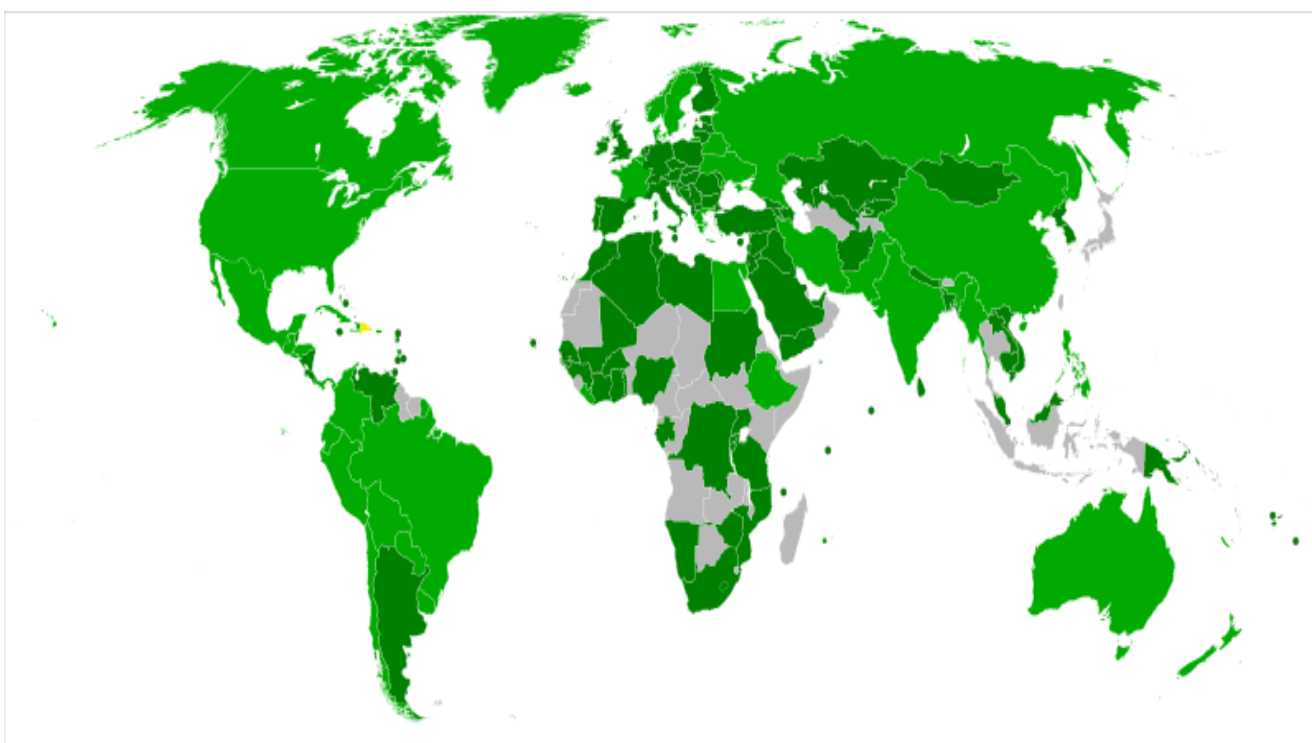
⁸⁵ *Ad hoc* odbor ECOSOC-a bio je sastavljen od predstavnika Sjedinjenih Američkih Država, Sovjetskog Saveza, Libanona, Kine, Francuske, Poljske i Venezuele.; Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str. 70.

⁸⁶ *Ad hoc* odbor sastao se ukupno dvadeset i osam puta tijekom svog djelovanja u travnju i svibnju 1948. godine.; *Ibid.*, str. 70.

⁸⁷ *Ibid.*, str. 66. – 80.

Konačno raspravljanje o konvenciji o genocidu u okviru Opće skupštine bilo je povjereno njenom Šestom odboru⁸⁸. Šesti odbor je od 28. rujna do 2. prosinca 1948. analizirao nacrt *ad hoc* odbora stilom „članak po članak“ te ga potom konačno predao Općoj skupštini koja je 9. prosinca 1948. donijela Konvenciju o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida.

Od njenog donošenja do danas, 146 zemalja postalo je strankom Konvencije. Na temelju notifikacije o sukcesiji⁸⁹ Republika Hrvatska stranka je Konvencije o genocidu koju je ratificirala Federativna Narodna Republika Jugoslavija 8. listopada 1991. godine. Malta je posljednja država koja je ratificirala Konvenciju, učinila je to 6. lipnja 2014. godine.



Slika 1.: Države stranke Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida (izvorno)

⁸⁸ Šesti odbor Opće skupštine UN-a, posebno tijelo Opće skupštine zaduženo za raspravljanje o pravnim pitanjima. Pravo sudjelovanja u njegovom radu pripada svim državama članicama Ujedinjenih naroda.; dostupno na: <http://www.un.org/en/ga/sixth/>

⁸⁹ Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, NN br. 12/93.

IV. ELEMENTI KAZNENOG DJELA GENOCIDA

1. ACTUS REUS

1.1. Uvod

Donošenjem Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida zadovoljena je povijesna potreba međunarodnog definiranja genocida. Konvencijom je konačno uspostavljen međunarodni konsenzus o sadržaju kaznenog djela genocida koji je kao takav unesen i u statute međunarodnih kaznenih sudova zaduženih za suđenje njegovim počiniteljima.⁹⁰

Kazneno djelo genocida sastoji se, kao i sva ostala kaznena djela, od dva dijela: *actus reus* i *mens rea*. *Actus reus* predstavlja materijalni/fizički element pojma genocida te obuhvaća pet modaliteta njegovog počinjenja. Konvencijom o genocidu propisani modaliteti počinjenja taksativno su navedeni u čl. 2 čime je isključena mogućnost bilo kakvog supsumiranja sličnih, a nespomenutih radnji pod pojam genocida. Genocid se može počinuti: ubijanjem, odnosno nanošenjem teških tjelesnih ili psihičkih ozljeda članovima nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine, podvrgavanjem navedenih skupina takvim životnim uvjetima koji dovode do njihovog djelomičnog ili potpunog uništenja, nametanjem mjera kojima se sprječava rađanje u navedenim skupinama te, konačno, prisilnim premještanjem djece iz jedne skupine u drugu.⁹¹

Samo počinjenje navedenih radnji nije dovoljno da bi se one klasificirale kao počinjenje zločina genocida. Ono što genocid razlikuje od ostalih kaznenih djela i predstavlja njegovu *differentiam specificam* je *mens rea* odnosno namjera (u širem smislu) da se potpuno ili djelomično uništi određena nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina.⁹² Kroz daljnji razvoj

⁹⁰ UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (as amended on 17 May 2002), od 25. svibnja 1993., dostupno na: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf; UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (as last amended on 13 October 2006), 8 November 1994, dostupno na: http://www.icls.de/dokumente/ictr_statute.pdf

⁹¹ Konvencija o genocidu, čl. 2.

⁹² *Ibid.*

pojma genocida i praksu sudova istaknute su dvije komponente tog mentalnog/psihičkog elementa genocida: a) znanje da se poduzimanjem jednog ili više modaliteta počinjenja genocida može djelomično ili potpuno istrijebiti neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina; b) namjera (u užem smislu) da se uništi neka od navedenih skupina.⁹³ Istaknuta specifična namjera, odnosno *dolus specialis* genocida čini genocid ciljnim kaznenim djelom, a modaliteti njegovog počinjenja predstavljaju zapravo samo instrumente istrebljenja određene skupine. U toj je specifičnoj namjeri koncentrirana sva malicioznost ovog zločina te potreba njegovog kodificiranja međunarodnim pravom radi sprječavanja i kažnjavanja počinitelja genocida.

1.2. Broj žrtava

U pravnoj teoriji postavlja se pitanje koliki je broj žrtava jedne od metoda počinjenja genocida dovoljan da bi se mogla uspostaviti odgovornost za genocid. Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida izričito, bez generalne klauzule navodi da se genocid može počinuti samo prema pripadnicima određene nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine, no ne govori ništa o broju žrtava potrebnih da bi se kaznena djela kvalificirala kao genocid. Tek se tumačenjem može doći do nekih zaključaka.

Konvencija u članku 2. određuje da se načini izvršenja genocida moraju poduzeti „s namjerom da se potpuno ili djelomično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina“. Primjerice, ubojstvo kao modalitet počinjenja genocida mora biti počinjeno s konkretnim ciljem uništenja jedne skupine te je moguće da ubijanje tek nekoliko ljudi s ciljem uništenja jedne od taksativno navedenih skupina bude podvedeno pod definiciju genocida. Jednom utvrđeno da genocid ne mora nužno biti izvršen nad velikim brojem ljudi, postavlja se pitanje je li moguće da se ubojstvo samo jedne osobe izvršeno s genocidnom namjerom klasificira kao genocid.

Nastavljajući zaključivanje iz članka 2. Konvencije kao premise kojim smo došli do zaključka kako nije potrebno da se genocidna radnja počinjena s genocidnom namjerom počini prema velikom broju ljudi, može se zaključiti da je dovoljno da se genocidna radnja počini s genocidnom namjerom i prema pojedincu kako bi se deklarirala kao genocid. Iako je

⁹³ Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str.241. – 257.

svrha Konvencije kažnjavanje i sprječavanje genocidnih napada protiv ogromnog broja ljudi, primjetno je kako nijedna odredba Konvencije ne sprječava interpretaciju kojom bi se ubojstvo jedne osobe motivirano istrebljenjem njegove nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine odredilo kao genocid.

Potrebno je ipak naglasiti kako neće biti dovoljan puki čin ubojstva jedne osobe da bi se nekoga moglo optužiti za genocid ako ne bude dokazan *mens rea* odnosno ako intencija počinitelja nije usmjerena prema više pripadnika određene skupine. Ako je utvrđena takva namjera, nema zapreke da ubojstvo samo jednog čovjeka bude dovoljno da se proglašeni genocidom.⁹⁴

Problem broja žrtava genocida ostao je u domeni pravne znanosti, budući da u praksi još nije pokrenut nijedan postupak utvrđivanja odgovornosti za počinjenje genocida bilo nad manjim brojem ljudi, bilo nad jednom osobom. Nepokretanje postupaka za počinjenje genocida nad zanemarivim brojem ljudi je i očekivano, budući da se tim počiniteljima s manjim teretom dokazivanja može suditi za, primjerice, ubojstvo ili nanošenje teških tjelesnih i psihičkih ozljeda. Također, sudski postupci zbog genocida, kao zločina svih zločina, vode se protiv najodgovornijih počinitelja, odnosno protiv država, stoga je očekivano da se vode u slučajevima kada se radi o većem broju žrtava. Hipotetski gledano, kada bi se u praksi i pokrenuo postupak zbog genocida nad jednom ili tek nekoliko osoba, bilo bi teško povjerovati da bi sud mogao s razinom izvjesnosti utvrditi postojanje genocidne namjere i osuditi optužene za genocid.

U pravnoj znanosti, rasprava o potrebnom broju žrtava za ustanovljenje genocida veže se za članak 2.(a) Konvencije o genocidu, odnosno za ubojstvo kao modalitet počinjenja genocida. Međutim, isto pitanje nije prošireno na druge načine počinjenja genocida. Autori ovog rada zauzimaju stajalište da se dostatnost jedne žrtve može primijeniti na sve točke članka 2. Konvencije o genocidu. Kao što se ubojstvo jedne osobe s namjerom uništenja skupine postavlja kao dovoljno za ustanovljenje genocida, ne postoji jasna zapreka da se isto učini i s nanošenjem teških tjelesnih ili psihičkih ozljeda jednom članu skupine, ako je u namjeri počinitelja prisutna i namjera nanošenja takvih povreda i prema ostalim članovima

⁹⁴ Drost, P., *op. cit.* u bilj. 80., str. 84.–86.

skupine. Ista analogija je primjenjiva, a samim tim i opravdana na temelju članka 2., točke(c)⁹⁵, (d)⁹⁶ i (e)⁹⁷ Konvencije o genocidu.

1.3. Članak 2. (a): ubojstvo članova skupine

Kao prvi od pet taksativno navedenih modaliteta počinjenja genocida Konvencija navodi „ubojstvo članova skupine“⁹⁸. Znakovito je stavljanje upravo ubojstva na prvo mjesto budući da je genocid zločin usmjeren prema potpunom ili djelomičnom uništenju neke skupine, a fizičko eliminiranje članova neke nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine je najuočljivija pretpostavka postojanja genocida. Ipak, modaliteti počinjenja su postavljeni alternativno, te da bi se određeno ponašanje označilo kao genocidno nije nužno da obuhvati i ubijanje članova određene skupine. Potpuno bi opravdana bila osuđujuća presuda za genocid utemeljena samo na nekom od drugih modaliteta počinjenja. Međutim, kao najradikalniji *modus operandi* genocida predstavlja najalarmantniju indiciju da je počinjen genocid, stoga je upravo na ovom materijalnom elementu zločina genocida postavljen naglasak u svim dosadašnjim presudama međunarodnih sudova.

1.3.1. *Killing v. meurtre*

Konvencija je izvorno nastala na pet svjetskih jezika: engleskom, francuskom, kineskom, ruskom i španjolskom. U članku 2.a)⁹⁹ koji se odnosi na ubojstvo došlo je do diskrepancija u

⁹⁵ Namjerno podvrgavanje grupe takvim životnim uvjetima koji dovode do njenog potpunog ili djelomičnog uništenja. Primjenom dosadašnjeg zaključivanja, dovoljno bi bilo da se jednu osobu podvrgne životnim uvjetima koji dovode do njenog uništenja s namjerom nametanja istih uvjeta prema većem broju ljudi da bi se takvo ponašanje kvalificiralo kao genocidno.

⁹⁶ Npr. dovoljno bi bilo uspostavljanje mjera s namjerom sprječavanja rađanja prema jednoj ženi s genocidnom namjerom da se takvo ponašanje primijeni na veći broj žena pripadnica zaštićene skupine.

⁹⁷ Prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu. Dovoljno bi bilo da se prisilno premjesti jedno dijete, uz prisutnost namjere daljnjeg premještanja većeg broja djece s namjerom njihovog istrebljenja.

⁹⁸ Konvencija o genocidu, čl. 2(a)

⁹⁹ "U ovoj se konvenciji pod genocidom podrazumijeva bilo koje od sljedećih djela, počinjenih s namjerom da se potpuno ili djelomično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili religiozna grupa: (a) ubojstvo članova grupe (naroda)..."

nalaženju adekvatne riječi u svakom od pet navedenih jezika. Dok su u engleskoj, kineskoj, ruskoj i španjolskoj verziji¹⁰⁰ korišteni pojmovi koji sadržajno obuhvaćaju svako oduzimanje ljudskog života neovisno o subjektivnom odnosu počinitelja prema djelu, u francuskoj verziji se koristi pojam *meurtre*. *Meurtre* se odnosi isključivo na ubojstva počinjena s namjerom izazivanja smrti te je njegov sadržaj uži nego u *supra* navedenim jezicima.

Međunarodni kazneni sud za Ruandu¹⁰¹ (u daljnjem tekstu: ICTR) je u slučaju Kayishema i Ruzindana¹⁰² zauzeo stajalište da će se u donošenju odluke voditi izvornom francuskom verzijom. U dvojbi čijim se tekstom koristiti, ICTR se vodio načelom *in dubio pro reo*, budući da je pogodnije za optuženog da mu tužiteljstvo treba dokazati namjerno uzrokovanje smrti žrtava, a ne samo uzrokovanje smrti.

ICTR zauzeo je konačno stajalište da je kao pretpostavku za utvrđivanje postojanja *mentis reae* kao specifične namjere počinjenja genocida potrebno da ubojstvo kao modalitet počinjenja bude skrivljeno, samim time i da mora biti počinjeno s namjerom.¹⁰³ Međutim, u međunarodnom kaznenom običajnom pravu još ne postoji ujednačeno stajalište oko potrebnog oblika krivnje počinjenog ubojstva. Primjerice, Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od 1991. (u daljnjem tekstu: ICTY)¹⁰⁴ postavio je različite kriterije u dvjema svojim presudama. U presudi predmeta *Mucić* zauzeo je stajalište da je materijalni kriterij genocida pri počinjenju ubojstava zadovoljen i u slučajevima kada počiniteljeva namjera nije bila usmjerena prema ubojstvu, već prema nanošenju tjelesnih ozljeda.¹⁰⁵ U presudi predmeta *Popović*¹⁰⁶ tražio je da mora biti

¹⁰⁰ *Killing* (engleski); *matanza* (španjolski); *убийство* (ruski); *殺害該團體之分子* (kineski)

¹⁰¹ *Ad hoc* sud osnovan Rezolucijom 955 Vijeća sigurnosti 8. studenog 1994. radi progona osoba odgovornih za počinjenja genocida i zločina protiv čovječnosti počinjenih od 1. siječnja do 31. prosinca 1994. na području Ruande i susjednih zemalja između ruandskih plemena Hutu i Tutsi.; Novoselec P., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2009., str. 540.

¹⁰² ICTR, *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, od 21. svibnja 1999., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html>

¹⁰³ Quiqley J., *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, Aldershot, 2006., str. 95.-96.

¹⁰⁴ *Ad hoc* sud osnovan Rezolucijom 827 Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda 25. svibnja 1993. zbog progona počinitelja za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od 1991. godine.; Novoselec P., *op. cit.* u bilj. 101., str. 539.

¹⁰⁵ ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Mucić*, IT-96-21-T, od 16. studenog 1998., para. 439., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf

riječ o „namjernom ubojstvu“ kako bi bio zadovoljen materijalni element.¹⁰⁷ Neujednačena stajališta prakse u pogledu počiniteljeve namjere rezultat su nedostatka potrebe za rješenjem tog pitanja. Fokus i tužiteljstva i obrane je na dokazivanju, odnosno osporavanju krunske namjere, namjere uništenja nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine.

Međunarodni sud (u daljnjem tekstu: ICJ)¹⁰⁸ je pak, u presudama za utvrđivanje državne odgovornosti za genocid u slučajevima Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: BiH) protiv Srbije¹⁰⁹ te Hrvatska protiv Srbije¹¹⁰ napisanim u službenoj verziji na francuskom i engleskom jeziku utvrdio da riječi *killling* i *meurtre* imaju isto značenje te da ih sud tumači kao namjerno ubojstvo. Na taj je način čvrsto odredio svoje tumačenje ubojstva i onemogućio prostor dvojznamenitosti u tumačenju ispunjenja ovog *actus rei* elementa genocida.

1.3.2. Pitanje pripadnosti žrtava ubojstava skupini nad kojom je počinjen genocid

Iz Konvencije o genocidu nedvojbeno proizlazi da materijalni elementi genocida počinjeni sa specifičnom namjerom uništenja moraju biti usmjereni prema točno određenoj nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili vjerskoj skupini. Pojavilo se pitanje, ponajprije u teoriji, a potom i u praksi: radi li se o genocidu u slučaju kada se uslijed provođenja genocidne politike masovnim ubojstvom prema određenoj skupini, među pripadnicima te skupine nalazio manji broj

¹⁰⁶ ICTY, Prosecutor v. Popović, IT-05-88, od 10. lipnja 2010., para. 788., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>

¹⁰⁷ „Wilful killing“; ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brđanin, IT-99-36-T, od 1. rujna 2004., para. 739., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>

¹⁰⁸ Međunarodni sud pravde (*International Court of Justice*) osnovan je Poveljom Ujedinjenih naroda 26. lipnja 1945. sa zadaćom rješavanja sporova među državama vezanih za tumačenje bilateralnih i multilateralnih ugovora, za bilo koje međunarodnopravno pitanje, za kršenje međunarodnih obveza te za reparaciju štete državi koja ih je pretrpjela zbog kršenja tih obveza.; Charter of the United Nations, čl. 92.-96., dostupno na: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>; <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter3.shtml>; <http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2>

¹⁰⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, I.C.J. Reports 2007, para. 186. , od 26. veljače 2007., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> (u daljnjem tekstu: skraćeno citiranje: „ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro“)

¹¹⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgement, I.C.J. Reports 2015, para 156., od 3. veljače 2015., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (u daljnjem tekstu: skraćeno citiranje: „ICJ, Croatia v. Serbia“)

pripadnika neke druge skupine. Postoji li genocid i u odnosu na ubijene pojedince koji nisu članovi skupine u odnosu na koju je postojala genocidna namjera?

Takvo pitanje je dosada izričito otvoreno jedino pred ICTR-om u predmetu *Akayesu*¹¹¹ gdje je sud zauzeo stajalište da u odnosu na žrtvu koja nije član skupine protiv koje postoji genocidna namjera ne može biti počinjen genocid. Genocid upravo karakterizira namjera istrebljenja neke skupine, međutim ukoliko je neki modalitet njegovog počinjenja usmjeren prema osobi koja nije pripadnik te skupine, ne može se raditi o genocidu. Neovisno kolika bi razina zvjerstva bila učinjena prema žrtvi.

1.3.3. Ispunjenje *actus rei* elementa iz čl. 2.(a) u slučaju *BiH v. Srbija*

1.3.3.1. Podizanje tužbe Bosne i Hercegovine protiv Savezne Republike Jugoslavije

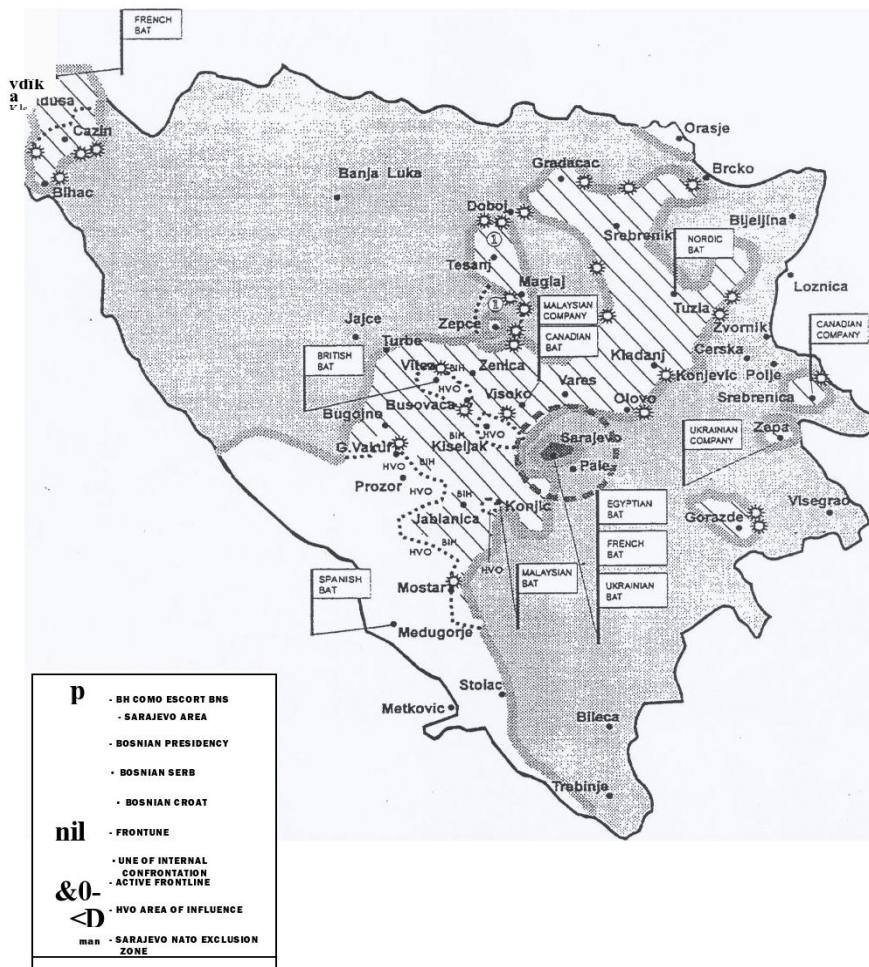
Tužba Bosne i Hercegovine protiv Srbije drugi¹¹² je pokrenuti postupak pred Međunarodnim sudom zbog povrede Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju genocida, no prvi koji je dočekao pravomoćnost. Dana 20. ožujka 1993. BiH podnijela je tužbu protiv Savezne Republike Jugoslavije (u daljnjem tekstu: SRJ). Sukcesijom na mjesto tužene SRJ stupa njena pravna slijednica Srbija i Crna Gora s učinkom od 4. veljače 2003. godine. Nakon toga, raspadom Srbije i Crne Gore na dvije države, na mjestu tužene strane od 3. lipnja 2006. ostaje samo Republika Srbija. Takav je rasplet posljedica međunarodnog bilateralnog ugovora

¹¹¹ ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, ICTR, 2. rujna 1998., para. 711. dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html>

¹¹² Prvi slučaj u kojem jedna država tuži drugu državu zbog povrede Konvencije o genocidu je slučaj u kojem Pakistan 1973. godine tuži Indiju za počinjenje genocida zbog indijskih nastojanja da transferiraju pakistanske ratne zatvorenike u Bangladeš radi suđenja za genocid. Na pakistansku tužbu Indija se oglašila te tvrdila da ICJ nema nadležnost da sudi u navedenom predmetu. Svoje argumente je temeljila na rezervi koju je položila na članak 9. Konvencije o genocidu („Sporovi između ugovornih strana, vezanih za tumačenja, primjene i izvršenja ove konvencije, uključujući i one koji se odnose na odgovornost neke države po predmetu genocida ili kojeg drugog djela navedenog u članu III, bit će izneseni pred Međunarodni sud pravde, na zahtjev bilo koje strane u sporu.“). Indijska vlada zaključila je da je za podvrgavanje nadležnosti ICJ-u potrebna suglasnost obje stranke, što u njihovom predmetu nije bio slučaj te je odbila daljnje sudjelovanje. Nakon što indijski zastupnici nisu nazočili usmenom dijelu postupka, Pakistan je tražio njegovu odgodu. Konačno, Pakistan je s ciljem poboljšanja odnosa s Indijom i nastavka pregovora odlučio da neće nastaviti s postupkom te je povukao tužbu.; Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India), Pleadings, Oral Arguments, I.C.J., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/60/9463.pdf>; Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str. 499.-501.

dviju samostalnih država, Srbije i Crne Gore te obavještavanja Glavnog tajnika UN-a od strane predsjednika Republike Srbije da je Republika Srbija pravni slijednik bivše Srbije i Crne Gore te da preuzima sva njena međunarodna prava i obveze.¹¹³

BOSNIA AND HERZEGOVINA FRONTLINES



1 March 1994

This map is not to be taken as necessarily representing the views of the UN on boundaries or political status.

UNHCR Office of the Special Envoy for former Yugoslavia - External Relations Unit (tth)

Slika 2.: Mapa mjesta u BiH relevantnih za predmet *BiH v. Srbija* pred Međunarodnim sudom (izvor: Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia

¹¹³ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*. para. 1. et 67.

and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Memorial of the government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, od 15. travnja 1994., str. 23.)

1.3.3.2. Osnovanost tužbe Bosne i Hercegovine u odnosu na članak 2.(a) Konvencije o genocidu: ubijanje članova skupine

BiH je u tužbi tvrdila da su izvršena masovna ubojstva kao modalitet počinjenja genocida s jasno izraženom genocidnom namjerom u Sarajevu, u Zvorniku, u Kazneno- popravnom domu Foča, u Prijedoru, u logoru Manjača u blizini Banja Luke, u Brčkom, te, konačno, u Srebrenici.¹¹⁴

ICJ je utvrdio postojanje genocida tek u Srebrenici, dok je u odnosu na ostale dijelove tužbe obzirom na članak 2.(a) Konvencije presudio da se nije dogodio genocid. U nastavku teksta odvojeno će biti obrađeni dijelovi za koje je Sud presudio da su neosnovani, od dijela koji se odnosi na Srebrenicu za kojeg je utvrdio osnovanost.

1.3.3.2.1. Odbijeni dio zahtjeva Bosne i Hercegovine

a) Sarajevo

U donošenju presude i utvrđivanju činjenica koje su se odnosile na Sarajevo, ICJ se služio činjeničnim stanjem koje je u svojim postupcima utvrdio ICTY te izvještajima Komisije stručnjaka ICTY-a¹¹⁵. BiH je isticala kako je tijekom rata u Sarajevu poginulo stotine civila, što se slagalo s utvrđenim činjeničnim stanjem koje je utvrdila Komisija stručnjaka ICTY-a. Srpska se obrana u odnosu na poricanje ubojstva kao materijalnog elementa genocida temeljila na tvrdnjama da se radilo o građanskom ratu, a da u građanskom ratu nije uvijek moguće razlikovati civile od boraca. Srbija nije poricala da su zločini, koje bi se moglo

¹¹⁴ Redoslijed nabranjanja prati redoslijed obrađivanja pojedinih dijelova u presudi

¹¹⁵ *Commission of Experts*; Vijeće Sigurnosti UN-a je Rezolucijom 780 (1992) tražilo od Glavnog tajnika UN-a da osnuje Komisiju stručnjaka ICTY s ciljem ispitivanja činjeničnog stanja u svrhu utvrđivanja povreda humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije. Komisija stručnjaka je djelovala od studenog 1992. do travnja 1994. godine.; http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf

kvalificirati kao ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, prije i tijekom opsade Sarajeva bili počinjeni. Međutim, oštro se protivila tvrdnjama da je postojao plan ubijanja civila i bilo kakva genocidna namjera.¹¹⁶

b) Zvornik

BiH je tvrdila da je u Zvorniku, u dolini rijeke Drine ubijeno 2500 islamske populacije u travnju i svibnju 1992. Srbija je negirala takve navode, braneći se da se bosansko-hercegovačka tvrdnja zasniva na iskazu jednog jedinog svjedoka.¹¹⁷

c) Kazнено–popravni dom Foča

U Kazнено–popravnom domu Foča sud je utvrđivao činjenično stanje u odnosu na ubojstva kao modalitet počinjenja genocida iz izvještaja Komisije Stručnjaka ICTY-a. U tom izvještaju utvrđena su počinjenja brojnih ubojstava, postojanje masovne grobnice, te činjenica da je broj živih zatvorenika s 570 pao na 130 u razdoblju manjem od dva mjeseca.¹¹⁸

d) Prijedor

U selima Kozarac i Hambarine u blizini Prijedora, s gotovo apsolutnim islamskim stanovništvom, srpske su snage ulazile u obiteljske kuće i ubijale sve ljude koje bi ondje zatekli. Također, sudeći po navodima svjedoka, civilno stanovništvo koje je izašlo na ulice mašući bijelim zastavama s ciljem predaje, napadala su tri srpska tenka pri čemu je velik broj njih poginuo. Komisija stručnjaka ICTY-a procijenila je da je u Kozarcu živote izgubilo pet tisuća ljudi.

¹¹⁶ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 246.- 249.

¹¹⁷ *Ibid.* para. 250.- 251.

¹¹⁸ *Ibid.* para. 254.- 257.

Srpska obrana pred ICJ-em bazirala se na tvrdnjama da se u tim selima odvijao ratni sukob i da je većina poginulih bila dio vojske BiH, a da je broj nastradalih civila bio neznan.¹¹⁹

e) Logor Manjača u blizini Banja Luke

Komisija stručnjaka ICTY-a i Stručnjak Ujedinjenih naroda za nestale osobe¹²⁰ potvrdili su postojanje masovnih grobnica u blizini logora Manjača. Vlada BiH naredila je iskopavanje poginulih te u jednoj grobnici pronašla kosti 540 tijela, dok je u drugoj pronađeno 27 tijela bosanskih Muslimana.¹²¹

f) Brčko

Logor Luka u blizini Brčkog također je bio poprište velikog broja ubojstava. Svjedoci su u svojim iskazima procjenjivali da je broj žrtava u tom logoru bio veći od dvije tisuće. Iako se točan broj ne može potvrditi, utvrđeno je da su se ubojstva odvijala na dnevnoj bazi, a trupla prevozila u kamionima hladnjačama za prijevoz mesa i potom bacala u rijeku Savu. ICTY je u predmetu *Jelisić* potvrdio brojna ubojstva, te iako nije mogao utvrditi njihov broj koji bi pripisao optuženom, zaključio je da je zadovoljen materijalni element počinjenja genocida.¹²²

g) Presuda ICJ-a za genocid u prije navedenim područjima

Na temelju prije iznesenih činjenica ICJ je s razinom izvjesnosti utvrdio da su u dijelovima BiH, te u srpskim logorima izvedena masovna ubojstva. Također, utvrđeno je da je ogromna

¹¹⁹ *Ibid.* para. 257. -261.

¹²⁰ Organ UN-ove Komisije za ljudska prava (*The United Nations Commission on Human Rights*) osnovan njenom Rezolucijom 1995/35 s ciljem stvaranja izvješća o pitanju nestalih osoba na teritoriju bivše Jugoslavije.; UN C.H.R. res. 1995/34, ESCOR Supp. (No. 4) at 115, U.N. Doc. E/CN.4/1995/34 (1995), dostupno na: <http://www1.umn.edu/humanrts/UN/Resolutions95.html>

¹²¹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 270.

¹²² *Ibid.* para. 271.- 275.

većina žrtava pripadala skupini bošnjačkih Muslimana, skupine zaštićene Konvencijom o genocidu, što daje naznaku da je postojao pomno smišljen plan njihovog sustavnog ubijanja¹²³. Sud je presudio da je u BiH, u gore navedenim područjima, zadovoljen materijalni element počinjenja genocida iz članka 2.(a) Konvencije o genocidu. Pritom, Sud nije uspostavio listu ubijenih ljudi, niti se upuštao u procjenu broja ubijenih.

ICJ, ipak, nije bio uvjeren da su se masovna ubojstva izvodila sa specifičnom namjerom (*dolus specialis*) da se djelomično ili u potpunosti istrijebi populacija bošnjačkih Muslimana. U pažljivom prikupljanju činjenica, pri čemu je posezao i za onima utvrđenim u postupcima pred ICTY-em i od strane njegovih stručnih komisija, utvrdio je da optuženoj stranci nije dokazano postojanje namjere uništenja. ICJ također zaključuje da bi se ubojstva mogla kvalificirati kao ratni zločini ili zločini protiv čovječnosti, ali da ICJ nema nadležnost da odlučuje o tim pitanjima. Stoga su zahtjevi BiH u ovom dijelu tužbe odbijeni kao neosnovani.¹²⁴

1.3.3.2.2. Usvojeni dio zahtjeva Bosne i Hercegovine

Iz tužbenog zahtjeva BiH ICJ je utvrdio da se genocid dogodio jedino na području Srebrenice, odnosno da su tamo zadovoljena oba elementa: *actus reus* u vidu masovnih ubojstava te *mens rea* u vidu postojanja genocidne namjere istrebljenja bosanskih Muslimana.

U donošenju odluke ICJ se uvelike oslanjao na činjenično stanje utvrđeno u slučajevima *Krstić* i *Blagojević* pred ICTY-em. Dokazano je da je u srpnju 1995. ubijeno preko sedam tisuća bosanskih Muslimana. Srpska obrana nije osporavala ni broj poginulih, kao ni činjenicu da ih je ubila Vojska Republike Srpske (u daljnjem tekstu: VRS) i pripadnici Ministarstva unutarnjih poslova Republike Srpske (u daljnjem tekstu: MUP RS), već su negirali postojanje specifične namjere istrebljenja islamskog stanovništva s područja Srebrenice.

Zastupnici BiH iznosili su stajalište da je prije samog napada na Srebrenicu postojala namjera istrebljenja, te su se pritom pozivali na naredbe general-pukovnika VRS Ratka

¹²³ *Ibid.* para. 276.

¹²⁴ *Ibid.*, para. 277.

Mladića. Međutim, ni iz jedne od njegovih naredbi nije se mogla sa razinom izvjesnosti iščitati genocidna namjera. Jednako je stajalište zauzeo i ICTY u slučajevima Krstić¹²⁵ i Blagojević¹²⁶. U daljnjem tijeku postupka utvrđeno je da je početni plan VRS-a bio samo osvajanje gradske jezgre Srebrenice, no kako su u tijeku akcije snage Armije Republike Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Armija RBiH) pokazale neznatan otpor, plan VRS-a je proširen na zauzimanje šireg prostora Srebrenice. U toj lakoći ratnog osvajanja, konačno postaje vidljivo postojanje *dolus specialis* genocida.

Osvajanjem Srebrenice u prvi plan dolazi izvedba genocidnog plana vodstva Republike Srpske (u daljnjem tekstu: RS). U pregovorima vodstva *United Nations Protection Force-a* (u daljnjem tekstu: UNPROFOR)¹²⁷ i Ratka Mladića kao predstavnika vodstva VRS-a o zbrinjavanju izbjeglica i općenito civilnog pučanstva, Ratko Mladić izjavio je da civili nisu meta napada te da treba uspostaviti zajednički cilj njihovog zbrinjavanja.¹²⁸ Iste riječi Mladić je ponovio i predstavnicima bosanskih Muslimana. Obećao im je svoju pomoć te jamčio da će iskoristiti svoj ugled i autoritet kako bi pomogao nevinom islamskom stanovništvu. Zahtijevao je tek njihovo potpuno razoružanje, te privremeno odvajanje muške populacije u rasponu od 16 do 60 godina s ciljem njihovog slikanja i identifikacije radi eventualnog budućeg kaznenog progona za ratne zločine. Obećao je da će, nakon što budu uneseni u registar, svima biti omogućen slobodan izlazak iz Srebrenice. To je bio prvi put da je iznesena ideja odvajanja sposobnog muškog stanovništva.

Očito je da je ideja odvajanja bila prethodno isplanirana, da su srpske snage djelovale organizirano, te da je na čelu tog plana bio general-pukovnik Ratko Mladić. Jednom odvojenih sedam tisuća ljudi nikad više nisu vraćeni u konvoj žena, djece i nemoćnih staraca, već su bili ubijeni. Sedam tisuća ljudi činili su isključivo bosanski Muslimani, neovisno jesu li

¹²⁵ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-A, od 19. travnja 2004., para. 90., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>

¹²⁶ ICTY, Prosecutor v. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić, IT-02-60-T, od 17. siječnja 2005., para.130., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/tjug/en/bla-050117e.pdf

¹²⁷ *United Nations Protection Force* (Zaštitne snage Ujedinjenih naroda) bila je mirovna operacija Ujedinjenih naroda zadužena za održavanje i uspostavljanje mira na području BiH i Hrvatske. Djelovala je od veljače 1992. do ožujka 1995. godine. Osnovana je Rezolucijom 713 Vijeća sigurnosti 1991. godine.; UN Security Council, Resolution 713 (1991), od 25. rujna 1991., dostupno na: <http://www.un.org/Docs/scres/1991/scres91.htm>; http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unprof_b.htm

¹²⁸ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 286.

bili civili ili vojnici. Odvojeni su i ubijeni samo na osnovi njihovog bosansko-muslimanskog identiteta.¹²⁹

ICJ je presudio da je ideja odvajanja žena, djece i staraca te ideja ubijanja svih sposobnih muškaraca bila nedvojbeno usmjerena prema fizičkog nestanku bosanskih Muslimana sa područja Srebrenice. Na taj način utvrđeno je postojanje *mentis reae*, odnosno namjere uništenja te je utvrđeno da je u Srebrenici u srpnju 1995. godine počinjen genocid.

1.3.4. Ispunjenje *actus rei* elementa iz čl. 2(a) u predmetu *Hrvatska v. Srbija*

U slučaju tužbe Republike Hrvatske protiv Srbije za utvrđenje počinjenja genocida od strane SRJ čiji je Srbija pravni slijednik, ICJ je prvenstveno utvrdio suglasnost stranaka u tumačenju članka 2.(a) Konvencije o genocidu. Stranke su se suglasile da engleskoj verziji i riječi „killing“ te francuskoj verziji i riječi „meurtre“ daju isto značenje, značenje ubojstva počinjenog s namjerom.¹³⁰

U svom je tužbenom zahtjevu Republika Hrvatska, prije svega, tražila da se utvrdi kako su snage Jugoslavenske Narodne Armije (u daljnjem tekstu: JNA) počinile masovna ubojstva s jasno izraženom genocidnom namjerom u: Istočnoj Slavoniji, Zapadnoj Slavoniji, Banovini, Kordunu, Lici i Dalmaciji.¹³¹ ICJ nije mogao utvrditi postojanje *mentis reae* u nijednom od navedenih područja te je odbio hrvatsku tužbu. U daljnjem tekstu: ukratko će biti opisano utvrđeno činjenično stanje na navedenim područjima.

¹²⁹ Smith, K. E., *Genocide and the Europeans*, Cambridge, 2010., str. 123.-129.

¹³⁰ ICJ, *Croatia v. Serbia*, od 3. veljače 2015, para. 155. *et* 156.

¹³¹ Redoslijed nabiranja prati redoslijed obrađivanja pojedinih dijelova u presudi

Regions and selected localities referred to by the Parties



Slika 3.: Mapa mjesta u Hrvatskoj relevantnih za predmet *Hrvatska v. Srbija* pred Međunarodnim sudom (izvor: ICJ, *Croatia v. Serbia*, str. 36.)

a) Istočna Slavonija

Glavni fokus hrvatskih zastupnika u dokazivanju počinjenja genocida bio je na zločinima počinjenim u Istočnoj Slavoniji, prije svega u Vukovaru.

Republika Hrvatska tvrdila je da je u napadu JNA na Vukovar, od kraja kolovoza do konačnog pada 18. studenoga 1991., poginulo između 1200 i 1700 ljudi, od kojih je većinu

činilo civilno stanovništvo tog grada. Prema hrvatskom stajalištu, plan vlasti u Beogradu bio je osvajanje Vukovara koji bi nakon ispunjenja plana stvaranja Velike Srbije postao središte nove srpske pokrajine koja bi obuhvaćala Slavoniju, Baranju i Zapadni Srijem. Pritom su masovno protjerivali, ubijali, mučili i silovali hrvatsko stanovništvo.¹³² U argumentiranju svojih navoda i dokazivanju ostvarenja ubojstva kao *actus rei* elementa genocida, hrvatska strana je ukazala na presudu u predmetu *Mrkšić*¹³³ donesenu pred ICTY-em. ICTY je utvrdio kako je jasno da napad na Vukovar nije bio ograničen na vojne ciljeve, nego je također bio usmjeren na većinsko hrvatsko civilno stanovništvo tog grada. Desetkovano stanovništvo Vukovara je u podrumima i raznim podzemnim nastambama pronalazilo skrovišta od neprestanog bombardiranja grada. Pri ulasku srpskih snaga u Vukovar, ono što je uslijedilo nikako nije davalo dojam oružanog sukoba vojski dviju država, već jednostrani napad nadmoćne JNA koja je sustavno uništavala grad i ubijala njegovo civilno stanovništvo. Agresija se nastavljala do mjere kada hrvatskoj strani, osim potpune predaje, ništa drugo nije preostalo.¹³⁴ Pored toga, dokazana su i masovna ubojstva počinjena na Ovčari i u Veleprometu. Nakon što su ranjenike, među kojima je bio velik broj civila, silom izveli iz vukovarske bolnice, odveli su ih na strijeljanje. Njih 350 poginulo je u Veleprometu, dok je njih 260 živote izgubilo na Ovčari.¹³⁵

Srpska obrana isticala je više manjkavosti hrvatske tužbe. Prije svega, smatrali su da je broj žrtava koji je naznačen u tužbi preuveličan te kako hrvatska strana nije podnijela dovoljno dokaza kojima bi potkrijepila navedeni broj žrtava. Međutim, znamo li da broj žrtava u tužbi za genocid nije u konačnici bitan i da je teoretski moguće da genocid bude počinjen i nad jednom osobom, utvrđenje broja poginulih iznosio on 1200 ili 1700 za ICJ nije bitan. Također, treba istaknuti kako ICJ u presudi predmeta BiH protiv Srbije nije utvrdio broj poginulih jer je točan broj smatrao irelevantnim. Nakon toga, Srbija je tvrdila kako hrvatska strana nije uložila dovoljno napora i nije razlikovala poginule hrvatske vojnike u ostvarenju legitimnih vojnih ciljeva od poginulih civila. Premda Srbija nije negirala postojanje zločina poput brutalnih masovnih ubojstava, štoviše, pozivala se na presude donesene pred srpskim

¹³² ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 213.-214.

¹³³ ICTY, *Prosecutor v. Mile Mrkšić, Miroslav Radić, Veselin Šljivančanin*, IT-95-13/1-T, od 27. rujna 2007., para. 470. et 472., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/en/090505.pdf>

¹³⁴ *Ibid.*, para. 470.

¹³⁵ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 212. – 224.

sudovima za počinitelje ubojstava na Ovčari, ističe kako u počinjenju kaznenih djela nema nikakvih naznaka postojanja genocidne namjere istrebljenja hrvatskog stanovništva.

U odnosu na Vukovar, ICJ je utvrdio da je zadovoljen *actus reus* element genocida iz članka 2(a) Konvencije o genocidu.¹³⁶

b) Zapadna Slavonija

Hrvatska strana tvrdila je da su snage JNA u Voćinu, u Zapadnoj Slavoniji ubijale hrvatsko civilno stanovništvo s namjerom istrebljenja. Međutim, dokazi kojima bi potkrijepili svoje navode proglašeni su nedostatnima da bi se uopće utvrdilo postojanje ubojstava, dok se u ispitivanje genocidne namjere uopće nije ni upuštalo. Naime, činjenicu da je od 12. do 14. prosinca 1991. ubijeno 35 Hrvata dokazivalo se iskazom svjedoka koji nije osobno svjedočio navodnim ubojstvima. Također, pozivalo se na izvještaj Helsinškog odbora za ljudska prava koji je donosio zaključke na temelju iskaza neidentificiranog svjedoka koji je navodno prisustvovao počinjenim ubojstvima. ICJ je zaključio da hrvatska strana nije pružila dovoljno kvalitetnih dokaza i nije mogao utvrditi ni postojanje *actus rei* elementa genocida.

c) Banovina

Prema tvrdnjama Republike Hrvatske u Banovini, u selu Joševica pokraj Gline te u selima Hrvatska Dubica, Cerovljani i Baćin nedaleko od Hrvatske Kostajnice, ubijena je 81 osoba s namjerom istrebljenja hrvatskog stanovništva. Radi utvrđenja brojnih ubojstava, hrvatska strana pozvala je nekoliko svjedoka koji su osobno prisustvovali ubojstvima, međutim njihov krunski dokaz za počinjena ubojstva na navedenim područjima bila je presuda ICTY u slučaju *Martić*¹³⁷ i u slučaju *Stanišić i Simatović*¹³⁸.

¹³⁶ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 224.

¹³⁷ ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, IT-95-11-T, od 12. lipnja 2007., para. 324., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>

¹³⁸ ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Simatović*, IT-03-69-T, od 30. svibnja 2013., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/stanistic_simatovic/tjug/en/130530_judgement_p1.pdf

ICTY je utvrdio kako je JNA u Joševici pretraživala obiteljske kuće s ciljem pronalaska, a potom ubijanja Hrvata. Također, dokazano je postojanje masovne grobnice u blizini sela Baćin na temelju iskaza tajnog svjedoka pseudonima Miloš Andrić koji je osobno svjedočio kako su srpski vojnici nasmrtno prebili desetke ljudi te ih bacali u iskopanu raku.

ICJ je presudio kako su u navedenim selima u Banovini počinjena brojna ubojstva te da je time ispunjen *actus reus* kao modalitet počinjenja genocida.

d) Kordun

ICTY je u svojim presudama u predmetima *Martić* te *Stanišić i Simatović* utvrdio da je JNA ubijala malobrojno hrvatsko civilno stanovništvo u kordunskom selu Lipovača. Međutim, ICTY je u dvjema presudama zauzeo drukčije zaključke u pogledu broja ubijenih. Dok je u predmetu *Martić* ustanovio da je ubijeno sedam civila, u predmetu *Stanišić i Simatović* je ustanovio da ih je ubijeno troje. Ne upuštajući se dublje ustanovljenje broja žrtava, ICJ je zaključio kako je u pogledu počinjenih ubojstava ispunjen *actus reus* genocida te kako su ubijena minimalno tri civila.

e) Lika

U ličkom selu Saborsko, JNA i srpske paravojne jedinice su nakon zračnog bombardiranja ušle u selo gdje su razarali hrvatske kuće te ubijali sve hrvatske civile koje su ondje zatekli. Potrebe za dokazivanjem navedenih činjenica nije bilo, budući da su već utvrđene pred ICTY-em u slučaju *Martić*, kao i u slučaju *Stanišić i Simatović*, a srpski zastupnici su se unaprijed složili s njihovom istinitošću. Zanimljiv je zaključak ICTY u slučaju *Martić*: „Sud je našao da su ubojstva počinjena s ciljem diskriminiranja isključivo na osnovi hrvatskog identiteta“.¹³⁹ ICJ je slijedom navedenog zaključio kako je ubojstvima na području Like ispunjen *actus reus* element genocida.

¹³⁹ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 270.

f) Dalmacija

Hrvatski zastupnici tvrdili su da je JNA vršila bombardiranje sela Škabrnja u zadarskom zaleđu bez opravdanog vojnog cilja. Srpski tenkovi gađali su obiteljske kuće, školu i crkvu, dok su vojnici ispaljivali raketne bacače u nastojanju da Škabrnju do temelja razore. Pritom je stradao veliki broj hrvatskih civila, a oni koji su preživjeli skriveni u svojim podrumima i drugim skloništim, su bili izvučeni van i potom streljani. Navedeno činjenično stanje je bilo potvrđeno i pred ICTY-em u slučajevima *Martić* te *Stanišić i Simatović*, a dokazivanje je dodatno olakšano činjenicom da je srpska obrana priznala navedene tvrdnje.

ICJ je presudio postojanje brojnih ubojstava nad skupinom zaštićenom Konvencijom o genocidu, odnosno utvrdio da je ubojstvima u Škabrnji utvrđen *actus reus* element genocida iz članka 2.(a) Konvencije.¹⁴⁰

Republika Hrvatska je u svoju tužbu unijela i smrt brojnih civila za vrijeme bombardiranja Dubrovnika. Međutim, nije podnijela dokaze koji bi potvrdili njene navode. Jedini vjerodostojni temelj kojim se dokazuje ispunjenje *actus rei* elementa genocida iz članka 2.(a) Konvencije je presuda ICTY-a u predmetima *Jokić* i *Strugar*. Međutim, u tim je presudama ICTY utvrdio ubijana tek dva civila, a ne velik broj njih kako je Hrvatska navela u svojoj tužbi. To je ipak bilo dovoljno ICJ-u da utvrdi postojanje ubojstva kao konstitutivnog elementa genocida.

1.4. Članak 2(b): Nanošenje teških tjelesnih ili psihičkih povreda

1.4.1. Uvod

U Nacrtu konvencije Glavnog tajnika UN-a točka b trebala je obuhvaćati sakaćenja i biološke eksperimente izvršene u nemedicinske svrhe. Konsenzus uvođenja termina teških tjelesnih ozljeda donesen je udruženom inicijativom Velike Britanije i Indije, dok je dio koji se odnosi na psihičke ozljede prošao dulji put. Naime, Republika Kina je prva podnijela inicijativu inkriminacije nanošenja psihičkih ozljeda pri čemu je inzistirala na izričitom

¹⁴⁰ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 284.

navođenju prisilnog drogiranja pripadnika zaštićene skupine kao načinu počinjenja genocida.¹⁴¹ Kineski prijedlog bio je odbijen te se stvorilo privremeno uvjerenje da nanošenje psihičkih ozljeda neće biti uvršteno kao *actus reus* element genocida. Međutim, na inzistiranje predstavnika Indije¹⁴² ostale države nisu odoljele pritisku te je konačno usuglašen tekst članka 2.(b) Konvencije o genocidu: „nanošenje teških tjelesnih ili psihičkih povreda.“¹⁴³

Specifičnost ovog modaliteta počinjenja genocida je to što u sebi sadrži vrijednosnu ocjenu težine nanesenih povreda. Iz formulacije navedenog članka za zadovoljenje *actus rei* elementa genocida odlučujuća je konačna posljedica teške tjelesne, odnosno alternativno postavljene psihičke ozljede, dok načini njihovog počinjenja nisu pobliže određeni. Glavna uloga u utvrđivanju načina nanošenja teških tjelesnih ili psihičkih povreda povjerena je sudskoj praksi koja ističe kako iste mogu biti počinjene: fizičkim ili psihičkim mučenjem, nečovječnim ili ponižavajućim ponašanjem, policijskim ispitivanjem praćenim upotrebom fizičke sile i prijetnje te seksualnim nasiljem i silovanjem.¹⁴⁴

1.4.2. Silovanje kao način nanošenja teških tjelesnih i psihičkih povreda iz članka 2(b) Konvencije o genocidu

Pitanje silovanja kao načina počinjenja genocida najlakše se može podvesti pod članak 2(b) Konvencije o genocidu. Prvi predmet u kojem je iznesena optužba za počinjenje genocida nanošenjem teških tjelesnih ili psihičkih ozljeda silovanjem bio je slučaj *Akayesu* pred ICTR-om.¹⁴⁵ U početku, tužiteljstvo nije u tužbu za genocid uvrstilo silovanje kao način počinjenja genocida. Međutim, nakon pritiska javnosti, ruandskih nevladinih organizacija te brojnih međunarodnih organizacija optužnica je naknadno izmijenjena te je obuhvatila i silovanje kao način nanošenja teških tjelesnih i psihičkih ozljeda. Presuda u predmetu

¹⁴¹ Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str.181.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Konvencija o genocidu, čl. 2(b)

¹⁴⁴ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 157. – 160.

¹⁴⁵ Chenault, S., *And Since Akayesu? The Development of ICTR Jurisprudence on Gender Crimes: A Comparison of Akayesu and Muhimana*, *New England Journal of International and Comparative Law*, 2008, Vol. 14, str. 222.

Akayesu, stoga, tvori znatan doprinos razvoju tumačenja pojma genocida. Premda se njom nisu ustanovili revolucionarni zaključci, ona predstavlja otpor povijesnoj trivijalizaciji ratnog seksualnog nasilja usmjerenog prvenstveno prema ženama.¹⁴⁶

Iako inkriminiranje silovanja predstavlja pozitivan korak u razvoju pojma genocida, proizvelo je dvojbe u pogledu njegovog pozicioniranja kod konkretnog modaliteta počinjenja. Tužiteljstvo u predmetu *Akayesu* odlučilo je navesti silovanje kao način nanošenja teških tjelesnih ili psihičkih ozljeda, no u praksi je svrstavan i u druge modalitete počinjenja. U nastavku ovog rada, na odgovarajućim će mjestima biti obrađeno navođenje silovanja i kod drugih *actus rei* elemenata genocida.

Pitanje silovanja kao načina počinjenja genocida na temelju članka 2(b) Konvencije o genocidu javilo se prvi put pred ICJ-em u slučaju tužbe BiH protiv Srbije. Zastupnici BiH su istaknuli tezu da je sustavnim silovanjima nad ženskim dijelom populacije bosanskih Muslimana počinjen genocid. Srpska strana je potvrdila da je moguće da genocid nanošenjem teških tjelesnih i psihičkih ozljeda bude počinjen i silovanjem, ali da to nije bio slučaj u njihovom predmetu. Suglasnost obje strane o silovanju kao načinu nanošenja teških tjelesnih i psihičkih povreda potvrdio je i sam ICJ, nadovezavši se tako na praksu ICTR-a.¹⁴⁷ U presudi predmeta Republike Hrvatske protiv Srbije pred ICJ-em, Sud se pozvao na vlastiti zaključak iz predmeta BiH protiv Srbije i na taj način nedvojbeno potvrdio da je silovanje način počinjenja genocida na temelju članka 2(b) Konvencije. Time je novina uvedena presudom u slučaju *Akayesu* postala općeprihvaćena.

1.4.3. Kvalitativni kriterij nanošenja teških tjelesnih ili psihičkih povreda

Da bi bio ispunjen materijalni element počinjenja genocida iz članka 2.(b) Konvencije o genocidu potrebno je, prije svega, da bude ostvaren konačan rezultat nanošenja teških tjelesnih ili psihičkih ozljeda. Naglasak je, dakle, na posljedici koja mora biti teška. Budući da Konvencija o genocidu ne specificira težinu, ta zadaća je prepuštena znanosti i praksi. Komisija za međunarodno pravo predložila je postavljanje visokog standarda tražeći da

¹⁴⁶ Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str.185.-189.

¹⁴⁷ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 300.

nanese tjelesne ili psihičke ozljede moraju biti toliko ozbiljne prirode da ugroze opstanak zaštićene skupine.¹⁴⁸ Ovakvo tumačenje ide izvan okvira postavljenih samim tekstom Konvencije o genocidu te njenih pripremnih tekstova. ICTR je pak presudio da je kriterij teških povreda zadovoljen kada se ozbiljno ugrozi zdravlje pojedinaca, uzrokuje fizičko unakaženje pojedinca te se nanese ozbiljna povreda vanjskih i unutarnjih ljudskih organa te ljudskih osjeta.¹⁴⁹

Sljedeće teoretsko i praktično pitanje je pitanje trajnosti teških tjelesnih i duševnih povreda. ICTR je u nekoliko svojih presuda zauzeo stajalište da se u nanošenju tjelesnih ozljeda ne mora prouzročiti i trajno narušenje zdravlja.¹⁵⁰ Kad se pak radi o duševnim povredama, premda se ni u tom slučaju ne mora raditi o trajnim traumama, ne smije biti riječ tek o kratkotrajnim stanjima neugode ili nezadovoljstva.

Budući da je svrha donošenja Konvencije o genocidu njegovo sprječavanje i kažnjavanje, ovaj modalitet počinjenja treba promatrati kroz prizmu njenog teksta. Utoliko, nanošenje tjelesnih i psihičkih povreda mora biti primjereno da bi genocidna namjera imala svoje uporište u stvarnosti. Naime, ukoliko se nanošenjem navedenih povreda niti teoretski ne može dovesti do uništenja neke skupine, upitno je koliko je ovaj modalitet počinjenja uopće smislen. Opravdanost njegovog unošenja u članak 2. Konvencije o genocidu može se opravdati sa gledišta da se nanošenjem teških tjelesnih ili psihičkih povreda pridonosi stvaranju kaotične atmosfere, povećanju ranjivosti ugrožene skupine i konačno njenom istrebljenju. Taj aspekt opravdavanja logičkom metodom analogije dovodi u pitanje opravdanost članka 2(c) Konvencije o genocidu, o čemu će biti više riječi u dijelu ovog rada posvećenom namjernom podvrgavanju grupe takvim životnim uvjetima koji dovode do njenog djelomičnog ili potpunog istrebljenja.

¹⁴⁸ Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eight Session, 6 may-26 July 1996, UN Doc. A/51/10, para 91., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf

¹⁴⁹ ICTR, Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, od 21. svibnja 1999, para. 109.

¹⁵⁰ *Ibid.*, para 110.;

ICTR, Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, ICTR-96-3-T, od 6. prosinca 1999., para. 108., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/48abd5880.html>,

1.4.4. Ispunjenje *actus rei* elementa iz čl. 2(b) u predmetu *BiH v. Srbija*

BiH je u svojoj tužbi za genocid navela da je Srbija odgovorna za počinjenje genocida i na temelju članka 2(b) Konvencije o genocidu, odnosno za nanošenje teških tjelesnih i psihičkih povreda nad bosanskim Muslimanima. Ističe kako su srpske snage terorizirale islamsko stanovništvo sustavnim mučenjima, nanošenjem boli i poniženja, a posebno naglašava naprijed spomenuta prakticirana silovanja. Kao i u dijelu tužbe za povredu članka 2(a) Konvencije o genocidu, odnosno za počinjenje genocida temeljem ubojstva, i ovdje je donesen isti zaključak. ICJ je naime presudio da je genocid nanošenjem tjelesnih i psihičkih povreda počinjen jedino na području Srebrenice, dok to nije bio slučaj u drugim dijelovima BiH. Pritom, sud nije obrazlagao osnovanost tužbe u dijelu za Srebrenicu, već je u poglavlju presude u kojem je zaključio da je počinjen genocid temeljem članka 2(a), na kraju samo utvrdio da je genocid počinjen i temeljem članka 2(b). Za odbijeni dio ovog dijela tužbenog zahtjeva, to jest, u svim točkama optužnice osim Srebrenice ICJ je detaljno ušao u utvrđivanje činjeničnog stanja iz kojeg je izveo zaključak o nepostojanju genocidne namjere. U nastavku će se ukratko obraditi taj dio presude.¹⁵¹

Zastupnici BiH su tvrdili da je počinjen genocid u dolini rijeke Drine (u mjestima Zvornik, Foča, te u logorima Batković i Sušica), u Prijedoru (u logorima Omarska, Keraterm i Trnopolje), u logoru Manjača u blizini Banja Luke te u logoru Luka blizu Brčkog. U dokazivanju činjenice nanesenih teških tjelesnih i psihičkih povreda pozivali su se na brojne relevantne dokaze: iskaze svjedoka očevidaca, izvješća Helsinškog odbora koji su smatrani toliko pouzdanim da je na njima zaključke temeljila i Komisija stručnjaka ICTY u postupcima pred ICTY-em, izvješća Komisije stručnjaka ICTY te na presude donesene pred ICTY-em.

a) dolina rijeke Drine

Komisija stručnjaka ICTY-a utvrdila je kako su čuvari logora Batković tjerovali zatvorenike muškog spola da međusobno spolno opće, a nerijetko su ih i oni osobno silovali. Također je utvrđeno da su zatvorenici bili pretučeni na samom dolasku u logor s velikim drvenim batovima, bejzbolskim palicama, električnim kablovima i policijskim pendrecima. Tim prizorima su nazočile žene zatvorenika koje su potom ispred svojih muževa bile silovane.

¹⁵¹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 298. - 319.

Takva izživljavanja su se u početku događala samo noću, dok odmakom vremena nije postojalo vremenske ustaljenosti te su se odvijala tijekom cijelog dana.¹⁵²

b) Prijedor

U logoru Omarska, utvrđuje Komisija stručnjaka ICTY-a, zatvorenike su vodili u dvije kuće: bijelu i crvenu. U bijeloj kući su se odvijala nečovječna mučenja, silovanja i premlaćivanja, dok su se ubojstva događala rijetko. Crvena je pak kuća bila rezervirana za egzekucije, a iz nje zatvorenici nikad nisu izišli živi.¹⁵³ Pored toga, od važnosti za dokazivanje ispunjenja *actus rei* elementa genocida na području Prijedora bila je presuda u slučaju Tadić. U njoj je utvrđeno da su u selu Sivci u blizini Prijedora srpski vojnici i tenkovi tjerovali civile da trče pred njima te im periodično naređivali da legnu na pod gdje su bili pretučeni. Potom su opet morali nastaviti trčati dok se nisu konačno zaustavili u dvorištu jedne kuće kada su bili ponovno premlaćivani.¹⁵⁴

c) Logor Manjača u blizini Banja Luke

ICTY je u slučaju *Milošević* utvrdio da su zatvorenici bili udarani palicama, kablovima i pendrecima. Muškarce su zatvarali u male, ljudima prenapučene štale u kojima nisu imali pristup zahodu, pitkoj vodi i hrani, pri čemu su na dnevnoj bazi bivali pretučeni. Zastupnici BiH su tvrdili da je u logoru Manjača postojao mali broj ženskih zatvorenika koje su bile sustavno silovane i od strane čuvara i od strane muških zatvorenika koje su na to tjerovali čuvari.¹⁵⁵

¹⁵² *Ibid.* para. 305.

¹⁵³ Commission of Experts, Report of Commission of Experts, Vol. IV., Ann. VIII., para. 207.-222., dostupno na: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf

¹⁵⁴ ICTY, Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, od 15. srpnja 1999., para. 346.-348., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

¹⁵⁵ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 315. - 316.

d) Logor Luka u blizini Brčkog

BiH je tvrdila da su u logoru Luka sustavno bila počinjena mučenja, silovanja i premlaćivanja. Pritom su se pozvali na presudu ICTY-a u slučaju Češić u kojoj je utvrđeno da su čuvari, između ostalog, tjerali dva brata islamske vjeroispovijesti na spolni odnos jednog s drugim.

e) Presuda ICJ-a za genocid u navedenim područjima

Srpska obrana navedene tvrdnje nije poricala, štoviše, tvrdila je da je u BiH došlo do velike povrede humanitarnog prava. Međutim, zauzela je čvrsto stajalište da nijedna od navedenih radnji nije bila poduzeta s namjerom istrebljenja, odnosno da nije bio prisutan element genocida *mens rea* te da se u navedenom slučaju nije radilo o genocidu.¹⁵⁶ ICJ se složio sa srpskim tvrdnjama. Zaključio je da su se dogodila silovanja, premlaćivanja i mučenja islamskog stanovništva te da je na taj način ispunjen *actus reus* element genocida. Međutim, zaključuje da navedena zvjerstva, premda bi mogla predstavljati ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, nisu počinjena s genocidnom namjerom. Stoga, zaključuje da genocid temeljem članka 2(b) Konvencije o genocidu u dijelovima BiH koji se ne odnose na Srebrenicu nije počinjen.

1.4.5. Ispunjenje *actus rei* elementa iz čl. 2(b) u predmetu *Hrvatska v. Srbija*

Republika Hrvatska tvrdila je u tužbi za genocid da je Srbija odgovorna za ispunjenje *actus rei* elementa genocida na temelju članku 2(b) Konvencije o genocidu, odnosno nanošenjem teških tjelesnih ili psihičkih povreda. Hrvatski tužbeni zahtjev, u odnosu na povredu navedenog članka 2(b), dijelio se na dva dijela. Prvi je sadržavao tvrdnje o nanesenim tjelesnim povredama zlostavljanjem, mučenjem, seksualnim nasiljem te posebno silovanjem. U drugom se pak dijelu tvrdilo da je Srbija naknadno, svojom nesuradnjom u

¹⁵⁶*Ibid.*, para. 318.

pronalasku i identifikaciji nestalih osoba uzrokovala njihovim srodnicima te bliskim osobama teške psihičke povrede.¹⁵⁷

1.4.5.1. Nanošenje teških tjelesnih povreda

Teške su se tjelesne povrede, po navodima hrvatskih zastupnika, nanijele hrvatskom civilnom stanovništvu u Istočnoj Slavoniji (u mjestima Vukovar, Bapska, Tovarnik, Berak, Lovas i Dalj), Zapadnoj Slavoniji (u mjestima Kusunje, Voćin i Đulovac) te u Dalmaciji u gradu Kninu.¹⁵⁸

a) Istočna Slavonija

Kao i u dijelu tužbe za počinjenje genocida povredom članka 2(a) Konvencije o genocidu, zahtjev hrvatskih zastupnika za utvrđenje povrede članka 2(b) temeljio se na srpskim zločinima počinjenima na području Istočne Slavonije, poglavito u Vukovaru. Hrvatska strana je raščlanila tezu o ispunjenju *actus rei* elementa genocida nanošenjem teških tjelesnih povreda u Vukovaru na tri dijela. Prvi se odnosio na ozljede nastale pri bombardiranju grada, drugi na ozljede koje su pretrpjeli civili pri samoj opsadi grada te treći na ozljede nanese pacijentima u napadu na vukovarsku bolnicu i potom njihovom premještanju na Ovčaru i u Velepomet.

Nedvojbeno je utvrđeno da su civilnom stanovništvu Vukovara tijekom bombardiranja koja su se odvijala od 25. kolovoza do 18. studenoga 1991. nanese teške tjelesne ozljede. U prilog toj tvrdnji Republika Hrvatska ukazala je na presudu ICTY-a u slučaju *Mrkšić, Radić, Šljivančanin* (u daljnjem tekstu: *Mrkšić et al*)¹⁵⁹ u kojoj je utvrđeno da je tijekom bombardiranja ozlijeđen veliki broj civila. Nadalje, u sljedećoj tvrdnji hrvatski su zastupnici isticali da su srpske snage tijekom opsade grada sustavno provodile zlostavljanje, mučenje i

¹⁵⁷ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 296.- 360.

¹⁵⁸ Redoslijed nabrajanja prati redoslijed obrađivanja pojedinih dijelova u presudi.

¹⁵⁹ ICTY, *Prosecutor v. Mile Mrkšić et al.*, para. 472.

silovanje hrvatskog stanovništva. Temelj tvrdnje o nanošenju teških tjelesnih ozljeda na području Vukovara bila je invazija na vukovarsku bolnicu te odvajanje Hrvata, posebice onih pod sumnjom da su bili dio hrvatskih vojnih jedinica. Jednom izvedeni iz bolnice, Hrvati su bili transferirani na Ovčaru i u Velepromet pri čemu su bili podvrgnuti ispitivanjima praćenim brutalnim premlaćivanjima. Kao dokaz navedene tvrdnje hrvatski zastupnici navode već spomenutu presudu slučaja Mrkšić *et al.* Naime, u njoj je ICTY presudio da su u Vukovaru provedena mučenja hrvatskog stanovništva.¹⁶⁰

Srpska obrana negirala je navedene tvrdnje navodeći da hrvatskoj strani nedostaje dokaza da ih potkrijepe. Tek su se oštro usprotivili pozivanju na presudu Mili Mrkšiću smatrajući ju irelevantnom za utvrđenje postojanja genocida, budući da tužiteljstvo ICTY dotičnog nije kazneno gonilo zbog tog zločina.

ICJ je konačno utvrdio da je na području Vukovara nedvojbeno ispunjen *actus reus* element genocida prihvativši hrvatske navode tvrdeći da su potkrijepljeni dovoljnim brojem dokaza.

b) Zapadna Slavonija

Republika Hrvatska je tvrdila da je Srbija odgovorna za počinjenje genocida zlostavljanjem, mučenjem i silovanjem hrvatskog stanovništva u mjestima Kusunje, Voćin i Đulovac. Međutim, svoje tvrdnje je temeljila na (dvojbenim) dokazima kao što su iskazi svjedoka koji nisu osobno svjedočili navedenim djelima te pozivanju na članak¹⁶¹ *The Anatomy of Deceit*¹⁶² autora Jerrya Blaskovicha. Velik broj hrvatskih tvrdnji u ovom dijelu tužbe nije usvojen, no ICJ je konačno utvrdio da je hrvatska strana ipak podnijela dovoljan

¹⁶⁰ *Ibid.*, para. 530., 531. et 536.

¹⁶¹ Sud se pozvao na svoju praksu iz slučaja *Nicaragua v. United States* u kojoj je zaključio da znanstveni članci i dokumentarni filmovi ne mogu biti isključivi dokazi bilo tužiteljevih, bilo optuženikovih tvrdnji. Međutim, zaključio je da dokazi te vrste mogu poslužiti kao potvrda postojanja činjenica utvrđenih nekim drugim dokazima.; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986., str. 14., para. 62., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

¹⁶² Blaskovich, J., *Anatomy of Deceit. An American Physician's First-hand Encounter with the Realities of the War in Croatia.*, New York, 1997.

broj kvalitetnih dokaza temeljem kojih se zaključuje da je ispunjen *actus reus* element genocida.¹⁶³

c) Dalmacija

Jedino mjesto u Dalmaciji za kojeg je Republika Hrvatska tvrdila da je u njemu počinjen genocid na temelju članka 2(b) Konvencije o genocidu je Knin. Hrvatski su zastupnici tvrdili da je genocid počinjen zlostavljanjem, mučenjem i silovanjima hrvatskog stanovništva. Pri tome su se pozivali na presudu u predmetu *Martić*¹⁶⁴ pred ICTY-em. U toj presudi, ICTY je utvrdio da su Hrvati zatvarani u barake te podvrgavani sustavnom zlostavljanju, mučenju i neljudskom ponašanju temeljenom na diskriminatornoj nacionalnoj osnovi.¹⁶⁵

ICJ je presudio da su srpske strane navedenim djelima ostvarile *actum reum* element genocida.¹⁶⁶

1.4.5.2. Nanošenje psihičkih povreda srodnicima nestalih osoba

Hrvatski su zastupnici tijekom usmenog raspravljanja podigli pitanje psihičkih povreda koje su trpjeli srodnici nestalih osoba. Naime, tvrdili su da je Srbija svojom nesuradnjom u pronalasku nestalih Hrvata odgovorna za teške psihičke povrede njihovih živućih srodnika koje se mogu supsumirati pod članak 2(b) Konvencije o genocidu i predstavljati modalitet počinjenja genocida.¹⁶⁷ Navedena teza predstavlja novinu u međunarodnom pravosudnom sustavu te je ICJ u predmetu Hrvatska protiv Srbije po prvi put donio zaključak o mogućnosti njenog podvrgavanja pod način počinjenja genocida.

¹⁶³ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 336. - 350.

¹⁶⁴ ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, IT-95-11-T, od 12. lipnja 2007., para. 407. - 415., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>

¹⁶⁵ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 351. – 359.

¹⁶⁶ *Ibid.*, para. 360.

¹⁶⁷ *Ibid.*, para. 356. – 359.

ICJ je zauzeo stajalište da se stalnim odbijanjem suradnje nadležnih državnih tijela da srođnicima osoba nestalih u okviru počinjenog genocida pruže informacije koje posjeduju, može konstituirati genocid nanošenjem teških psihičkih povreda. ICJ smatra da se na taj način srođnicima onemogućava da saznaju jesu li nestali uopće umrli te ako jesu, jesu li pri umiranju pretrpjeli patnje što im može nanijeti psihičke ozljede. Pritom naglašava da navedene psihičke ozljede moraju biti takvog stupnja da doprinose fizičkom uništenju zaštićene skupine u cijelosti ili djelomično.¹⁶⁸

U utvrđivanju je li u ovom predmetu počinjen genocid na prije obrazloženi način, ICJ je presudio kako Republika Hrvatska nije podnijela dovoljno dokaza na temelju kojih bi se zaključilo o postojanju povrede članka 2(b) Konvencije. Odnosno, ICJ je smatrao da nema dovoljno temelja kako bi se utvrdilo da su srođnici pretrpjeli teške psihičke povrede. Hrvatska i srpska strana upustile su se u raspravu utvrđivanja broja nestalih osoba te njihove nacionalne pripadnosti, u što je ICJ odbio ulaziti smatrajući da to pitanje ne ulazi u domenu njegove nadležnosti.¹⁶⁹

Izlazeći iz područja čisto pravnog odlučivanja, ICJ je istaknuo da su stranke tijekom postupka iskazale odlučnost rješavanja pitanja nestalih osoba te im je iskazao potporu u budućem nastavku međusobne suradnje. Autori ovog rada smatraju da je ICJ izlaskom iz svojih strogih pravnih okvira te davanjem ocjene o suradnji Hrvatske i Srbije u vezi s pitanjem nestalih osoba iskazao visoku razinu svijesti o budućim političkim konotacijama svoje presude. Naime, iako nije ni dužan ni ovlašten ocjenjivati pitanja koja se ne tiču konkretno genocida, ICJ je bio svjestan da će njegova presuda imati dugoročne implikacije na buduće odnose Hrvatske i Srbije te je u skladu s tim izveo navedeni zaključak.

1.5. Članak 2(c) : namjerno podvrgavanje grupe takvim životnim uvjetima koji dovode do njenog potpunog ili djelomičnog uništenja

U stvaranju Konvencije o genocidu i definiranju modaliteta počinjenja genocida mnoštvo prijedora bilo je povezano s nastankom članka 2 (c): „namjerno podvrgavanje grupe takvim životnim uvjetima koji dovode do njenog potpunog ili djelomičnog uništenja“. Bilo je

¹⁶⁸ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 160.

¹⁶⁹ *Ibid.*, para. 357.

dvojbeno kako formulirati taj materijalni element genocida, budući da se ne radi o „opipljivom“ ciljnom kaznenom djelu, već o naizgled apstraktnoj pravnoj modelaciji. Ipak, međunarodna zajednica bila je suglasna da se budućom konvencijom inkriminira samo nametanje uvjeta usmjerenih uništenju zaštićene skupine. Takvo stajalište izneseno je i u objašnjenju Nacrta konvencije Glavnog tajnika UN-a u kojem je navedeno da nametanje takvih uvjeta „osuđuje ugrožene osobe na bijedno preživljavanje pomoću nedopuštene ili tajne humanitarne pomoći. Zapravo, dugoročno ih osuđuje na smrt krajem razdoblja dugog iscrpljivanja, umjesto na brzu smrt u koncentracijskim logorima. Jedina razlika je u stupnju“¹⁷⁰.

Ovaj modalitet počinjenja genocida razlikuje se od dva prethodno obrađena po činjenici što je kažnjivo samo postupanje, dok se eventualno nastala posljedica uništenja ne može progoniti na temelju članka 2(c). *Actus reus* genocida bit će ispunjen samim nametanjem uvjeta usmjerenih prema potpunom ili djelomičnom uništenju neke Konvencijom zaštićene skupine. Ako se konačan cilj, odnosno istrebljenje postigne, tada će temelji za kazneno gonjenje i donošenje sudske odluke biti točke (a) i (b) članka 2., odnosno počinjenje genocida ubojstvom i nanošenjem teških tjelesnih, odnosno psihičkih ozljeda. Od izuzetne važnosti za nastajanje ove distinkcije bila je presuda Okružnog suda u Jeruzalemu u slučaju *Eichmann*¹⁷¹ u kojoj je zaključeno da se presuda za ovaj način počinjenja genocida može donijeti samo u odnosu na preživjele, odnosno na one žrtve u odnosu na koje nije došlo do fizičkog uništenja.

U skladu s tim zaključkom, autorima ovog rada javlja se pitanje smisla odredbe članka 2(c) Konvencije o genocidu s obzirom da je Konvencijom pokušaj genocida također određen kao kažnjiv. Ukoliko nametanje mjere usmjerene k uništenju određene skupine ostane bez rezultata, ne radi li se u tom slučaju i o pokušaju genocida iz članka 3 (d) Konvencije o genocidu¹⁷²? Primjerice, ukoliko bi netko s genocidnom namjerom zatvorio jednu¹⁷³ ili više

¹⁷⁰ Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str.189.

¹⁷¹ District Court of Jerusalem, Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, No. 40/61., od 11. prosinca 1961., dostupno na: http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/eichmann_appeal.pdf

¹⁷² „Slijedeća djela bit će kažnjiva: pokušaj genocida“, Konvencija o genocidu, čl. 3(d)

¹⁷³ U IV. dijelu, poglavlju 1.2. ovoga rada zaključeno je da genocid može biti počinjen ispunjenjem nekog od modaliteta počinjenja genocida i nad samo jednom osobom ukoliko je počinitelj vođen genocidnom namjerom istrebljenja određene nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine.

osoba i odlučio im trajno uskratiti vodu i hranu, radilo bi se o ubojstvu ako bi oni umrli. Međutim, ako bi preživjeli zato što im je netko naknadno pomogao i oslobodio ih, radilo bi se o pokušaju ubojstva nečinjenjem te, istovremeno, nametanju uvjeta koji dovode do uništenja neke skupine. Evidentno je kako se isto faktično stanje može jednostavno supsumirati i pod članak 2(c) Konvencije, a i pod kažnjivi pokušaj genocida iz članka 3 (d). Stoga se može postaviti pitanje potrebe donošenja članka 2(c) Konvencije o genocidu.

1.5.1. Životni uvjeti koji mogu dovesti do potpunog ili djelomičnog uništenja neke skupine

Konvencijom nije propisano koji životni uvjeti trebaju biti nametnuti zaštićenoj skupini da bi bio ispunjen *actus reus* element genocida. Iako je u već spomenutom Nacrtu konvencije Glavnog tajnika UN-a predloženo njihovo navođenje, od takve ideje se odustalo iz razloga praktičnosti te je prepušteno praksi i znanosti da odrede o kakvim se uvjetima mora raditi. Ipak, primjeri židovskih geta gdje su Židovi bili podvrgnuti izgladnjivanju i nepružanju medicinske pomoći otpočetak su zacrtali pravac kojim će ići tumačenje ovog modaliteta počinjenja genocida.

Nehemiah Robinson je u svom komentaru Konvencije o genocidu zaključio kako je „nemoguće nabrojati uvjete života na koje se odnosi zabrana iz članka 2“¹⁷⁴ te kao primjere tih uvjeta naveo izgladnjivanje, uskraćivanje neophodne zdravstvene zaštite, onemogućavanje ljudskih uvjeta za život i protjerivanje ljudi iz domova. Te je primjere doslovno prihvatio ICTR u slučaju *Akayesu* te pred ICTY u slučajevima *Stakić* i *Brđanin*.

Najbolji primjer nametanja životnih uvjeta koji trebaju dovesti do istrebljenja je postupanje njemačkog Drugog Reicha u Namibiji 1905. godine prema narodu Herero. Iako su Nijemci počinili više modaliteta Konvencijom opisanih načina počinjenja genocida, definitivno najbrutalniji slučaj bio je kada su brojne pripadnike naroda Herero odveli u pustinju Omaheke bez vode i hrane te primjenom ratne taktike tzv. „metode spaljene zemlje“ uništili sve što bi im moglo biti korisno za preživljavanje.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Robinson, N., *The Genocide Convention a commentary*, Institute of Jewish Affairs, 1960., str. 64.

¹⁷⁵ Totten S., Parsons W. S., *Centuries of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts*, Routledge, 2013., str. 94. – 95.

Pred ICTY-em tužiteljstvo je u nekoliko svojih optužnica tvrdilo kako je počinjen genocid nametanjem uvjeta koji dovode do uništenja neke skupine. Primjerice, u slučaju *Sikirica*, tužiteljstvo je tvrdilo da su „zatvorenici u Keratermu bili izbačeni iz domova i izgladnjivani. Medicinska pomoć koju su primali bila je ispod minimalnih standarda osiguranja tjelesnog zdravlja zatočenika.“¹⁷⁶

Budući da je ovaj modalitet počinjenja u Konvenciji postavljen općenito, bilo je raznih pokušaja da se različite vrste ponašanja okarakteriziraju kao radnje koje se mogu podvesti pod ispunjenje *actus rei* genocida. Blizak primjer predstavljaju tužbe Savezne Republike Jugoslavije za genocid protiv država članica NATO-a podnesene u svibnju 1999.-e godine pred ICJ-em.¹⁷⁷ Beograd je tvrdio kako je ponavljano bombardiranje cijele države, zagađenje zraka i vode, uništenje državnog gospodarstva učinjeno s namjerom fizičkog uništenja srpskog naroda. Možda bi s neke teoretske razine bilo moguće taj vojni napad staviti u okvir članka 2(c) Konvencije o genocidu, no tada bi se svaki vojni napad mogao tumačiti kao počinjenje genocida. Zaključeno je kako namjera donositelja Konvencije o genocidu nikako nije bila da u njen domet uđu vojni napadi te je ICJ odbio jugoslavensku tužbu.¹⁷⁸

Zanimljivo je kako se u praksi međunarodnih sudova silovanje svrstava i u ovaj način počinjenja genocida, pored onog iz članka 2(b): nanošenje tjelesnih i psihičkih ozljeda članovima grupe. Premda se u praksi ne daje objašnjenje zašto se silovanje ubraja pod članak 2(c), u pravnoj se znanosti poziva na islamska patrijarhalna društva u kojima se žena koja ima spolne odnose prije braka ne može udati. Na taj bi se način silovanjima neudanih žena potencijalno onemogućila daljnja reproduktivna aktivnost skupine te samim tim nametnuli uvjeti života namijenjeni uništenju neke skupine.¹⁷⁹

¹⁷⁶ ICTY, Prosecutor v. *Sikirica et al.*, IT-95-8-T, od 6. rujna 2001., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/sikirica/tjug/en/010903r98bis-e.pdf>

¹⁷⁷ ICJ, Case Concerning Legality of use of Force (Yugoslavia v. Netherlands), Verbatim Record, od 11. svibnja 1999., para. 29.; ICJ, Case Concerning Legality of use of Force (Yugoslavia v. Portugal), Verbatim Record, od 11. svibnja 1999., para. 2.1.2.2.2; ICJ, Case Concerning Legality of use of Force (Yugoslavia v. United Kingdom), Verbatim Record, od 11. svibnja 1999., para. 20.

¹⁷⁸ Schabas, W., *op. cit.* u bilj. 25., str. 194. et 195.

¹⁷⁹ Bassiouni, M., J., Manikas P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, 1996., str. 587.

Hrvatska je, između ostalog, u svojoj tužbi za genocid protiv Srbije tvrdila kako je Srbija počinila genocid silovanjem na temelju članka 2(c) Konvencije o genocidu. ICJ je ustanovio kako su određena silovanja počinjena, ali nije mogao ustanoviti da su njima nametnuti uvjeti koji mogu dovesti do uništenja hrvatskog naroda.¹⁸⁰

1.5.2. Ispunjenje *actus rei* elementa iz čl. 2(c) u predmetu *BiH v. Srbija*

BiH je u svoju tužbu za genocid uključila i tvrdnju da je Srbija odgovorna za počinjenja genocida i na temelju članka 2(c) Konvencije o genocidu, odnosno za nametanje uvjeta koji trebaju dovesti do uništenja bosanskih Muslimana. Dio bosansko-hercegovačkog zahtjeva koji se odnosio na kršenje članka 2(c) sastojao se od tri seta navoda. U prvom se navodu tvrdilo da su Srbi okruživali i pucali na civile te ih podvrgavali sustavnom izgladnjivanju. Drugi je obuhvaćao deportaciju i progon civilnog stanovništva, a treći uništenje povijesne, vjerske i kulturne baštine.

1.5.2.1. Okruživanje i pucanje na civile te sustavno izgladnjivanje

Zastupnici BiH tvrdili su kako je na Sarajevo ispaljivano, u prosjeku, 329 projektila po danu, da je grad bio bombardiran na redovitoj bazi, te da su snajperisti gađali i ubijali nedužne civile. To je dovodilo civilno stanovništvo do konstantnog stanja straha i tjeskobe. Nisu napuštali svoje domove osim u najnužnijim situacijama, a u njima su živjeli bez struje i vode. Hrane i ostalih životnih potrepština gotovo da nije bilo te su ovisili o humanitarnoj pomoći Visokog povjerenika UN-a za izbjeglice¹⁸¹ i UNPROFOR-a. Međutim, konvoji u kojima se prevozila humanitarna pomoć bivali su zaustavljeni i napadani od strane bosanskih Srba.

¹⁸⁰ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 364.

¹⁸¹ *United Nations High Commissioner for Refugees* (Visoki komisionar Ujedinjenih naroda za izbjeglice) osnovana je 14. prosinca 1950. godine Rezolucijom 319 (IV) Opće skupštine s ciljem koordiniranja međunarodnim akcijama za zaštitu izbjeglica i rješavanja problema izbjeglištva u svijetu. UNHCR je privremeni organ UN-a, a njegovo djelovanje se stalno produžava, budući da se broj izbjeglica povećava. To je bio razlog što je 2003. godine Opća skupština UN-a produžila njegovo djelovanje na neodređen broj godine, dok se ne riješi pitanje izbjeglica.; Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo 1*, Zagreb, 2010., str. 368.

Upravo je ta blokada dolaska hrane bilo jedno od važnijih aduta srpskih snaga u opsadi Sarajeva.¹⁸²

Srpska pak obrana zauzela je stav kako su navedene mjere poduzete u kontekstu rata i kako su zahvaćale cijelu populaciju ugroženog područja, neovisno o njihovom podrijetlu. Izvjesno je kako je u svakom ratnom sukobu smanjena kvaliteta života civilnog stanovništva, međutim nametanje navedenih uvjeta se ne bi smjelo dovesti u vezu s namjerom istrebljenja islamske populacije.¹⁸³

ICJ je utvrdio da su navedena bombardiranja i onemogućavanje pristupa hrani doista počinjena, ali ih nije mogao dovesti u doseg članka 2(c) Konvencije o genocidu. Zaključio je kako se iz navedenih djela i njima priloženih dokaza nikako ne može ustanoviti genocidna namjera srpske strane. Pritom se pozvao na presudu ICTY-a u slučaju *Galić* u kojoj je zaključeno da cilj napada na civile nije nikako njihovo istrebljenje, već dovođenje u stanje ekstremnog straha.¹⁸⁴

1.5.2.2. Deportacija i progon

BiH je tvrdila da su se deportacije i progoni nad islamskim stanovništvom sustavno odvijali na cijelom području BiH. Istaknut je primjer Banje Luke u kojoj se broj islamske populacije smanjio za 90 posto u odnosu na početak rata. Izbacivanje iz domova i tjeranje na prisilan rad natjerali su bosanske Muslimane da bježe iz Banja Luke. Njihov je odlazak u velikoj mjeri bio organiziran srpskim autobusima koji su ih prevozili do granice s Republikom Hrvatskom. ICTY je u slučajevima Karadžić i Mladić utvrdio da je na području Prijedora, Foče i Brčkog silom protjerano gotovo cijelo nesrpsko stanovništvo.¹⁸⁵

¹⁸² ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 324.

¹⁸³ *Ibid.*, para. 321.

¹⁸⁴ ICTY, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, od 5. prosinca 2003., para. 593., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf>

¹⁸⁵ ICTY, *Prosecutor v. Karadžić and Mladić*, IT-95-5-R61, *Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, od 11. srpnja 1996., para. 16., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/mladic/related/en/rev-ii960716-e.pdf>

Srpska obrana je pak argumentirala da je premještanje stanovništva bilo u skladu sa Ženevskom konvencijom o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata te da su te radnje poduzete radi zaštite civila. Također, tvrdili su da sama deportacija ne može biti okarakterizirana kao genocid, pri čemu su se pozivali na presudu u slučaju *Stakić* pred ICTY-em u kojoj je izrečeno da „se mora podvući jasna razlika između fizičkog uništenja neke skupine i pukog premještanja njihovog stanovništva“¹⁸⁶ te da „premještanje stanovništva samo po sebi nije dovoljno da se proglašeno genocidom“¹⁸⁷

ICJ se u svojoj presudi dotaknuo srpskih navoda i objasnio kako se premještanje stanovništva može opravdati Ženevskom konvencijom o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata. Međutim, i u slučaju kada bi se takvo premještanje podvrgnulo pod članak 2(c) Konvencije o genocidu, ICJ smatra da se na temelju dokaza koje je priložila bosansko-hercegovačka strana ne može zaključiti postojanje genocidne namjere.¹⁸⁸

1.5.2.3. Uništenje povijesne, vjerske i kulturne baštine

Od posebne je važnosti zahtjev BiH da se uništenje povijesne, vjerske i kulturne baštine kvalificira kao genocid. U teoriji su takve radnje, poduzete s namjerom brisanja tragova postojanja neke skupine nazivane kulturnim genocidom i bilo je prijeporno spada li takvo ponašanje u domet Konvencije o genocidu.

Pozivanjem na slučajeve *Brđanin* i *Tadić* pred ICTY-em te izvješća Komisije stručnjaka ICTY-a dokazano je uništenje brojnih džamija diljem BiH.¹⁸⁹ ICJ je ustanovio da uništenje povijesne, vjerske i kulturne baštine nekog naroda predstavlja bitan dio uništenja neke skupine i pokušaj da se izbrišu svi tragovi njenog postojanja. Ipak, ICJ je zauzeo stajalište da se takvo ponašanje ne može odrediti kao nametanje uvjeta koji dovode do uništenja neke skupine i da ne ulazi u okvir Konvencije o genocidu. Za zauzimanje takvog stajališta od

¹⁸⁶ ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, od 31. srpnja 2003., para. 519. dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*, para. 334.

¹⁸⁹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 336.

posebne je važnosti bila odluka Šestog odbora Opće skupštine UN-a u samom nastanku Konvencije o genocidu kada je zaključeno da se kao genocidom definira fizičko uništenje neke skupine, a ne njenog nacionalnog, jezičnog, vjerskog ili kulturnog identiteta.¹⁹⁰

1.5.3. Ispunjenje *actus rei* elementa iz čl. 2(c) u predmetu *Hrvatska v. Srbija*

Republika Hrvatska je u tužbi za genocid protiv Srbije tvrdila kako je počinjen genocid ispunjenjem *actus rei* elementa genocida iz članka 2(c) Konvencije o genocidu, za nametanje uvjeta koji trebaju dovesti do uništenja hrvatskog stanovništva. Zastupnici hrvatske strane tvrdili su da je to učinjeno sljedećim: uskraćivanjem hrane i medicinske pomoći, sustavnim izbacivanjem iz domova i prisilnim premještanjem hrvatskog stanovništva, zabranom kretanja, prisilnim stigmatiziranjem, pljačkanjem imovine građana i kulturne baštine te već spomenutim silovanjima.¹⁹¹

1.5.3.1. Uskraćivanje hrane i medicinske pomoći

ICJ je navode da su uskraćivanjem hrane i medicinske pomoći nametnuti uvjeti koji trebaju dovesti do uništenja hrvatskog naroda proglasio nejasnim i nedovoljno obrazloženim. Jedini potencijalno prihvatljiv navod bio je pozivanje na presudu ICTY-a u slučaju *Strugar* za zločine počinjene na području Dubrovnika. U toj presudi je bilo utvrđeno da je JNA onemogućila dovod pitke vode i električne struje u Dubrovnik, te da nije dopušteno dostavljanje medicinske pomoći. Međutim, ICJ je zaključio kako su mjere koje je poduzela JNA bile nedovoljne da bi ušle u domet zabrana utvrđenih Konvencijom o genocidu.¹⁹²

¹⁹⁰ United Nations Yearbook of International Law Commission 1996: Report of the International Law Commission on the work of its Forty-eight Session, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. 2., part 2., New York and Geneva, 1998., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes%28e%29/ILC_1996_v2_p2_e.pdf, str. 45. – 46.

¹⁹¹ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 361. – 394.

¹⁹² *Ibid.*, para. 365. -368.

1.5.3.2. Sustavno izbacivanje iz domova i prisilno premještanje

Republika Hrvatska je tvrdila kako je JNA sustavno izbacivala Hrvate iz domova te ih prisilno premještala na dijelove teritorija koji nisu bili pod njenom vlašću. Pri utvrđivanju činjeničnog stanja hrvatski zastupnici pozivali su se na presude donesene pred ICTY-em u slučaju *Martić* te u slučaju *Stanišić i Simatović*. U njima je presuđeno kako je u ponavljanim djelima ubojstava, silovanja, krađa, ponižavanja, razaranja hrvatskih kuća i katoličkih crkava uspostavljena kaotična atmosfera u kojoj hrvatskom civilnom stanovništvu nije ostavljen drugi izbor osim bijega. Utvrđeno je kako je s područja SAO Krajine od travnja 1991. do travnja 1992. pobjeglo između 80000 i 100000 Hrvata.¹⁹³

ICJ je presudio kako navedenim djelima protjerivanja hrvatskog stanovništva ipak nije počinjen genocid te je u presudi na dva mjesta to detaljno obrazložio. Istaknuo je kako ni namjera da se neko područje učini etnički homogenim, ni samo provođenje takve namjere nisu dovoljni da bi se neko ponašanje okarakteriziralo kao genocidno. Namjera koja je specifična za genocid je namjera uništenja neke skupine, a namjera protjerivanja pripadnika neke skupine ne mora biti nužno kvalificirana kao namjera uništenja. ICJ se pritom ogradio i ustanovio kako se iz ove presude ne smije iščitati kako provođenje politike etničkog čišćenja nekog područja ne može nikako biti smatrano genocidom. Ako su tim etničkim čišćenjem stvoreni uvjeti koji su usmjereni uništenju neke skupine i ako jasno postoji *dolus specialis*, odnosno namjera uništenja neke skupine, nema nikakvih zapreka da se etničko čišćenje kvalificira kao genocid. ICJ je konačno zaključio da u slučaju Hrvatske i Srbije nisu zadovoljeni navedeni uvjeti. Sud smatra da nije ispunjen niti materijalni, *actus reus* element genocida, odnosno da se protjerivanje više od 80000 ljudi ne može podvesti pod podvrgavanje skupine takvim životnim uvjetima koji dovode do njenog djelomičnog ili potpunog uništenja.¹⁹⁴

¹⁹³ ICTY, Prosecutor v. Stanišić and Simatović, IT-03-69-T, od 30. svibnja 2013., para. 997. - 998., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/stanistic_simatovic/tjug/en/130530_judgement_p1.pdf

¹⁹⁴ ICJ, Croatia v. Serbia, para. 163. et 376.

1.5.3.3. Zabrana kretanja

Hrvatski zastupnici zastupali su stajalište da se zabranom kretanja koju je JNA nametnula hrvatskom stanovništvu, a koju je ICTY utvrdio presudom u slučaju *Stanišić i Simatović*, počinio genocid. ICJ je presudio kako su zabranom kretanja stvoreni uvjeti prisile i terora s ciljem protjerivanja hrvatskog stanovništva s područja koje su držale srpske snage. Međutim, zaključio je kako se članak 2(c) Konvencije o genocidu odnosi na ponašanje usmjereno prema fizičkom istrebljenju neke skupine, a da nametnuta zabrana kretanja može eventualno dovesti do rušenja kulturnog identiteta nekog naroda. Prema tome, presudio je kako se zabranom kretanje ne zadovoljava materijalni kriterij genocida, odnosno da nije ispunjen *actus reus* element.¹⁹⁵

1.5.3.4. Prisilno stigmatiziranje

JNA je u mjestima s miješanim hrvatsko-srpskim stanovništvom naredila da Hrvati moraju imati zalijepljenu bijelu traku na rukavu svog lijevog ramena, te da ispred hrvatskih kuća mora biti postavljeno bijelo platno. ICJ je presudio kako navedeno stigmatiziranje nikako ne dovodi do fizičkog uništenja neke skupine, ali da može predstavljati radnje koje prethode izvršenju nekog od modaliteta počinjenja genocida nabrojanih u članku 2. Konvencije o genocidu.¹⁹⁶

1.5.3.5. Pljačkanje imovine građana i hrvatske kulturne baštine

Bez detaljnog obrazloženja, ICJ je zaključio kako se uništenje i pljačkanje privatne imovine građana ne smatra nametanjem uvjeta koji dovode do uništenja neke skupine i odbio hrvatski zahtjev u tom dijelu tužbe. Za pljačkanje hrvatske kulturne baštine Sud je ponovio i odluku i argumentaciju donesenu u presudi BiH protiv Srbije. Naime, zaključio je kako se u

¹⁹⁵ *Ibid.*, para. 378.-380.

¹⁹⁶ *Ibid.*, para. 383.-385.

tom slučaju radi o tzv. kulturnom genocidu,^a da njegovo počinjenje ne ulazi u domet i nije kažnjivo Konvencijom o genocidu.

1.6. Članak 2(d) : nametanje mjera s namjerom sprječavanja rađanja unutar skupine

Nametanje mjera s namjerom sprječavanja rađanja unutar skupine specifičan je modalitet počinjenja genocida. Za razliku od prethodno navedenih koji su usmjereni prema uništenju neke skupine u fizičkom smislu, ovim načinom počinjenja genocida ne teži se uništenju živućih članova neke skupine, nego se nastoji spriječiti njihovo postojanje kroz sprječavanje njihove daljnje reprodukcije. Zbog toga se ovaj modalitet počinjenja naziva biološkim genocidom.

Potreba dodavanja ovog *modi operandi* genocida u članak 2. Konvencije naglašena je u postupcima vođenih protiv istaknutih nacista,¹⁹⁷ pogotovo u onom vođenom protiv zapovjednika koncentracijskog logora Auschwitz, odgovornog za provođenje pokusa nad ljudima, sterilizaciju i kastraciju poduzete s ciljem sprječavanja razvoja židovske populacije. Ipak, članak 2(d) ne odnosi se samo na klasične mjere sterilizacije, nego i na odvajanje osoba suprotnih spolova, zabranu sklapanja brakova između pripadnika Konvencijom zaštićenih skupina. Takvo mišljenje, koje je kasnije općeprihvaćeno, prvi je istaknuo već spomenuti Nehemiah Robinson.¹⁹⁸

Kao i u slučaju članka 2(c) koji se odnosi na namjerno podvrgavanje grupe takvim životnim uvjetima koji dovode do njenog potpunog ili djelomičnog uništenja, pri tumačenju članka 2(d) javilo se pitanje silovanja. Može li počinjeno silovanje biti način kršenja članka 2(d)? U pravnoj znanosti i praksi preteže stajalište da može.¹⁹⁹ U suđenju Radovanu Karadžiću pred ICTY-em, Komisija stručnjaka ICTY-a utvrdila je da je kod sustavnih

¹⁹⁷ International Military Tribunal, Poland v. Hoess, od 29. ožujka 1947., dostupno na: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/JudgeHess.html>; International Military Tribunal, SAD v. Greifelt, od 10. ožujka 1948., dostupno na: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/RUSHA-Case%20Judgment.pdf>

¹⁹⁸ Robinson, N., *op. cit.* u bilj. 174., str. 92.

¹⁹⁹ Autori ovog rada zaključuju kako to nije uvijek slučaj. Primjerice, ako se takva silovanja počine nad ženskim dijelom židovske populacije, rođenom djetetu ne može biti nametnut identitet počinitelja budući da se židovski identitet dobiva samo po majci. Vidi na: Browning, W. R. F. (ur.), Torah, Oxford Biblical Studies Online, dostupno na: <http://www.oxfordbiblicalstudies.com/article/opr/t94/e1935>

silovanja žena zaštićene skupine moguće utvrditi da je cilj počinitelja bio nametanje novog etničkog identiteta rođenom djetetu.²⁰⁰ Do sada ni pred specijalnim *ad hoc* sudovima, ni pred ICJ-em nitko nije osuđen općenito za ovaj modalitet počinjenja genocida. Međutim, potrebno je spomenuti da je bilo slučajeva u kojima se činilo da se konkretno silovanjem teži sprječavanju daljnjeg rađanja. Primjerice, u slučaju *Kunarac, Kovač i Vuković* počinitelji su silovanim žrtvama govorili „nositi ćeš srpsko dijete i nitko neće znati tko je otac“.²⁰¹ Razlog zašto još nitko nije osuđen za počinjenje genocida na temelju 2(d) Konvencije o genocidu vjerojatno je taj što se tada mora dokazati da je cilj poduzetih radnji sprječavanje rađanja. Umjesto toga, tužiteljstvu je jednostavnije dokazivati nanošenje tjelesnih ili duševnih ozljeda iz članka 2(b).

Bitna je karakteristika ovog modaliteta počinjenja genocida, također, da je dovoljno samo nametanje mjera da se ispuni *actus reus* element genocida, te nije nužno da se konačna posljedica stvarno ostvari. Nametanje mjera s ciljem sprječavanja rađanja s izraženom genocidnom namjerom, neovisno o uspjehu nametnutih mjera, dovoljno je da se određeno ponašanje kvalificira kao genocid.

1.6.1. Ispunjenje *actus rei* elementa iz čl. 2(d) u predmetu *BiH v. Srbija*

BiH je u svojoj tužbi za genocid tvrdila da je VRS odgovorna za počinjenje genocida i na temelju članka 2(d) Konvencije o genocidu, odnosno nametanjem mjera s namjerom sprječavanja rađanja unutar skupine bosanskih Muslimana. Pri dokazivanju svojih navoda, zastupnici BiH naveli su nekoliko argumenata.

Prvi je bio navođenje sustavnog prisilnog odvajanja muškaraca od žena u područjima koja je okupirala srpska vojska. Smatrali su kako je na taj način, onemogućavanjem fizičkog kontakta tijekom nekoliko mjeseci, došlo do smanjenja broja rođene djece. ICJ je odbio taj

²⁰⁰ ICTY, *Prosecutor v. Karadžić* (IT-95-18-R61, IT 95-5-R61), transkript saslušanja, od 2. srpnja 1996., para. 19.

²⁰¹ ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovač, Vuković* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), od 22. veljače 2001., para. 583., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

dio zahtjeva, smatrajući da BiH nije podnijela dovoljno dokaza kojima bi potkrijepila tu tvrdnju.²⁰²

Sljedeća tvrdnja tužiteljstva bila je da su se silovanjima i seksualnim nasiljem provedenim nad ženama nanijele psihičke traume koje su utjecale na njihove reproduktivne funkcije i u nekim slučajevima rezultirale infertilnošću.²⁰³ Međutim, jedini dokaz navedenih tvrdnji bila je tužba u slučaju *Gagović*, postupku vođenom pred ICTY-em koji nikad nije dovršen, budući da je optuženi preminuo u tijeku postupka. ICJ je odbio taj dio zahtjeva, smatrajući kako puka tužba ne može biti valjani dokaz u postupku. Takva odluka ICJ-a u potpunosti je opravdana. Tužba je samo jednostran pogled na neko činjenično stanje i po pravnom načelu da se nitko ne smatra krivim dok mu se pravomoćnom presudom ne dokaže krivnja, logična je odluka suda da se ne obazire na navedeni dokaz. Tužitelj ICTY-a je, teoretski gledano, mogao povući tužbu u cijelosti ili u odnosu na taj dio zahtjeva. ICJ stoga zauzima stajalište da, općenito, tužba u drugim postupcima nikako ne može biti relevantan dokaz u sudskim postupcima. Ono što eventualno može biti relevantno je odluka tužiteljstva u drugim postupcima da odluči optuženog ne progoniti za genocid ili da pak u tijeku postupka odluči odustati od dijela tužbe koja se odnosi na genocid.²⁰⁴

Treća tvrdnja BiH bila je pozivanje na presudu ICTY-a u slučaju Tadić u kojem su se pozivali na seksualno nasilje počinjeno prema muškarcima. ICTY je utvrdio da su zatvorski čuvari prisilili jednog bosanskog Muslimana da drugom odgrize testise. Pritom su se pozivali na članak iz francuskog lista *Le Monde* u kojem se zaključilo da je seksualno zlostavljanje muškaraca u BiH uvijek bilo popraćeno prijetnjama koje su za cilj imale sprječavanje daljnje reprodukcije islamskog stanovništva. ICJ je odbio zahtjev i u tom dijelu naglasio kako BiH nije podnijela dovoljno dokaza kojim bi dokazala ispunjenje *actus rei* elementa genocida iz članka 2(d).²⁰⁵

Zatim, zastupnici BiH tvrdili su da je silovanjima i seksualnim nasiljem nad ženama i muškarcima došlo do psiholoških trauma koje onemogućavaju žrtvama da ulaze u intimne

²⁰² ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 355.

²⁰³ *Ibid.*, para. 356

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*, para. 356.-361.

veze i osnivaju obitelj. Pritom su se pozivali na presudu ICTR-a iz slučaja *Akayesu* u kojoj je zaključeno da „silovanje može biti mjera nametnuta s ciljem sprječavanja budućeg rađanja, ako žrtva naknadno odluči da neće prokreirati“²⁰⁶ ICJ presuđuje kako tužiteljstvo nije podnijelo dovoljno dokaza da zaključi kako se taj slučaj dogodio i u BiH.²⁰⁷

Konačno, zastupnici BiH tvrdili su kako su žene koje su bile žrtve silovanja i seksualnog nasilja bile naknadno odbijane od svojih muževa, odnosno da nisu bile u mogućnosti pronaći supruga. I u ovom je slučaju, ICJ tvrdio da zastupnici BiH nisu podnijeli dovoljno dokaza kojima bi potkrijepili svoju tvrdnju te odbio i taj dio tužbe BiH.²⁰⁸

1.6.2. Ispunjenje *actus rei* elementa iz čl. 2(d) u predmetu *Hrvatska v. Srbija*

Republika Hrvatska u svojoj je tužbi za genocid protiv Srbije tvrdila da je JNA počinila genocid na temelju članka 2(d), odnosno da je genocid počinjen nametanjem mjera s namjerom sprječavanja rađanja unutar skupine. U prilog toj tvrdnji hrvatski su zastupnici iznosili dokaze kojima su potvrđivali da su srpske snage počinile brojne kastracije i silovanja. Pritom su se pozivali na iskaze samih žrtava, svjedoke koji su osobno prisustvovali počinjenim kaznenim djelima, te na presudu koju je donio ICTY u slučaju *Stanišić i Simatović*.²⁰⁹

Srpska obrana zauzima stav da silovanja i spolni delikti koje su počinili pripadnici JNA nisu bili sustavni i da stoga nije moguće zadovoljenje kriterija da se takvo ponašanje supsumira pod članak 2(d) Konvencije o genocidu. Blisko stajalište navedenim srpskim tvrdnjama zauzeo je i sam ICJ. ICJ je presudio da su Srbi uistinu počinili brojna silovanja i kastracije, ali da Republika Hrvatska nije podnijela dovoljno dokaza kojima bi potkrijepila svoje tvrdnje, odnosno da utvrdi da su navedenim silovanjima nametnute mjere s ciljem

²⁰⁶ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-94-4-T, ICTR, od 2. rujna 1998., para. 508.

²⁰⁷ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 358.

²⁰⁸ *Ibid.*, 361.

²⁰⁹ ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Simatović*, IT-03-69-T, od 30. svibnja 2013., para. 998. et 1050., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/stanistic_simatovic/tjug/en/130530_judgement_p1.pdf

sprječavanja rađanja unutar skupine. Zaključuje kako nema temelja da ustanovi da je zadovoljen materijalni, odnosno *actus reus* element genocida.²¹⁰

1.7. Članak 2(e): prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu

Članak 2(e) Konvencije o genocidu kojim se kao materijalni element genocida navodi prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu bio je predmet rasprava pri nastanku same Konvencije. Stvaratelji Konvencije o genocidu doveli su u pitanje potrebu njegovog postojanja uopće. Prisilno je premještanje djece iz jedne skupine u drugu je u Nacrtu konvencije Glavnog tajnika UN-a uvršteno među modalitete počinjenja kulturnog genocida.²¹¹ Međutim, odlukom Šestog odbora Opće skupštine UN-a te konsenzusom članica UN-a odlučeno je da će kao genocid biti određeno samo ono ponašanje koje dovodi do fizičkog uništenja neke skupine, a ne nijedan modalitet kulturnog genocida. Stoga čudi konačno uvrštavanje ovog načina počinjenja genocida u čl. 2 Konvencije o genocidu. Zanimljive su bile opservacije predstavnika država tijekom odlučivanja o čl. 2(e). Poljski predstavnik u Općoj skupštini UN-a istaknuo je kako je premještanje djece provedeno od strane Nijemaca za Drugog svjetskog rata za svaku osudu, međutim riječ premještanje može se primijeniti i na evakuaciju djece i njihovu zaštitu od ratnih stradanja.²¹² Predstavnik Sovjetskog saveza je pak isticao kako nitko ne može navesti nijedan povijesni primjer uništenja neke skupine prisilnim premještanjem djece.²¹³

Da bi se uopće mogli voditi postupci na temelju članka 2(e) prvenstveno se mora definirati do koje se dobi osobe moraju smatrati djecom, budući da je to propušteno učiniti Konvencijom o genocidu. Evidentno je da se u ovom slučaju radi o velikom propustu stvaratelja Konvencije o genocidu te svojevrsnoj pravnoj praznini. Od donošenja Konvencije 9. prosinca 1948. do donošenja prvog relevantnog međunarodnog dokumenta kojim se definira gornja dobna granica djeteta protekla je gotovo puna 41 godina. To je učinjeno

²¹⁰ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 395. – 400.

²¹¹ United Nations Secretariat, Secretariat Draft, First Draft of the Genocide Convention, UN Doc. E/447, od svibnja 1947., dostupno na: <http://www.preventgenocide.org/law/convention/drafts/>, čl. 1. st. 2. toč. 3.

²¹² UN Doc. A/C.6/SR.82

²¹³ *Ibid.*

Konvencijom o pravima djeteta²¹⁴ 20. studenog 1989. godine, kada je za donji prag od kojeg se netko smatra odraslom osobom postavljena granica od 18 godina. Međutim, pomalo je nelogično da prisilno premještanje, primjerice, skupine sedamnaestogodišnjaka može dovesti do potpunog ili djelomičnog uništenja njihove nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine. Ponajprije zbog toga što su oni kroz odrastanje internalizirali norme i običaje svoje skupine te će ih nastavljati primjenjivati i u drugoj okolini. Stoga je jedino logično tumačenje riječi „djeca“ postavljanje znatno nižeg dobnog praga, na granicu prije koje djeca nisu mogla poprimiti kulturna obilježja svoje skupine.

Za razliku od dva prethodno obrađena modaliteta počinjenja genocida iz točki (c) i (d) članka 2 Konvencije o genocidu gdje je kažnjivo samo postupanje, neovisno o rezultatu, ovdje se traži dokaz premještanja djece, odnosno konačni rezultat. Međutim, ne mora se raditi o nasilnom premještanju djece upotrebom fizičke sile. ICTR je u slučaju *Akayesu* zaključio da ovaj modalitet počinjenja ne sankcionira samo izravne čine prisilnog premještanja djece, već i prijetnje koje mogu dovesti do njihovog prisilnog premještanja.²¹⁵ Stoga se pojam prisilno tumači široko i ne ograničava se na upotrebu isključivo fizičke sile. Kako bi netko bio osuđen za genocid na temelju ovog načina počinjenja bilo bi, teoretski, dovoljno da se djeci, s namjerom istrebljenja neke skupine, nametne prijetnja dovoljno ozbiljna da ih dovede u opravdan strah slijedom kojeg bi napustili svoju matičnu nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku skupinu.

Ni ovako ekstenzivno tumačenje ovog *modi operandi* genocida nije dovelo do kvantitativnog povećanja postupaka za genocid vođenih zbog povrede članka 2(e). Štoviše, u praksi međunarodnih sudova zabilježeno je samo jedno suđenje za ovaj modalitet počinjenja

²¹⁴ Konvencija o pravima djeteta (Convention on the rights of the child), 1577 UNTS 3, Sl. l. SFRJ br. 15/90, NN MU br. 12/93, 20/97, Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta glede uključivanja u oružane sukobe, NN MU br. 5/02, Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji, NN MU 5/02, Fakultativni protokol o postupku povodom pritužbi uz Konvenciju o pravima djeteta (Optional protocol to the Convention on the rights of the child on a communications procedure), dostupno na: https://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/ctc_4-11d.pdf

²¹⁵ ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, ICTR, 2. rujna 1998., para. 505., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html>

genocida.²¹⁶ Jedina optužba za genocid zbog prisilnog premještanja djece iz jedne skupine u drugu podnesena je pred ICJ-em u predmetu BiH protiv Srbije.²¹⁷

1.7.1. Ispunjenje *actus rei* elementa iz čl. 2(e) u predmetu *BiH v. Srbija*

BiH je u svojoj tužbi tvrdila da su bosanski Srbi, kršenjem članka 2(e) Konvencije o genocidu počinili genocid, odnosno da je Srbija odgovorna za prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu s istaknutom genocidnom namjerom. Pri navođenju primjera kršenja članka 2(e) zastupnici BiH odlučili su se za, po mišljenju autora ovog rada, slučajeve koji se ni logički ni pravno ne mogu supsumirati pod dohvat ovog načina počinjenja genocida.

Tužiteljstvo je tvrdilo da su Srbi „silovanjima htjeli utjecati na demografsku sliku islamskog stanovništva silovanjem muslimanskih žena sa srpskom spermom“²¹⁸. Smatrali su da djeca rođena kao plod tih silovanja neće biti dijelom zaštićene islamske skupine te da se upravo u tome očituje namjera počinitelja za prisilnim premještajem još uvijek nerođene djece u grupu bosanskih Srba. Kao dokaz svojih tvrdnji BiH se pozvao na tužbu u slučaju *Gagović* pred ICTY-em koja iz već pojašnjenih razloga²¹⁹ nije bila uzeta u obzir. Pored toga, zastupnici BiH navode slučaj *Karadžić i Mladić*²²⁰ u kojima je ICTY zaključio da su u nekim logorima žene bile sustavno silovane i potom zadržane dovoljno dugo da im se onemogućí abortus začete djece.²²¹

Srpska obrana nije poricala počinjena silovanja, već je logički pobijala dovođenje u vezu silovanja s prisilnim premještanjem djece. Naime, srpski su zastupnici tvrdili da će djeca biti rođena na teritoriju s većinskim islamskim stanovništvom te da će biti odgajana od strane

²¹⁶ Dawson, G., Boynton, R., Reconciling Complicity in Genocide and Aiding and Abetting Genocide in the Jurisprudence of the United Nations *Ad hoc* Tribunals, Harvard Human Rights Journal, vol. 21, str. 247.

²¹⁷ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 362. – 367.

²¹⁸ *Ibid.*, para. 363.

²¹⁹ v. IV.1.6.1.

²²⁰ ICTY, Prosecutor v. Karadžić and Mladić, IT-95-5-R61, *Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, od 11. srpnja 1996., para. 64., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/mladic/related/en/rev-ii960716-e.pdf>

²²¹ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 364.

islamskog stanovništva i da neće imati dodira sa srpskim stanovništvom. Stoga se ne može tvrditi da su se počinjenim silovanjima djeca prisilno premjestila iz jedne skupine u drugu.²²² ICJ se u donošenju presude priklonio tvrdnjama srpske obrane te presudio da na temelju dokaza koji su izneseni pred njega nije mogao utvrditi postojanje *actus rei* elementa genocida iz članka 2(e) Konvencije o genocidu.²²³

2. MENS REA

2.1. Uvod

Potreba inkriminacije zločina genocida i njegovo etiketiranje kao zločina svih zločina proizlazi iz njegovog voljnog elementa - *mentis reae* genocida. *Mens rea* utjelovljuje namjeru specifičnu za genocid koja ujedno predstavlja i *differentiam specificam* u odnosu na ostala kaznena djela. To je namjera da se potpuno ili djelomično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina.

Odsutnost navedene namjere onemogućava da se bilo pojedinac, bilo država osudi za počinjenje genocida. Iako se prethodno dokaže ispunjenje nekog od prije elaboriranih *actum reum* elemenata genocida, bez dokazanog *mentis reae* elementa ne radi se o genocidu. Primjerice, ubojstvo tisuća ljudi, vođeno drugom namjerom umjesto namjere istrebljenja neke od taksativno zaštićenih skupina, neće biti dostatno da se klasificira kao genocid. Potrebno je naglasiti da svaki od modaliteta počinjenja genocida iz članka 2. Konvencije sadrži vlastiti „kriminalni paket“ koji uključuje radnju i namjeru ispunjenja. Stoga je pri određivanju nekog ponašanja kao genocidnog nužno napraviti jasnu distinkciju između namjere kod pojedinog načina počinjenja, primjerice ubojstva, od krunske namjere, namjere uništenja zaštićene skupine.

²²² *Ibid.*, para. 367.

²²³ *Ibid.*

2.2. Kvalitativno značenje namjere

Konvencijom o genocidu naglašeno je da je genocid zločin počinjen s namjerom istrebljenja, međutim, propušteno je definiranje samog pojma namjere. U izvornom tekstu Konvencije nastalom na pet svjetskih jezika²²⁴ dolazi do razmimoilaženja u rasponu opsega pojma namjere u svakom od njih. Razlog tome je u marginalizaciji navedenog pitanja pri stvaranju Konvencije kada je prioritet bio naglašavanje specifičnosti genocida u usmjerenju prema istrebljenju neke skupine. Od veće je važnosti bilo oduprijeti se težnjama da se kao genocidna radnja propiše i ona poduzeta s nehajem, a koja je usmjerena prema fizičkom uništenju neke skupine. Naime, prijedlozi nekih država da se iz članka 2. Konvencije o genocidu ispusti formulacija „počinjenih s namjerom da se uništi“ i umjesto nje uvede „usmjerenih prema fizičkom uništenju“ postavila bi niži kriterij kažnjivosti za genocid koji bi obuhvatio i nehajne radnje počinitelja.²²⁵ Konačno stajalište koje je i primijenjeno u Konvenciji, autori ovog rada smatraju opravdanim. Budući da se radi o zločinu svih zločina čija malignost proizlazi upravo iz ideje uništenja određene skupine, bilo bi logički kontrarno²²⁶ prisvojiti i kažnjivost nehajnog ponašanja. Postavljanjem naglaska na namjeru uništenja te eliminiranje kažnjivosti nehajnog ponašanja uspostavila se prepoznatljivost genocida među ostalim kaznenim djelima međunarodnog prava.

Jednom prihvaćeno stajalište o potrebnosti namjere istrebljenja, otvara niz daljnjih pitanja. Prije svega, mora se odrediti koji stupanj namjernog postupanja mora biti zadovoljen. Kao što je rečeno, definitivan odgovor na navedeno pitanje ne proizlazi niti iz samog teksta Konvencije o genocidu, niti iz njenih *travaux préparatoires*. Prvi pokušaj definiranja *mentis reae* kaznenih djela kodificiranih međunarodnim pravom bio je u Rimskom statutu Međunarodnog kaznenog suda (u daljnjem tekstu: Rimski statut). Njim je zaključeno da se *mens rea*, odnosno mentalni element genocida sastoji od dvije komponente: znanja i htijenja, odnosno namjere u užem smislu.²²⁷ Znanje, kao sastavni dio genocidne namjere obuhvaća

²²⁴ *Intention* (engleski), *l'intention* (francuski), *intención* (španjolski), *намерением уничтожить* (ruski), 意向 (kineski)

²²⁵ Fournet, C., *The Crime of Destruction and the Law of Genocide. Their Impact on Collective Memory*, Ashgate, 2007., str. 60.-61.

²²⁶ Prema terminologiji u logici kao znanstvenoj disciplini.; Petrović, G., *Logika, Element*, Zagreb, 2005., str. 34.

²²⁷ Iz razloga praktičnosti i jasnoće teksta, u daljnjem tijeku rada umjesto izraza „namjera u užem smislu“ koristiti će se izraz „htijenje“.

„počiniteljevu spoznaju svih posebnih obilježja kaznenog djela ili mogućnost nastupanja posljedice prema redovnom tijeku događaja.“²²⁸ Htijenje pak obuhvaća „u odnosu na ponašanje, htijenje počinitelja da se u njemu angažira“,²²⁹ a „u odnosu na posljedicu, htijenje počinitelja da ju prouzroči svojim ponašanjem ili njegovo predviđanje da će ona nastupiti prema redovnom tijeku događaja.“²³⁰

ICJ u svom statutu nema izričitu odredbu kojom definira *mentem ream*, odnosno namjeru kaznenih djela za čije je suđenje nadležan. Međutim, budući da je statutom ICJ-a određeno da će sud kao pravne izvore koristiti međunarodne običaje, a namjera je običajem prihvaćena kao element kaznenog djela, može se smatrati da je namjera kao sastavni element pojma kaznenog djela posredno prihvaćena statutom ICJ-a.²³¹ Samim tim, namjera utvrđena Rimskim statutom biva putem običaja tumačenjem inkorporirana i u statut ICJ-a.

Zanimljivo je da ni u statutima međunarodnih *ad hoc* sudova ICTY i ICTR nije definirana genocidna namjera. Međutim, dok se u primjeru ICJ-a ona prethodno iznesenim tumačenjem može smatrati prihvaćenom, kod *ad hoc* sudova to nije slučaj, budući da međunarodni običaji u njihovim statutima nisu izrijekom navedeni kao pravni izvor. Suci tih sudova nemaju formalnu podlogu za tumačenje namjere. To ih ipak nije spriječilo da otpočetak prihvate namjeru kao nužni element kaznenih djela o kojima odlučuju, što uključuje i genocid. U prvom pravomoćno presuđenom slučaju pred ICTY-em otvorilo se pitanje namjere te je utvrđeno da se bez zadovoljavajućeg stupnja namjere optuženog ne može osuditi za kazneno djelo.²³²

Za cjelokupno shvaćanje namjere kao elementa genocida, potrebno je razložiti njene dvije sastavnice: znanje i htijenje.

²²⁸ UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court, ISBN No. 92-9227-227-6, čl. 30., st.2 (I), od 17. srpnja 1998., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html>

²²⁹ *Ibid.*, čl. 30., st. 2.(II)

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Schabas,W., *Mens Rea and The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New England Law Review, 37, 2003., str. 1015.

²³² U presudi ICTY-a Draženu Erdemoviću sud je utvrdio da je optuženi ubio velik broj ljudi u Srebrenici, no da mu je pritom nedostajao „*guilty mind*“ budući da je od strane nadređenih bio doveden u stanje krajnje nužde zbog koje nije imao drugog izbora pored ubojstva nedužnih civila. Navedeni nedostatak namjere suci su smatrali dovoljnim da presude kako Erdemović nije kriv te kroz presudu pokazali kako prihvaćaju namjeru kao sastavni element kaznenog djela.; ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, IT-96-22-T, od 29. studenog 1996., para 14., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/961129_Erdemovic_summary_en.pdf

2.2.1. Znanje

Najteža međunarodna kaznena djela, uz genocid, čine zločin protiv čovječnosti i ratni zločini. Dok posljednja dva karakterizira specifičan kontekst unutar kojeg su počinjeni, to nije slučaj s genocidom. Primjerice, ratni zločin ubojstva mora biti počinjen za vrijeme oružanog sukoba te mora imati poveznicu s njim. To jest, mora biti učinjen iz pobuda koje proizlaze iz samog oružanog sukoba, a ne iz nekih osobnih razloga. To nije slučaj s genocidom. Kod genocida uz namjeru istrebljenja ne postoji potreba zadovoljenja nekog šireg konteksta. Takav zaključak izravno proizlazi iz tumačenja članka 2. Konvencije o genocidu. Međutim, kroz praksu se postavilo pitanje treba li za postojanje svijesti o namjeri istrebljenja postojati i kolektivna organizacija te pomno smišljen plan istrebljenja neke nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine? Takav pristup ide *in favorem* shvaćanja genocida kao zločina koji bi bio svojevrsni prototip zločina kojeg može počiniti država.

Tako je ICTY, u predmetu *Jelisić*, optuženog oslobodio optužbi za genocid zaključivši kako nije podneseno dovoljno dokaza da su i drugi, pored optuženog, počinili zločin genocida čime bi se potvrdio kontekst organiziranog kolektivnog plana istrebljenja bosanskih Muslimana. ICTY je naglasio kako je svjestan da postojanje prethodnog plana uništenja zaštićene skupine nije nužni sastojak zločina genocida, te da je ideja genocida kao planiranog zločina odbačena u stvaranju Konvencije o genocidu. Ipak, presudio je da se iz postojećeg nije mogla utvrditi genocidna namjera.²³³ Sud je dakle utvrdio da je Jelisić tek marginalna figura te da se njegova ubojstva trebaju tretirati kao izolirani akt udaljen od postojanja kolektivne genocidne namjere. Navedeni zaključak ICTY-a, te ispitivanje šire slike, kao i utvrđivanje postojanja genocidnog plana na razini države da bi se osudilo pojedinca, dovodi autore ovog rada do pitanja može li uopće pojedinac samostalno počiniti čin genocida ukoliko samoinicijativno bude vođen genocidnom namjerom. Odgovor još uvijek ne možemo dati budući da u praksi do sada nije zabilježen slučaj optužbe, a kamoli osude za genocid bez postojanja prethodne genocidne svijesti većinskog dijela neke populacije. Takvo je stajalište premijerno zauzeto još 1968. godine u suđenju za genocid Adolfu Eichmannu pred Okružnim sudom u Jeruzalemu gdje je utvrđeno da je optuženi bio svjestan postojanja plana istrebljenja

²³³ ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, IT-95-10-T, od 14. prosinca 1999., para. 100., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/jelusic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>

na razini vrhovnih državnih tijela.²³⁴ Slično je stajalište zauzeo i ICTR u slučaju Ntakirutimana presudivši da je dotični odgovoran za pomaganje u počinjenju genocida, budući da je pri vršenju svojih radnji imao znanje o postojanju genocidnog plana na višim instancama.²³⁵

Umjesto fokusiranja na utvrđenje genocidne namjere u umu optuženog pojedinca, naglasak je stavljen na istraživanje šire slike, odnosno na analizu državne politike i eventualnog genocidnog plana. Primjerice, Međunarodna komisija za istraživanje Darfura u donošenju zaključka o tome je li na tom području počinjen genocid, utvrdila je kako sudanska vlada nije provodila genocidnu politiku, što je uzela kao bitan faktor pri utvrđenju postojanja genocida.²³⁶

2.2.2. Htijenje

Kao što je prethodno istaknuto, htijenje kao sastavni dio *mentis reae* obuhvaća u odnosu na ponašanje, htijenje počinitelja da se u njemu angažira, a u odnosu na posljedicu, htijenje počinitelja da ju prouzroči svojim ponašanjem ili njegovo predviđanje da će ona nastupiti prema redovnom tijeku događaja. Supsumira li se navedeno pod definiciju genocida proizlazi da osoba odgovorna za počinjenje genocida mora, s jedne strane, vršiti neki od modaliteta počinjenja genocida, npr. ubojstvo, s ciljem istrebljenja neke skupine i htjeti to vršenje, a s druge strane, htjeti da nastupi posljedica istrebljenja.

Modaliteti počinjenja genocida postavljeni su tako da je njihovo ispunjenje temelj za ispitivanje genocidne namjere. Primjerice, počinjenje namjernih masovnih ubojstava u sebi uključuje osnovu za tvrdnju da je eventualno počinjen genocid. Međutim, kao što je već više puta istaknuto, ispunjenje *actus rei* elementa genocida predstavlja tek polaznu točku za

²³⁴ District Court of Jerusalem, Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, No. 40/61., od 11. prosinca 1961., para. 195., http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/eichmann_district.pdf

²³⁵ ICTR, Prosecutor v. Ntakirutimana, ICTR-96-19-A, od 13. prosinca 2004., para. 500., dostupno na: <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-17/appeals-chamber-judgements/en/041213.pdf>

²³⁶ Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur, Un Doc. S/2005/60, para. 518., dostupno na: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/WPS%20S%202005%2060.pdf>

utvrđivanje *mentis reae* te ne prejudicira postojanje genocida. Stvaratelji Konvencije o genocidu su modalitete počinjenja formulirali na način da je nemoguće da se neki od njih ispuni slučajnošću. Ipak, namjerno ispunjenje nekog od *actus rei* elementa genocida i postojanje tek opće svijesti da ono može dovesti do istrebljenja određene skupine nije dostatno da bi se neko ponašanje definiralo kao genocidno. Definicija genocida zahtijeva posebno stanje svijesti, odnosno posebnu namjeru s ciljem uništenja nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine.²³⁷

2.3. Dokazivanje namjere

Tužitelj, na kojem je teret dokazivanja, u dokazivanju genocidne ne ulazi u slučaj s pozicije direktnog analiziranja počiniteljeve svijesti, koristeći se raznim vještačenjima da utvrdi eventualnu počiniteljevu namjeru. Umjesto toga, koristi se metodom logičke dedukcije kojom počiniteljeva djelanja koristi kao bazu iz koje izvodi zaključke o njegovoj namjeri. Pri tome se uzima kao presumpcija da počinitelj želi posljedice svojih čina, a dokaz o *mente rea* izvodi se iz samih fizičkih djelovanja.

Prethodno je ustanovljeno da je *mens rea* genocida usmjerena prema uništenju nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine. Razina koja se u dokazivanju te namjere mora utvrditi postavljena je visoko te se u njenom dokazivanju javlja niz problema. Prije svega, namjera *per se* nije podložna direktnom opipljivom dokazu. Samo počinitelj zna je li u ispunjenju *actus rei* elemenata djelovao s namjerom istrebljenja, a budući da nije vjerojatno da će u postupku vođenom protiv njega priznati postojanje genocidne namjere, ona se mora iščitati iz njegovih postupaka. Ako su samom počinjenju prethodili govori u kojima je najavljena ideja istrebljenja, dokazivanje genocida biva znatno olakšano. Primjeri takvog utvrđivanja genocidne namjere nastali su u postupcima pred ICTR-om. U postupku protiv Ferdinanda Nahimane, ICTR je kao dokaz njegove genocidne namjere uzeo pozivanje na istrebljenje pripadnika Tutsi naroda tijekom njegovih javnih govora.²³⁸ Drugi primjer

²³⁷ International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, 6 May-26 July 1996, Un Doc. A/51/10, str. 87., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf

²³⁸ ICTR, Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, ICTR-99-52-A, od 28. studenog 2007., para. 527., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/48b5271d2.html>

predstavlja postupak vođen protiv Juvénala Kajelijela u kojem je ICTR ustanovio postojanje genocidne namjere u njegovom govoru pred 30 okupljenih vojnika kojima je nedvosmisleno naredio da ubiju sve u selu Rwankeri i istrijebe sve Tutsie.²³⁹

U odsustvu izravnih dokaza pozivanja na počinjenje genocida i javnog isticanja genocidne namjere, tužitelj se mora usmjeriti na dokazivanje šire slike počinjenja nekog od modaliteta genocida. Tužiteljstvo se tada nerijetko upušta u dokazivanje konteksta počinjenja *actus rei* elemenata dokazivanjem masivnosti zločina²⁴⁰ kao i načina počinjenja koji ukazuju na postojanje svojevrsne kolektivne svijesti mržnje te želje za uništenjem neke skupine. Zahvalan pokazatelj te namjere može biti uništenje kulturne baštine neke zajednice.

U prethodnom dijelu rada obrazloženo je da je prijedlog za usvajanje kulturnog genocida kao modaliteta počinjenja genocida odbačen (v. IV.1.5.2.c i IV.1.7.). Naime, ICJ je u predmetu *BiH v. Srbija* potvrdio zaključak Šestog odbora Opće skupštine UN-a donesenog tijekom stvaranje Konvencije o genocidu kojim je ustanovljeno da je genocid zločin usmjeren samo prema fizičkom uništenju zaštićene skupine, a ne prema uništenju njenog nacionalnog, jezičnog, vjerskog ili kulturnog identiteta. Unatoč navedenom, uništenje kulturne baštine neke skupine od velike je pomoći upravo u stvaranju konteksta počinjenja zabranjenih akata, odnosno u ustanovljenju genocidne namjere. U postupku protiv Krstića pred ICTY-em, sudac Shahabudden je u svom izdvojenom mišljenju zaključio da je nedvojbeno kako se uništenje kulturne baštine neke skupine ne može klasificirati kao genocid. Međutim, zaključuje da uništenje džamija na području Srebrenice uvelike ide u prilog pronalaska genocidne namjere kod odgovornih pojedinaca.²⁴¹ Istim pravcem išlo je i tužiteljstvo ICTY u postupku protiv

²³⁹ ICTR, *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, od 1. prosinca 2003., para. 531., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/404466007.html>

²⁴⁰ U IV. dijelu rada u poglavlju 1.2. autori su istaknuli kako je za postojanje genocida dovoljno da jedan od modaliteta počinjenja bude ispunjen nad jednom žrtvom sa istaknutom genocidnom namjerom prema većem broju pripadnika zaštićene skupine da bi se radilo o genocidu. Unatoč tome, nedvojbeno je da se većim brojem žrtava olakšava dokazivanje postojanja genocidne namjere, odnosno usmjerenost počinitelja prema istrebljenju neke skupine. Manji broj žrtava uvelike otežava dokazivanje genocida.

²⁴¹ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-A, Partially Dissenting Opinion of Judge Shahabudden, od 19. travnja 2004., para. 50., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>

Radovana Karadžića gdje se nastojalo dokazati da je uništenje džamija učinjeno s ciljem uništenja pokazatelja stoljećima duge prisutnosti bosanskih Muslimana na tom prostoru.²⁴²

Pitanje dokazivanja namjere je pred ICJ-em obrazloženo i s teoretske strane, a posebno sustavno je to učinjeno u presudi predmeta Hrvatske v. Srbije u kojoj se sud pozvao na zaključke donesene u presudi predmeta BiH v. Srbije te na taj način konačno učvrstio kriterij i smjer utvrđivanja genocidne namjere. Postojanje *mentis reae*, prvenstveno, treba biti traženo u državnoj politici. Međutim, budući da je svijest o stajalištu koje je zauzela međunarodna zajednica prema genocidnom planu prisutna kod svih svjetskih lidera, nije realno očekivati da će ju se eksplicitno očitovati. ICJ stoga smatra da postojanje *mentis reae* treba biti izvedeno iz posrednih dokaza, odnosno iz određenog obrasca ponašanja.²⁴³ U odsustvu javnosti istaknutog državnog plana istrebljenja neke skupine nužno je, da bi se utvrdilo postojanje genocidne namjere, uspostaviti proces u kojem se namjera pripisiva državi izvodi iz djelovanja pojedinaca. Takvim supsidijarnim načinom utvrđenja namjere istrebljenja na njeno postojanje mora nedvojbeno upućivati obrazac ponašanja pojedinaca. Obrazac ponašanja mora biti takav da samo i isključivo upućuje na genocidnu namjeru te da je njeno postojanje očito, odnosno da je postojanje genocidne namjere jedini mogući zaključak koji proizlazi iz djelovanja pojedinaca.²⁴⁴ Dakle, ukoliko bi neki obrazac ponašanja upućivao na neku drugu namjeru ili ako bi ostavljao dvojbu radi li se isključivo o genocidnoj namjeri, takvo ponašanje ne bi se smjelo klasificirati kao genocidno. Postavljanje tako visokog kriterija u dokazivanju genocidne namjere jedan je od razloga odbijanja hrvatske tužbe za genocid, o čemu će više biti riječi u daljnjem tekstu: ovog rada.

U postupcima utvrđivanja odgovornosti države za genocid, činjenica da je utvrđeno kako su zadovoljeni *actus reus* i *mens rea* elementi genocida ne predstavlja osnovu za osuđujuću presudu. Naime, budući da se postojanje genocidne namjere izvodi iz djelovanja pojedinaca, daljnje pitanje koje se postavlja je mogu li se čini tih pojedinaca pripisati državi ili će pozivanje na odgovornost za zločin genocida ostati na razini individualne odgovornosti.

²⁴² ICTY, Prosecutor v. Karadžić and Mladić, IT-95-5-R61, *Consideration of the Indictment within the Framework of Rule 61 of Procedure and Evidence*, od 11. srpnja 1996., para. 93., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/mladic/related/en/rev-ii960716-e.pdf>

²⁴³ ICJ, Croatia v. Serbia, para. 143.

²⁴⁴ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 373.

Pitanje postojanja odgovornosti države za međunarodno protupravne čine te, posebno, pitanje pripisivosti djelovanja državnih organa bit će posebno obrazloženo u nastavku ovog rada.

2.4. Postojanje genocidne namjere u slučaju *BiH v. Srbija*

Zastupnici BiH su tvrdili da je Srbija odgovorna za počinjenje genocida na području cijele BiH koji je posljedica općeg plana počinjenja genocida u toj zemlji. U prilog svojoj tvrdnji egzemplifikativno su navodili mjesta u kojima je ispunjen *actus reus*, navodeći na zaključak da je u svakom od njih postojao jedinstveni obrazac ponašanja koji su vlasti iz Beograda sustavno provodile da bi istrijebili bosanske Muslimane. Zločini počinjeni u Sarajevu, Zvorniku, Kazneno-popravnom domu Foča, u Prijedoru, u logoru Manjača u blizini Banja Luke, u Brčkom te, konačno, u Srebrenici rezultat su, prema tvrdnjama BiH, pomno osmišljenog genocidnog plana.²⁴⁵

Konzistentnost genocidnog plana, smatraju zastupnici BiH, najočitija je bila u logorima koji su tvorili „organiziranu institucionalnu mrežu“²⁴⁶ i u kojima su ispunjavani taksativno nabrojani *actus reus* elementi genocida. Sustavnost prakse počinjenih zločina navela ih je na zaključak da je u nabrojanim mjestima provedena tek egzekucija prije smišljenog plana. U prilog svojoj tvrdnji kao dokaze su podnijeli Odluke o strateškim ciljevima srpskog naroda u Bosni i Hercegovini te govor Radovana Karadžića u zakonodavnom tijelu.

Odluke o strateškim ciljevima srpskog naroda donijela je Skupština srpskog naroda u Bosni i Hercegovini na svojoj 16. Sjednici, 12. svibnja 1992., na prijedlog Momčila Krajišnika. Njom je uspostavljeno šest strateških ciljeva: uspostaviti državne granice koje bi odvojile srpski narod od druga dva naroda (hrvatskog i bošnjačkog), stvaranje koridora između Semberije i Krajine, stvaranje koridora na rijeci Drini i ukidanje granice između srpskih država²⁴⁷, uspostavljanje granice na rijekama Uni i Neretvi, podjela Sarajeva na srpski

²⁴⁵ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 231.-376.

²⁴⁶ *Ibid.*, para. 371.

²⁴⁷ Pritom se misli na granicu današnje Republike Srbije i današnje Republike Srpske.

i bošnjački dio te izboriti izlaz na more Republici Srpskoj.²⁴⁸ U raspravljanju o Odlukama od posebne je važnosti, smatrali su zastupnici BiH, bio govor Radovana Karadžića, kao ključne figure u ratu u BiH, koji je rekao da ukoliko srpski narod želi postići svoj prvi strateški cilj, odnosno odvojiti se od Hrvata i Bošnjaka, treba ih silom rata istjerati iz njihovih domova.²⁴⁹

Zastupnici Srbije osporavali su ispravnost prijevoda Karadžićevog govora te tvrdili da je Karadžić u duhu srpskog jezika rekao da je cilj srpskog naroda osloboditi srpske domove od neprijatelja. ICJ se pak nije upuštao u utvrđenje ispravnog prijevoda već je zaključio da i u slučaju prihvaćanja prijevoda koji predlaže BiH, ma koliko šokantan bio, ne uključuje namjeru istrebljenja bosanskih Muslimana. ICJ smatra da tjeranje islamskog stanovništva silom rata iz njihovih domova ne dovodi nužno do njihovog istrebljenja, već može dovesti tek do njihovog progona, u kojem slučaju se ne radi o genocidu. Također, ICJ zamjećuje da u slučajevima Brđanin²⁵⁰ i Stakić²⁵¹ vođenim pred ICTY-em u kojima se tužiteljstvo pozivalo na Odluke o strateškim ciljevima srpskog naroda, navedeno pozivanje nije imalo konotacije s genocidom. Odnosno, navedene strateške ciljeve tužiteljstvo nije dovodilo u vezu s namjerom istrebljenja.

Odbacivši konstrukciju BiH o postojanju genocidnog plana na razini srpskih vlasti, ICJ se okrenuo ispitivanju obrasca ponašanja srpske vojske u počinjenju zločina te odlučivanju proizlazi li iz njega nedvojbeno postojanje genocidne namjere. Zastupnici BiH navodili su sustavnost zločina u većem broju gradova počinjenih tijekom duljeg razdoblja, a koji su bili usmjereni prema bosanskih Muslimanima. Smatraju da ta sustavnost nedvojbeno upućuje na postojanje genocidne namjere. ICJ, dosljedno svom dosadašnjem radu, samo je ustvrdio kako mu nije podneseno dovoljno dokaza kojima bi utvrdio da je postojala genocidna namjera u svim dijelovima BiH, osim Srebrenice, te pritom nije dao nikakvo kvalitetno obrazloženje.²⁵² Autorima ovog rada se, stoga, javilo pitanje kvalitete presuda ICJ-a, kako

²⁴⁸ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Public sitting held on Tuesday 2 May 2006, at 3 p.m., at the Peace Palace, para. 116., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/10768.pdf>

²⁴⁹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Public sitting held on Tuesday 28 February 2006, at 3 p.m., at the Peace Palace, para. 38., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/10491.pdf>

²⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, od 1. rujna 2004., para. 303., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>

²⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, od 31. srpnja 2003., para. 546.-561., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>

²⁵² ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 276.- 277.

uopće, tako i u ovoj presudi. ICJ se u utvrđivanju postojanja kaznenog djela genocida vodi zaključcima koje je donio ICTY u slučajevima individualne odgovornosti za genocid te njihove presude uzima kao *rem judicatum* te se sam gotovo i ne upušta u utvrđivanje činjeničnog stanja. Umjesto toga, uzima stajališta ICTY-a te ih jednostavno unosi u svoj pravorijek. Evidentno je kako je glavna zadaća ICJ-a odlučiti o pripisivosti pojedinačnih akata državi, međutim, ipak je potrebno razjasniti zašto ICJ bezrezervno prihvaća stajališta ICTY-a.

S ciljem objašnjenja navedenog problema, autori ovog rada obratili su se pravnom stručnjaku dr. sc. Marku Milanoviću, profesoru na *University of Nottingham School of Law*, koji je samo i isključivo za potrebe ovog rada zaključio:²⁵³

„U pogledu odnosa ICJ-a i ICTY-a, mislim da ste u pravu kad kažete da ICJ ne treba da bezrezervno veruje nalazima ad hoc tribunala (ili bilo kog drugog relevantnog suda). S druge strane, mislim da je u bosanskom i u hrvatskom slučaju ICJ postupio razumno, dajući dužno uvažavanje nalazima ICTY-a u pogledu pitanja za koje ICTY uživa i posebnu stručnost i poseduje mnogo veće raspoložive resurse od ICJ-a, a to su (1) pitanja tumačenja materijalnog krivičnog prava, (2) utvrđivanje činjenica i (3) kvalifikacija tih činjenica u skladu sa prethodno razmotrenim materijalnim pravom. Drugim rečima, ICJ ne bi trebalo da odstupa od relativno uniformne sudske prakse međunarodnih krivičnih sudova u pogledu elemenata zločina genocida bez posebno dobrih razloga (kakvih nije bilo). Takođe, ICJ ne bi trebalo da odstupa od npr. nalaza ICTY-a da Srebrenica predstavlja genocid, a da opsada Sarajeva ne predstavlja genocid, bez posebno dobrih razloga (kakvih nije bilo). S druge strane, ICJ ne treba da pruža neko posebno uvažavanje ICTY-u u pogledu pitanja za koje je ICJ najviše kompetentan, poput npr. standarda pripisivosti za odgovornost država u međunarodnom pravu (kao što to i nije učinio).

Ja se slažem da je poprilično nezadovoljavajuće da ICJ jednostavno radi copy/paste presuda Tribunala. S druge strane, to je bilo skoro potpuno neminovno, imajući u vidu karakter dokaznog postupka pred ICJ-om, koji je pre svega dokumentaran i obično vrlo sumaran, u poređenju sa vrlo rigoroznim krivičnopravnim dokaznim postupkom pred Tribunalom. Jedini način da ICJ uradi nešto zaista novo bi bio da su same stranke u postupku proaktivno pokušale da pred ICJ-om izvode nove dokaze, koji nisu izvedeni u relevantnim postupcima pred Tribunalom, ali je to s praktične strane bilo teško ili nemoguće. Na primer,

²⁵³ Iz intervjua s pravnim stručnjakom dr. sc. Markom Milanovićem, profesorom na *University of Nottingham School of Law*, od 19. ožujka 2015.

jedina mogućnost da ICJ kaže nešto drugo u bosanskom slučaju bila je da je bosanska strana imala manje ambiciozan slučaj, u kom bi tvrdila (i pokušala da dokaže) da je genocid pored Srebrenice izvršen i u nekoliko drugih opština u Bosni (to je sada predmet rasprave u suđenjima Karadžiću i Mladiću pred Tribunalom). Ali je za bosansku stranu ta strategija bila politički nemoguća – ona je morala da tvrdi da je ceo rat u Bosni kao takav predstavljao jedan veliki, sveobuhvatni genocid. Slično važi i za hrvatski slučaj – kako bi ICJ mogao da odstupi od nalaza Tribunala kad je pred njim izvedeno samo par novih svedoka, koji pritom nisu rekli ništa suštinski novo ili značajno.

Dakle, imajući u vidu prirodu ICJ-a, parnične strategije stranaka (uslovljene njihovim političkim kontekstom) i njihove argumente, za ICJ je bilo najlakše da samo reprodukuje šta je rekao ICTY. Verovatno bi slično postupili i Vi i ja da smo u takvoj poziciji bili.“

Pravni znanstvenici i praktičari smatraju upravo taktiku zastupnika BiH glavnim razlogom neuspjeha BiH u tužbi za genocid. Međutim, kao dokaz da njihov stav nije bio u potpunosti pravno i logički neutemeljen te da je prema mišljenju nekih pravnih stručnjaka postojala podloga da se dokaže konstrukcija cijelog rata kao genocidnog plana ističe se izdvajajuće mišljenje suca Al-Khasawneha. On smatra da je genocid u BiH bio počinjen na širem području od same Srebrenice, te da je Srbija odgovorna ne samo za nesprječavanje genocida, već i za njegovo počinjenje. Tvrdeći navedeno, sudac je istaknuo kako je svjestan činjenice da ICTY nije utvrdio postojanje genocida u nekom području osim Srebrenice, kao i da su kriteriji dokazivanja genocida postavljeni jako visoko. Ipak, mišljenja je da je ICJ mogao izabrati drugu metodologiju donošenja zaključka o genocidu kojom bi mogao ustanoviti da je i na širem području postojao genocid. Posebno kritizira ICJ i njegovo nepoštivanje vlastitog Statuta. Naime, ICJ je bio upozoren od strane BiH na postojanje dokumenata Generalštaba Vojske Srbije koje je Srbija odbila predati. Al-Khasawneh smatra da bi se predajom tih dokumenata stekla drukčija slika o genocidnom planu, te općenito genocidnoj namjeri i pripisivosti genocida Srbiji. Statut ICJ-a u članku 49. daje ovlast Sudu da traži od stranaka predaju bilo kakvih dokumenata, a da u slučaju njihovog odbijanja unese formalnu zabilješku svakog odbijanja suradnje. Iz formalne zabilješke odbijanja suradnje Sud bi trebao izvesti zaključak o navedenom pitanju što u slučaju *BiH v. Srbija* nije učinio.²⁵⁴ Time je postupio i protivno svojoj dosadašnjoj praksi ustanovljenoj u slučaju *Corfu Channel*,

²⁵⁴ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawneh, para. 30.-36., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13689.pdf>

između Velike Britanije i Albanije 1949. Godine, kada je zaključio da iz odbijanja suradnje Sud treba izvoditi zaključke što je, između ostalog, prihvaćeno i u svim pravnim sustavima.²⁵⁵

U obrazlaganju *actus rei* elemenata genocida i činjeničnog stanja u Srebrenici (u IV.1.3.3.2.2.), ustanovljeno je da u početku srpske invazije na Srebrenicu nije postojala genocidna namjera, već se ona pojavila naknadno, u trenutku kada su srpske snage shvatile mizernost bošnjačkog otpora. U donošenju presude, ICJ se vodio zaključcima ICTY-a u slučajevima *Krstić* i *Blagojević* te njihove pravorijeke izravno unio u svoju presudu. Ustanovljeno je da je VRS početno bila vođena idejom ubijanja vojnika Armije RBiH, dok je u nekom stadiju napada na Srebrenicu namjera proširena na ubojstva svih muškaraca pripadnika bosanskih Muslimana neovisno jesu li bili dio vojske ili ne. Pritom ICJ naglašava da nije potrebno da genocidna namjera bude prije pomno isplanirana, već je dovoljno da se cilj istrebljenja pojavi naknadno u tijeku same ratne operacije. Dokazi podneseni u slučaju *Krstić*, smatraju ICTY i ICJ, upućuju na to da su ubojstva sedam tisuća ljudi bila isplanirana i vođena genocidnom namjerom na što ukazuje broj poginulih osoba, kao i stručnost postrojbi koje su izvršavale pogubljenja, standardizirana kodna komunikacija tijekom ubojstava, jedinstvenost metode prilikom egzekucija.²⁵⁶ Tim je uspostavljen obrazac ponašanja dovoljan da ICJ nedvojbeno zaključi da je u Srebrenici počinjen genocid.²⁵⁷ Pitanje genocidne namjere te argumenti negiranja genocida u Srebrenici biti će izneseni u daljnjem dijelu rada.

2.5. Postojanje genocidne namjere u slučaju *Hrvatska v. Srbija*

Nakon što je ICJ ustanovio ispunjenje *actus rei* elementa genocida po čl. 2.(a) i (b) Konvencije o genocidu, odnosno ubijanje i nanošenje teških tjelesnih i psihičkih povreda upustio se u ispitivanje namjere. Zastupnici Republike Hrvatske nisu se upuštali u dokazivanje postojanja početnog genocidnog plana te putem njega genocidne namjere, već su se otpočetak usmjerili na dokazivanje obrasca ponašanja koji bi trebao isključivo i nedvojbeno upućivati na postojanje genocida. Međutim, budući da namjera istrebljenja treba

²⁵⁵ Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, str. 4., para. 18., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>

²⁵⁶ ICTY, Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-A, od 19. travnja 1994., para. 572.-573., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>

²⁵⁷ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 297.

biti usmjerena prema bitnom dijelu Konvencijom o genocidu zaštićene skupine, preliminarno je bilo potrebno dokazati da su Hrvati koji su živjeli u Istočnoj i Zapadnoj Slavoniji, Banovini, Kordunu, Lici i Dalmaciji činili bitan dio hrvatskog naroda.²⁵⁸

ICJ je u predmetu *BiH v. Srbija* postavio kriterije koji moraju biti zadovoljeni kako bi se određeni dio skupine smatrao bitnim dijelom, te se pritom pozivao na zaključke donesene pred ICTY-em²⁵⁹, ICTR-em²⁶⁰ i na zaključke donesene od strane Komisija za međunarodno pravo.²⁶¹ Te je zaključke ICJ primijenio i u predmetu *Hrvatska v. Srbija*. Prije svega, potrebno je zadovoljiti kvantitativni element. Dio skupine prema kojoj je usmjerena namjera istrebljenja mora biti takav da se njegovim istrebljenjem utječe i na grupu u cjelini. Zastupnici Republike Hrvatske su pozivanjem na popis stanovništva SFRJ iz 1991. godine dokazali da je na području na kojem je prema navodima u tužbi počinjen genocid živjelo između 1.7 i 1.8 milijuna Hrvata²⁶². Potom, ICJ je zaključio kako je dovoljno da genocidna namjera bude usmjerena prema geografski ograničenom području. Odnosno, da nije potrebno težiti istrebljenju pripadnika nekog naroda u svim dijelovima svijeta.²⁶³ Konačno, ICJ je postavio kvalitativni kriterij u odnosu na dio skupine prema kojem je usmjerena namjera istrebljenja. Broj pojedinaca ne treba biti promatran samo kroz apsolutni kriterij i njegov brojčani odnos prema ostatku skupine, već je potrebno dokazati značaj napadnutog dijela skupine na skupinu u cjelini. Hrvatski zastupnici za taj kriterij dokazivanja nisu ponudili dokaze. Ipak, ICJ je smatrao kako postoji temelj da zaključi kako dio hrvatskog naroda koji je živio u dijelovima Republike Hrvatske na koje se odnosila tužba za genocid čini bitan dio ukupne hrvatske populacije.²⁶⁴ Ustanovivši navedeno, ICJ se upustio u ispitivanje obrasca ponašanja koji, prema hrvatskim zastupnicima, upućuje na postojanje genocidne namjere.

²⁵⁸ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 403.-404.

²⁵⁹ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-A, od 19. travnja 1994., para. 8.-11., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>

²⁶⁰ ICTR, *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, od 21. svibnja 1999., para. 148., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html>

²⁶¹ UN Yearbook of the International Law Commission 1996., *op. cit.* u bilj. 287., str. 45.

²⁶² ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 406.,

²⁶³ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 199.

²⁶⁴ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 198.-200.

2.5.1. Obrazac ponašanja JNA i srpskih paravojskih postrojbi

U dokazivanju obrasca ponašanja JNA i srpskih paravojskih postrojbi čije se djelovanje pripisuje Republici Srbiji, hrvatski zastupnici su istaknuli sedamnaest faktora za koje smatraju da isključivo i nedvojbeno upućuju na postojanje genocidne namjere: (1.) srpska ekspanzionistička politička doktrina koja je doprinijela stvaranju genocidne klime usmjere prema istrebljenju hrvatskog naroda; (2.) izjave državnih dužnosnika i propaganda srpskih medija koji su demonizirali Hrvate; (3.) činjenica da način vojnih napada prelazi opravdanost vojnog cilja; (4.) video dokazi koji svjedoče postojanje namjere istrebljenja kod pojedinaca koji su izvršavali vojne napade; (5.) znanje JNA da su paravojske postrojbe bile uključene u genocidne napade; (6.) tijesna suradnja JNA i srpskih paravojskih postrojbi odgovornih za neke od najtežih zločina; (7.) sustavnost i jasan cilj napada na Hrvate kao grupu zaštićenu Konvencijom o genocidu; (8.) činjenica da su napadi bili usmjereni samo na hrvatsko stanovništvo, dok su Srbi bili zaštićeni; (9.) činjenica da su Hrvati tijekom rata bili stigmatizirani noseći bijelu traku iznad lijevog ramena te postavljajući bijelo platno ispred svojih domova; (10.) broj nestalih i ubijenih Hrvata; (11.) priroda, stupanj i opseg nanesenih ozljeda putem psihičkih napada, mučenja, neljudskog i ponižavajućeg postupanja, silovanja i seksualnog nasilja; (12.) verbalno ponižavanje na etničkoj osnovi pri izvršenju ubojstava, mučenja i silovanja; (13.) prisilno premještanje hrvatskog stanovništva; (14.) sustavno pljačkanje i uništavanje hrvatske kulturne baštine; (15.) suzbijanje hrvatske kulture i katoličke vjere; (16.) sustavna i evidentno namjeravana promjena demografske slike u Republici Hrvatskoj; (17.) nekažnjavanje za zločine za koje hrvatski zastupnici tvrde da čine genocid.²⁶⁵

Iz navedenih tvrdnji ICJ je prvenstveno ispitivao može li se na temelju njih ustanoviti jedinstveni obrazac ponašanja, a potom upućuje li takav obrazac ponašanja nedvojbeno na postojanje genocidne namjere. Kao bitne faktore koje su naveli hrvatski zastupnici u utvrđivanju postojanja obrasca ponašanja ICJ je posebnu pozornost posvetio točkama (3.), (7.), (8.), (10.) i (11.). Potvrdu stajališta da iznesene točke upućuju na postojanje jedinstvenog obrasca ponašanja, hrvatski su zastupnici pronašli u presudama ICTY-a u slučajevima Mrkšić i Martić. U presudi Mili Mrkšiću, ICTY je utvrdio četiri koraka koja je poduzimala JNA u invaziji na neko naselje. Prvo se stvaralo stanje općeg straha prisutnošću srpskih snaga u blizini napadnutog mjesta i njihovog provokativnog ponašanja. Nakon toga bi uslijedilo

²⁶⁵ *Ibid.*, para. 408.

bombardiranje koje je, u pravilu, trajalo nekoliko dana i bilo uglavnom usmjereno prema dijelu naselja u kojem je živjelo hrvatsko stanovništvo. Zatim bi pripadnici JNA tražili od civilnog stanovništva da prikupi oružje i dostavi im ga. Naposljetku su srpske paravojne postrojbe ulazile u naselja nakon čega bi uslijedila ubojstva, pljačke i paleži.²⁶⁶ U presudi Milanu Martiću, ICTY je donio sličan zaključak. Hrvatska naselja prvenstveno su bila bombardirana, nakon čega bi njihove pokretne jedinice napravile invaziju u njih. Nakon što bi pokorili mjesto, uslijedili bi čini ubojstava i nasilja protiv nesrpske populacije koja nije uspjela pobjeći tijekom napada.²⁶⁷ ICJ je temeljem navedenog zaključio da je postojao obrazac ponašanja JNA i srpskih paravojskih jedinica. Sljedeća prepreka u dokazivanju genocidne namjere koja je bila postavljena pred hrvatske zastupnike bila je dokazivanje da je jedini zaključak, koji proizlazi iz navedenog obrasca ponašanja, upućivanje na namjeru istrebljenja. Ako bi bilo dvojbeno postoji li takva namjera, odnosno upućuje li obrazac ponašanja na nešto drugo pored te namjere, ICJ bi morao donijeti zaključak da se ne radi o genocidu. Republika Hrvatska je u dokazivanju genocidne namjere izabrala sljedeću taktiku. Nastojalo se smjestiti obrazac ponašanja u kontekst u kojem su *actus reus* elementi genocida bili počinjeni te dokazati da su srpske snage sustavno ispunjavale *actum reum* elemente genocida svaki put kad im se ukazala prilika.²⁶⁸

2.5.1.1. Kontekst ispunjenja *actus rei* elemenata genocida

Hrvatski zastupnici tvrdili su, prije svega, da su zločini koje su počinili JNA i srpske paravojne postrojbe dio plana srpskog nacionalističkog vodstva o stvaranju Velike Srbije. U prilog svojim tvrdnjama naveli su *Memorandum Srpske akademije nauka i umetnosti* koji je doveo do preporoda velikosrpske ideje te je, prema navodima Republike Hrvatske, sadržavao ideju istrebljenja Hrvata. Navedeni memorandum je predstavljen kao putokaz u provedbi ideje istrebljenja Hrvata. Srbija je negirala tvrdnje hrvatskih zastupnika, tvrdila je da su pokazali visoku razinu neinformiranosti te kako ideja Velike Srbije nikada nije uključivala genocidnu

²⁶⁶ ICTY, Prosecutor v. Mile Mrkšić, Miroslav Radić, Veselin Šljivančanin, IT-95-13/1-T, od 27. rujna 2007., para. 43., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/en/090505.pdf>

²⁶⁷ ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, IT-95-11-T, od 12. lipnja 2007., para. 427., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>

²⁶⁸ ICJ, Croatia v. Serbia, para. 418.

namjeru prema hrvatskom narodu. ICJ je zaključio da *Memorandum Srpske akademije nauka i umetnosti* nema službeno značenje te da sigurno ne uključuje ideju istrebljenja Hrvata.²⁶⁹

Utvrdivši navedeno, ICJ se upustio u ispitivanje cilja kojem je težila JNA. Pritom se priklonio zaključku ICTY-a da je politički cilj Beograda bio ujedinjenje teritorija na kojem su živjeli Srbi u Hrvatskoj i BiH s teritorijem Srbije. S razinom potpune izvjesnosti zaključio je da je cilj srpskog udruženog zločinačkog pothvata stvaranje etnički čistog srpskog teritorija putem prisilnog premještanja Hrvata. Ipak, smatra da njihova namjera pritom nije bila usmjerena prema fizičkom istrebljenju hrvatskog naroda, već samo prema njihovom protjerivanju kako bi stvorili etnički homogenu srpsku državu.²⁷⁰ Na temelju iznesenog, ICJ je presudio da ne postoji kontekst koji bi doveo do zaključka da je genocidna namjera nedvojbeno bila uzrok djelovanja srpske vojske.²⁷¹

U hrvatskoj su tužbi posebno bili istaknuti zločini počinjeni u samom gradu Vukovaru i na Ovčari. ICJ se stoga posebno osvrnuo na taj dio tužbe. Ustanovivši brojna razaranja, ubojstva te nanošenje teških tjelesnih i psihičkih ozljeda, ICJ se upustio u ispitivanje konteksta koji bi upućivao na postojanje genocidne namjere. Podloga za donošenje presude za počinjenje genocida u Vukovaru bila je presuda ICTY-a u slučaju Mrkšić. ICTY je ustanovio da je hrvatski otpor opsadi Vukovara predstavljao simbol općeg otpora velikosrpskoj politici ne samo hrvatskog naroda, nego i drugih naroda tadašnje SFRJ. Stoga je upravo pad grada bio dokaz srpske moći i najava budućih teških posljedica koje bi trebale pogoditi sve koji se protive beogradskoj politici. ICTY smatra da je namjera srpskih vlasti bila kažnjavanje hrvatskog naroda što se nije pokorio beogradskoj politici, a ne istrebljenje Hrvata.²⁷² Istovjetan je zaključak donio i u odnosu na zločine počinjene na Ovčari.²⁷³

²⁶⁹ *Ibid.*, para. 420-422.

²⁷⁰ ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, IT-95-11-T , od 12. lipnja 2007., para. 427., 430., 442. et 445., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>

²⁷¹ ICJ, Croatia v. Serbia, para. 423.- 428.

²⁷² ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, IT-95-11-T , od 12. lipnja 2007., para. 471., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>

²⁷³ *Ibid.*, para. 535.

2.5.1.2. Prilika ispunjenja *actus rei* elementa genocida

Hrvatski zastupnici tvrde da su JNA i srpske paravojne jedinice ispunjavale *actum reum* elemente genocida iz čl. 2(a),(b),(c) i (d) Konvencije o genocidu svaki put kada bi im se za to ukazala prilika. Iz te se činjenice zaključuje postojanje srpske namjere uništenja hrvatskog naroda. Srbija, naravno, opovrgava takve navode te ističe nekoliko primjera kada su srpske snage poštedjele Hrvate. Također, smatra da ograničen broj hrvatskih žrtava u odnosu na potencijalan broj s obzirom na prilike koje su srpske snage imale da ih ubiju ne ide u prilog tvrdnji postojanja genocidne namjere.²⁷⁴

ICJ je posebno ispitivao masovno premještanje Hrvata kao potencijalno bitan faktor u odlučivanju je li postojala genocidna namjera. Pritom sud posebno naglašava da Republika Hrvatska nije podnijela dovoljno dokaza kojima bi potvrdila da se premještanjem Hrvata ispunjava *actus reus* kriterij genocida iz čl. 2(c) Konvencije o genocidu, odnosno da su premještanjem hrvatskog stanovništva nametnuti uvjeti koji bi trebali dovesti do uništenja hrvatskog naroda. Ipak, ICJ utvrđuje da navedeno premještanje može biti inspirirano srpskom genocidnom namjerom. Postavivši presumptivnu bazu, ICJ je zaključio da je prisilno premještanje bilo tek instrument provođenja srpske politike osnivanja etnički homogene srpske države. U tom je smjeru srpska vojska stvorila atmosferu terora među hrvatskim stanovništvom te počinila zločine kojima je ispunila *actum reum* elemente genocida iz čl. 2(a) i (b) Konvencije o genocidu te s područja SAO Krajine prognala između 80000 i 100000 ljudi. Ipak, sud je presudio kako su navedena djela počinjena s namjerom odlaska hrvatskog stanovništva s navedenog teritorija, a ne s namjerom njihovog istrebljenja.²⁷⁵

ICJ je također smatrao bitnim staviti u odnos i broj žrtava Konvencijom o genocidu zaštićene hrvatske skupine s ukupnim brojem stanovništva na području za koji su hrvatski zastupnici tvrdili da je počinjen genocid. Prema navodima Republika Hrvatske, na hrvatskoj je strani poginulo oko 12.500 ljudi. Tu je brojku srpska obrana osporavala. Sud se pak nije upustio u procjenjivanje broja žrtava već je zaključio da i u slučaju da su hrvatski navodi točni, broj žrtava je mali u odnosu na veličinu ciljanog hrvatskog stanovništva. Konačno, s obzirom na pitanje prilike ispunjenja *actus rei* elemenata genocida, ICJ je presudio da

²⁷⁴ ICJ, Croatia v. Serbia, para. 431. - 432.

²⁷⁵ *Ibid.* para. 433. - 435.

hrvatski zastupnici nisu podnijeli dovoljno dokaza kojima bi dokazali da su srpske snage počinile neki modalitet počinjenja genocida svaki put kad su za to imale priliku.²⁷⁶

2.5.2. Presuda ICJ-a u predmetu *Hrvatska v. Srbija*

ICJ je zaključio da hrvatski zastupnici nisu uspjeli dokazati da je namjera uništenja jedini zaključak koji se može izvesti iz obrasca ponašanja JNA i srpskih paravojskih postrojbi. U skladu s tim je presudio da iako je ubojstvima iz čl. 2(a) te teškim tjelesnim i psihičkim ozljedama iz čl.2(b) Konvencije o genocidu ispunjen *actus reus* element genocida, nije ispunjen i *mens rea* element genocida. Konačno, ICJ presuđuje da u cijelosti odbija hrvatsku tužbu.²⁷⁷

²⁷⁶ *Ibid.* para. 436. - 437.

²⁷⁷ *Ibid.* para. 431.

V. ODGOVORNOST DRŽAVE ZA GENOCID

1. UVOD

Konvencijom o genocidu postavljena su dva osnovna cilja njezinog donošenja. Prvo, utvrđenje postojanja genocida kao zločina međunarodnog prava te drugo, zajedničkom suradnjom Strana ugovornica, poduzimanje mjera radi njegova sprječavanja i kažnjavanja.²⁷⁸ Primarni naglasak konačnog teksta konvencije bio je na kažnjavanju pojedinaca za počinjenje, sporazumijevanju o počinjenju, neposrednom i javnom poticanju, pokušaju te suučestvu u počinjenju genocida.²⁷⁹ Takvo poimanje individualne odgovornosti Konvencije o genocidu potvrđeno je kasnijom sudskom praksom pred nacionalnim i *ad hoc* tribunalima. Pri tom se pitanje odgovornosti samih država za genocid nije pojavilo u praksi sudova skoro šezdeset godina od donošenja Konvencije o genocidu. Sve do 2007. godine kada je ICJ prvi puta u povijesti međunarodnog prava meritorno odlučio o odgovornosti neke države za genocid u slučaju *BiH v. Srbija*.

Prihvatanjem nadležnosti u navedenom slučaju *BiH v. Srbija*, ICJ je bez sumnje napravio iskorak u razvoju odgovornosti država za genocid te otvorio novo povijesno poglavlje u daljnjem razvoju tumačenja Konvencije o genocidu. Međutim, novo prošireno tumačenje konvencije otvorilo je brojna pitanja i nesuglasice u doktrini, prvenstveno zbog postojanja iznimno visokih kriterija za utvrđivanje odgovornosti država. Drugom presudom u kojoj je meritorno odlučeno o odgovornosti država za genocid, *Hrvatska v. Srbija*, ICJ je potvrdio svoju nadležnost po navedenom pitanju. Međutim, s obzirom da u toj presudi nije utvrđena genocidna namjera (*mens rea*), ICJ nije ulazio u raspravljanje o elementima odgovornosti države za genocid te nije pridonio razrješavanju otvorenih pitanja iz prethodne presude nego je, naprotiv, otvorio neka daljnja pitanja.

U daljnjoj analizi prvo ćemo se baviti međunarodopravnom odgovornošću države za protupravne čine općenito, kako bismo mogli dalje raspravljati o postupanju ICJ-a u svojoj dosadašnjoj praksi. Pritom je potrebno poseban naglasak staviti na analizu pripisivosti

²⁷⁸ Konvencija o genocidu, preambula *et* čl. 1.

²⁷⁹ Konvencija o genocidu, čl. 3.

međunarodno protupravnih čina, koji se u dvjema presudama o odgovornosti država za genocid pokazao izuzetno spornim.

2. ODGOVORNOST DRŽAVE ZA MEĐUNARODNO PROTUPRAVNE ČINE

2.1. Pojam i pravna priroda odgovornosti države za međunarodno protupravne čine

U postupku izrade Konvencije o genocidu dugo se vodila rasprava o tome treba li u nju uvrstiti odredabe o odgovornosti država za genocid.²⁸⁰ Međutim, unatoč inicijativi da se materija odgovornosti država detaljno regulira, u konačnom tekstu Konvencije izostala je precizna i jasna regulacija odgovornosti država za genocid. U nedostatku preciznijih odredaba Konvencije, odgovornost države izvodi se iz opće obveze država da poštuju međunarodne ugovore, odnosno, iz čl. 1. Konvencije o genocidu koji obvezuje države stranke da sprječavaju i kažnjavaju zločin genocida te iz odredbe čl. 9. Konvencije o genocidu, prema kojoj sporovi između država stranaka glede tumačenja, primjene i izvršenja Konvencije (koja uključuju i odgovornost neke države po predmetu genocida ili bilo kojeg drugog načina počinjenja iz čl. 3. Konvencije) iznose se pred ICJ na zahtjev jedne od strana u sporu. Radi takve šture i ne sasvim jasne regulacije, za analizu odgovornosti država za genocid nedostatno je osloniti se samo na Konvenciju o genocidu. Kako bi se otklonio taj propust u regulaciji, potrebno je ponajprije detaljno proučiti opću međunarodnopravnu odgovornost države za protupravne čine kako je regulirana Nacrtom članaka o odgovornosti država za međunarodne protupravne čine (u daljnjem tekstu: Nacrt članaka).²⁸¹ Tek nakon razmatranja Nacrta članaka i relevantne sudske prakse, moguće je ući u problematiku primjene Konvencije o genocidu na odgovornost država te tumačenja ICJ-a o navedenom pitanju.

²⁸⁰ Detaljno o raspravi o uvrštenju odredaba o odgovornosti država za genocid u postupku izrade nacrtu o Konvenciji o genocidu v. III., 5. 2.

²⁸¹ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Resolution adopted by General Assembly, A/56/83 “Responsibility of States for internationally wrongful acts”, od 12. prosinca 2001., dostupno na: <http://www.ilsa.org/jessup/jessup11/basicmats/StateResponsibility.pdf>; tekst prethodno korigiran dokumentom UN General Assembly A/56/49(vol. 1.)/corr. 4, od 28. rujna 2001., dostupno na: <http://www.un.org/ga/56/document.htm>

Međunarodnopravna odgovornost države čini opći dio međunarodnog prava obveza. Ona pokriva područje odgovornosti za međunarodno protupravne čine.²⁸² Pritom se, prema općem slaganju teorije i prakse, smatra da međunarodno protupravni čin postoji kada se ponašanje države sastoji od čina i/ili propusta koji se može pripisati državi po međunarodnom pravu i koji tvori povredu međunarodne obveze država.²⁸³

Međutim, nisu svi međunarodno protupravni čini isključivo međunarodnopravnog karaktera. Neki od njih, poput genocida (i npr. ratnog zločina), mogu biti dvojne prirode što dovodi do mogućnosti istovremene individualne kaznene odgovornosti i međunarodne odgovornosti države, koja se temelji na pripisivosti djela određenih subjekata državi. Unatoč relativno jasnom razgraničenju, distinkcija između individualne kaznene odgovornosti i međunarodne odgovornosti država od značenja je kada dođe do preklapanja, kao u slučaju odlučivanja o odgovornosti država za genocid. Tada će za ulaženje u meritorno odlučivanje o odgovornosti država biti potrebno istražiti psihički element *mentem ream* počinitelja, karakterističan za kaznenu odgovornost, čije će se djelovanje potencijalno pripisati državi (v. IV. 2.).²⁸⁴

2.2. Odgovornost države za međunarodno protupravne čine prema interpretaciji Nacrta članka o odgovornosti države za međunarodne protupravne čine

2.2.1. Značaj i obveznost Nacrta članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine

Odgovornost država u međunarodnom pravu kroz duži vremenski period postupno se razvijala putem običajnog prava.²⁸⁵ Njenom razvojnom putu doprinijela je prvenstveno praksa

²⁸² Crawford, J., *The System of International Responsibility*, u: Crawford, J., Pellet, A., Olleson, S. (ur.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010., str. 20.

²⁸³ Nacrt članka, čl. 2.: “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: a) is attributable to the State under international law; and b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”

²⁸⁴ Andrassy., J., Bakotić, B., Seršič, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo 3*, Zagreb, 2006., str. 109.

²⁸⁵ Kod međunarodnopravne odgovornosti država ne postoje podjele na kaznenopravnu, građanskopravnu, delikttnu, ugovornu i sl. odgovornost. Opća načela međunarodnopravne odgovornosti država jednako su primjenjiva na sve slučajeve povreda međunarodnopravnih obveza. Tako je u sporu između Novog Zelanda i Francuske, arbitražni sud obrazložio da “s obzirom da u međunarodnom pravu ne postoji distinkcija između ugovorne i deliktne odgovornosti, bilo kakva povreda međunarodnopravne obveze države povlači za sobom

država te djelovanje arbitražnih sudova pred kojima su države iznosile svoje sporove.²⁸⁶ Na prvom zasjedanju Komisije za međunarodno pravo 1949. godine prepoznata je važnost međunarodnopravne odgovornosti država te je uvrštena u program rada kao jedno od područja koja su se smatrala prikladnim za kodifikaciju.²⁸⁷ Iako je Komisija počela sa radom 1955. godine, tek je 2001. godine usvojila konačni tekst Nacrta članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine.²⁸⁸ Podnijela ga je Općoj skupštini kao dio svojeg cjelokupnog izvještaja sa zasjedanja o kojemu se raspravljalo na pedeset-šestom zasjedanju Opće skupštine

odgovornost države.”; Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986. between two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), Reports of International Arbitral Awards, vol. 20., 1990., str. 215., para. 75., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf;

Isto je potvrđeno i u ICJ-ovoj presudi u slučaju *BiH v. Srbija.*; ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 170.

²⁸⁶ Andrassy., J. *et al*, *op. cit.* u bilj. 284, str. 109.

²⁸⁷ Na prvom zasjedanju Komisije za međunarodno pravo UN-a 1949. godine, područje međunarodnopravne odgovornosti država uvršteno je u program rada kao jedno od područja koja su se smatrala prikladnim za kodifikaciju. Kao odgovor na Rezoluciju Opće skupštine UN-a 799 (VIII) od 7. prosinca 1953. godine, u kojoj je zahtijevano od Komisije da započne sa radom na kodifikaciji općih načela međunarodnopravne odgovornosti država, Komisija je na svome sedmom zasjedanju odlučila započeti s proučavanjem navedenog područja. Za posebnog izvjestitelja imenovan je F. V. Garcia Amador. Izučavanjem područja međunarodnopravne odgovornosti država, Komisija se bavila četrdeset i šest godina, sve do 2001. godine kada je usvojen konačni tekst Nacrta članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine te podnesen Općoj skupštini UN-a na notificiranje. U tom četrdesetšestogodišnjem razdoblju izmjenilo se pet posebnih izvjestitelja: F. V. Garcia Amador, R. Ago, W. Riphagen, G. Arangio-Ruiz i J. Crawford.; v. United Nations Yearbook of International Law Commission 1949.: Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly, vol. 1., New York, 1956., str. 49., dostupno na: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1949_v1_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1949_v1_e.pdf); UN General Assembly Resolution 799 (VIII), od 7. prosinca 1953., dostupno na: <http://www.un.org/documents/ga/res/8/ares8.htm>; United Nations Yearbook of International Law Commission 1955.: Documents of the seventh session including the report of the Commission to the General Assembly, vol. 2., New York, 1960., str. 42., dostupno na: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1955_v2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1955_v2_e.pdf); United Nations Yearbook of the International Law Commission 2001.: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, vol 2., part 2., New York *et* Geneva, 2007., str. 20., dostupno na: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_2001_v2_p2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_2001_v2_p2_e.pdf)

²⁸⁸ Prvi pokušaj kodifikacije međunarodnopravne odgovornosti država (za štetu koja je na teritoriju pojedinih država prouzročena stranim državljanima i njihovoj imovini) odvijao se u okviru Lige naroda na Haškoj konferenciji za kodifikaciju međunarodnog prava 1930., no bez uspjeha.; v. više: Borchard, E. M., “Responsibility of States,” at the Hague Codification Conference, *The American Journal of International Law*, vol. 24., no. 3., srpanj 1930., str. 517.-540.; Miller, H., *The Hague Codification Conference*, *The American Journal of International Law*, vol. 24., no. 4., str. 674.-694.

UN-a.²⁸⁹ Već iste godine, u skladu s prijedlogom Komisije, Opća Skupština UN-a je napravila službenu bilješku Nacrta članka svojom rezolucijom A/56/83 od 12. prosinca 2001., uz koju je i priložila tekst Nacrta.²⁹⁰ Navedeni dokument bio je rezultat iscrpnog skoro pedesetogodišnjeg rada Komisije za međunarodno pravo na navedenom području i njezin najveći pothvat nakon Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora.²⁹¹ Povijesni značaj tog dokumenta proizlazi iz činjenice da se jedan dio njegovog sadržaja pretežno temelji na običajnom pravu, dok je drugi dio nastao kreativnom djelatnošću Komisije. Kreativno djelovanje Komisije utemeljeno je na uspostavljenoj praksi država i sudskoj praksi te predstavlja progresivni napredak međunarodnog prava na tom području.²⁹² Kao takav, Nacrt članka predstavlja temelj odgovornosti država za međunarodno protupravne čine općenito kao i za odgovornost država za genocid specifično.

Unatoč velikoj važnosti Nacrta članka, skoro petnaest godina nakon njegova donošenja Opća skupština UN-a i dalje nije sazvala diplomatsku konferenciju za usvajanje konvencije.²⁹³ Neovisno o tome Nacrt članka obvezuje i živi u praksi međunarodnih sudova,

²⁸⁹ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April - 1 June, 2 July - 10 August, 2001., General Assembly, Official Records, Fifty-six session, Supplement no. 10. (A/56/10), str. 29.-365., dostupno na: <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>

²⁹⁰ UN Resolution adopted by General Assembly, A/56/83 "Responsibility of States for internationally wrongful acts", od 12. prosinca 2001., dostupno na: <http://www.ilsa.org/jessup/jessup11/basicmats/StateResponsibility.pdf>

²⁹¹ Nissel, A., *The ILC Articles on State Responsibility: Between Self-help and Solidarity*, NYU Journal of International Law and Politics, vol. 38., no. 1 *et 2.*, 2006., str. 356.

Na samom početku svoga rada Komisija za međunarodno pravo bila je kritizirana u svome radu. Bavila se prvenstveno odgovornošću država za postupanje prema strancima te je imala neopravdano uzak i nedovoljno angažiran pristup obradi materije međunarodnopravne odgovornosti države. Takav pristup imala je sve do početka šezdesetih godina 20. stoljeća kada su se dogodile značajne promjene u zajednici Ujedinjenih naroda. U skladu s primitkom novih država članica u UN, Opća skupština je proširena za dvadeset i osam država iz područja zemalja u razvoju, četiri iz Istočnog bloka te sedam iz Zapadnog bloka. Nove države članice nisu se slagali s dotadašnjim pristupom Komisije te su inzistirale da se proširi područje i uloga kodifikacije područja međunarodnopravne odgovornosti država. S obzirom na novonastale promjene, Komisija je bila primorana promijeniti svoj prvotni pristup i specificirati područje kodifikacije. Kako je kodifikacija svih obveza iz kojih proizlazi odgovornost države bila preveliki i nesvrshodni posao, Komisija se odlučila samo za kodifikaciju općih načela odgovornosti države bez pokušaja identificiranja specifičnih obveza. Takav promijenjeni pristup Komisije, rezultirao je jednim od njezinih najuspješnijih i najambicioznijih projekata.; Arsanjani, M., H., Carbonneau, T., E., *The Codification of the Law of State Responsibility*, Proceedings of the 101st Annual Meeting (American Society of International Law), vol. 83., 1989., str. 225.

²⁹² Seršić, M., *Međunarodnopravna odgovornost države*, Zagreb, 2007., str. 4.

²⁹³ Više je razloga za to. Usvajanjem teksta Nacrta članka u konvenciju u svakom slučaju bi se doprinijelo jačanju primjene dokumenta od strane država općenito, kao što bi se i doprinijelo njegovoj trajnosti i obveznosti. Međutim, s druge strane, notificiranje Nacrta članka od Opće skupštine UN-a omogućuje veću fleksibilnost u

državnoj praksi te doktrini. U njima se prihvaćaju i primjenjuju njegova rješenja tako da njegova primjena u međunarodnom pravu ne ovisi o usvajanju konvencije.²⁹⁴ Do njegovog prihvaćanja 2001. godine, na rješenja iz Nacrta članaka različiti međunarodni sudovi su se pozvali više od sto pedeset puta. Prema tome, može se zaključiti da je Nacrt članaka već dotada imao značajnu ulogu u razvoju odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, a kao što proizlazi iz dosadašnjeg iskustva vjerojatno će imati i dugoročno, neovisno o razini njegove obveznosti. Kako je dosada imao konstruktivnu ulogu u razvoju sekundarnih pravila odgovornosti država možda se čini svrsishodnijim da i dalje ostane na razini neobvezujućeg dokumenta.²⁹⁵ Bilo da se usvoji kao konačan neobvezujući tekst od strane Opće skupštine UN-a, bilo da se zadrži status quo stanje te se do daljnjega nastavlja s odgađanjem o odlučivanju o konačnoj formi dokumenta.²⁹⁶

2.2.2. Funkcija i doseg Nacrta članaka o odgovornost država za međunarodno protupravne čine

Da bi se razumjela funkcija i značaj Nacrta članaka, neophodno je prvo ustanoviti razliku između tzv. „primarnih” i „sekundarnih” pravila koja su iz teorije prenesena u međunarodno pravo. „Primarna” pravila su ona koja u pojedinom području međudržavnih ili drugih odnosa nameću partikularne obveze državama dok su „sekundarna” pravila ona koja se bave posljedicama neispunjenja obveza utemeljenih „primarnim” pravilima.²⁹⁷ Nacrt članaka

njegovu tumačenju, kao i mogućnost daljnjeg kontinuiranog pravnog razvoja. Također treba uzeti u obzir da pojedine države ne vide svoj interes u usvajanju cijelog Nacrta članaka kao konvencije, već im više odgovara njegova djelomična primjena ovisna o okolnostima pojedinog slučaja. Tako bi moguće neuspješno podizanje dokumenta na višu pravnu razinu konvencije moglo prouzročiti “dekodifikacijski” efekt koji bi ustvari predstavljao negiranje svrhe kojoj bi on trebao služiti.; Crawford, J., Peel, J., Olleson, S., *The ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading*, *European Journal of International Law*, vol. 12., no. 5., 2001., str. 969.-970.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ O paradoksu da Nacrt članaka ima veći utjecaj kao neobvezatni tekst Komisije za međunarodno pravo nego kao obvezujući multilateralni ugovor v.: Caron, D., D., *The ILC Articles on State Responsibility: The paradoxical Relationship Between Form and Authority*, *The American Journal of International Law*, vol. 96., no. 4., kolovoza 2002., str. 857.-873.

²⁹⁶ Crawford, J., *State responsibility: The general part*, Cambridge, 2013., str. 90.-92.

²⁹⁷ Gourgourinis, A., *General/Particular International Law and Primary/Secondary Unitary Terminology of a Fragmented System*, *The European Journal of International Law*, vol. 22., no. 4., 2011., str. 1016.

se isključivo bavi „sekundarnim” pravilima. U njima se prvenstveno razrađuju opći uvjeti prema kojima će se država smatrati odgovornom prema međunarodnom pravu za protupravna djelovanja i propuštanja te pravne posljedice koje proizlaze iz takvih protupravnih djelovanja i propuštanja.²⁹⁸

Prema čl. 1. Nacrta članaka država međunarodnopravno odgovara za svaki međunarodno protupravni čin koji je počinila. Tom odredbom u Nacrtu članaka prihvaćeno je opće načelo međunarodnoga prava prema kojemu svaka povreda međunarodnog prava od strane države nosi sa sobom međunarodnopravnu odgovornost. Je li uopće došlo do međunarodno protupravnog čina ovisi o sadržaju obveze koja je navodno bila povrijeđena te o određenim uvjetima u kojima je počinjen međunarodno protupravni čin. Pritom nije od značaja je li on počinjen djelovanjem ili propuštanjem.²⁹⁹ To načelo međunarodnog prava utemeljeno je u brojnim slučajevima iz međunarodnopravne sudske prakse. Jedan od prvih slučajeva u kojemu je odlučeno u skladu s tim načelom jest presuda u predmetu *Phosphates in Morocco* iz 1938. godine pred Stalnim sudom međunarodne pravde pri Ligi naroda (u daljnjem tekstu: PCIJ).³⁰⁰ U njemu je PCIJ obrazložio da je, s obzirom da je konkretni protupravni čin pripisiv državi te suprotan pravima druge države koje proizlaze iz njihova sporazuma, međunarodna odgovornost države osnovana odmah trenutkom počinjenja povrede. Takvim obrazloženjem Stalni sud međunarodne pravde postavio je temelje određivanja trenutka odgovornosti države koja nastaje neposredno između država, neovisno o tome je li spor iznesen pred neko sudište ili slično tijelo. Po pitanju određivanja trenutka odgovornosti države za međunarodno protupravni čin, Stalni sud međunarodne pravde slično je odlučio i obrazložio svoje odluke i u ranijim slučajevima *SS “Wimbledon”* iz 1923.

²⁹⁸ U izvješću sa svojeg trideset-drugog zasjedanja Komisija za međunarodno pravo je obrazložila: „svrha sadašnjeg nacrta članaka nije da se definiraju pravila koja se nameću državama, u jednom ili drugom sektoru međudržavnih odnosa, odnosno obveze čija povreda može biti izvor međunarodnopravne i koje, u određenom smislu, mogu biti opisane kao “primarne”. U pripremanju sadašnjeg nacrta Komisija poduzima napore samo da definira pravila koja, u za razliku od “primarnih” pravila, mogu biti opisana kao “sekundarna”, pogotovo s obzirom da su usmjerena određivanju pravnih posljedica neispunjenja obveza uspostavljenih primarnim pravilima. Samo ta “sekundarna” pravila potpadaju u aktualnu sferu odgovornosti za međunarodno protupravne čine.”; United Nations Yearbook of the International Law Commission 1980.: Report of the Commission to the General Assembly on the work of thirty-second session, vol. 2., part 2, New York, 1981., str. 27., para. 23., dostupno na: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1980_v2_p2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1980_v2_p2_e.pdf)

²⁹⁹ Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2005., str. 77.

³⁰⁰ *Phosphates in Morocco*, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74., str. 10., str. 28., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf

godine³⁰¹ te *Factory at Chorzów* iz 1928. godine.³⁰² U kasnijem razvoju odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, ICJ je također nastavio s primjenom navedenog načela u nekolicini slučajeva čime je doprinio njegovoj općeprihvaćenost u međunarodnom pravu. U slučaju *Corfu Channel* iz 1949. godine ICJ je utvrdio odgovornost Albanije za nepoduzimanje mjera prevencije za sprječavanje eksplozija u albanskom moru, nastankom samog nesretnog događaja 22. listopada 1946. godine.³⁰³ U drugom slučaju *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (u daljnjem tekstu: presuda Nikaragva) utvrdio je odgovornost Sjedinjenih Američkih Država za međunarodno protupravni čin treniranja, naoružanja, financiranja contra vojnih grupa te podupiranja drugih vojnih i paravojskih aktivnosti na području Nikaragve, isto kao i odgovornost za napade na području Nikaragve od trenutka izvršenja pojedinih radnji.³⁰⁴ Dok je u obrazloženju presude u slučaju *Gabčíkovo-Nagymaros Project case* ICJ u naveo da je čvrsto uspostavljena praksa da kada država počini međunarodno protupravni čin, njezina odgovornost nastaje trenutkom povrede neovisno o prirodi obveze koju je država povrijedila.³⁰⁵

Dok čl. 1. Nacrta članka proklamira temeljno međunarodnopravno načelo da svaki međunarodno protupravni čin države povlači i njezinu međunarodnopravnu odgovornost, čl. 2. određuje pretpostavke pod kojima će se čin države smatrati međunarodno protupravnim činom u smislu Nacrta članka. Prema Nacrtu članka određena su dva konstitutivna elementa koja zajedno sačinjavaju međunarodno protupravni čin. Oni su: a) pripisivost određenog djelovanja državi u okviru međunarodnog prava; i b) povreda međunarodnopravne obveze. Čin koji ispunjava oba elementa smatra se međunarodno protupravnim činom te povlači za

³⁰¹ SS “Wimbledon”, 1923., P.C.I.J., Series A, no. 1., str. 30., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/02_Wimbledon_Requete.pdf

³⁰² *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment, no. 13., 1928., P.C.I.J., Series A, no. 17., str. 29., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf

³⁰³ *Corfu Channel case*, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, str. 4., str. 23., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>

³⁰⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986., str. 14., para. 292., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

³⁰⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros Project case (Hungary/Slovakia)*, Judgement, I.C.J. Reports 1997., str. 7., para. 47., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>

sobom međunarodnopravnu odgovornost države.³⁰⁶ U teoriji se povremeno ta dva čina opisuju kao subjektivni i objektivni. Međutim, s obzirom na moguće iznimke od te podjele, Nacrt članaka izbjegava korištenje navedene terminologije. Kao primjer iznimke navodi se namjera za počinjenje genocida iz čl. 2. Konvencije o genocidu koja odstupa od pravila da povreda međunarodnopravne obveze predstavlja objektivni element međunarodno protupravnog čina.³⁰⁷

U odlučivanju o postojanju, prvo, konstitutivnih elemenata, a zatim i samog međunarodno protupravnog čina nije odlučna karakterizacija toga čina prema pojedinim nacionalnim zakonodavstvima. Mjerodavna su isključivo međunarodnopravna pravila. Iako je to pravilo inkorporirano u čl. 2. Nacrta članaka, sastavljači Nacrta članaka eksplicite su regulirali navedeno pitanje čl. 3. Nacrta članaka. Uvrštenjem te odredbe u tekst Nacrta članaka otklonjena je mogućnost zahtijevanja ili izbjegavanja međunarodnopravne odgovornosti pozivanjem na unutrašnja zakonodavstva. Navedeno pravilo sastoji od dva elementa. Prvi je da čin države ne može biti karakteriziran kao međunarodno protupravan čin ako se ne sastoji isključivo od povrede međunarodne obveze. To je jasno prikazano u presudi Stalnog suda međunarodne pravde *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzing Teritory* iz 1932. godine³⁰⁸ u kojoj je obrazloženo da jedna država ne može pozivati drugu državu na međunarodnopravnu odgovornost ako je njezin zahtjev zasnovan na povredi ustava te druge države.³⁰⁹ Drugi element je da domaće pravo

³⁰⁶ Još PCIJ je specificirao pripisivanje djelovanja državi i povredu međunarodnopravne obveze kao dva konstitutivna elementa postojanja međunarodno protupravnog čina u presudama *Phosphates in Morocco*, a ICJ u presudi *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*. Slično su elementi definirani i u sporu između Meksika i Sjedinjenih Američkih država u slučaju *Dickson Car Wheel Company case* iznesenim pred arbitražnim sudom.; *Phosphates in Morocco*, Judgment, 1938., P.C.I.J., Series A/B, no. 74., str. 10., str. 28., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf; *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, I.C.J. Reports 1980., str. 3., para. 56., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>; *Dickson Car Wheel Company case (United Mexican States v. United States of America)*, Reports of International Arbitral Awards, vol. IV., 1931., str. 669., str. 678., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/669-691.pdf

³⁰⁷ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 299., str. 81.-82.

³⁰⁸ *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzing Teritory*, Advisory Opinion, 1932., P.C.I.J., Series A/B, no. 44., str. 4., str. 24., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_44/01_Traitement_nationaux_polonais_Avis_consultatif.pdf

³⁰⁹ Slično je PCIJ postupio i u presudi "Lotus" u kojoj je naveo da činjenica da su nacionalne sudbene vlasti pogriješile u primjeni mjerodavnog nacionalnog prava koje je kompatibilno s međunarodnim pravom, tiče se isključivo nacionalnog prava te može utjecati na međunarodno pravo jedino kao neka odredba međunarodnog

države nema nikakav utjecaj na karakterizaciju samog akta države, odnosno, da država ne može izbjeći međunarodnopravnu odgovornost pozivanjem na za nju povoljnije domaće pravo. Pored Nacrta članka, prikazano pravilo isključive mjerodavnosti međunarodnog prava opće je prihvaćeno i usvojeno u brojnim međunarodnim dokumentima. U čl. 13. Nacrta deklaracije Komisije za međunarodno pravo o pravima i obvezama država iz 1949. godine³¹⁰ navedeno je da „svaka država ima obvezu u dobroj vjeri ispunjavati obveze koje proizlaze iz međunarodnih sporazuma i drugih izvora međunarodnog prava, i ne smije se pozivati na odredbe svojih ustava i zakona kao opravdanje za neispunjavanje svojih obveza.” U Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. godine³¹¹ u čl. 27. jasno je navedeno da se “stranka ne može pozivati na odredbe svoga unutrašnjeg prava da bi opravdala neizvršavanje ugovora.”

Iz Općih načela Nacrta članka može se o pitanju njegove funkcije i dosega zaključiti da svako počinjenje međunarodno protupravnog čina države, neovisno o tome je li počinjen djelovanjem ili propuštanjem, nosi sa sobom njenu međunarodnopravnu odgovornost, pod uvjetima da je protupravni čin pripisiv državi i da predstavlja povredu međunarodnopravne obveze države, te da karakterizacija čina kao međunarodno protupravnog ovisi isključivo o međunarodnom pravu, dok unutrašnje pravo država nije ni od kakvog utjecaja na samu odgovornost države.³¹² Iz toga proizlazi da počinjenje zločina genocida može poprimiti opće karakteristike potrebne za odgovornost države prema Nacrtu članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine. Počinjenje genocida je čin koji može ispunjavati oba konstitutivna elementa međunarodno protupravnog čina. On se pod određenim uvjetima može pripisati državi te, također, njegovo počinjenje predstavlja povredu međunarodnopravne obveze država koje, s obzirom na specifičnu namjeru uništenja, poprima za taj element netipično svojstvo subjektivnosti.

sporazuma ili kao mogućnost uskaraćivanja pravde.; “Lotus”, Judgment no. 9., 1927., P.C.I.J., Series A, no. 10., str. 24., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf

³¹⁰ The International Law Commission’s Draft declaration on rights and duties of States, 1949., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/2_1_1949.pdf

³¹¹ Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora (Vienna Convention on the Law of Treaties), 23. svibnja 1969., U.N.T.S., vol. 1155, str. 331.; NN MU br. 16/93.

³¹² Definicija funkcije i opsega Nacrta članka prema nahođenju autora rada.

2.2.3. Kategorija ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava

Za primjenu Nacrta članka o odgovornosti države za genocid od posebne je važnosti kategorija ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila (u daljnjem tekstu: kategorija ozbiljnih povreda) regulirana čl. 40. i 41. Nacrta članka. Radi se o do tada novom konceptu u režimu međunarodnopravne odgovornosti država kojim je Komisija za međunarodno pravo progresivno djelovala na razvoj tog bitnog i kompleksnog dijela međunarodnog prava.³¹³

U tu kategoriju pripadaju teške odnosno ozbiljne povrede međunarodnopravnih obveza za koje je, kao najbitnije za međunarodnu zajednicu, Komisija za međunarodno pravo željela uspostaviti stroži režim. Prema čl. 40. st. 2. Nacrta članka povreda će se smatrati ozbiljnom ako uključuje masivno i sustavno kršenje kogentnih pravila. Navedena odredba određuje intenzitet povrede koji mora biti ispunjen da bi se međunarodno protupravni čin mogao svrstati u kategoriju ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava.³¹⁴

Osim intenziteta povrede, za svrstavanje međunarodnopravnog čina države u kategoriju ozbiljnih povreda potrebno je još da se ispuni i dodatni kriterij koji se odnosi na karakter obveze. Naime, Komisija za međunarodno pravo odlučila je pružiti zaštitu tim posebnim režimom samo onim obvezama koje, pored toga što su povrijeđene jakim intenzitetom, proizlaze iz kogentnih normi općeg međunarodnog prava.³¹⁵ Kao primjer takvih obveza ICJ je u presudi *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*³¹⁶ naveo obveze koje proizlaze iz činova agresije i genocida te, također, iz načela i pravila koja se tiču temeljnih ljudskih prava, uključujući zaštitu od ropstva i rasnu

³¹³ Andrassy *et al*, *op. cit.* u bilj. 284., str. 117.

V. više: Seršić, M., Međunarodni zločini država: Posebna kategorija protupravnih čina?. Zbornik PFZ, vol. 49., br. 6., 1999., str. 731.-750.

³¹⁴ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 299., str. 245.

³¹⁵ Nacrt članka, čl. 40. st. 1.

³¹⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgement*, I.C.J. Reports 1970., str. 3., para. 34., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>

diskriminaciju. U navedenom slučaju ICJ je naveo da su te obveze istovremeno i erga omnes obveze čije je djelovanje usmjereno prema međunarodnoj zajednici u cjelini.³¹⁷

Poseban režim tih teških povreda međunarodnog prava nosi sa sobom težu odgovornost države te pojedine dodatne posljedice koje će te povrede proizvesti. Svi međunarodno protupravni čini prouzrokuju određene posljedice: obvezu prekida protupravne djelatnosti i reparaciju te pravo povrijeđenog da poduzima protumjere.³¹⁸ Pored njih, ozbiljne povrede obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava proizvode još neke dodatne posljedice.³¹⁹ One su regulirane st. 1. i st. 2. čl. 41. Nacrta članaka. Prva od njih predstavlja dužnost suradnje svih država kako bi se stalo na kraj takvoj ozbiljnoj povredi. Tu se radi o pozitivnoj dužnosti država kako bi se otklonile štetne posljedice teškog međunarodno protupravnog čina. Međutim, navedenom odredbom nije reguliran oblik niti sadržaj potrebne suradnje država iz čega proizlazi da bi za ispunjenje navedene dužnosti bila dovoljna i neinstitucionalna suradnja država, izvan međunarodnih organizacija. No, ono što je znakovito jest da je propisana suradnja svih država neovisno o tome jesu li zahvaćene protupravnim činom ili ne.³²⁰ Takvo tumačenje u skladu je s prirodom ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava s obzirom da se radi o iznimno teškim činima kojima se povređuju obveze koje se tiču međunarodne zajednice kao cjeline.³²¹ Druga posebna posljedica sastoji se od dvije dužnosti; dužnosti nepriznavanja stanja stvorenog takvom povredom te dužnosti nepružanja potpore ili pomoći za održavanje toga stanja.

Nacrt članaka u svojim odredbama nigdje ne navodi listu protupravnih čina koji bi spadali pod kategoriju ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg

³¹⁷ U konkretnom slučaju radilo se o pitanju zaštite stranih investicija i osoba u državi za koje je sud ocijenio da se radilo o pravu koje se tiče međunarodne zajednice u cjelini te da zbog toga zaslužuje strožu zaštitu i posebni pravni režim.; *Ibid.* para. 33.

³¹⁸ Andrassy *et al*, *op. cit.*, u bilj. 284., str. 118.

³¹⁹ U čl. 41. st. 3. Nacrta članaka izričito je navedeno da odredbe o ozbiljnim povredama obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava ni na koji način ne utječu na druge posljedice međunarodno protupravnih činova koje proizlaze iz Nacrta članaka te na daljnje posljedice koje nastaju u okviru međunarodnog prava.

³²⁰ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 299., str., 249.

³²¹ v. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgement, ICJ Reports 1970., str. 3., para. 33., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>

međunarodnog prava. Međutim, kroz dosadašnju praksu i teoriju može se reći da je opće prihvaćeno da ta kategorija uključuje zabranu agresije, ropstva, trgovine robljem, genocida, rasne diskriminacije, apartheida te temeljna pravila međunarodnog humanitarnog prava primjenjiva u oružanim sukobima.³²² Štoviše, međunarodno protupravni čin genocida jedan je od najučestalije spominjanih primjera iz te kategorije u teoriji i praksi. Kao što je prethodno već navedeno u presudi *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, ICJ je naveo zabranu genocida kao jedan od primjera povreda koje istovremeno pripadaju u navedenu kategoriju i predstavljaju erga omnes obveze. Pored toga, u presudi glede preliminarnih prigovora u slučaju primjene Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida između Bosne i Hercegovine i tadašnje Savezne Republike Jugoslavije, ICJ je naveo da prava i obveze koje proizlaze iz Konvencije o genocide predstavljaju obveze erga omnes.

Prikazano tumačenje Nacrta članka o odgovornosti država prema kojemu se zabrana genocida ustaljeno navodi kao primjer iz kategorije ozbiljnih povreda obveza učestalo je u praksi i teoriji. Ono daje čvrsto uporište za osnovanost odgovornosti države za zločin genocida prema Konvenciji o genocidu. Pogotovo kada se uzme u obzir obrazloženje iz Savjetodavnog mišljenja ICJ-a o rezervama na Konvenciju o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida u kojem je rečeno slijedeće: “Podrijetlo Konvencije pokazuje da je namjera Ujedinjenih naroda bila da osudi i kazni genocid kao “zločin pod međunarodnim pravom” koji uključuje poricanje prava na postojanje cijelim ljudskim skupinama, poricanje koje šokira savjesnost čovječanstva i rezultira s ogromnim gubicima čovječanstva, i koji je protivan moralnom pravu i duhu i ciljevima Ujedinjenih naroda.³²³ Prva posljedica koja proizlazi iz toga koncepta je da su načela koja proizlaze iz Konvencije načela koja su prepoznata od civiliziranih naroda kao obvezujuća za države, čak i bez ikakve konvencionalne obveze.³²⁴ Druga posljedica je univerzalan karakter i kažnjavanja genocida i suradnje među državama potrebne „kako bi se oslobodilo čovječanstvo od takve odvratne kazne” (preambula Konvencije). Konvencija je stoga od strane Opće skupštine UN-a i Strana ugovornica

³²² Andrassy *et al.*, *op. cit.* u bilj. 284., str. 119.

³²³ UN General Assembly Resolution 96 (I), od 11. prosinca 1946., dostupno na: <http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>

³²⁴ v. Einarsen, T., *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo, 2012., str. 186.

namijenjena da bude univerzalna u svome dohvatu.”³²⁵ Takav karakter zločina genocida konačno je potvrđen recentnim presudama ICJ-a u predmetima *BiH v. Srbija* te *Hrvatska v. Srbija*.³²⁶ Iako u konkretnim slučajevima nije došlo do prihvaćanja, odnosno potpunog prihvaćanja zahtjeva oštećene strane, ICJ je jasno odlučio o dopustivosti meritornog odlučivanja o odgovornosti država za genocid. To svakako govori u prilog tome da je Nacrt članaka o odgovornosti država te kategorija ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih normi općeg međunarodnog prava primjenjiva na odgovornost država za zločin genocida, uz ispunjenje svih potrebnih pretpostavka.

3. ELEMENTI MEĐUNARODNO PROTUPRAVNOG ČINA DRŽAVE

Nacrt članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine regulira samo dva konstitutivna elementa međunarodno protupravnog čina države - pripisivost određenog djelovanja državi u okviru međunarodnog prava i povreda međunarodne obveze. Kumulativno ispunjenje oba elementa nužna je pretpostavka nastanka međunarodno protupravnog čina te odgovornosti države kao posljedice toga.³²⁷ Međutim, prijeporno je hoće li ta dva konstitutivna elementa uvijek biti dovoljna da bi došlo do međunarodnopravne odgovornosti države? Jesu li krivnja i šteta također elementi potrebni za nastanak odgovornosti države za međunarodno protupravni čin?

Reguliranjem samo dva navedena elementa kao konstitutivna, Komisija za međunarodno pravo prihvatila je prevladavajući stav u teoriji i praksi. No, time nije isključila mogućnost da u režimu odgovornosti država, izgrađenom na temelju Nacrta članaka, krivnja i šteta također ne budu uvjeti odgovornosti država. Naprotiv, to je omogućila putem konstrukcije već spomenutih kategorija “primarnih” i “sekundarnih” pravila. “Sekundarna” pravila, kao što je već rečeno, bave se posljedicama neispunjenja obveza utemeljenih

³²⁵ Reservations to the Convention on genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports, 1951., str. 15., str. 23., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>

³²⁶ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595., para. 31., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>

³²⁷ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., op. cit u bilj. 287., str. 36.

“primarnim” pravilima te su sadržana u tekstu Nacrta članaka.³²⁸ Pripisivost određenog djelovanja državi u okviru međunarodnog prava i povreda međunarodnopravne obveze kao konstitutivni elementi međunarodno protupravnog čina pripadaju u kategoriji “sekundarnih” pravila te su uvijek nužni za nastanak odgovornosti države. Međutim, krivnja i/ili šteta također će biti uvjet nastanka odgovornosti države ako je tako predviđeno određenim “primarnim” pravilom. U tom slučaju ispunjenjem konstitutivnih elemenata međunarodno protupravnog čina neće nastati međunarodnopravna odgovornost države, osim ako pored njih nisu ispunjeni i dodatni uvjeti krivnje i/ili štete.

Kod odgovornosti država za genocid, zahtjevaju se određena krivnja i šteta za nastup odgovornosti država za genocid. Međutim, s obzirom na specifičnost odgovornosti za genocid te činjenicu da krivnja i šteta pripadaju isključivo u područje „primarnih” pravila, oni neće biti obrađeni u daljnjem tijeku rada.

U analizi elemenata međunarodno protupravnog čina genocida potrebno je posebnu pozornost staviti na pripisivost koja se trenutno pokazuje kao jedan od najspornijih dijelova u konstrukciji odgovornosti država za genocid.

3.1. Pripisivost međunarodno protupravnog čina državi

3.1.1. Uvod

Nacrt kroz svojih osam članaka postavlja temeljna pravila pripisivosti međunarodno protupravnog čina državi. Radi preglednosti pojma pripisivosti za potrebe ovoga rada, članci su svrstani u tri kategorije. U prvu kategoriju pripadaju čl. 4., 5., 6., i 7. koji se tiču čina samih državnih organa i tijela koja to nisu, ali se u pravnom smislu smatraju državnim organima. Drugu kategoriju sačinjava čl. 8. koji se odnosi na pripisivost državi djela privatnih pojedinaca ili grupe pojedinaca. Tumačenje tog članka, kao što ćemo vidjeti, uzrokuje najviše prijepora pred međunarodnim sudovima. Posljednju kategoriju čine čl. 9., 10. i 11. koji

³²⁸ Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 4.

određuju kada će se državi pripisati čini privatnih osoba u posebnim slučajevima koji nisu obuhvaćeni prethodnim člancima.³²⁹

3.1.2. Prva kategorija – Pripisivost čina državnih organa i od države ovlaštenih tijela

Prvu kategoriju čine osnovna pravila s relativno jednostavnim rješenjima pripisivosti čina državi. Prije svega, potvrđuje se opće pravilo da su čini njenih organa i agenata ujedno njeni čini. Nadalje, određeno je pod kojim se uvjetima pripisuju državi djelovanja raznih tijela koja su ovlaštena, od države, izvršavati njenu vlast. Konačno, utvrđeno je i rješenje pripisivosti za čine organa koje je jedna država prepustila drugoj za izvršavanje određenih funkcija. Uz sve navedeno, uspostavljeno je dopunsko pravilo kojim se regulira pripisivost djelovanja svih tih organa i tijela državi i kada oni djeluju izvan svojih ovlasti.³³⁰

3.1.2.1. Pripisivost čina državnih organa (čl.4.)

Pravilo da se čini državnih organa pripisuju državi propisano je u čl. 4. Nacrta članaka kao osnovno i polazno pravilo pri određivanju pripisivosti.³³¹ Ono je bilo poznato u međunarodnom pravu i prije Nacrta³³², a njegovo postojanje kao običajno pravilo utvrdio je ICJ u svome savjetodavnom mišljenju iz 1999. godine.³³³ Pored kodifikacije navedenog pravila, u Nacrtu se pojam „državni organ“ preciznije određuje te dodatno proširuje radi pravne sigurnosti.

³²⁹ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 115.-116.

³³⁰ Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 6.-7.

³³¹ „Ono definira temeljne slučajeve pripisivosti, te predstavlja početnu točku za ostale slučajeve.“; Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, General Assembly, Official Records, Fifty-six session, Supplement No. (A/56/10), str. 84.

³³² V. više Moore, J., B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, SAD, 1898., str. 3129.

³³³ Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1999, str. 62, dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/100/7619.pdf>

Pri određivanju tijela kao državnog organa za potrebe pripisivosti, čl. 4. jasno naznačuje irelevantnost funkcije koju to tijelo izvršava te njegovog položaja u strukturi države. Propisano je kako državni organ može biti tijelo koje izvršava zakonodavnu, izvršnu, sudsku ili neku drugu funkciju.³³⁴ Razlog tomu je dvojak. Time se prvenstveno nastoje izbjeći moguće dvojbene situacije koje mogu proizaći iz činjenice da načelo trodiobe vlasti nije potpuno jednostrano provedeno u svim državama. Negdje će postojati jasna distinkcija koje tijelo koju funkciju obavlja dok će u nekim državama razna tijela izvršavati kombinaciju nekih od funkcija državne vlasti. Drugi razlog odnosi se na izraz „neku drugu funkciju“ u čl. 4. kojim se pravilo ne limitira samo na opće poznatu trodiobu vlasti već se znatno proširuje mogućnost identificiranja tijela kao državnog organa te pripisivanja njegovih čina državi.³³⁵ Tako je ICJ primjenjivao čl. 4. Nacrta članka u raznim slučajevima pripisivosti državi čina njenih oružanih snaga, policije te sudskih tijela tretirajući ih kao državne organe.³³⁶ Također, nebitan je položaj organa u državnoj strukturi za potrebe pripisivosti, čime je otvorena mogućnost da to bude organ centralne ili lokalne vlasti, niži ili viši, odnosno nadređeni ili podređeni organ. Ipak, treba imati na umu faktično ograničenje nižih organa koji će uglavnom imati uži opseg aktivnosti te rijetko donositi konačne odluke bez prethodne kontrole viših organa. Iz toga slijedi zaključak da će se čl. 4. primjenjivati, u pravilu, na više organe.³³⁷ Također, federalna država odgovarat će i za čine organa federalnih jedinica uz moguće iznimke na temelju načela *lex specialis derogat legi generali*.³³⁸

³³⁴ Nacrt članka, čl. 4: „...bilo da organ izvršava zakonodavnu, izvršnu, sudsku ili koju drugu funkciju, bilo koju poziciju da ima u organizaciji države i bilo koji karakter da ima kao organ centralne vlasti ili teritorijalne jedinice države.“

³³⁵ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 87.

³³⁶ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004, str. 12., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>

³³⁷ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 87.-88.

³³⁸ Jedna iznimka odnosi se na situaciju da federalna jedinica na temelju ustavnog ovlaštenja federalne države sklopi ugovor s drugom državom koja pristane da će za izvršavanje tog ugovora odgovarati ta federalna jedinica. Druga iznimka tiče se unošenja federalne klauzule u međunarodni ugovor kojom se federalna država obvezuje da će uznastojati da federalna jedinica ispuni svoju obvezu, ali ne i da će odgovarati ukoliko ju federalna jedinica ne ispuni.; v. više Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 7.

U svom drugom stavku čl. 4. propisuje kako je organ i svaka osoba ili tijelo koje ima taj status prema unutarnjem pravu države.³³⁹ Time se Nacrtom članaka osigurava da pod pojam državnog organa potpadaju i fizičke i pravne osobe.³⁴⁰ Ipak, postavlja se pitanje prepušta li se određivanje fizičke odnosno pravne osobe kao državnog organa u potpunosti samoj državi? Tumačenjem izvornog teksta Nacrta članaka na engleskom jeziku može se zaključiti da unutrašnje pravo nema apsolutnu ulogu pri određivanju statusa državnog organa. Time se izričito onemogućava da država izbjegne da joj se pripíše čin tijela koje se faktično smatra državnim organom ili djeluje kao državni organ, a sama država odriče mu taj status.³⁴¹ Ta tijela često se u literaturi navode kao tzv. *de facto* organi.³⁴² Za određivanje nekog tijela ili osobe kao *de facto* organa od presudne važnosti je jedan od dva testa koja je ICJ ustanovio u svojoj presudi *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (u daljnjem tekstu: presuda *Nikaragva*).³⁴³ Za čl. 4. relevantan je prvi test koji se radi distinkcije s drugim u teoriji naziva testom „potpune kontrole“, odnosno testom „potpune zavisnosti.“³⁴⁴ Prema njemu će se grupu pojedinaca smatrati *de facto* organom države ako su s državom u odnosu potpune kontrole. To je takav odnos kontrole s jedne i zavisnosti s druge strane da je pravilno izjednačiti grupu pojedinaca s državnim organom ili smatrati da djeluje u ime države. U takvom odnosu navedena grupa pojedinaca nema nikakvu stvarnu autonomiju, a država nad njima provodi istu kontrolu kakvu provodi i nad vlastitim organima.³⁴⁵ U navedenoj presudi *Nikaragva* ICJ je uspostavio niz kriterija koji moraju biti zadovoljeni kako bi postojao odnos potpune zavisnosti. Prije svega, treba utvrditi

³³⁹ Nacrt članaka, čl. 4. st. 2.: „Organ obuhvaća bilo koju osobu ili tijelo koje ima taj status u skladu s unutrašnjim pravom države.“

³⁴⁰ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 91.

³⁴¹ U čl. 4. st. 2. Nacrta članaka riječ „includes“ naznačuje da se između ostalog pod pojmom organa podrazumijeva svaka osoba i tijelo koji imaju taj status prema unutrašnjem pravu, ali ne samo oni. Time se ostavlja prostora da se državnim organom smatra i osoba ili tijelo koji to formalno nisu, ali faktično jesu. V. više: Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 124.

³⁴² *Ibid.*, str. 124. *et seq.*

³⁴³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, str. 14., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

³⁴⁴ Za daljnje potrebe rada koristit će se naziv test „potpune kontrole.“

³⁴⁵ Milanovic, M., *State Responsibility for Genocide*, *The European Journal of International Law*, Vol. 17. No. 3., 2006., str. 576.- 577.; Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 9.-10.

je li država osnovala određenu grupu. Drugim se kriterijem zahtijeva da umješnost države bude značajnija od pružanja same obuke ili financijske potpore. Preciznije, čak i da je pomoć države bila od presudne važnosti za izvršavanje čina grupe to ne bi bilo dostatno za pripisivanje tih čina državi, već bi se moralo raditi isključivo o potpunoj zavisnosti grupe o državi. Treći kriterij preispituje je li država izvršavala kontrolu koju je uistinu imala. Konačno, treba utvrditi je li država izabrala, imenovala ili plaćala političke vođe grupe.³⁴⁶

Uz sve navedeno, na temelju čl. 4. Nacrta članaka, djelovanje državnog organa uglavnom će rezultirati jednostavnim rješenjem pripisivanja toga čina državi. Međutim, moguće su prijeporne situacije i u vezi s djelovanjem državnog organa kada ga predstavlja fizička osoba. Postavlja se pitanje je li ta osoba djelovala u svojstvu državnog organa. Dok njen motiv u konačnici nije bitan, od iznimne je važnosti razlikovanje djelovanja u službenom svojstvu od djelovanja u privatnom svojstvu. Tek će se djelovanje u službenom svojstvu, odnosno u svojstvu državnog organa smatrati činom pripisivim državi.³⁴⁷ Pojedinaac će djelovati u službenom svojstvu kada se koristi svojim službenim ovlastima, odnosno nastupa autoritetom koju mu njegovo službeno svojstvo omogućuje. To pravilo potvrđeno je i u praksi u presudi *Mallen*.³⁴⁸ Također, bitno je razlikovati navedeno pitanje od situacije kada organ djeluje izvan svojih ovlasti, odnosno *ultra vires*. Ta situacija uređena je čl. 7. Nacrta članaka. Radi li se o slučaju propisanom čl. 4. ili čl. 7. Nacrta ovisit će o procijeni okolnosti konkretnog slučaja.³⁴⁹

Pitanje primjene čl. 4. Nacrta članaka pojavilo se pred ICJ-em u predmetu *BiH v. Srbija*. Nakon što je ustanovio da je genocid počinjen u Srebrenici, ICJ je ispitivao pitanje

³⁴⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, str. 14, para. 109.-110. et 112., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

³⁴⁷ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 91.

³⁴⁸ U predmetu *Mallen* djelovanje policajca prema meksičkom konzulu u Teksasu jednom prilikom se okarakteriziralo kao djelovanje u privatnom, a drugi put u službenom svojstvu. U osobnom svojstvu policajac je djelovao kada je zaustavio konzula na ulici, prijetio mu smrću te ga udario. Drugom prilikom policajac se predstavio značkom i zaustavio vlak kojim je konzul putovao, a sve kako bi ga mogao odvesti u zatvor. ICJ je utvrdio da je policajac tom drugom prilikom djelovao u službenom svojstvu te pripisao njegov čin SAD-u. Također, sud je istaknuo kako privatna osoba ne bi mogla učiniti navedeno te da se policajac okoristio svojim položajem.; v. više Francisco Mallén (United Mexican States) v. U.S.A, Reports of International Arbitral Awards. vol. IV, 1927., str. 173., str. 175., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/173-190.pdf

³⁴⁹ Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 8.

pripisivosti genocida SRJ-u. Prvenstveno, ICJ je utvrdio kako genocid nisu počinili državni organi SRJ-a.³⁵⁰ Zatim je ispitivao jesu li VRS i RS bili *de facto* organi SRJ-a? Razlog tomu jest mogućnost pripisivosti SRJ-u genocida počinjenog od strane VRS-a i RS-a. Ako bi se utvrdilo da su VRS i RS bili *de facto* organi SRJ-a, tada bi se genocid pripisao SRJ-u. Krajnji rezultat toga bila bi odgovornost Srbije za genocid. Kako bi odredio jesu li VRS i RS bili *de facto* organi SRJ-a, ICJ je koristio već navedeni test „potpune kontrole“ (v. V.3.1.2.1.). ICJ je utvrdio da je test „potpune kontrole“ primaran. Tek kada se njime ne uspije pripisati čin državi, primjenit će se drugi test iz presude *Nikaragva*, test „efektivne kontrole“ (v. V.3.1.3.2.1.).³⁵¹ Za potrebe primjene testa „potpune kontrole“, ICJ je potvrdio navode zastupnika BiH da je SRJ pružala znatnu finansijsku potporu RS-u, između ostalog i isplatom plaća službenicima RS-a. Međutim, ICJ je dalje ustvrdio da to ne čini automatski RS niti njene službenike koji su primali plaću *de facto* organima SRJ-a. Naprotiv, ICJ je istaknuo kako su službenici RS-a bili izabrani od strane predsjednika RS-a te su bili podređeni političkom vodstvu RS-a. Sukladno tome, treba smatrati da su službenici RS-a primali naredbe od RS-a ili VRS-a, a ne od SRJ-a.³⁵² Nadalje, ICJ je ustanovio kako činjenica da je RS primala potporu od SRJ-a, makar ta potpora bila od krucijalne važnosti za ostvarivanje vojnih aktivnosti RS-a, ne upućuje na postojanje potpune zavisnosti RS-a prema SRJ-u. Također, činjenica da su se pojavile razlike u strateškim odlukama RS-a i SRJ-a upućuje na postojanje neovisnosti RS-a prema SRJ-u. Iz svega toga ICJ je izveo zaključak kako odnosa potpune kontrole između RS-a i SRJ-a nije bilo.³⁵³ Tim zaključkom ustanovljeno je da test „potpune kontrole“ nije zadovoljen te se stoga genocid temeljem čl. 4. Nacrta članaka nije mogao pripisati tadašnjoj SRJ. Nakon toga, ICJ je primjenio test „efektivne kontrole“ kao sekundaran te ustanovio kako niti on nije zadovoljen (v. V.3.1.3.2.1.).

³⁵⁰ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 386.

³⁵¹ *Ibid.*, para. 384.

³⁵² *Ibid.*, para. 388.

³⁵³ *Ibid.*, para. 394.

3.1.2.2. Osobe i tijela ovlaštena od države (čl. 5.)

Čl. 5. Nacrta članka regulira pripisivost čina osobe ili tijela koje nije organ države sukladno prethodnom čl. 4., ali mu poredak države omogućava izvršavati njenu vlast. Dodatno se zahtijeva da navedena osoba, odnosno tijelo djeluje u svojstvu koje mu je delegirano.³⁵⁴ Često se u literaturi ističe da je čl. 5. u takvoj vezi s čl. 4. da će se on primijeniti tek supsidijarno kada se određena situacija ne može supsumirati pod čl. 4. Drugim riječima, kada se ne može utvrditi da je određeno tijelo državni organ, nastojat će se utvrditi da je tijelo izvršavalo delegiranu mu državnu vlast.³⁵⁵

Koristeći pojam „tijelo“ Nacrt članka otvara mogućnost primjenjivosti članka na razne vrste tijela na koja bi državna vlast mogla biti delegirana, čime se proširuje doseg primjenjivosti članka. To bi mogla biti razna javna poduzeća, javne agencije, pravne osobe s javnim ovlastima, a u posebnim slučajevima i privatna poduzeća. Za određivanje ovlaštenog tijela u smislu čl. 5. irelevantna je činjenica njegova određenja kao javnog ili privatnog prema poretku države, udio države u njegovu kapitalu, vlasništvo nad njegovom imovinom i slično. Ključna je upravo činjenica da je država ovlastila tijelo za izvršavanje određenih elemenata njene vlasti. Nakon što je navedeno utvrđeno, potrebno je ustanoviti da je tijelo djelovalo izvršavajući upravo te delegirane mu državne ovlasti, a ne neke druge.³⁵⁶ Primjerice ako su određenoj aviokompaniji delegirane ovlasti vezane uz kontrolu imigracija, kao državnoj ovlasti, moralo bi se raditi o njenom činu vezanom uz tu ovlast, a ne nekoj drugoj radnji poput prodaje karata. Stoga, ako bi se radilo o tijelu koje nije državni organ, a na kojega je prenesena određena državna vlast te bi ono djelovalo u vezi te vlasti, čin toga tijela bio bi pripisiv dotičnoj državi.

Odgovor na pitanje što se uopće smatra državnom vlasti mogao bi utjecati na primjenjivost ovoga članka na konkretnu situaciju. Članak 5. ne nastoji ograničiti ovaj pojam

³⁵⁴ Nacrt članka, čl.5.: „Čin osobe ili tijela koje nije organ države prema članku 4., ali koje je ovlašteno pravom države izvršavati elemente državne vlasti, smatrat će se činom države prema međunarodnom pravu, ako osoba ili tijelo djeluju u tom svojstvu u određenom slučaju.“

³⁵⁵ Olleson, S., The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Preliminary draft, British Institute of International and Comparative Law, str. 61., dostupno na: http://www.bicil.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf

³⁵⁶ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 92.-94.

preciznim definiranjem državne vlasti, već ostavlja slobodu da državnu vlast odredi pojedino društvo, njegova povijest i tradicija. Shodno tome, sljedeći se kriteriji smatraju ključnima: sadržaj ovlasti, način delegiranja ovlasti na tijelo, svrha njenog izvršavanja, te opseg odgovornosti tijela državi za izvršavanje vlasti.³⁵⁷ Kako bi bio zadovoljen kriterij sadržaja vlasti trebalo bi se raditi o onoj koju država inače pridržava za sebe, odnosno koju privatne osobe ne mogu izvršiti bez odobrenja države. Vezano uz način delegiranja, razumljivo je da će valjan način često biti delegiranje zakonom ili izvršnom uredbom. Međutim, postavlja se pitanje valjanosti prenošenja ovlasti ugovorom, što se sve češće događa. Javni ugovor bit će valjani oblik delegiranja, budući da čl. 5. ne inzistira toliko na obliku akta koliko da dođe do delegacije zakonitim aktom države. Važna je i odgovornost tijela državi za izvršavanje ovlasti, drugim riječima, je li država ovlaštena i u kojoj mjeri izvršava nadzor nad tijelom pri izvršavanju delegiranih ovlasti.³⁵⁸

Slučajeve koji bi se mogli podvesti pod čl. 5. treba jasno razlikovati od onih koji su predviđenim čl. 8. i čl. 9. koji će biti kasnije obrađeni. Za sada, valja imati na umu da se ovdje radi o delegiranju državnih ovlasti unutarnjim pravnim poretkom države te nije potrebna ni kontrola ni davanje ikakvih uputa pojedinom tijelu.³⁵⁹

3.1.2.3. Državni organi dani na raspolaganje drugoj državi (čl. 6.)

Člankom 6. Nacrta članaka uređuje se pripisivost čina državnih organa koje jedna država stavi na raspolaganje drugoj, a taj organ izvršava državnu vlast druge države. Primjena čl. 6. na konkretnu situaciju rezultat će pripisivanjem djelovanja takvog organa državi kojoj je on dan na raspolaganje.³⁶⁰ Njegovim tumačenjem utvrđeni su određeni zahtjevi te dva kriterija koja trebaju biti zadovoljena za njegovu primjenu.

³⁵⁷ *Ibid.*, str. 101.

³⁵⁸ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 129. *et seq.*

³⁵⁹ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 94.-95.

³⁶⁰ Nacrt članaka, čl.6.: „Čin organa stavljenog na raspolaganje državi od druge države, smatrat će se činom prve države prema međunarodnom pravu, ako organ djeluje izvršavajući elemente državne vlasti države kojoj je stavljen na raspolaganje.“

Kao prvo, organ mora biti predan na raspolaganje drugoj državi. To izričito znači da organ djeluje s odobrenjem te druge države, po njenom ovlaštenju te za njene svrhe. S jedne strane, nad organom mora prestati nadzor države koja ga predaje, a s druge on mora djelovati u skladu s državnim ustrojstvom države kojoj je predan. Drugim riječima, organ ne smije primati upute države koja ga šalje, već mora biti pod isključivim vodstvom i kontrolom države kojoj je predan.³⁶¹ Takvo tumačenje potvrđeno je i u praksi kroz predmet *Chevreau* u kojem je britanski konzul u Perziji koji je bio prepušten službi francuskog konzulata izgubio povjerene mu službene dokumente. Konačnom odlukom radnje konzula nisu se pripisale Velikoj Britaniji već Francuskoj, s obzirom na to da je on djelovao u funkciji konzulata druge države ne primajući više ni upute svoje države ni izvršavajući konzularne funkcije za nju.³⁶² Tek kada je na takav način organ povezan s drugom državom smatra se da je uspostavljena tzv. funkcionalna veza između organa i ustrojstva druge države. Imajući to na umu, ovaj članak neće se primjenjivati na situaciju kada organi jedne države pružaju pomoć drugoj, bez obzira na to što su na njenom teritoriju, te izvršavaju funkcije svoje države. Razlog tomu jest taj što organ ostaje u ustrojstvu svoje države te je pod njenom kontrolom i vođen njenim uputama. Kao primjer odgovarao bi slučaj kada jedna država pošalje svoje oružane snage na teritorij druge radi pružanja pomoći u povodu kolektivne samoobrane, a te oružane snage ostaju pod vodstvom svoje države.³⁶³

Nakon uspostavljanja funkcionalne veze zahtijeva se ispunjenje dvaju dodatnih kriterija. Prvi, sasvim logično, zahtijeva da se radi o državnom organu u skladu s već razrađenim čl. 4. Nacrta članaka. Njime se od primjene čl. 6. isključuju djelovanja privatnih osoba, kao npr. stručnjaka koji bi mogli biti predani drugoj državi kao tehnička ispomoć. Drugim kriterijem zahtijeva se da određeno djelovanje organa predstavlja izvršavanje državne vlasti one države kojoj je organ predan. Ovim kriterijem onemogućuje se primjena članka na situacije u kojima bi državni organ djelovao izvršavajući funkcije nespojive s državnim

³⁶¹ Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 7.

³⁶² *Affaire Chevreau (France contre Royaume-Uni)*, Reports of International Arbitral Awards, vol. V, 1931., str. 1113., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/1113-1143.pdf

³⁶³ „...organ također mora djelovati povezan sa ustrojstvom te držav,e pod njenim isključivim ravanjem ili kontrolom, a ne prema uputama države šiljateljice.“; Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 95.-96.

vlašću države kojoj je predan.³⁶⁴ Stoga, kad bi oružane snage jedne države pomagale drugoj distribucijom zaliha hrane koje je omogućila nevladina organizacija, ne bi se radilo o situaciji koja bi se mogla podvući u okvir čl. 6. jer se ne radi o izvršavanju državne vlasti.³⁶⁵

3.1.2.4. Djelovanje *ultra vires* (čl. 7.)

Posljednji u ovoj kategoriji je čl. 7. Nacrta članaka koji služi kao svojevrsno dopunsko pravilo do sada navedenim člancima. Ovaj članaka ne postavlja novu situaciju pripisivosti čina određenog tijela ili fizičke osobe državi, već dodatno proširuje polje primjene čl. 4, 5. i 6. Njime je utvrđeno da će se djelovanje državnog organa (čl. 4) ili tijela koje to nije, ali je ovlašten izvršavati državnu vlast (čl. 5.), pripisati državi iako djeluje izvan svojih ovlasti ili suprotno uputama, odnosno *ultra vires*. Iako u čl. 7. nije izričito navedena i situacija uređena čl. 6., ekstenzivnim tumačenjem smatra se da je primjenjiv i na situacije pripisivosti uređene čl. 6.³⁶⁶

Glavni je razlog pripisivosti državi *ultra vires* djelovanja taj što se državama ne smije dopustiti izbjegavanje pripisivosti pozivajući se na to da prema njenom unutarnjem pravu ili danim uputama do takvog djelovanja uopće ne bi došlo. One neće izbjeći pripisivost niti ako bi njihov organ odnosno tijelo otvoreno djelovalo nezakonito ili bi djelovanjem nedvojbeno istupilo izvan svojih ovlasti. Također, nebitna je činjenica jesu li se drugi državni organi odrekli navedenog djelovanja organa ili tijela. Sve to dovodi do povećanja jasnoće pravila pripisivosti te pravne sigurnosti u međunarodnim odnosima.³⁶⁷ Prijeko je potrebno naglasiti da bi odstupanje od navedenih pravila proturiječilo jednom od temeljnih načela Nacrta članaka koje je izraženo u čl. 3. Naime, načelo je da se čin kvalificira kao međunarodno

³⁶⁴ *Ibid.*, str. 96.-97.

³⁶⁵ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 136.

³⁶⁶ Nacrt članaka, čl. 7.: „Čin državnog organa ili osobe ili tijela ovlaštenog izvršavati elemente državne vlasti smatrat će se činom države prema međunarodnom pravu ako organ, osoba ili tijelo djeluju u tom svojstvu, čak i ako prekorače svoje ovlasti ili prekrše upute.“

³⁶⁷ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 99.

protupravni čin pravilima međunarodnog prava te da kvalifikacija istog čina pravilima unutrašnjeg prava kao zakonitog neće biti od utjecaja (v. V. 2.2.2.).³⁶⁸

Dopunsko pravilo iz čl. 7. *prima facie* djeluje jednostavno za primjenu, međutim, postoje situacije kada to neće biti lako. Primjerice situacija kada kao organ ili tijelo djeluje fizička osoba. Imajući na umu da djelovanje fizičke osobe u privatnom svojstvu nije pripisivo, a djelovanje u službenom svojstvu, bez obzira što je izvan ovlasti, je pripisivo državi, važno ih je međusobno razlikovati. Kao primjer uzmimo situaciju u kojoj policajac iz privatnih razloga počini ubojstvo stranog državljanina na cesti bez ikakvog ovlaštenja ili naredbe. Pitanje je, na koje treba odgovoriti, je li policajac djelovao u privatnom ili u službenom svojstvu, ali izvan svojih ovlasti. Upravo zbog teškoće odgovaranja na takvo pitanje postaje upitna primjena čl. 7. Polaznu točku za pronalaženje rješenja u ovakvim i sličnim situacijama predstavlja predmet *Caire*.³⁶⁹ U tom predmetu ustanovljeno je načelo da će se čin fizičke osobe koja djeluje izvan svojih ovlasti, a u službenom svojstvu pripisati državi ako se osoba okoristi svojim položajem te zlorabiti sredstva koja proizlaze iz toga položaja. Radit će se o djelovanju u službenom svojstvu izvan danih ovlasti ako bi se prije spomenuti policajac, primjerice, okoristio svojim položajem policajca i zaustavio auto na cesti zbog uzimanja osobnih podataka vozača te potom počinio protupravan čin na koji nije bio ovlašten.³⁷⁰ Kao dodatni kriterij jasnijeg razlikovanja o kakvom djelovanju se radi, može se uzeti u obzir i činjenica je li čin bio sistematičan, odnosno takav da je država znala ili trebala znati za njega te poduzeti mjere za njegovo sprječavanje.³⁷¹

3.1.3. Druga kategorija - Pripisivost čina počinitelja koji nisu državni organi

Druga kategorija je sačinjena samo od čl. 8. Nacrta članaka, koji uređuje pripisivost određenoj državi čina pojedinaca koji nisu državni organi. Njime se, dakle, pripisuju

³⁶⁸ Nacrt članaka, čl. 3.: „Karakterizacija čina države kao međunarodno protupravnog uređena je međunarodnim pravom. Takva karakterizacija nije pod utjecajem karakterizacije istog čina kao zakonitog unutrašnjim pravom.“

³⁶⁹ Estate of Jean-Baptiste Caire (France) v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards, vol. V, 1929., str. 516., str. 531., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/516-534_Caire.pdf

³⁷⁰ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 137. *et seq.*

³⁷¹ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 102.

djelovanja pojedinaca ili tijela koja nisu ni državni organi sukladno čl. 4. niti se mogu prema spomenutom testu potpune kontrole s njima izjednačiti (v. V.3.1.2.1.). Drugu kategoriju upravo to razlikuje od prethodne i proširuje mogućnost pozivanja država na odgovornost. Tek kada se ne može utvrditi da je pojedinac ili grupa pojedinaca državni organ ili kada ih se s njima ne može poistovjetiti, otvara se mogućnost primjene čl. 8. *Ratio* takvog proširivanja pripisivosti je izbjegavanje situacija u kojima bi država djelovala putem privatnih osoba ne imajući pritom potpunu kontrolu nad tim osobama i distancirala se od njih svojim unutrašnjim pravom negirajući im status državnog organa.³⁷² Čini tih pojedinaca pripisat će se državi, kako navodi Nacrt članaka, kada djeluju prema uputama te države ili pod njenim ravnanjem, odnosno kontrolom. Samim člankom nije konkretiziran stupanj kontrole koji je potreban da bi se čin pripisao državi, što može, kako ćemo iznijeti u nastavku, biti izvor nesuglasja u međunarodnoj pravnoj judikaturi. Naime, u praksi dvaju međunarodnih sudova, ICJ-a i ICTY-a, ustanovljeni su različiti testovi kojima je određen potreban stupanj kontrole. Razlikovanje tih testova od iznimne je važnosti bilo i pri donošenju odluke u predmetu *BiH v. Srbija*.

3.1.3.1. Pripisivost čina pojedinaca usmjerenih ili kontroliranih od države (čl. 8.)

Članak 8. Nacrta članaka glasi: „Čin osobe ili grupe osoba smatrat će se činom države prema međunarodnom pravu ako osoba ili grupa osoba u stvarnosti djeluje prema uputama ili pod ravnanjem ili kontrolom te države pri izvršavanju čina.“

Pripisivanje čina privatnih pojedinaca ili tijela određenoj državi temelji se na postojanju specifičnog faktičnog odnosa između te države i pojedinaca odnosno tijela. Taj specifičan odnos može postojati u dva slučaja, propisana čl. 8. U prvome slučaju riječ je o uputama koje država daje pojedincima, a oni prema tim uputama djeluju, dok su u drugom slučaju oni pod ravnanjem ili kontrolom države. Utvrdi li se da se radi o jednom od ta dva slučaja, zahtijevat će se da uz to postoji i realna ili stvarna veza između države i pojedinaca. Postojanje takve veze nameće, u međunarodnom pravu istaknuto, načelo efektivnosti. Prema tom načelu specifičan odnos mora biti ostvaren tako da su pojedinci stvarno povezani sa ustrojstvom određene države.³⁷³ Tek tada postavljeni su temelji pripisivanja čina takvih

³⁷² Milanovic, M., *op. cit.* u bilj. 345., str. 580.

³⁷³ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 103.-104.

pojedinaца državi. Premda čl. 8., postavljajući standarde koji trebaju biti zadovoljeni, na prvi pogled ne izaziva poteškoće pri svojoj primjeni, on zbog nepreciznosti tih standarda ipak potiče mnoga pitanja.

Relativno je jednostavno tumačiti formulaciju čl. 8. „prema uputama“ koje je država dala pojedincima te iz tog tumačenja neće proizlaziti prijeporne situacije. Upute moraju biti dane izričito za počinjenje određene operacije kojom je ostvaren navodni međunarodno protupravni čin. *Argumentum a contrario*, upute države na općoj razini, koje se referiraju na cjelokupno djelovanje pojedinaca, a ne na počinjenje pojedine operacije, neće biti dostatne da bi se ustanovila potrebna veza države i navedenih pojedinaca.³⁷⁴ Ovakve situacije davanja uputa pojedincima važno je razlikovati od tzv. „efektivne kontrole“ (v. V.3.1.3.2.1.). Za sada je važno napomenuti da davanjem uputa za dopuštene čine država ne treba računati s rizikom da bi pojedinac ili grupa mogli počiniti međunarodno protupravni čin. Iz toga slijedi zaključak kako u slučaju davanja uputa pojedincima država neće odgovarati za njihova *ultra vires* djelovanja s obzirom na dane upute. Ipak, treba imati na umu kako je moguće pripisati i *ultra vires* djelovanja s obzirom na dane upute ako se ustanovi da je država izvršavala „efektivnu kontrolu“ nad pojedincima.

Uvelike kompleksniju materiju od prethodno navedenog i također glavni uzrok različitih tumačenja čl. 8. Nacrta članaka čini konstrukcija „pod ravnanjem ili kontrolom“ države. Naime, kako bi se čin pripisao državi potrebno je ustanoviti da je konkretna operacija bila pod ravnanjem ili kontrolom države, a da je sam međunarodno protupravni čin bio integralni dio te operacije. Stoga, ako je čin samo slučajno ili tek periferno povezan s operacijom koja je pod kontrolom države, neće doći do pripisivosti. Od ovakvog slučaja važno je razlikovati slučajeve u kojima bi pojedinci počinili međunarodno protupravni čin pod odgovarajućom efektivnom kontrolom države, ali bi njihovo djelovanje bilo *ultra vires*. U tim će se slučajevima međunarodno protupravni čin pripisati državi. Kada je čin integralni dio operacije pod kontrolom države, logično pitanje koje slijedi je koliki stupanj kontrole država treba izvršavati da bi se mogao primijeniti čl. 8.³⁷⁵ Upravo u vezi s formuliranjem odgovora na navedeno pitanje razvila se burna rasprava u međunarodnopravnoj zajednici, a sve zbog postavljanja dvaju različitih standarda međunarodnih sudova, ICJ-a te ICTY-a.

³⁷⁴ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 144. *et seq.*

³⁷⁵ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 104. *et seq.*

3.1.3.2. Standard potrebne kontrole države nad pojedincima

Prije samog razmatranja dvaju testova koji predstavljaju spomenute standarde potrebne kontrole države nad pojedincima, treba imati na umu kako je pravilo iz čl. 8. kodificirano Nacrtom članaka, odnosno da je postojalo kao običajno pravilo i prije Nacrta.³⁷⁶ ICJ je već 1986. godine, u presudi *Nikaragva*, ispitivao pitanje pripisivanja čina grupe pojedinaca državi. Razlog tome bilo je pozivanje države na odgovornost za kršenje pravila međunarodnog humanitarnog prava. Tom presudom postavljeni su temelji za razjašnjavanje nedoumica o stupnju kontrole koji je potreban da bi došlo do primjene pravila koje će kasnije biti kodificirano čl. 8. Nacrta članaka. Trinaest godina kasnije, Prizivno vijeće ICTY-a dalo je različito gledište na potreban stupanj kontrole te se izjasnilo kako smatra upitnim stajalište ICJ-a iz 1986. godine.³⁷⁷ Iako postoje mnogi argumenti zašto stajalište ICTY-a nije pravno relevantno, za potrebe ovog rada te konstruktivno-kritičkog razmatranja cjelokupne materije, obrazložiti će se stajališta oba međunarodna suda te iznijeti *pro et contra* argumenti za primjenu svakog od njih.

3.1.3.2.1. Presuda u predmetu *Nikaragva*

U presudi *Nikaragva* ICJ je prvenstveno utvrdio, referirajući se na definiciju agresije³⁷⁸, da oružani napad jedne države na drugu ne mora nužno izvršiti regularna vojska države. Time je potvrđena mogućnost pripisivanja čina privatnih pojedinaca državi. *In concreto*, ICJ bavio se pripisivanjem SAD-u djelovanja pobunjenika pod imenom *Contras* zbog toga što su im SAD pružale pomoć, a što bi u konačnici rezultiralo odgovornošću SAD-a za kršenje pravila međunarodnog humanitarnog prava. Utvrdio je kako pomaganje pobunjenicima, slanjem oružja, financijske i logističke potpore, nije dostatan temelj za

³⁷⁶ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 398.

³⁷⁷ ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, od 15. srpnja 1999., para. 115, dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>

³⁷⁸ Rezolucija Opće Skupštine Ujedinjenih naroda br. 3314. (XXIX) od 14. prosinca 1974., čl. 3. toč. g): „upućivanje od strane ili u ime neke države oružanih odreda ili skupina dobrovoljaca ili plaćenika koji poduzimaju protiv neke druge države oružane čine takve ozbiljnosti da se izjednačuju s gore navedenim činima, ili se sadržajno mogu njima obuhvatiti.“; UN General Assembly resolution no. 3314. (XXIX), "Definition of aggression" od 14. prosinca 1974., dostupno na: <http://legal.un.org/avl/ha/da/da.html>

izricanje presude da se radilo o oružanom napadu SAD-a. Shodno tomu, ICJ je morao definirati stupanj umiješanosti SAD-a koji je potreban da bi se u konkretnom slučaju radilo o njenom oružanom napadu, odnosno pripisivanju čina privatnih pojedinaca državi. Iz toga su proizašla dva testa od kojih barem jedan treba biti zadovoljen da bi rezultat bio pripisivanje čina državi.³⁷⁹

Prvi, tzv. test „potpune kontrole“ odnosi se na izjednačavanje pojedinca ili grupe s državnim organom smatrajući ih *de facto* državnim organom. S obzirom na to da se takvo činjenično stanje supsumira pod čl. 4., test „potpune kontrole“ obrađen je u razmatranju tog članka (v. V.3.1.2.1.).

Nakon neuspjelog pripisivanja čina grupe *Contras* SAD-u, na temelju prvog testa, ICJ je supsidijarno primjenio tzv. test „efektivne kontrole.“ Dok se prvim testom na općoj razini ispitivao toliki stupanj kontrole države i zavisnosti grupe da ih se može poistovjetiti s državnim organom, drugim testom ispitivala se kontrola nad svakom pojedinačnom operacijom unutar koje je počinjen navodni međunarodno protupravni čin. Iz navedenog slijedi da je odnos dvaju testova takav da je prvi primaran i općenit, a drugi supsidijaran i specifične naravi.³⁸⁰

Nakon što je utvrdio nepostojanje potpune kontrole, u paragrafu 115. presude *Nikaragva*, ICJ je uspostavio test „efektivne kontrole.“ Naime, naveo je kako svi oblici pomoći koje su SAD pružile grupi *Contras*, unatoč postojanju opće kontrole nad grupom, te visokog stupnja ovisnosti o SAD-u, ne bi *per se* bili dostatni za pripisivanje čina SAD-u. Drugim riječima, uz postojanje opće kontrole, koja nije potpuna, te visokog stupnja zavisnosti grupe, mora se utvrditi i postojanje efektivne kontrole nad pojedinom operacijom unutar koje je izvršen čin koji se nastoji pripisati državi. To bi značilo da, ukoliko bi država pružala potporu određenoj grupi, financirala ju, opskrbljivala, obučavala i ujedno imala opću kontrolu nad njom, a grupa počini neki međunarodno protupravni čin, ne bi došlo do pripisivosti tog čina državi. Nit vodilja ovakvom zaključku bila je da grupa u tim okolnostima može poduzeti međunarodno protupravne čine i bez konkretne kontrole države nad njima, s obzirom

³⁷⁹ Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 9.

³⁸⁰ Milanovic, M., *op. cit.* u bilj. 345., str. 577.

na to da ne postoji potpuna kontrola, a svi navedeni oblici pomoći nisu dokaz postojanja uputa danih pojedincima.³⁸¹

U presudi *BiH v. Srbija* ICJ je razlikovao test „potpune kontrole“ i „efektivne kontrole“ iz presude *Nikaragva*. Potvrdio je kako pri primjeni testa „efektivne kontrole“ ne treba dokazivati postojanje potpune kontrole, ali da zato postojeća efektivna treba biti izvršena nad pojedinom operacijom u kojoj je poduzet čin, a ne općenito nad cjelokupnim djelovanjem grupe.³⁸² Time je potvrdio svoju dosadašnju praksu u spomenutoj presudi *Nikaragva* te preciznije definirao pojam efektivne kontrole. Naime, izričito je isključio mogućnost da se potrebnom efektivnom kontrolom smatra ona koja postoji na općoj razini nad cjelokupnim djelovanjima određene grupe.

Iako je takvo stajalište u skladu s dotadašnjim razumijevanjem testa „efektivne kontrole“, upitna je njegova primjenjivost na zločin genocida. Upravo to istaknuli su zastupnici BiH u predmetu *BiH v. Srbija* tvrdeći da zločin genocida može biti počinjen s više specifičnih čina koji se u većoj ili manjoj mjeri međusobno razlikuju vremenski i prostorno. Sukladno tomu, dostatna bi bila efektivna kontrola nad cjelokupnim djelovanjima, odnosno operacijama kao cjelinom određene grupe, a ne nad svakom pojedinačnom operacijom. ICJ prihvatio je tvrdnju specifičnosti zločina genocida, ali ipak utvrdio kako to nije razlog da se odmakne od svoje dosadašnje prakse i već ustanovljenog testa „efektivne kontrole“. Naime, pravila pripisivosti ne variraju zbog različite pravne prirode međunarodnih protupravnih čina koji se nastoje pripisati državi.³⁸³ Slijedeći takvu pravnu logiku, ICJ je zauzeo stajalište da će se pri ocjeni pripisivosti genocida primjenjivati identična pravila kao i za svaki drugi međunarodno protupravni čin, unatoč tomu što je genocid svojevrsni *ius cogens* te spada u kategoriju ozbiljnih povreda (v. V.2.2.3.). Iz svega navedenog slijedi zaključak da će se na pitanje pripisivosti genocida primjenjivati identičan i nepromijenjiv test „efektivne kontrole“ kakav je utvrđen u presudi *Nikaragva*.

³⁸¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986., str. 14., para. 115., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

³⁸² ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 400.

³⁸³ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 401.

Takvo je stajalište ICJ potkijepio tvrdnjom da je ono odraz običajnog međunarodnog prava izraženog u čl. 8. Nacrta članka.³⁸⁴ Međutim, upitno je odgovara li ono uistinu u potpunosti običajnom međunarodnom pravu. Naime, test „efektivne kontrole“ ustanovljen je 1986. godine presudom *Nikaragva*. Za to vrijeme već je u tijeku bila rasprava o Nacrtu članka koja će konačni rezultat dati tek 2001. godine (v. V.2.2.). Konačni tekst Nacrta iz 2001. godine može nam poslužiti kao osnova određivanja običajnoga međunarodnog prava, s obzirom na to da je on svojevrsna kodifikacija postojećih običajnih pravila pripisivosti.³⁸⁵ Imajući to na umu, potvrdu da navedeno stajalište ICJ-a odgovara običajnom međunarodnom pravu možemo pronaći u samom Nacrtu članka, odnosno njegovu službenom komentaru Komisije za međunarodno pravo. Ukoliko je u njemu jasno iskazano da je test „efektivne kontrole“ jedini primjenjiv kao standard potrebne kontrole i bez ikakvih odstupanja od njegovih kriterija, tada je test „efektivne kontrole“ dio običajnog međunarodnog prava. To bi značilo da test „efektivne kontrole“ nedvojbeno odgovara stupnju kontrole koji mora postojati da bi došlo do pripisivosti na temelju čl. 8. Nacrta članka.³⁸⁶ Međutim, u komentaru Nacrta nigdje se izričito ne spominje da je test „efektivne kontrole“ postavio kriterije pripisivosti koji u potpunosti odgovaraju onim kriterijima koje su na umu imali stvaratelji Nacrta. Iako se u komentaru obrazlaže test uspostavljen presudom *Nikaragva* te kritizira onaj uspostavljen pred Prizivnim vijećem ICTY-a (v. V.3.1.3.2.2.), nije zauzeto izričito stajalište da je prvi test potpuno odgovarajuće mjerilo za određivanje pripisivosti.³⁸⁷

Sljedeća činjenica *in favorem* ovakvom kritičkom razmatranju je činjenica da je za vrijeme rasprave o Nacrtu članka nekolicina članova Komisije za međunarodno pravo smatrala kako bi trebala postojati različitost stupnja potrebne kontrole države nad pojedincima ovisno o pojedinoj situaciji. U Izvješću Komisije za međunarodno pravo o radu njenog 50. zasjedanja iz 1998. godine poduprta je, na inicijativu tadašnjeg specijalnog izvjestitelja, promjena čl. 8. kojom bi se dopustilo variranje potrebnog stupnja kontrole ovisno o pravnom kontekstu svake situacije. To bi rezultiralo mogućnošću primjenjivanja testa „efektivne

³⁸⁴ *Ibid.*, para. 401.

³⁸⁵ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 59.

³⁸⁶ Abass, A., Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur, *Fordham International Law Journal*, vol. 31., 2007., str. 894.

³⁸⁷ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 106.-107.

kontrole“ prilagođenog specifičnoj pravnoj prirodi genocida kako su i predložili zastupnici BiH. Posljedično tomu postavilo se daljnje pitanje obuhvaća li takva izmjena i situacije u kojima bi država djelovala putem svoje tzv. marionetske države nad kojom vrši isključivo političku kontrolu, a ne postoji vojna kontrola niti takva država ulazi u njeno državno ustrojstvo. Imajući na umu odnos Republike Srpske i tadašnje SRJ bilo bi zanimljivo ispitivati mogućnost supsumiranja te situacije pod ovakvu konstrukciju čl. 8. Međutim, takvo ispitivanje je bespredmetno jer navedena izmjena čl. 8. nije usvojena, s obrazloženjem da bi ona previše suzila i okrutila pravilo pripisivosti.³⁸⁸

Nadalje, upitno je treba li primjeniti isti test na slučajeve znatno različitog činjeničnog stanja. U predmetu *Nikaragva* zajednički cilj SAD-a i *Contras-a* bio je svrgnuti tadašnju vlast u Nikaragvi. Utvrđeno je da se taj cilj mogao ispuniti bez počinjenja ikakvih ratnih zločina ili zločina protiv čovječnosti. Dakle, ni SAD ni grupa *Contras* nisu imali cilj počinjenje ratnih zločina ili zločina protiv čovječnosti. Shodno tomu, da bi se neki od eventualno počinjenih navedenih zločina pripisali SAD-u bilo je potrebno dokazati da je upravo taj zločin koji je počinila grupa *Contras-a* bio objekt kontrole SAD-a nad grupom *Contras*. Suprotno tomu, u predmetu *BiH v. Srbija* zajednički cilj počinitelja i tadašnje SRJ bio je počinjenje međunarodnih zločina, stoga se postavlja pitanje treba li i ovdje počinjeni zločin biti objektom kontrole SRJ-a, ako će i bez te konkretne kontrole ciljevi SRJ-a biti ostvareni. Jednostavnije, treba li postojati kontrola ista onoj u presudi *Nikaragva*, odnosno kontrola nad točno počinjenim međunarodno protupravnim činom ili je dovoljna općenita kontrola. Upravo zbog toga postaje upitnom jedinstvena primjena testa „efektivne kontrole.“³⁸⁹ U istom je smjeru obrazlagao bivši potpredsjednik ICJ-a Awn Shawkat Al-Khasawneh u svom izdvojenom mišljenju u BiH presudi u kojem spominje postojanje istog cilja, etničkog podrijetla i ideologije počinitelja i države. Nadalje, istaknuo je kako u takvim situacijama zahtijevanje kontrole nad nedržavnim tijelom i ujedno kontrole nad pojedinačnom operacijom u okviru koje je počinjen zločin predstavlja previsok standard za pripisivanje čina. Tako visoko postavljen prag predstavlja svojevrsnu opasnost jer državama pruža mogućnost da svoje kriminalne politike provode putem nedržavnih organa, a da pritom ne budu pozvane na

³⁸⁸ Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April - 12 June and 27 July - 14 August 1998., General Assembly, Official Records, Fifty-third session, Supplement No.10 (A/53/10), str. 83, dostupno na: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/A_53_10.pdf

³⁸⁹ Abass, A., *op. cit.* u bilj. 386., str. 895. *et seq.*

odgovornost. Sve to vodi, prema mišljenju Al-Khasawneha, ka zaključku da se mora dopustiti variranje stupnja potrebne kontrole ovisno o svakom pojedinačnom slučaju.³⁹⁰

Unatoč ovakvom osnovanom kritičkom stavu, stajalište ICJ-a o primjeni izvornog testa „efektivne kontrole“ može se naposljetku smatrati opravdanim. Naime, otvaranjem mogućnosti variranja stupnja kontrole slabi određenost uspostavljenog standarda potrebne kontrole što u konačnici može dovesti do pravne nesigurnosti. Također, uzmemo li u obzir da se radi o zločinu svih zločina, postoji određena težina pozivanja države na odgovornost za genocid te svojevrsnog etiketiranja države kao genocidne. U tom pogledu ne smije postojati ni najmanja pravna nesigurnost što se tiče pravila pripisivosti genocida državi ni ikakva mogućnost zloupotrebe. Navedeno će biti zadovoljeno ukoliko je usvojen i primjenjuje se jedinstveni stupanj kontrole primjenom testa „efektivne kontrole.“

S obzirom na to da je odbio primijeniti verziju testa prilagođenu genocidu, ICJ je odlučio u presudi *BiH v. Srbija* primijeniti izvorni test „efektivne kontrole.“ Utvrdivši postojanje obaju elemenata genocida, *acti rei* i *mentis reae*, u Srebrenici, postavilo se pitanje pripisivosti počinjenog genocida tadašnjoj SRJ, odnosno njenoj pravnoj sljednici, a sadašnjoj Republici Srbiji. Razmotrivši predložene dokaze, ICJ je rezolutno odlučio kako nema osnove ni za utvrđenje da su počiniteljima bile poslone upute ili da su bili pod ravnanjem državnih organa SRJ ni da je SRJ vršila potrebnu efektivnu kontrolu nad počiniteljima genocida.³⁹¹

3.1.3.2.2. Presuda u predmetu *Tadić*

Jedanaest godina poslije presude *Nikaragva*, 1997. godine, pitanje potrebnog stupnja kontrole neočekivano je postalo predmetom rasprave pred ICTY-em u predmetu *Prosecutor v. Duško Tadić* (u daljnjem tekstu: presuda *Tadić*).³⁹² ICTY se bavi isključivo individualnom

³⁹⁰ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Dissenting opinion Al-Khasawneh, para. 36.; Dissenting opinion Al-Khasawneh, para. 39.: „Kada je, međutim, zajednički cilj počinjenje međunarodnih zločina, zahtijevati kontrolu i nad nedržavnim počiniteljem i nad specifičnom operacijom u kontekstu koje su međunarodni zločini počinjeni je previsok prag. Inherentna opasnost takvog pristupa jest što daje državama mogućnost izvršavanja svojih kriminalnih politika putem nedržavnih počinitelja ili surogata bez nastanka izravne odgovornosti.“

³⁹¹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 413.

³⁹² ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-T, od 7. svibnja 1997., para. 98., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>

odgovornošću, a pitanje odgovornosti država je izvan njegove nadležnosti. Unatoč tomu, ICTY je bio primoran upotrijebiti test iz presude *Nikaragva* kako bi razaznao radi li se o međunarodnom ili nemeđunarodnom oružanom sukobu. Dvije godine kasnije ista rasprava nastavljena je pred Prizivnim vijećem ICTY-a u istom predmetu, kada je navedeno sasvim novo viđenje potrebnog stupnja kontrole. Uspostavljen je tzv. test „sveukupne kontrole“. Njegovom primjenom došlo se do potpuno drugačijeg rezultata od onog koji proizlazi primjenom testa „efektivne kontrole“. Glavno pitanje otvoreno ICTY-evim tumačenjem je pitanje o tome koji je od tih dvaju testova pravilniji.³⁹³

U prvom stupnju ICTY je ispitivao može li čine pojedinca pripisati tadašnjoj SRJ kako bi utvrdio postojanje međunarodnog oružanog sukoba te posljedično primjenio odgovarajuća pravila. Pritom je na utvrđeno činjenično stanje primijenio test iz presude *Nikaragva* ne naglašavajući da postoje dva testa u toj presudi: test „potpune kontrole“ i test „efektivne kontrole.“ Također, ICTY nije uzeo u obzir činjenicu da ICJ u svojoj presudi *Nikaragva* nije koristio test kako bi odredio postoji li međunarodni ili nemeđunarodni sukob u Nikaragvi, već može li pripisati međunarodno protupravni čin državi. Primjenivši test iz presude *Nikaragva*, ICTY je zaključio kako je između RS-a i SRJ-a postojao odnos savezništva.³⁹⁴ Rezultat toga je nemogućnost pripisivanja SRJ-u djelovanja koje je počinila RS. Vezano uz to, zanimljiv je osvrt predsjedavajuće sutkinje Gabrielle Kirk McDonald sadržan u njenom izdvojenom mišljenju uz prvostupanjsku presudu ICTY-a. Oспорavajući odluku većine, sutkinja McDonald je istaknula razlikovanje dvaju testova iz presude *Nikaragva* te utvrdila kako je između RS-a i SRJ-a postojao odnos koji odgovara odnosu potpune kontrole iz istoimenog testa iz presude *Nikaragva*. Posljedica toga bila bi pripisivost SRJ-u čina koje je poduzela RS.³⁹⁵ Postupak se nastavio u drugom stupnju pred Prizivnim vijećem ICTY-a gdje se pitanje stupnja kontrole dodatno zakompliciralo.

Dok je sutkinja McDonald smatrala da je pripisivost SRJ-a osnovana testom „potpune kontrole“, Prizivno vijeće ICTY-a uopće nije ulazilo u razmatranje toga testa. Ono se bavilo isključivo testom „efektivne kontrole“ te kritizirajući ga uspostavilo novi, test „sveopće

³⁹³ Milanović, M., *op. cit.* u bilj. 345., str. 578.

³⁹⁴ *Ibid.*, str. 578.-579.

³⁹⁵ ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-T, od 7. svibnja 1997., Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald, str. 295.-296. *et* 299., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>

kontrole“.³⁹⁶ Prizivno vijeće ICTY-a smatralo je test „efektivne kontrole“ iz presude *Nikaragva* neosnovanim na temelju dviju osnova.

Kao prvo, Prizivno vijeće smatralo je test „efektivne kontrole“ suprotnim svrsi pripisivanja čina privatnih pojedinaca državi. Naime, svrha pripisivanja čina privatnih pojedinaca državi je izbjegavanje situacija u kojima bi država *de facto* djelovala putem pojedinaca, a kasnije izbjegavala odgovornost za tako počinjene međunarodno protupravne čine, distancirajući se od počinitelja međunarodno protupravnog čina i svojim poretom negirajući ikakvu povezanost s njima. Kako bi se ta svrha pripisivanja čina privatnih pojedinaca državi ostvarila, Prizivno vijeće smatra da potreban stupanj kontrole može varirati ovisno o činjeničnim okolnostima.³⁹⁷ Dakle, postavljanje visokog stupnja kontrole kakav je uspostavljen u presudi *Nikaragva* i njegova univerzalna primjena mogli bi ugroziti navedenu glavnu svrhu pripisivanja čina privatnih pojedinaca državi. Shodno takvom stajalištu prema kojem stupanj kontrole ne smije biti univerzalan, Prizivno vijeće razlikuje dvije situacije. U prvoj se postavlja pitanje pripisivosti državi čina pojedinca, a u drugoj pitanje pripisivosti državi čina organizirane i hijerarhijski strukturirane grupe pojedinaca.

Da bi se čini pojedinca kao što su sabotaža, otmica ili ubojstvo visokorangiranog državnog službenika pripisali državi potrebno je postojanje specifičnih uputa koje je dobio pojedinac da takvo što počini. Iz navedenog proizlazi da opća kontrola nad pojedincom ne bi bila dostatna za pripisivanje državi čina tog pojedinca. Isto se odnosi na neorganiziranu grupu pojedinaca.³⁹⁸

S druge strane, organiziranu i hijerarhijski strukturiranu grupu pojedinaca ne mora se posebno usmjeriti specifičnim uputama na počinjenje međunarodno protupravnog čina kako bi se taj čin pripisao državi. Dovoljno je postojanje sveopće kontrole države nad takvom organiziranom i hijerarhijski strukturiranom grupom. Sveopća kontrola će postojati ako država uz opskrbljivanje i financiranje grupe koordinira njenim vojnim aktivnostima ili joj

³⁹⁶ ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, od 15. srpnja 1999., para. 146., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>; v. i Milanovic, M., *op. cit.* u bilj. 345., str. 579.

³⁹⁷ ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-A, od 15. srpnja 1999., para. 117., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>

³⁹⁸ *Ibid.* para. 118.

pomaže pri planiranju vojnih aktivnosti na općoj razini.³⁹⁹ Na temelju tog stajališta uspostavljen je spomenuti test „sveopće kontrole.“ Osnova je takvog drugačijeg kriterija prema organiziranoj grupi od onog kriterija kakav postoji prema pojedincu to što u takvoj grupi, za razliku od pojedinca ili neorganizirane grupe, postoji struktura, lanac zapovijedanja, skup pravila prema kojima grupa djeluje te izvanjski simbol prepoznatljivosti pripadnika grupe. Zbog svega toga neće biti potrebno postojanje posebnih uputa danih pripadniku grupe da počini određeni čin. Razlog tomu jest što on djeluje prema standardima grupe i pod autoritetom vođe grupe, a ta grupa je pod sveopćom kontrolom države. *Ratio* je testa „sveopće kontrole“, kako ga objašnjava Prizivno vijeće ICTY-a, da se njime osigurava ono što test „efektivne kontrole“ ugrožava, a to je pripisivost čina privatnih pojedinaca državi.⁴⁰⁰

Drugim razlogom neosnovanosti testa „efektivne kontrole“ Prizivno vijeće ICTY-a smatralo je njegovu nejedinstvenost primjene u međunarodnoj sudskoj praksi i praksi država. Kako Prizivno vijeće navodi, čini grupa pojedinaca pripisivali su se državama u međunarodnoj sudskoj praksi kada je postojao znatno manji stupanj kontrole od onog uspostavljenog u presudi *Nikaragva*. Iz toga Prizivno vijeće ICTY-a zaključuje da test „efektivne kontrole“ nije zaživio kao isključiv i nepromijenjiv test kako ga je iznio ICJ. Taj zaključak Prizivno vijeće ICTY-a potkrijepilo je navođenjem niza presuda.⁴⁰¹

Iz navedenog proizlazi da je Prizivno vijeće ICTY-a 1999. godine uspostavilo test „sveopće kontrole“ i kritiziralo test „efektivne kontrole“ iz presude *Nikaragva*. Time je nametnuto glavno pitanje u vezi s primjenom čl. 8 Nacrta članaka; koji od dva testa treba primjenjivati pri ocjeni pripisivosti državi međunarodno protupravnih čina? Odgovor na to pitanje dao je ICJ u presudi *BiH v. Srbija*.

Prije svega, ICJ je istaknuo da se ICTY upustio u pitanje koje ne ulazi u njegovu nadležnost. ICJ napominje kako je u ICTY-evoj nadležnosti odlučivanje o individualnoj

³⁹⁹ *Ibid.* para. 131.

⁴⁰⁰ *Ibid.* para. 120. et 123.

⁴⁰¹ Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards, vol. IV, 1927., str. 265.-268., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/265-268.pdf; Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran, Iran-U.S. C.T.R., vol. XVII, 1987., str. 92, str. 101-102., dostupno na: <https://www.iusct.net/Pages/Public/A-News.aspx>; ESLJP, Loizidou v. Turkey, od 18. prosinca 1996., dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["loizidou"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-58007"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

kaznenoj odgovornosti, a ne o odgovornosti države.⁴⁰² ICTY stoga ne bi smio ulaziti u jedan od elemenata odgovornosti države, to jest pitanje pripisivosti međunarodno protupravnih čina privatnih pojedinaca državi. Iz takvog stajališta, da je ICTY odlučivao izvan svoje nadležnosti, slijedi zaključak da je test „sveopće kontrole“ pravno irelevantan i neprimjenjiv.⁴⁰³ Nadalje, ICJ ističe kako je test „sveopće kontrole“ u presudi *Tadić* uspostavljen radi određivanja je li postojao međunarodni ili nemeđunarodni sukob, a ne pripisivanja međunarodno protupravnih čina državi. ICJ tvrdi kako bi test „sveopće kontrole“ mogao biti prikladan za odgovaranje na pitanje radi li se o međunarodnom sukobu, ali se ne slaže s ICTY-em da je primjenjiv i na pitanje pripisivosti čina privatnih pojedinaca državi. ICJ razlikuje odlučivanje o tome radi li se o međunarodnom ili nemeđunarodnom sukobu od odlučivanja o pripisivosti čina državi. Dalje, tvrdi da nije nužno primjenjivati isti test u oba slučaja. Potreban stupanj umješanosti države u djelovanje pojedinaca radi pripisivanja njihovih čina državi može biti različit. Konačno, ICJ je zaključio kako test „sveopće kontrole“ previše proširuje polje primjene odgovornosti države. Primjenom testa „sveopće kontrole“ državi bi se pripisali čini pojedinaca koji nisu s tom državom u stvarnoj vezi kakva se zahtijeva prema pravilima pripisivosti. Zbog svega navedenog ICJ smatra test „sveopće kontrole“ neprikladnim, što je izričito naveo u presudi *BiH v. Srbija*.⁴⁰⁴

3.1.4. Treća kategorija – Posebni slučajevi pripisivosti čina počinitelja koji nisu državni organi (čl. 9. - čl. 11.)

Treću kategoriju članaka Nacrta sačinjavaju čl. 9, 10. i 11. Tim člancima uređene su posebne situacije pripisivanja državi čina počinitelja koji nisu državni organi. To su situacije koje ne ulaze u polje primjene nekog od prethodno obrazloženih članaka Nacrta, već svojom specifičnošću zahtijevaju postojanje posebnog pravnog pravila koje će se primijeniti na njih. Tako čl. 9. Nacrta članaka određuje pripisivost državi čina privatnih pojedinaca koji izvršavaju državne funkcije u odsutnosti državne vlasti. Čl. 10. Nacrta odnosi se na pripisivost čina ustanika državi u kojoj ti ustanici uspostave novu vlast ili novoj državi koju oni osnuju.

⁴⁰² ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 403.

⁴⁰³ Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 11.

⁴⁰⁴ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 404.-406.

Na kraju, čl. 11. Nacrta propisuje pravilo za pripisivost državi čina koje ta država *ex post facto* prizna i prihvati kao svoje čine.⁴⁰⁵

3.1.4.1. Pripisivost čina poduzetih u odsutnosti državne vlasti (čl. 9.)

Čl. 9. Nacrta članaka propisuje pod kojim uvjetima će se državi pripisati čini počinitelja koji nisu državni organi, odnosno čini privatnih pojedinaca u posebnim situacijama u kojima ne postoje državni organi koji bi izvršavali državnu vlast.⁴⁰⁶ Uz to se zahtijeva da su okolnosti takve da postoji potreba izvršavanja državne vlasti zbog odsutnosti državnih organa. Te situacije postojat će rijetko. Klasičan primjer bila bi revolucija, oružani sukob ili okupacija koju izvršava strana država. Imajući na umu navedeno, slijedi zaključak da počinitelji koji nisu državni organi moraju djelovati u stanju nužde.⁴⁰⁷ Članak 9. Nacrta članaka rijetko se primjenjivao u međunarodnopravnoj praksi. Glavni primjer predstavlja predmet *Yeager v. Islamic Republic of Iran* iz 1987. godine.⁴⁰⁸

Člankom 9. Nacrta članaka uspostavljena su tri uvjeta koja moraju biti kumulativno zadovoljena da bi na temelju njega došlo do pripisivosti čina državi. Prvim uvjetom nalaže se da pojedinci izvršavaju elemente državne vlasti na svoju inicijativu. Time je težište stavljeno na sadržaj funkcija koje počinitelj izvršava, a ne na postojanje formalne veze počinitelja koji djeluje i države kojoj se nastoji pripisati to djelovanje. Za ispunjenje prvog uvjeta bitno je odrediti predstavlja li određena funkcija koju je počinitelj izvršavao neki od elemenata državne vlasti. To određivanje, radi li se o državnoj vlasti, identično je onomu koje je potrebno za primjenu čl. 6. Nacrta članaka (v. V.3.1.2.3.). Zatim, važno je naglasiti kako se čl. 9. Nacrta članaka neće primijeniti na situacije u kojima pojedinci izvršavaju vlast tzv. *de facto* vlade,⁴⁰⁹ nego moraju izvršavati elemente državne vlasti tzv. *de jure* vlade, to jest pravno

⁴⁰⁵ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 116.

⁴⁰⁶ Nacrt članaka, čl. 9.: „Čin pojedinca ili grupe pojedinaca smatrat će se činom države prema međunarodnom pravu ako pojedinac ili grupa pojedinaca faktično izvršava elemente državne vlasti u odsutnosti službenih vlasti te u okolnostima koje zahtijevaju izvršavanje tih elemenata vlasti.“

⁴⁰⁷ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 109.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, str. 109.-110.

⁴⁰⁹ *De facto* vlada smatrat će se aparatom države, svojevrsnim državnim organom. Stoga bi u takvoj situaciji došlo eventualno do primjene čl. 4. Nacrta članaka.; v. više Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 115.; Aguilar-

postojeće vlade.⁴¹⁰ Drugim uvjetom zahtijeva se da pojedinci izvršavaju elemente državne vlasti u odsutnosti državnih organa koji bi izvršavali tu istu vlast. Ta odsutnost državnih organa znači da je došlo do djelomičnog ili potpunog kolapsa cjelokupnog državnog aparata. Potpuni kolaps bio bi faktično nepostojanje ikakvih državnih organa. S druge strane, djelomični kolaps državnog aparata mogao bi biti primjerice gubitak kontrole nad određenim teritorijem. Iz navedenog je jasno kako je ispunjenje ovog uvjeta faktične naravi. Treći uvjet jest postojanje nužnosti. Naime, trećim uvjetom zahtijeva se da okolnosti konkretnog slučaja na koji se nastoji primjeniti čl. 9. Nacrta članaka budu takve da nalažu da privatni pojedinci izvršavaju elemente državne vlasti. Drugim riječima, izvršavanje državne vlasti od strane privatnih pojedinaca mora biti opravdano okolnostima slučaja. Ispune li se sva tri uvjeta, čini poduzeti od strane nedržavnih počinitelja pripisat će se državi čiju vlast su izvršavali.⁴¹¹

3.1.4.2. Pripisivost državi čina ustanika i drugih pokreta (čl. 10.)

Čini ustanika i drugih pokreta⁴¹² prema općem načelu međunarodnog prava nisu pripisivi državi. Temelj toga je činjenica da struktura i organizacija ustanika ostaje neovisna o strukturi i organizaciji države kojoj bi se nastojala pripisati djelovanja ustanika. Navedeno pravilo primjenjivat će se kada se ustanici neuspješno bore protiv postojeće vlasti u državi i ne uspijevaju ni u preuzimanju vlasti ni u stvaranju nove države. Ipak, u takvoj situaciji postoji mogućnost pripisivanja državi čina neuspjelih ustanika primjenom nekog od prethodno obrazloženih članaka Nacrta.⁴¹³ Opće načelo da čini neuspjelih ustanika nisu pripisivi državi potvrđeno je i u arbitražnoj praksi.⁴¹⁴ Razvije li se situacija drugačije te se ustanak proširi,

Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica), Reports of International Arbitral Awards, vol. I, 1923., str. 369., str. 381.-382., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_I/369-399.pdf

⁴¹⁰ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 168.

⁴¹¹ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 110.-111.

⁴¹² Za daljnje potrebe rada koristit će se naziv ustanici koji podrazumijeva ustanike i druge pokrete.

⁴¹³ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 112.

⁴¹⁴ G. L. Solis (U.S.A.) v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards, vol. IV, 1928., str. 358., str. 361., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/358-364.pdf; Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre RoyaumeUni), Reports of International Arbitral Awards, vol. II, 1925., str.

ojača i postane znatniji činitelj unutar države i prema vanjskom svijetu, postaviti će se pitanje njegova postojanja kao zasebnog međunarodnog subjekta.⁴¹⁵ Ukoliko se ustanovi da ustanak postoji kao takav poseban međunarodni subjekt, ne dolazi u obzir pripisivanje njegovih čina državi.

Ishod primjenjivosti čl. 10. Nacrta članaka bit će drugačiji ako ustanici budu uspješni pri osnivanju nove vlasti ili formiranju nove države. Osnuju li ustanici novu vladu u državi protiv koje su se borili, njihovi čini poduzeti prije osnivanja vlade pripisat će se toj državi.⁴¹⁶ Isto vrijedi i za slučaj da ustanici uspostave novu državu.⁴¹⁷ Osnova takvog pripisivanja čina ustanika navedenoj državi leži u kontinuitetu koji postoji između ustanika i nove vlade, odnosno ustanika i nove države.⁴¹⁸

U slučaju da ustanici osnuju novu vladu u državi protiv koje su se borili, ta država nastavlja postojati kao isti međunarodni subjekt koji je bila i tijekom borbe s ustanicima. Ona je zapravo jedini međunarodni subjekt kojemu je moguće pripisati čine ustanika nakon što su preuzeli vlast. Kontinuitet koji postoji između ustanika i novonastale vlade odnosi se na postojanje faktičnih veza između ustanika koji su vodili borbu protiv prijašnje vlasti i nove vlade koju su potom osnovali. Takva povezanost dovoljna je da se čini ustanika poduzeti tijekom borbe pripišu državi u kojoj su oni osnovali novu vladu.⁴¹⁹ To pravilo ustanovljeno je u međunarodnoj praksi davno prije donošenja Nacrta članaka.⁴²⁰

615., str. 642., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf; *Several British Subjects (Great Britain) v. United States (Iloilo Claims)*, Reports of International Arbitral Awards, vol. VI, 1925., str. 158., str. 159.-160., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/158-160_British_Subjects.pdf

⁴¹⁵ Andrassy, J. *et al*, *op. cit.* u bilj. 181., str. 100.-101. (1)

⁴¹⁶ Nacrt članaka, čl. 10, st. 1.: „Čin ustanika koji postanu nova vlada države smatrat će se činom te države prema međunarodnom pravu.“

⁴¹⁷ Nacrt članaka, čl. 10., st. 2.: „Čin ustanika, ili drugog pokreta, koji uspije u osnivanju nove države u dijelu teritorija prethodno postojeće države ili u teritoriju pod njenom upravom smatrat će se činom nove države prema međunarodnom pravu.“

⁴¹⁸ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 113.

⁴¹⁹ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 296., str. 175.

⁴²⁰ *Bolívar Railway Case (on merits)*, Reports of International Arbitral Awards, vol. IX, 1903., str. 445, str. 453., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/445-455.pdf

U drugom scenariju čini ustanika pripisat će se novoj državi koju su osnovali ustanici. Ta novonastala država mora biti osnovana na području države protiv koje su se ustanici borili ili na teritoriju koji je bio pod njenom upravom. Kao primjer može se uzeti odvajanje određenog područja od države kojoj je pripadalo to područje ili dekolonizacija određenog područja. Kontinuitet između ustanika i nove države identičan je onom između ustanika i nove vlade koju su ti ustanici osnovali. Odnosi se također na faktičnu povezanost ustanika i nove države. Ta faktična povezanost očituje se u činjenici da struktura i organizacija ustanika postaje strukturom nove države. Upravo zbog tog stupnja povezanosti ne smije država koju su osnovali ustanici izbjeći odgovornost za djela koja su ti isti ustanici počinili prije osnivanja države.⁴²¹

Kako bi se čl. 10 Nacrta članka pravilno primjenjivao važno je ustanike razlikovati od pokreta koji imaju njima slične karakteristike, ali se ne smiju smatrati ustanicima. Dakle, potrebno je preciznije definirati pojam ustanika. Kao polazna točka za definiranje tog pojma uzima se pojam odmetničkih oružanih snaga određen u čl. 1. st. 1. Dopunskog protokola Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (u daljnjem tekstu: Protokol II). Protokol II određuje pojam odmetničkih oružanih snaga postavljajući dva uvjeta. Prvim se zahtijeva da je grupa pojedinaca pod odgovornim zapovjedništvom. Drugim uvjetom propisuje se da grupa pojedinaca nad dijelom državnog područja ima takvu kontrolu koja joj omogućuje vođenje neprekidnih i usklađenih vojnih operacija te primjenu Protokola II.⁴²² Kako bi još preciznije definirao pojam odmetničkih oružanih snaga, u čl. 1 st. 2. Protokola II izričito se navodi što ne spada u taj pojam.⁴²³ Tako određen pojam odmetničkih oružanih snaga odraz je ideje o tome što bi se trebalo smatrati ustanicima.

⁴²¹ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 114.

⁴²² Dopunski protokol Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II) (Ženeva, 8. lipnja 1977.), NN MU br. 5/94., čl.1. st.1.: „... odmetničkih oružanih snaga ili drugih organiziranih naoružanih grupa koje, pod odgovornim zapovjedništvom, ostvaruju nad dijelom njezina područja takvu kontrolu koja im omogućuje vođenje neprekidnih i usklađenih vojnih operacija i primjenu ovoga Protokola.“

⁴²³ Dopunski protokol Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II) (Ženeva, 8. lipnja 1977.), NN MU br. 5/94., čl.1. st. 2.: „Ovaj se Protokol ne primjenjuje na situacije unutrašnjih nemira i napetosti, kao što su pobune, izolirani i sporadični čini nasilja ili drugi čini slične prirode, koji se ne smatraju oružanim sukobima.“

3.1.4.2.1. Rasprava o čl. 10. Nacrta članaka u presudi *Hrvatska v. Srbija*

ICJ je u presudi *Hrvatska v. Srbija* posredno raspravljao o čl. 10. st. 2. Nacrta članaka u pogledu svoje nadležnosti za događaje prije 27. travnja 1992. godine.⁴²⁴ Naime, Republika Hrvatska je u svojoj tužbi za genocid protiv Srbije navela i djela počinjena prije osnutka SRJ-a, odnosno prije 27. travnja 1992.⁴²⁵ Logično je pitanje koje slijedi, može li čl. 10. st. 2. Nacrta članaka poslužiti kako bi se SRJ u skladu s čl. 9. Konvencije o genocidu pozovala na odgovornost za kršenje Konvencije o genocidu djelima koja su počinjena prije njenog osnutka?

Prije svega, hrvatski zastupnici tvrdili su da pravilo propisano u čl. 10. st. 2. Nacrta članaka predstavlja običajno pravilo. Dakle, pravilo koje je primjenjivo na djela počinjena prije postojanja Nacrta članaka iz 2001. godine, stoga i na djela koja se navode u tužbi protiv Srbije. Nadalje, iako SRJ nije formalnopravno postojala prije 27. travnja 1992., hrvatski zastupnici iznjeli su tvrdnju kako su događaji prije toga datuma pripisivi SRJ-u. Osnova te tvrdnje bilo je pravilo danas kodificirano u čl. 10. st. 2. Nacrta članaka. Kao što je već spomenuto, njime se čini ustanika poduzeti tijekom borbe pripisuju novoj državi koju su ustanici osnovali nakon svojeg uspješnog pokreta (v. V.3.1.4.2.). Hrvatski zastupnici tvrdili su da je vodstvo Srbije zajedno s ostalim pristalicama pokreta „Velike Srbije“⁴²⁶ preuzelo kontrolu nad JNA i drugim institucijama Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (u daljnjem tekstu: SFRJ). Potom su provodili vojne operacije te su nakon određenog vremena, 27. travnja 1992., osnovali SRJ kao novu državu. Zbog navedenog slijeda događaja, hrvatski zastupnici smatrali su čine pokreta „Velike Srbije“ koji su poduzeti prije 27. travnja 1992. pripisivima novoosnovanoj SRJ na temelju čl. 10. st. 2. Nacrta članaka.⁴²⁷

⁴²⁴ Zastupnici Republike Hrvatske smatrali su da je ICJ nadležan za događaje prije 27. travnja 1992. na temelju dva argumenta. Prvi argument odnosio se na primjenu čl. 10. st. 2. kojim se SRJ-u pripisuju čini poduzeti prije 27. travnja 1992. od strane ustanika koji su osnovali SRJ. Drugi argument odnosio se na tvrdnju da je SRJ sukcesirala SFRJ i time odgovara za čine SFRJ-a.; ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 82.

⁴²⁵ Ako bi se ustanovilo da je genocid počinjen i ako bi se pripisao tadašnjoj SRJ, konačni ishod bio bi odgovornost Srbije za genocid, s obzirom na to da je ona pravna sljednica SRJ-a.

⁴²⁶ „Velika Srbija“ (eng. *Greater Serbia*) predstavlja ideologiju koja se u početku odnosila na proširenje Srbije i ujedinjenje svih Srba na području Balkana. Pri raspadu SFRJ-a ideologija se zalagala za proširenje Srbije na područje država koje su činile SFRJ.; v. više: Malešević, S., *Ideology, Legitimacy and the New State: Yugoslavia, Serbia and Croatia*, New York, 2013., str. 258. *et seq.*

⁴²⁷ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para.102.

ICJ uopće nije ulazio u pitanje je li pravilo iz čl. 10. st. 2. običajno pravilo koje bi stoga bilo primjenjivo u predmetu *Hrvatska v. Srbija*. Razlog tomu je sljedeći. ICJ je utvrdio kako se pravilo iz čl. 10. st. 2. odnosi samo na pripisivost čina novoj državi. Ono ne stvara nove dodatne obveze kojima bi bila vezana nova država ili ustanici koji su ju osnovali. Drugim riječima, čl. 10. st. 2. Nacrta članaka primjenjuje se kako bi se kršenje postojeće obveze od strane ustanika pripisalo novoj državi koju su ustanici osnovali, a ne primjenjuje se da bi se ustanicima ili novoosnovanoj državi stvorila nova obveza. Stoga se čini pokreta „Velike Srbije“ ne mogu na temelju čl. 10. st. 2. Nacrta članaka pripisati SRJ-u ako bi se njima kršile obveze kojima SRJ tada nije bila vezana. U suprotnom bi se primjenom čl. 10. st. 2. Nacrta članaka stvorila nova dodatna obveza SRJ-u. Također, ICJ je ustanovio kako pravilo iz čl. 10. st. 2. Nacrta članaka ne utječe na pravilo propisano u čl. 13. Nacrta. Tim pravilom propisuje se da država svojim činom nije prekršila međunarodnu obvezu ako u vrijeme poduzimanja čina nije bila vezana tom obvezom.⁴²⁸ Slijedeći takvu argumentaciju, ICJ-u je ostalo utvrditi od kada je SRJ postala obvezana poštivati odredbe Konvencije o genocidu. Prema ICJ-u, to je bio trenutak kada je SRJ postala strankom Konvencije o genocidu, odnosno 27. travnja 1992. Dakle, SRJ nije mogla biti pozvana na odgovornost za kršenje Konvencije o genocidu činima koji su poduzeti prije nego je postala strankom Konvencije, odnosno prije 27. travnja 1992., a koji bi joj se pripisali na temelju čl. 10. st. 2. Nacrta članaka. Time je ICJ zaključio da čl. 10. st. 2. Nacrta članaka ne može poslužiti kako bi se za navedene čine utvrdila nadležnost ICJ-a koja je propisana čl. 9. Konvencije o genocidu. Shodno tomu, nije bilo potrebe da ICJ odlučuje je li pravilo iz čl. 10. st. 2. Nacrta članaka običajno pravilo primjenjivo na događaje navedene u tužbi Hrvatske protiv Srbije.⁴²⁹

3.1.4.3. Pripisivost čina koji država naknadno prizna i prisvoji kao svoj (čl. 11.)

Do sada obrazloženim člancima Nacrta članaka, osim čl. 10. Nacrta članaka, zahtijeva se da uvjeti koji su postavljeni za njihovu primjenjivost budu ispunjeni u trenutku poduzimanja čina koji se nastoji pripisati državi. Nasuprot tomu, čl. 11. Nacrta članaka otvara

⁴²⁸ Nacrt članaka, čl. 13.: „Čin države ne predstavlja kršenje međunarodne obveze osim ako je država bila vezana tom obvezom u vrijeme poduzimanja čina.“

⁴²⁹ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 104.-105.

moćnost naknadne pripisivosti državi čina koji nije moguće pripisati u trenutku njegova poduzimanja primjenom ostalih članaka Nacrta.

Primjenom čl. 11. Nacrta članaka državi će se naknadno pripisati čin ukoliko ga država prizna i prisvoji kao vlastiti.⁴³⁰ To priznanje i prisvajanje čina kao vlastitog mora postojati kumulativno, a najčešće će se odnositi na čine privatnih pojedinaca i tijela. Također, ono mora biti nedvosmisleno i jasno. Posljedica takvog priznanja i prisvajanja čina bit će retroaktivan učinak čl. 11. Nacrta članaka i u konačnici rezultirati pripisivošću čina državi. Navedeno pravilo potvrđeno je i u arbitražnoj praksi.⁴³¹ Nadalje, priznanje i prisvajanje čina koje poduzme država prijeko potrebno je razlikovati od potpore i odobrenja koje država pruža nekim činima. Potonje neće uzrokovati pripisivanje čina toj državi. Dakle, da bi došlo do pripisivosti čina državi potrebno je više od općenitog priznavanja činjeničnog stanja. Država mora identificirati određeni čin i učiniti ga vlastitim kako bi postojala osnova za njegovo pripisivanje državi na temelju čl. 11. Nacrta članaka.⁴³²

Glavni primjer za primjenu čl. 11. Nacrta članaka u međunarodnoj sudskoj praksi je predmet *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. U tom je predmetu militantna grupa iranskih studenata provalila u američku ambasadu u Teheranu i otela državljane SAD-a kao taoce. Djela iranskih studenata u trenutku počinjenja nisu bila pripisiva Iranu, s obzirom na to da nisu postojale ni upute dane studentima ni potrebna kontrola Irana nad njima zbog čega bi došlo do primjene čl. 8. Nacrta članaka (v. V.3.1.3.1.). Međutim, iranske vlasti su kasnije izričito formalno priznale čine iranskih studenata te naredile da nastave sa svojim djelovanjem. U tom trenutku, ICJ je ustanovio da su čini iranskih studenata postali pripisivi Iranu.⁴³³ Ovaj predmet je primjer izričitog prisvajanja čina kao vlastitog. Kao primjer da je moguće i implicitno prisvajanje čina kao vlastitog neki stručnjaci uzimaju već

⁴³⁰ Nacrt članaka, čl. 11.: „Čin koji nije pripisiv državi prema prethodnim člancima ipak će se smatrati činom te države prema međunarodnom pravu ako i u mjeri u kojoj država prizna i prisvoji taj čin kao vlastiti.“

⁴³¹ *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, Reports of International Arbitral Awards, vol. XII, 1956., str. 155., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/155-269_Concession.pdf

⁴³² Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 119.-122.

⁴³³ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, str. 3., str. 63.-68. *et* 74., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>

spomenuti predmet *Eichmann*.⁴³⁴ U međunarodnopravnoj znanosti smatra se da je Izrael priznao kao vlastiti čin otmicu Adolfa Eichmanna koju je počinila grupa pojedinaca. Kao osnova za to implicitno prisvajanje čina uzimaju se činjenice da je Izrael zadržao Adolfa Eichmanna na svom teritoriju, sudilo mu se pred izraelskim sudovima te je naposljetku izraelska vlast izvršila njegovo pogubljenje.

Konačno, kada se primjenjuje čl. 11. Nacrta članaka treba imati na umu da će priznanje nekog čina kao vlastitog rezultirati pripisivošću tog čina u mjeri u kojoj ga je država priznala. Odnosno, država nije dužna priznati sve ili ništa od čina koji su u pitanju, već može samo određene koji će joj se zatim pripisati kao njeni čini.⁴³⁵

3.2. Povreda međunarodne obveze

3.2.1. Pojam i sadržaj povrede međunarodne obveze

Prema Nacrtu članaka, pored pripisivosti, drugi konstitutivni element koji sačinjava međunarodno protupravni čin jest povreda međunarodne obveze. Dok se u čl. 2. Nacrta samo navodi njegovo postojanje te se u komentarima uz Nacrt raspravlja o njegovom pojmu, povreda međunarodne obveze detaljno se regulira i komentira u Trećem poglavlju Nacrta, u člancima 12. do 15.

Pojam „povreda međunarodne obveze države” (breach of international obligation of the State) dugo je ustaljen termin u praksi i teoriji međunarodnog prava koji obuhvaća i ugovorne i neugovorne međunarodne obveze. Ipak, u dosadašnjoj praksi međunarodnih sudova korišteni su različiti termini kojima se označavala povreda međunarodne obveze. U odluci o nadležnosti u predmetu *Factory at Chorzów* iz 1927. godine⁴³⁶ PCIJ se koristio

⁴³⁴ District Court of Jerusalem, Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, No. 40/61., od 11. prosinca 1961., dostupno na: http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/eichmann_appeal.pdf

⁴³⁵ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June, 2 July – 10 August 2001, Supplement No. (A/56/10), *op. cit.* u bilj. 331., str. 122.

⁴³⁶ *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, Judgment no. 8., 1927., P.C.I.J., Series A, no. 9., str. 21., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf

terminom *breach of engagement*, jednako kao i u konačnoj presudi o istom predmetu 1928. godine.⁴³⁷ U savjetodavnom mišljenju u predmetu *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ se također pozvao na prethodno navedenu odluku PCIJ-a o nadležnosti te se koristio istom terminologijom.⁴³⁸ U predmetu *Rainbow Warrior* arbitražni sud je upotrijebio termin „any violation by a State of any obligation”.⁴³⁹ Pored navedenih, u praksi su se još koristili termini „non-execution of international obligations”, „acts incompatible with international obligations” te „violation of an international obligation”.⁴⁴⁰ Zanimljivo je još za navesti primjer iz U teksta članka prihvaćenom na prvom čitanju od treće komisije konferencije za kodifikaciju međunarodnog prava (Hag, 1930.) u kojem je korištena terminologija „any failure...to carry out the international obligations of the State”.⁴⁴¹ No, unatoč tome sve te formulacije u osnovi imaju jednako značenje koje se sadržajno ne razlikuje jedno od drugog. Pojam „povreda međunarodne obveze”, usvojen u Nacrtu članka, odgovara jeziku prihvaćenom u Statutu Međunarodnog suda, koji u čl. 36. st. 2. toč. c. također koristi izraz „breach of obligation”.⁴⁴² Prema obrazloženju iz komentara Nacrta članka, taj pojam najjasnije odražava sadržaj navedenog konstitutivnog elementa te je radi također prihvaćen i od strane autora ovoga rada.⁴⁴³

⁴³⁷ *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment no. 13., 1928., P.C.I.J., Series A, no. 17., str. 29., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf

⁴³⁸ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949., str. 174., str. 184., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>

⁴³⁹ *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986. between two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France)*, Reports of International Arbitral Awards, vol. 20., 1990., str. 215., para. 75., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf; ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 170.

⁴⁴⁰ Crawford, J., *op. cit.* u bilj. 299., str. 83.

⁴⁴¹ *United Nations Yearbook of the International Law Commission 1956: Documents of the eight session including the report of the Commission to the General Assembly*, vol. 2., New York, 1957., str. 225., dostupno na: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1956_v2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1956_v2_e.pdf)

⁴⁴² Statute of the International Court of Justice, u: *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*, San Francisco, 1945., čl. 36. st. 2. toč. 3., dostupno na: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>: ”the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of international obligation”

⁴⁴³ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., *op. cit.* u bilj. 287., str. 35.

U međunarodnom pravu ideja povrede međunarodne obveze često se izjednačava s ponašanjem protivnom pravima drugih.⁴⁴⁴ U presudi u slučaju *Phosphates in Morocco PCIJ* je naveo čin države kao „protivan pravima iz međunarodnog ugovora druge države”.⁴⁴⁵ Iz toga proizlazi zaključak da ne postoji međunarodnopravna obveza nekog međunarodnog subjekta, ako s druge strane ne postoji međunarodnopravno pravo nekog drugog subjekta ili više njih, ili pak prava međunarodne zajednice kao cjeline.⁴⁴⁶ Ako nema međunarodnopravne obveze države onda ne može doći niti do njezine povrede, a time niti do odgovornosti države za određeni međunarodno protupravni čin.

Člankom 12. Nacrta članka općenito je definirano od čega se sastoji međunarodna povreda obveze. Prema njemu međunarodna povreda obveze države postoji kada čin te države nije u skladu sa zahtjevima te obveze, neovisno o njezinom izvoru ili karakteru.⁴⁴⁷ Svrha tako općenito postavljene definicije je da se postave općeniti kriteriji koji moraju biti ispunjeni da bi se moglo uopće raspravljati da neki čin države predstavlja povredu međunarodne obveze. Tek ako se ispostavi da čin države nije u skladu s nekom međunarodnopravnom obvezom onda će se ići dalje proučavati jesu li ispunjeni i drugi uvjeti iz ostalih odredbi Treće glave Nacrta potrebni da neki čin države ispunjava konstitutivni element međunarodno protupravnog čina iz čl. 2., povrede međunarodne obveze.⁴⁴⁸

U smislu čl. 12. Nacrta, povreda međunarodne obveze sastoji se od nesuglasnosti između ponašanja koje se zahtjeva od države na temelju određene međunarodnopravne obveze i stvarnog ponašanja države. U praksi međunarodnih sudova to se nesuglasje označavalo na različite načine. ICJ je u presudi *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran* upotrijebio konstrukciju “*incompability with obligations*”.⁴⁴⁹ U drugoj presudi *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of*

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ *Phosphates in Morocco*, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74., str. 10., str. 28., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf

⁴⁴⁶ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., *op. cit.* u bilj. 287., str. 35.

⁴⁴⁷ Nacrt članka, čl. 12.

⁴⁴⁸ Yearbook of the International Law Commission 2001., *op. cit.* u bilj. 287., str. 54.

⁴⁴⁹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, I.C.J. Reports 1980., str. 3., para. 56., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>

America) koristio se terminima „*contrary to a given rule*” ili „*inconsistent with a given rule*”,⁴⁵⁰ dok u trećoj *Gabčíkovo-Nagymaros Project case* „*failure to comply with treaty obligations*”.⁴⁵¹ U komentarima priloženim uz Nacrt članka navedeno je da se za opisivanje sadržaja čl. 12. najprikladnijom smatra upotreba konstrukcije „*not in conformity with what is required of it by that obligation*”. Prema tumačenju komentatora Nacrta, navedena konstrukcija dopušta mogućnost postojanja povrede i ako je čin države samo djelomično suprotan određenoj međunarodnoj obvezi. Osim toga, neovisno o vrsti obveze koja se od države zahtjeva kao i od preciznosti njezine definiranosti uvijek se usporedbom stvarnog ponašanja države sa zahtjevanim ponašanjem države može zaključiti je li došlo do povrede međunarodne obveze. Pojam „*is not in conformity with*” dovoljno je fleksibilan da pokriva skoro sve različite načine na koje se određena međunarodna obveza može izraziti kao i različite forme na koje se povreda može izvršiti.⁴⁵²

Prilikom interpretacije konstitutivnog elementa međunarodno protupravnog čina, povrede međunarodne obveze, važno je osvrnuti se na činjenicu da u čl. 12. Nacrta članka nije određeno iz kojih međunarodnopravnih izvora mogu potjecati povrijeđene obveze niti kakvog su karaktera. Naprotiv, izrazom „*regardless of its origin or character*” Komisija za međunarodno pravo otvorila je mogućnost primjene navedene odredbe na sve međunarodne obveze država neovisno o tome proizlaze li one iz međunarodnih ugovora, običajnog pravila ili općeg načela međunarodnog pravnog poretka.⁴⁵³ Takvo postupanje je u skladu s općim karakterom Nacrta članka te s konceptom „sekundarnih” pravila koji je prihvaćen prilikom izrade Nacrta (v. V.2.2.2.). Njime je proširena mogućnost odgovornosti država za povredu različitih vrsta obveza koje proizlaze iz različitih izvora što će posebno važno biti kod

⁴⁵⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986., str. 14., para. 115. et 186., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

⁴⁵¹ Gabčíkovo-Nagymaros Project case (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997., str. 7., para. 57., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>

⁴⁵² UN Yearbook of the International Law Commission 2001., *op. cit.* u bilj. 287., str. 54.-55.

⁴⁵³ Slično je navedeno i u slučaju pred arbitražnim sudom Rainbow Warrior: “...bilo koja povreda od strane države bilo koje obveze, iz bilo kojeg izvora, izaziva odgovornost države i posljedično, obvezu reparacije.”; Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986. between two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), Reports of International Arbitral Awards, vol. 20., 1990., str. 215., para. 75., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf;

odgovornosti države za genocid gdje je izvor povrede dvojne prirode (v. V.3.2.3.1.). Iz toga također proizlazi da Nacrt članka ne prihvaća nikakve distinkcije s obzirom na vrstu i karakter obveze, osim u slučaju gore obrađenih ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava za koje je propisan nešto stroži režim (v. V.2.2.3.).⁴⁵⁴

Međutim, treba napomenuti da Nacrt članka izričito ne dopušta retroaktivno djelovanje određenih obveza. Bez obzira ako bi određena država počinila čin koji bi mogao poprimiti obilježja međunarodno protupravnog čina, povreda međunarodne obveze neće postojati ako država u trenutku počinjenja čina nije bila vezana određenom međunarodnom obvezom. A time neće moći biti niti odgovornosti države. To je jedno od općih načela prava čvrsto prihvaćeno u praksi međunarodnih sudova. Njega je u predmetu Island of Palmas pred arbitražnim sudom, arbitar Max Huber jasno obrazložio: „Pravna činjenica mora biti poštovana prema svjetlu prava suvremenog s njom, a ne prema pravu koje je na snazi u vrijeme kada se pokreće ili neuspjeva raspravljanje o sporu.”⁴⁵⁵ Po tom pitanju, zanimljivi su slučajevi pred Mješovitom komisijom Sjedinjenih Američkih Država i Velike Britanije, ustanovljenom Konvencijom između SAD-a i Velike Britanije od 23. prosinca 1854., u vezi zapljene američkih brodova umiješanih u trgovinu roblja od strane britanskih vlasti. U navedenim slučajevima Mješovita komisija je morala odrediti je li u vrijeme zaplijene pojedinih brodova ropstvo bilo protivno pravima naroda. U slučajevima u vrijeme kojih se ropstvo još smatralo zakonitim, zaključeno je da postoji odgovornost Velike Britanije za zaplijenu američkih brodova.⁴⁵⁶ U drugim slučajevima koji su se dogodili nakon što je ropstvo postalo „zabranjeno u svim civiliziranim narodima” odlučeno je da nije došlo do povrede međunarodne obveze Velike Britanije koja je proizlazila iz međunarodnog ugovora s SAD-om.⁴⁵⁷ Slično je određeno i pred arbitražnim sudom u slučaju o zapljeni američkog broda

⁴⁵⁴ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., *op. cit.* u bilj. 287., str. 55.-57.

⁴⁵⁵ Island of Palmas case (Netherlands v. United States of America), Reports of International Arbitral Awards, vol. 2., 1928., str. 829., str. 845., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf

⁴⁵⁶ Odgovornost Velike Britanije utvrđena je za slučajeve brodova “Enterprize”, “Hermosa” i “Creole”.; Commission established under the Convention concluded between the United States of America and Great Britain on 8 February 1853, Case of the Enterprise v. Great Britain, opinions of the Commissioners and decision of the Umpire, Mr. Bates; case of the Hermosa v. Great Britain, decision of the Umpire, Mr. Bates; and case of the Creole v. Great Britain, decision of the Umpire, Mr. Bates, Reports of International Arbitral Awards, vol. 29., 1854., str. 26.-53., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/26-53.pdf

⁴⁵⁷ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., *op. cit.* u bilj. 287., str. 57.-58.

James Hamilton Lewis od strane ruskih vlasti. U tom je slučaju arbitar Asser naveo da “u skladu s općim načelima prava naroda i duhom međunarodnog prava, sporazumi koji obvezuju Visoke ugovornice moraju biti na snazi u vrijeme zapljene broda.”⁴⁵⁸ S obzirom na rečeno, može se zaključiti da je načelo propisano čl. 13. Nacrta članaka nužna pretpostavka postojanja odgovornosti države za međunarodno protupravne čine.

3.2.2. Vremensko produženje povrede međunarodne obveze i sastavljeni protupravni čin

U načelu pitanje započinjanja i trajanja pojedinih protupravnih radnji spada u područje „primarnih” pravila te ovisi o postojanju i sadržaju pojedine partikularne obveze te određenih okolnosti pojedinog slučaja. Ipak, iz toga područja se mogu izvući određena temeljna pravila koja su regulirana čl. 14. Nacrta članaka.

U tom smislu Nacrt je razvio razlikovanje između neproduženih i produženih protupravnih čina te primjenio navedeno razlikovanje na slučajeve obveze sprječavanja nastupanja određenog događaja. Neproduženi protupravni čini su oni koji su dovršeni u trenutku njihova izvršenja, neovisno o tome je li se njegovi učinci ili posljedice nastavljaju.⁴⁵⁹ Produženi protupravni čini odvijaju se kroz cijelo razdoblje za vrijeme kojeg se čin nastavlja i ostaju u suprotnosti s međunarodnopravnom obvezom u tom periodu, pretpostavljajući pritom da je država cijelo to vrijeme vezana povrijeđenom međunarodnopravnom obvezom.⁴⁶⁰ U koju kategoriju pripada pojedini protupravni čin ovisit će o primarnim obvezama i okolnostima konkretnog slučaja.⁴⁶¹

U st. 3. čl. 14. Nacrta reguliran je važan slučaj obveze sprječavanja nastupanja određenog događaja na koji je primjenjena prethodno navedena distinkcija. Obveze na sprječavanje obično su konstruirane kao tzv. „best effort obligations”, koje zahtjevaju od država da poduzmu sve razumne i potrebne mjere da spriječe neki događaj, ali bez garancije

⁴⁵⁸ Case concerning vessels Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White and Kate and Anna, Reports of International Arbitral Awards, vol. 9., 1902., str. 51., str. 66., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/51-78.pdf

⁴⁵⁹ Nacrt članaka, čl. 14. st. 1.

⁴⁶⁰ Nacrt članaka, čl. 14. st. 2.

⁴⁶¹ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., *op. cit.* u bilj. 287., str. 59.-60.

da se događaj neće dogoditi.⁴⁶² Prema tome povreda bi nastupila tek ako država ne bi poduzela sve razumne i potrebne mjere. Pritom, treba napomenuti da povrede obveza na sprječavanje mogu biti rezultat i produženih i neproduženih protupravnih čina. U prvom slučaju do povreda će doći nastupom protupravnog događaja te će se produžiti kroz cijeli period za vrijeme kojeg se taj događaj nastavlja i nije u skladu s predenom međunarodnom obvezom. U drugom slučaju povreda će nastupiti ako se obveza na sprječavanje sastoji samo u tome da se spriječi određeni događaj (npr. sprječavanje objave neke informacije).⁴⁶³

U osnovnim okvirima utemeljenim distinkcijom između neproduženih i produženih protupravnih čina, u čl. 15. Nacrta članaka regulirana je posebna kategorija sastavljenih protupravnih čina.

Sastavljeni protupravni čin sastoji se od niza čina ili propusta koji su u svojoj ukupnosti protupravni. Pojedini čini ili propusti sami po sebi također su protupravni, ali različite kategorije od sastavljenog protupravnog čina kojeg sačinjavaju. Odnosno u suprotnosti su s nekom drugom obvezom. Da bi se takav sastavljeni čin otkrio potrebno je da se izvrši serija čina ili propusta koji sačinjavaju određeni sastavljeni protupravni čin. Pritom, potrebno je razlikovati sastavljene protupravne čine koji proizlaze iz sastavljenih obveza i sastavljene protupravne čine koji proizvode produžene povrede. Iako i jedni i drugi produženi u svojem trajanju, sastavljene obveze iz kojih proizlaze sastavljeni protupravni čini su u svojoj biti kumulativnog karaktera koji čini bitnu pretpostavku njihovog postojanja. Tako je npr. genocid po svojem karakteru drugačiji od individualnih čina etnički ili rasno motiviranih ubojstava koja ga mogu sačinjavati dok je apartheid drugačiji od individualnih čina rasne diskriminacije od kojih se može sastojati.⁴⁶⁴

U st. 1. čl. 15. Nacrta definirano je vrijeme kada sastavljeni protupravni čin nastupa. To će biti vrijeme u kojemu nastupa zadnji čin ili propust koji je zajedno s ostalim činima ili propustima dovoljan da tvori protupravni čin. Kada će to biti te koliki će broj čina ili propusta biti potreban za to ovisi o određenoj primarnoj obvezi iz koje proizlazi određeni sastavljeni protupravni čin. Pritom nije od važnosti da se pojedini čini ili propusti nužno izvrše u određenom redosljedu ili da se odvijaju neprekinuto. Jednako tako nije bitno da svaki pojedini

⁴⁶² *Ibid.* str. 62.

⁴⁶³ Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 17.

⁴⁶⁴ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., *op. cit.* u bilj. 287., str. 62.-63.

protupravni čin proizlazi iz različite obveze. Bitno je jedino da ti pojedini čini budu dio serije koja čini cjelinu i sačinjava sastavljeni protupravni čin.⁴⁶⁵

St. 2. čl. 15. Nacrta regulira pitanje produženja sastavljenih čina u vremenu. Prema njemu, jednom kada dovoljan broj čina ili propusta kompletira sastavljeni protupravni čin, povreda datira s prvim činom u seriji. Dok se ne izvrši dovoljan broj čina ili propusta status prvog čina je nejasan.⁴⁶⁶

Navedenom kategorija iz čl. 15. Nacrta obuhvaćeni su neki od najozbiljnijih protupravnih čina u međunarodnom pravu poput genocida, apartheida, zločina protiv čovječnosti, sustavnih čina rasne diskriminacije te sustavnih čina disriminacije zabranjene trgovačkim sporazumima i dr. S obzirom na veliki međunarodnopravni značaj obveza iz kojih proizlaze navedeni protupravni čin u međunarodnoj zajednici, u potpunosti je opravdan poseban tretman tih povreda.⁴⁶⁷

3.2.3. Povreda međunarodne obveze kod odgovornosti države za genocid

3.2.3.1. Pravna priroda povreda međunarodne obveze kod odgovornosti države za genocid

Općenito genocid se smatra sastavljenim protupravnim činom u smislu čl. 15. Nacrta članka. Sastoji se od niza pojedinačnih slučajeva etnički i rasno motiviranih ubojstava te određenih drugih pojedinačnih protupravnih čina.⁴⁶⁸ U izvršenju tih pojedinačnih protupravnih čina implicira se da je određen entitet (uključujući državu) usvojio sustavnu politiku i praksu koju provodi s namjerom da se potpuno ili djelomično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina.⁴⁶⁹ Ako se utvrdi da su ispunjene potrebne pretpostavke za postojanje genocida iz čl. 2. Konvencije o genocidu, smatra se da protupravni

⁴⁶⁵ *Ibid.* str. 63.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.* str. 62.

⁴⁶⁸ Seršić, M., *op. cit.* u bilj. 292., str. 17.

⁴⁶⁹ Konvencija o genocidu, čl. 2.

čin genocida traje za cijelo razdoblje za vrijeme kojeg je neki od tih protupravnih čina počinjen i bilo koji od individualnih subjekata odgovoran za počinjenje nekog od tih protupravnih čina s relevantnom genocidnom namjerom.⁴⁷⁰

Kod odgovornosti države za genocid, povreda međunarodne obveze dvojne je prirode. S jedna strane ona proizlazi iz obveze izrijekom unesene u Konvenciju o genocidu, kao višestranom međunarodnom ugovoru, obveze da Stranke sprječavaju i kažnjavaju zločin genocida. S druge strane proizlazi iz činjenice da je počinjenje genocida međunarodno protupravni čin koji pripada u kategoriju ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava. Za njihovo počinjenje države odgovaraju neovisno od postojanja određenog međunarodnog dokumenta (v. V.2.2.3.).

U skladu s prethodno opisanom dvojnoum prirodom odgovornosti država za genocid, ICJ je u svojoj presudi *BiH v. Srbija* prepoznao postojanje više različitih obveza koje proizlaze iz te odgovornosti. Prvo je u para. 382. te presude naveo da ako se utvrdi da država nije odgovorna za počinjenje genocida, kao i za druge čine iz čl. 3. Konvencije o genocidu (sporazum o izvršenju genocida, neposredno i javno poticanje na izvršenje genocida, pokušaj genocida, suučješništvo u genocidu), to ne znači da ona ne može odgovarati za povredu obveze da spriječi genocid. Dok je u para. 383. razjasnio da je savršeno moguće da država odgovara odjednom za čin genocida počinjen od strane osoba ili organa čija su djelovanja pripisiva toj državi, i za povredu obveze države da kazni počinitelje toga čina jer su to dva različita međunarodno protupravna čina pripisiva državi i oba dva mogu biti temelji za međunarodnopravnu odgovornost države. Osim toga, u para. 425. ICJ je istaknuo i da se kod obveze država da spriječi i kazne zločin genocida radi o dvije različite, ali povezane obveze. Iz svega toga se može zaključiti da se odgovornost države za genocid sastoji od tri različite obveze. Prve dvije od njih, obveza sprječavanja i kažnjavanja zločina genocida, proizlaze izravno iz teksta Konvencije o genocidu, dok se obveza država da ne počine genocid izvodi širim tumačenjem Konvencije u skladu s posebnom karakterizacijom genocida kao ozbiljne povrede obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava.

⁴⁷⁰ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., *op. cit.* u bilj. 287., str. 62.

3.2.3.2. Tumačenje obveze države da sprječavaju i kažnjavaju zločin genocida naspram obveze države da ne počine genocid u praksi Međunarodnog suda.

Obveza država da sprječavaju i kažnjavaju zločin genocida eksplicite je inkorporirana u Konvenciju o genocidu u njezinom čl. 1. koji navodi da “Strane ugovornice potvrđuju da je genocid, bilo da je izvršen u vrijeme mira ili rata, zločin međunarodnog prava i obvezuju se da će ga spriječiti i kazniti.” Nevojbeno je da tu odredbu moraju poštivati Stranke tog mnogostranog međunarodnog ugovora. Međutim, s obzirom na kodifikatorni karakter Konvencije o genocidu, obveza država sprječavanja i kažnjavanja zločina genocida postoji i za one države koje nisu ugovornice Konvencije.⁴⁷¹ To je u skladu s *erga omnes* karakterom ove obveze, koji će posebno doći do izražaja kod obveze država da ne počine genocid koja se izričito ne navodi u Konvenciji o genocidu.

Dugo vremena, sve do presude ICJ-a u predmetu *BiH v. Srbija*, bilo je sporno mogu li države odgovarati za počinjenje genocida. U navedenom predmetu ICJ je postupio u skladu s dotadašnjim tumačenjem odredbi Nacrta članaka o kategoriji ozbiljnih povreda obveza te konačno potvrdio da, pored odgovornosti za povredu obveze sprječavanja i kažnjavanja genocida, države mogu odgovarati i za povredu obveze da ne počine genocid.⁴⁷²

Iako odgovornost države za počinjenje genocida nije izričito navedena, Konvencija o genocidu otvara takvu mogućnost u svojem čl. 9. u kojemu je propisano da „sporovi između Strana ugovornica, odnosno tumačenja, primjene i izvršenja ove Konvencije, podrazumjevajući tu i sporove koji se odnose na odgovornost neke države po predmetu genocida ili bilo kojeg drugog djela navedenog u čl. 3., bit će izneseni pred Međunarodni sud, na traženje jedne od strana u sporu.” ICJ je kroz para. 166. - 169. *BiH v. Srbija* presude razmotrio takvu mogućnost te ju detaljno argumentirao. S obzirom da se čl. 9. Konvencije o genocidu odnosi prvenstveno na nadležnost Suda, ICJ je smatrao da prvo mora utvrditi postojanje obveze država da ne počine genocid iz određenih drugih materijalnih odredbi Konvencije. U svojem obrazloženju zaključio je da navedena obveza država da ne počine genocid proizlazi iz čl. 1. Konvencije. Naime, čl. 1. propisuje obvezu država da spriječe počinjenje čina koji se opisuje kao “zločin međunarodnog prava”. Iako navedena odredba ne

⁴⁷¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595., para. 34., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>

⁴⁷² ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 166.

navodi *expressis verbis* i obvezu država da se same uzdrže od počinjenja takvog čina, Sud je, uzimajući opću svrhu Konvencije, došao do zaključka da je učinak čl. 1. da države sprječavaju i same sebe da počine genocid. U daljnjem obrazloženju naveo je da takvo tumačenje proizlazi iz dvije odvojene činjenice.⁴⁷³

Prvo, u prilog tome da iz čl. 1. Konvencije proizlazi obveza države da ne počine genocid govori činjenica da je u istom članku genocid okarakteriziran kao “zločin međunarodnog prava”.⁴⁷⁴ Iako se kategorija “zločina međunarodnog prava” odnosi prvenstveno na teške zločine za koje pojedini subjekti snose neposrednu kaznenu odgovornost prema međunarodnom pravu,⁴⁷⁵ ona korespondira s kategorijom ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava iz Nacrta članka o odgovornosti države za protupravne čine.⁴⁷⁶ Iako to nije izričito navedeno u presudi, takvo tumačenje je logično i opravdano. Naime, zločin genocida je teški međunarodno protupravni čin koji pripada u navedenu kategoriju ozbiljnih povreda iz Nacrta. To je u više navrata izričito spomenuto u popratnim komentarima Komisije za međunarodno pravo, koji su zajedno s Nacrtom članka podneseni Općoj skupštini UN-a u Izvješću rada pedeset-trećeg zasjedanja Komisije za međunarodno pravo održanog od 23. travnja do 1. lipnja te od 2. srpnja do 10. kolovoza 2001. godine.⁴⁷⁷ Isto je također navedeno i u ranijoj odluci ICJ-a o preliminarnim prigovorima u navedenom predmetu *BiH v. Srbija*.⁴⁷⁸ Iz toga proizlazi da je

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ *Ibid.*

O prepoznatljivosti težine zločina genocida govori činjenica što je također posebno istaknut i u nekim drugim međunarodnim dokumentima poput u čl. 2. st. 10. Nacrta Kodeksa povreda protiv mira i sigurnosti čovječanstva iz 1954., u čl. 17. Nacrta Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva iz 1996., čl. 6. Rimskog statuta međunarodnog kaznenog suda.; Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 1954., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf; Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1996., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf; Rome Statute of the International Criminal Court, 1998., dostupno na: http://legal.un.org/icc/statute/99_corr/cstatute.htm

⁴⁷⁵ Einarsen, T., *op. cit.* u bilj. 324., str. 135.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, str. 64.

⁴⁷⁷ U komentarima uz Nacrt članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine riječ “genocid” spominje se čak 39 puta. Ta činjenica jasno govori u prilog tome da je genocid međunarodno protupravni čin za čije počinjenje pored individualne odgovornosti, postoji i međunarodnopravna odgovornost države.

⁴⁷⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595., para. 31., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>

prema interpretaciji Nacrta članaka, obveza država da ne počine genocid *erga omnes* obveza. Ona, uz ispunjenje potrebnih pretpostavki, povlači za sobom odgovornost države za počinjenje međunarodno protupravnog čin genocida neovisno o tome je li izričito regulirana određenim međunarodnim dokumentom (v. V.2.2.3.). Svako drugačije tumačenje ICJ-a bilo bi suprotno dotadašnjim shvaćanjima Komisije za međunarodno pravo kao i međunarodnopravnom običajnom pravu. Stoga, argumentacija ICJ-a da se obveza država da ne počine genocid izvodi iz karakterizacije genocida kao “zločina međunarodnog prava” u svakom slučaju bila je ispravna. Međutim, izostala je kvalitetnija i opširnija argumentacija koja se trebala više osloniti na Nacrt članaka o odgovornosti država i tumačenja Komisije za međunarodno pravo na tome području.

Do drugog argumenta u prilog utvrđivanja obveze država da ne počine genocid, ICJ je došao logičkom interpretacijom konstrukcije odredbe da se države obvezuju da spriječe genocid. Naime, zaključio je da bi bilo paradoksalno da obveza iz čl. 1. obuhvaća samo obvezu država da od počinjenja genocida sprječavaju samo one osobe ili grupe koje ne djeluju s autoritetom vlasti, a ne i one osobe ili grupe čije bi se djelovanje moglo pripisati državi. U suprotnom bi se omogućilo određenim subjektima koji djeluju s autoritetom vlasti da izvršavaju čine genocida, a da pritom država nema obvezu da spriječava njihovo djelovanje koje se pak, pod određenim pretpostavkama, izjednačava s djelovanjem same države.⁴⁷⁹

Uzimajući prethodno prikazanu analizu u obzir, u para. 167. ICJ je konačno zaključio da su Stranke Konvencije o genocidu vezane obvezom da ne čine genocid kroz djelovanje svojih organa ili osoba ili grupa koje se može pripisati njima. U svojem tumačenju, Sud je navedenu obvezu, osim na počinjenje genocida, proširio i na ostale čine iz čl. 3 Konvencije (sporazum o izvršenju genocida, neposredno i javno poticanje na izvršenje genocida, pokušaj genocida, suučestništvo u genocidu). Za njih je naveo da, neovisno o njihovom kaznenopravnom karakteru, međunarodnopravna odgovornost za njihovo počinjenje u skladu je sa predmetom i svrhom Konvencije o genocidu. Iako je, kako je već u više navrata navedeno, ICJ izveo pravilan zaključak o odgovornosti država za počinjenje genocida, zanimljivo je da je u konačnici odgovornost ograničio samo na „Stranke Konvencije”. S

⁴⁷⁹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 166.

obzirom na iznimno velik broj stranaka Konvencije (146 država stranaka),⁴⁸⁰ u budućoj praksi Suda navedena konstrukcija vjerojatno neće stvarati probleme. Međutim, ipak se čini pravilnijim da ICJ nije ograničio odgovornost na određenu skupinu država. Konvencija o genocidu je, kao što je već navedeno, kodifikacijska konvencija te obveze koje proizlaze iz obvezuju sve civilizirane države na svijetu neovisno o tome jesu li stranke Konvencije.

U prilog svome tumačenju ICJ se još u para. 168. i 169. osvrnuo i na gramatičku interpretaciju čl. 9. Konvencije o genocidu. Zaključio je da konstrukcija „podrazumjevajući tu i sporove koji se odnose na odgovornost neke države po predmetu genocida ili bilo kojeg drugog djela navedenog u čl. 3.” nedvojbeno potvrđuje da obveza država da ne počine genocid proizlazi iz Konvencije. Pogotovo jer se u izradi konačnog teksta Konvencije odgovornost država mogla ograničiti samo na sprječavanje i kažnjavanje zločina genocida frazom poput „odgovornost za neuspjeh u sprječavanju ili kažnjavanju genocida”, a nije tako postupljeno.

U dosadašnjih preko pola stoljeća, koliko je prošlo od donošenja Konvencije o genocidu, te početka rada Komisije za međunarodno pravo na odgovornosti države za međunarodno protupravne čine, u bazi međunarodnopravne sudske prakse još ne postoji osuda neke države za povredu obveze da ne počini genocid. U kasnijoj, od dosada dvije pravomoćne presude ICJ-a, *Hrvatska v. Srbija*, nije utvrđena genocidna namjera (*mens rea*) te stoga nije bilo potrebe ulaziti u ispitivanje daljnjih pretpostavki za odgovornost države. U drugoj, *BiH v. Srbija*, utvrđena je odgovornost Srbije, ali samo za povredu obveze da spriječi genocid na području Srebrenice.⁴⁸¹ Za utvrđenje odgovornosti za počinjenje genocida izostao je element pripisivosti. Prema tumačenju Suda osobe ili entiteti odgovorni za genocid nisu se mogli klasificirati kao organi Srbije, niti je utvrđeno da su masakri počinjeni prema uputama organa Srbije, niti da je ostvarena efektivna kontrola nad provedenim operacijama (v. V.3.1.3.2.1.).⁴⁸² Unatoč tome, u obrazloženjima izneseno tumačenje ICJ-a, prvenstveno u *BiH v. Srbija* presudi, potvrdilo je postojanje obveze država da ne počine genocid te mogućnost da

⁴⁸⁰ United Nations Treaty Collection: Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, dostupno na: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en

⁴⁸¹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 428.-438.

V. više Gattini, A., *Breach of Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgement*, *The European Journal of International Law*, vol. 18. no. 4., 2007., str. 697.-706.

⁴⁸² *Ibid.* para. 413.-415.

države odgovaraju za njezinu povredu. Iako se o ispravnosti njegovih presuda može raspravljati, važno je, a i potrebno, da se ICJ priklonio stajalištu Komisije za međunarodno pravo te postupio u skladu s međunarodnopravnim običajnim pravom, potvrdivši mogućnost odgovornosti država za počinjenje genocida.

4. ZNAČAJ PRAKSE MEĐUNARODNOG SUDA ZA UTEMELJENJE ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA GENOCID

Uzimajući u obzir prethodno prikazanu analizu međunarodne odgovornosti država, čvrsto se može zaključiti da je ICJ sa svojim recentnim presudama definitivno utvrdio postojanje odgovornosti država za genocid.

Kao što je već rečeno, u svom originalnom tekstu, koji nije mijenjan od njezina donošenja 1948. godine, Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločinu genocida ne sadrži precizne odredbe koje bi regulirale odgovornost država za genocid. Jedino u čl. 1. sadrži obvezu država da sprječavaju i kažnjavaju zločin genocida. Još od postupka njezine izrade takva nedostatna regulacija je u teoriji izazivala raspravu oko pitanja mogućnosti odgovornosti države za počinjenje toga čina.

Prvi značajan korak u razrješenju te dvojbe bilo je prihvaćanje nadležnosti ICJ-a da raspravlja o odgovornosti jedne države za genocid u odluci o preliminarnim prigovorima u predmetu *BiH v. Srbija*. Međutim, u toj odluci Sud je samo prihvatio svoju nadležnost u navedenom slučaju te odlučio meritorno raspravljati o njemu. Pitanje odgovornosti države za počinjenje genocida ostavio je za kasniji tijek postupka.

Odgovor na sporno pitanje stigao je jedanaest godine kasnije. U presudi u istom predmetu, *BiH v. Srbija*, ICJ je konačno utvrdio postojanje međunarodnopravne obveze država da ne počini genocid te time i odgovornost države za povredu te obveze. Do navedenog zaključka došao je logičkom i gramatičkom interpretacijom čl. 9. u skladu s čl. 1. Konvencije o genocidu (v. V.3.2.), pri čemu je od velikog značenja bio Nacrt članaka UN-ove Komisije za međunarodno pravo. Naime, kao što je već rečeno Komisija je u više navrata u svojim komentarima uz Nacrt članaka navela zločin genocida kao teški međunarodno protupravni čin za čije počinjenje država može snositi odgovornost. Osim toga, "sekundarna" pravila Nacrta članaka omogućila su ICJ-u da primjeni tamo reguliranu opću konstrukciju

odgovornosti država za međunarodno protupravne čine na odgovornost za genocid. To se najizraženije vidi kroz konstitutivne elemente međunarodno protupravnih čina, pripisivost određenog djelovanja državi i povredu međunarodne obveze, koji su u skladu s općim načelima međunarodnog prava također prihvaćeni i konstrukciji odgovornosti država za genocid. Takvo tumačenje ICJ je potvrdio u svojoj drugoj presudi *Hrvatska v. Srbija*, iako se u njoj radi nedostatka genocidne namjere nije upustio u raspravljanje o elementima odgovornosti države.

Međutim, iako je konačno utvrđeno postojanje odgovornosti države za genocid, u analizi postojećeg sustava, uspostavljenog u praksi ICJ-a, mogu se uočiti određeni nedostaci koje će biti potrebno razrješiti i otkloniti u budućim slučajevima. Tako su neka od najprijepornijih područja pitanje nadležnosti ICJ-a u slučajevima odgovornosti država koje nisu Strane ugovornice Konvencije o genocidu, zatim mjera usvajanja tumačenja iz Nacrta članka o odgovornosti država u praksi ICJ-a, nefleksibilnost testa efektivne kontrole te kruti i previsoki stupanj potrebne efektivne kontrole nad pojedincem kod pripisivosti djelovanja državi.

Iako dosadašnja praksa i teorija još nije dala dovoljno uvjerljive odgovore na navedena pitanja, određeni prijedlozi na neka od njih bit će ponuđeni u predstojećem poglavlju ovoga rada.

VI. OSVRT, KRITIKE I PRIJEDLOZI NOVIH RJEŠENJA ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA GENOCID

1. ODNOS MEĐUNARODNOG SUDA I MEĐUNARODNOG SUDA ZA RATNE ZLOČINE POČINJENE NA PODRUČJU BIVŠE JUGOSLAVIJE U UTVRĐIVANJU ACTUS REI I MENTIS REAE GENOCIDA

Strankama Konvencije o genocidu do danas je postalo 146 zemalja koje su u svojim zakonodavstvima inkriminirali genocid kao kazneno djelo. Kao što je u prethodnom tekstu ovog rada obrazloženo, iz izvornog teksta Konvencije za počinjenje genocida ustanovljava se tek izravna odgovornost pojedinca, dok se odgovornost države izvodi interpretacijom njenog članka 9. U njemu je određeno da će „sporovi između ugovornih strana, vezani za tumačenja, primjene i izvršenja ove konvencije, uključujući i one koji se odnose na odgovornost neke države po predmetu genocida ili kojeg drugog djela navedenog u članku 3., biti izneseni pred Međunarodni sud, na zahtjev bilo koje strane u sporu.“ Dakle, ratifikacijom Konvencije o genocidu, stranke su se obvezale da se njihovi sporovi proizašli iz eventualnih kršenja Konvencije o genocidu mogu iznijeti pred ICJ. Prvi slučaj u kojem je Sud izričito ustanovio svoju nadležnost za odlučivanje o odgovornosti države za počinjenje genocida bio je slučaj *BiH v. Srbija*. Također, samim je Statutom ICJ-a u čl. 36. propisano da će Sud biti nadležan za sporove država stranaka Statuta vezane za tumačenje kako bilateralnih, tako i multilateralnih međunarodnih ugovora, za bilo koje međunarodnopravno pitanje, za kršenje međunarodnopravnih obveza te za reparaciju štete državi koja ih je pretrpjela zbog kršenja tih obveza. Budući da je nepočinjenje genocida međunarodnopravna obveza kogentne naravi, očito je da je ICJ i temeljem vlastitog statuta izrijekom uspostavio nadležnost za sporove država vezane za kršenje obveze o nepočinjenju, sprječavanju i kažnjavanju genocida.

ICTY, s druge strane, je sud nadležan samo za suđenje pojedincima i to za zločine počinjene tijekom rata na području bivše Jugoslavije. Člankom 4. Statuta ICTY-a uspostavljena je nadležnost tog suda za zločin genocida.

Premda se radi o dva odvojena međunarodna suda koji imaju vidno različitu jurisdikciju, u presudama za slučajeve *BiH v. Srbija* te *Hrvatska v. Srbija* došlo je do isprepletanja zaključaka ICJ-a sa zaključcima ICTY-a. Samo za potrebe ovog rada, sudac ICJ-a, prof. dr. sc. James Richard Crawford je istaknuo *modum operandi* ICJ-a u situacijama kada je o pitanju koje se pojavilo pred njim zaključke prethodno donio ICTY. Ističe da postoji

razlika u primjeni prava kada ICJ odlučuje o pitanjima koja su u njegovoj isključivoj nadležnosti, poput pripisivosti, te kada ICJ obrađuje pitanja koja se odnose na nalaze iz postupaka dovršenih pred ICTY-em o kaznenoj odgovornosti pojedinaca. U prvom slučaju, premda ICJ iskazuje dužnu pozornost zaključcima ICTY-a, njegova je riječ ipak presudna budući da se radi o području njegove ekspertize. U drugom slučaju, kada se radi o zaključcima ICTY-a koji su kaznene naravi, ICJ se izravno priklanja ICTY-u budući da se zbog prirode njegovog postupka pružaju veće garancije pravičnog suđenja, zastupanja optuženog, ekstenzivnog saslušanja svjedoka te bolji uvid u proces raspada SFRJ.⁴⁸³

Naime, da bi se neku državu osudilo kao odgovornu za počinjenje genocida moraju biti zadovoljena dva kriterija. Mora, prije svega, biti počinjen genocid. Odnosno, mora biti ispunjen barem jedan od modaliteta počinjenja genocida iz članka 2. Konvencije o genocidu s jasno vidljivom genocidnom namjerom. Jednom ustanovljeno postojanje genocida mora se potom pripisati državi. Budući da je ICTY vodio desetke postupaka protiv srpskih dužnosnika i općenito osoba čija se djela prema Nacrtu članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine mogu pripisati današnjoj Republici Srbiji, ICJ je uzimao ICTY-eve zaključke i uvrštavao ih u svoje presude. Upravo zbog toga autori ovog rada smatraju da je potrebno objasniti navedeno postupanje ICJ-a.

Prije svega, potrebno je naglasiti da ne postoji pravna povezanost ICJ-a i ICTY-a u smislu da bi između njih postojao izričiti odnos nadređenosti i podređenosti, kao ni dužnost njihovog obveznog usklađivanja. ICJ je Poveljom Ujedinjenih naroda ustanovljen kao glavni sudski organ UN-a, dok je ICTY tek *ad hoc* sud koji će prestati s radom kad završi svoju zadaću. Upravo stoga djeluje začuđujuće činjenica što ICJ, utvrđujući postojanje *actus rei* i *mentis reae*, uzima zaključke ICTY-a u slučajevima za genocid gotovo kao *rem judicatam* te se sam gotovo ne upušta u ispitivanje činjeničnog stanja. Umjesto toga, stajališta ICTY-a direktno unosi u svoj pravorijek. Iz navedenog se može steći dojam da ICJ bezrezervnim povjerenjem u ICTY-ove presude zapravo nastoji pronaći prečac do svojih presuda te da izbjegava samostalno ući u srž vlastitih predmeta.

Opravdanje ICJ-ovih postupaka može se prije svega naći u očuvanju kako pravne sigurnosti, tako i političke stabilnosti. Naime, u slučaju da je Sud išao ispitivati svaku pojedinačnu presudu ICTY-a na koju se pozvao te pritom našao pravnu ili logičku

⁴⁸³ Iz intervjua sa sucem Međunarodnog suda James Richard Crawfordom, od 8. travnja 2015.

nepravilnost i konačno zauzeo stav da je pravomoćna odluka ICTY-a pravno neutemeljena, unio bi nepovjerenje i u ostale ICTY-ove odluke te narušio kompetentnost cjelokupne institucije tog *ad hoc* suda. Također, budući da se radi o politički vrlo osjetljivom području, odnosno o predmetima u kojima se radi o masovnim ubojstvima, mučenjima te istrebljenju jednog naroda na području bivše Jugoslavije bile bi uzrokovane ogromne turbulencije. Ovaj argument ima i svoju negativnu stranu sagledamo li ga iz drugog kuta gledišta. Ako ICJ ne bi ušao u preispitivanje ICTY-evih odluka samo zbog bojazni da ne utvrdi njihovu neispravnost, bi li se tek tada zapravo radilo o nepovjerenju u kvalitetu rada tog suda?

Dr. sc. Marko Milanović, profesor na *University of Nottingham School of Law*, je samo za potrebe ovog rada istaknuo kako smatra „*da je u bosanskom i u hrvatskom slučaju ICJ postupio razumno, dajući dužno uvažavanje nalazima ICTY-a u pogledu pitanja za koje ICTY uživa i posebnu stručnost i poseduje mnogo veće raspoložive resurse od ICJ-a, a to su (1) pitanja tumačenja materijalnog krivičnog prava; (2) utvrđivanje činjenica; (3) i kvalifikacija tih činjenica u skladu sa prethodno razmotrenim materijalnim pravom. Drugim rečima, ICJ ne bi trebalo da odstupa od relativno uniformne sudske prakse međunarodnih krivičnih sudova u pogledu elemenata zločina genocida bez posebno dobrih razloga.*“⁴⁸⁴

Autori ovog rada smatraju da bi ICJ u prihvaćanju zaključaka i presuda ICTY-a trebao zauzeti kompromisan stav. Naime, treba postojati svijest da je ICTY, budući da se radi o specijalnom sudu sa jedinstvenom zadaćom, uvelike stručniji od ICJ-a u pitanjima kaznene naravi. U skladu s tim je opravdano da ICJ ne treba samoinicijativno preispitivati njegove odluke. Međutim, beziznimno prihvaćanje zaključaka ICTY-a ne bi bilo opravdano. Kada bi jedna stranka u postupku utvrđivanja odgovornosti države za genocid pobijala zaključke ICTY-a koji se pokušavaju nametnuti kao općeprihvaćeni, ICJ bi tada trebao odstupiti od gotovo dogmatskog prihvaćanja ICTY-ovih zaključaka te se upustiti u ispitivanje njihove opravdanosti. Prihvaća li ICJ takav stav ne možemo sa sigurnošću utvrditi budući da u postupcima utvrđivanja odgovornosti države za genocid nijedna stranka, ni u slučaju *BiH v. Srbija*, ni u slučaju *Hrvatska v. Srbija* nije izvodila nikakve nove značajne dokaze kojima bi nastojala pobiti zaključke ICTY-a. ICJ-u stoga nije ostavljen manevarski prostor za preispitivanje ICTY-evih zaključaka. Autori ovog rada smatraju da bi ICJ upravo tako

⁴⁸⁴ Iz intervjua s pravnim stručnjakom dr. sc. Markom Milanovićem, profesorom na *University of Nottingham School of Law*, od 19. ožujka 2015.

postupio u situacijama kada bi o eventualnom usvajanju ICTY-evih zaključaka ovisio ishod ICJ-ove presude.

2. POSTOJI LI POTREBA UVRŠTAVANJA "NAMJERNOG PODVRGAVANJA SKUPINE TAKVIM ŽIVOTNIM UVJETIMA KOJI DOVODE DO NJENOG DJELOMIČNOG ILI POTPUNOG UNIŠTENJA" KAO MODALITETA POČINJENJA GENOCIDA?

Namjerno podvrgavanje skupine takvim životnim uvjetima koji dovode do njenog djelomičnog ili potpunog uništenja kao modalitet počinjenja genocida je objašnjen u IV.1.5. ovog rada. U ovom poglavlju bit će ukratko raspravljen smisao njegove inkriminacije.

Ovaj način počinjenja genocida iz članka 2 (c) Konvencije o genocidu obrazlaže se kroz njegovu usporedbu s ubojstvom iz čl. 2(a) i s nanošenjem teških tjelesnih i psihičkih povreda iz čl. 2(b). Naime, dok se kod potonja dva traži rezultat nastupanja posljedice smrti, odnosno povrede koja je poduzeta s ciljem uništenja pripadnika neke nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine, kod nametanja uvjeta s namjerom istrebljenja to nije slučaj. Nametanje uvjeta formalno je kazneno djelo što znači da ne mora doći do fizičkog uništenja neke skupine da bi se ispunio modalitet počinjenja genocida. Stoga, da bi se ispunilo počinjenje genocida iz članka 2(c) dovoljno je da se tek nametnu životni uvjeti sa specifičnom genocidnom namjerom, a za posljedicom se ne traga. Ukoliko pak posljedica uništenja nastupi, temelj za kazneno gonjenje odgovornih počinitelja za genocid, bilo pojedinaca, bilo država, biti će članci 2(a) i 2(b). Odnosno, progoniti će ih se zbog počinjenja genocida ubojstvom i teškim tjelesnim i psihičkim povredama. Bitna karakteristika ovog načina počinjenja genocida je upravo njegova nedovršenost, odnosno nenastupanje posljedice uništenja.

Da bi doveli u pitanje smisao donošenja članka 2(c) Konvencije o genocidu potrebno ga je povezati sa člankom 3(d). Naime, pored odgovornosti za počinjenje genocida, planiranje genocida, poticanje na genocid, suučesništvo u genocidu, pojedinca i državu može se kazneno goniti i za pokušaj genocida. Pokušaj u teoriji kaznenog prava ima tri obilježja: mora postojati namjera počinjenja kaznenog djela, mora se započeti njegovo ostvarenje te djelo ne smije biti dovršeno.⁴⁸⁵ Pokušaj ubojstva, primjerice, predstavlja sljedeća situacija. Ako bi skupinu ljudi

⁴⁸⁵ Novoselec P., *op. cit.* u bilj. 101., str. 305.

silom doveli u stanje bez hrane i vode te ih dugim iscrpljivanjem namjeravali ubiti, radilo bi se o pokušaju ubojstva ako bi zbog nekog razloga ta radnja bila bez uspjeha. U navedenom primjeru ispunjeni su svi elementi pokušaja. Postojala je i namjera ubijanja, započeta je radnja ubojstva nečinjenjem, te konačno, djelo nije bilo dovršeno. Kada bi navedeno djelovanje bilo vođeno krunskom namjerom, namjerom istrebljenja, radilo bi se zapravo o pokušaju genocida ubojstvom.

Identičnu situaciju može se supsumirati i pod članak 2(c) Konvencije o genocidu. Prikazano podvrgavanje skupine ljudi u stanje bez vode i hrane koje bi pritom bilo vođeno genocidnom namjerom, ostane li nedovršeno, moglo bi se kazneno goniti i temeljem članka 2(c). Odnosno, u toj situaciji skupini ljudi bili bi nametnuti životni uvjeti s namjerom istrebljenja. Dakle, radi se o potpuno identičnoj situaciji koja bi se mogla istodobno okarakterizirati i kao počinjenje genocida i kao pokušaj genocida.

Slijedom navedenog, autori ovog rada smatraju da nema racionalnog objašnjenja za inkriminaciju nametanja životnih uvjeta nekoj skupini s namjerom da ju se djelomično ili u potpunosti uništi, budući da se pojedinca, odnosno državu za taj modalitet počinjenja može kazneno goniti samo u slučaju nedovršenosti ubojstva i nanošenja teških tjelesnih ozljeda s genocidnom namjerom. Budući da takvu situaciju pokriva članak 3(d) Konvencije o genocidu koji kao kažnjiv određuje i pokušaj, smisao i svrha donošenja članka 2(c) su upitni.

3. OSVRT NA UTRVRĐIVANJE GENOCIDNE NAMJERE U SREBRENICI

ICJ je presudio da je u Srebrenici između 11. i 19. srpnja 1995. godine počinjen genocid temeljem članka 2(a) i (b) Konvencije o genocidu, odnosno ubojstvima preko 7000 muškaraca u dobi od 16 do 60 godina te nanošenjem teških tjelesnih i psihičkih ozljeda s genocidnom namjerom da se djelomično ili u potpunosti istrijebi bošnjačko stanovništvo u BiH. O kakvom se opsegu zločina radi govori podatak broja ubijenih, a radi usporedbe se ističe da je u cijelom Domovinskom ratu u Republici Hrvatskoj na hrvatskoj strani poginulo oko 12500 ljudi, dok je u Srebrenici u svega nekoliko dana poginulo njih 7000. Premda se radi o zvjerstvu i masovnom ubojstvu, dokazivanje postojanja genocida nije bio jednostavan zadatak za BiH zastupnike. Kao što je utvrđeno u prethodnom dijelu rada, za postojanje genocida broj poginulih nije od presudne važnosti. Teoretski gledano, genocid može biti počinjen i nad jednom osobom ukoliko je vođen genocidnom namjerom. Broj poginulih tek je

jedan od indikatora postojanja genocidne namjere čijim se povećanjem olakšava mogućnost dokazivanja tužiteljskoj strani. Međutim, potrebno je naglasiti da on ne može samostalno uputiti na zaključak postojanja genocida. U nastavku će se obraditi razvoj genocidnog puta u Srebrenici, argument kojim se postojanje genocida može dovesti u pitanje i stav autora ovog rada o njemu.

Kao što je prethodno istaknuto, ICJ je utvrdio kako nema dovoljno dokaza temeljem kojih bi zaključio da je kod VRS postojala namjera istrebljenja pri početku napada na Srebrenicu, već se ona razvila kasnije tijekom napada. I sam vojni cilj napada na Srebrenicu bio je ograničen na osvajanje samo dijela srebreničke enklave, a proširio se nakon što je srpska strana uvidjela lakoću osvajanja i nedostatak adekvatnog otpora Armije RBiH.⁴⁸⁶ U skladu s proširenjem vojnog cilja, presudio je ICJ, došlo je do javljanja genocidne namjere. Tu je od velike važnosti zaključak ICTY-a u slučaju Krstić prema kojem je utvrđeno da ideja istrebljenja ne mora niti postojati, niti mora biti iskazana na početku vojne kampanje, već se može pojaviti naknadno.⁴⁸⁷ Dokazivanje postojanje te specifične namjere, kao što je prethodno utvrđeno, može se obavljati temeljem dokazivanja genocidnog plana te, supsidijarno, temeljem dokazivanja obrasca ponašanja koji nedvojbeno upućuje na postojanje genocidne namjere. Nalaz ICTY-a u slučaju Krstić temeljem kojeg je utvrdio postojanje jedinstvenog obrasca ponašanja u počinjenju genocida bila je stručnost postrojbi koje su izvršavale pogubljenja, standardizirana kodna komunikacija tijekom ubojstava, jedinstvenost metode prilikom egzekucija.⁴⁸⁸

Kako bi pojasnili način dokazivanja genocida, autori ovog rada stupili su u kontakt s prof. dr. sc. Sakibom Softićem, agentom BiH u predmetu *BiH v. Srbija* koji je argumentirao način kojim su zastupnici BiH dokazivali postojanje genocidne namjere:⁴⁸⁹ „*Najjednostavniji način dokazivanja genocidne namjere bio bi izričito priznanje od strane tužene. To priznanje bi se moglo učiniti unaprijed. Na primjer na način na koji je Republika Srpska definisala i u službenim novinama objavila Strateške ciljeve srpskog naroda u Bosni i Hercegovini sa još eksplicitnijom terminologijom. Ili zvaničnom izjavom nekog visokog državnog funkcionera.*

⁴⁸⁶ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 283.

⁴⁸⁷ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-A, od 19. travnja 1994., para. 572., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ Iz intervjua s prof. dr. sc. Sakibom Softićem, od 10. ožujka 2015.

Genocidna namjera bi se mogla dokazati i naknadnim otkrivanjem dokumenata po arhivama koji sadrže jasno izraženu namjeru najviših državnih organa ili državnih funkcionera (Srbije) ili priznanjem nosilaca najviših državnih funkcija o postojanju takve namjere. A to je, morat ćete priznati čista utopija.

Stoga postojanje genocidne namjere morali smo dokazivati empirijski, primjenom induktivnog zaključivanja. Zbog toga smo koristili obrazac ponašanja počinitelja međunarodnih zločina na području čitave Bosne i Hercegovine tokom trajanja agresije i djelomične okupacije. Dokazivali smo da se radilo o sistematskim i rasprostranjenim međunarodnim zločinima na diskriminatorskoj osnovi usmjerenim na potpuno ili djelomično uništenje zaštićene grupe. Iz ogromnog dokaznog materijala smo izvukli zaključak da se radilo o genocidu. Pri tome smo koristili i presude Međunarodnog krivičnog tribunal za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnog krivičnog tribunal za Ruandu u kojima je ustanovljen takav presedan.

Naravno da je konačna ocjena na Sudu. Pošto je genocid takav zločin da njegovo činjenje podriva čitav međunarodni pravni poredak, postoji više aktera koji su zainteresirani za ishod postupaka u kojim se utvrđuje njegovo postojanje. Makar kad je riječ o sporovima u kojima se utvrđuje odgovornost država. Stoga će odluka suda zavisiti ne samo od prezentiranog dokaznog materijala već i od drugih činjenica i činilaca te procjene koliko ovakva ili onakva odluka učvršćuje ili podriva međunarodni mir i sigurnost u svijetu.“

Upravo u utvrđivanju tog obrasca ponašanja potencijalno mogu nastati problemi u interpretaciji presude ICJ-a za genocid u Srebrenici, a u njemu se i očituje rubnost Srebreničkog genocida. Naime, ICJ je sam zauzeo stav da se dokazivanje genocida temeljem postojanja obrasca ponašanja koji upućuje na genocid primjenjuje tek supsidijarno, a da se u njegovoj supsidijarnoj primjeni donošenje zaključka o postojanju genocida može donijeti samo ako je taj obrazac ponašanja takav da jedini zaključak koji iz njega proizlazi bude postojanje genocida, odnosno genocidne namjere.⁴⁹⁰ Može se stoga javiti pitanje, nameće li se iz stručnosti srpskih postrojbi koje su vršile masovna pogubljenja, jedinstvene kodne komunikacije i jedinstvenosti metoda u vršenju ubojstava kao jedini zaključak isključivo postojanje namjere istrebljenja? Dodamo li tome činjenicu da je Ratko Mladić ženama, djeci i nemoćnim starcima obećao sigurnu evakuaciju iz Srebrenice, a obećanje je i ispunio može se

⁴⁹⁰ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 373.

pojavit i pitanje zašto je pustio taj dio populacije ako je postojala namjera vodstva RS da se istrijebe bosanski Muslimani?

ICJ je konačno utvrdio da se supsidijarnim načinom utvrđivanja genocida, putem obrasca ponašanja, može donijeti sud o postojanju genocidne namjere samo ako taj obrazac ponašanja nedvojbeno upućuje na postojanje genocida. Postavlja se pitanje je li ICJ taj kriterij postavio previsoko? Argument da je tome tako je u činjenici da se sva masovna ubojstva stvarno počinjena s namjerom istrebljenja mogu dovesti u pitanje tako da se napravi konstrukcija da je motivacija ubojstava bila ostvarenje nekog vojnog cilja ili politike etničkog čišćenja koja ne mora nužno upućivati na genocid. I u situaciji kada nije izvjesno da je namjera masovnih ubojstava bila ostvarenje vojnog cilja, dovoljno je dovesti u sumnju izvjesnost namjere istrebljenja da bi se pobila tvrdnja tužiteljstva o genocidnoj namjeri. Pored autora ovog rada, postoje i mišljenja svjetskih stručnjaka koji dovode u pitanje opravdanost kriterija obrasca ponašanja u utvrđenju genocidne namjere.⁴⁹¹

Zaključno, autori ovog rada smatraju kako je presuda ICJ-a u slučaju *BiH v. Srbija* povodom pitanja postojanja genocida u Srebrenici, odnosno ispunjenja njegovih *actus rei* i *mentis reae* genocida utemeljena. Premda je Sud postavio letvicu u dokazivanju previsoko, nije postao rob vlastitih formalnosti te je zaključio kako se ubojstva 7000 sposobnih muškaraca u svega nekoliko dana ne može dovesti u sklad s ostvarenjem vojnog cilja, već da je namjera vodstva RS bila istrebljenje srebreničkog islamskog stanovništva i onemogućavanje njegove daljnje prokreacije.

4. ZAŠTO U HRVATSKOJ NEMA GENOCIDA?

ICJ je 3. veljače 2015. godine u potpunosti odbio tužbu Republike Hrvatske protiv Republike Srbije. Hrvatski su zastupnici tvrdili da je Srbija odgovorna za počinjenje genocida na hrvatskom teritoriju za vrijeme Domovinskog rata temeljem članka 2. (a), (b), (c) i (d)

⁴⁹¹ Shackelford, S., Holding States Accountable for the Ultimate Human Right Abuse: A Review of the International Court of Justice's Bosnian Genocide Case, Human Rights Brief 14, no. 3, 2007., str. 21. - 26.;

Luban, D., S., Timid Justice: The ICJ should have been harder on Serbia, od 15. veljače 2007. , dostupno na <http://www.slate.com/id/2160835/>; Posner, E., A., The Boston Globe, "Sins of the Fatherland", od 9. ožujak 2007, preuzeto iz Shackelford, Scott: "Holding States Accountable for the Ultimate Human Right Abuse: A Review of the International Court of Justice's Bosnian Genocide Case." Human Rights Brief 14, no. 3 (2007): str. 21. - 26.

Konvencije o genocidu. Odnosno, da su JNA i srpske paravojne jedinice čije je djelovanje pripisivo Srbiji počinili brojna ubojstva, nanošenja teških tjelesnih i psihičkih povreda, da su nametali životne uvjete hrvatskom stanovništvu koji dovode do njihovog uništenja te da su nametali mjere s ciljem sprječavanja rađanja, a u namjeri da u potpunosti ili djelomično istrijebe hrvatski narod.

U dokazivanju genocida pred hrvatsku su stranu postavljene četiri prepreke. Prvenstveno je bilo potrebno dokazati da je ICJ nadležan da sudi povodom hrvatske tužbe za genocid. Potom je bilo potrebno dokazati da je nad hrvatskim stanovništvom ispunjen neki od modaliteta počinjenja genocida. Treći zahtjev bio je dokazivanje *mentis reae*, odnosno specifične genocidne namjere u izvršenju modaliteta genocida. Ukoliko bi se uspješno dokazalo postojanje genocida, bilo bi potrebno njegovo počinjenje pripisati Srbiji. Hrvatska je uspjela u prva dva koraka, odnosno uspostavila je nadležnost ICJ-a te dokazala ispunjenje nekih od modaliteta počinjenja genocida. Međutim, nije dokazano postojanje genocidne namjere zbog čega je ICJ odbio hrvatski zahtjev te se nije izrijeком upuštao u ocjenjivanje pripisivosti kaznenih djela Srbiji.

Republika Hrvatska je tužila Republiku Srbiju za počinjenje genocida od strane Savezne Republike Jugoslavije čiji se čini temeljem sukcesije pripisuju Srbiji. Međutim, Srbija je osporavala nadležnost ICJ-a tvrdeći da Savezna Republika Jugoslavija nije mogla biti odgovorna za djela počinjena prije 27. travnja 1992. godine budući da tada još nije postojala. Hrvatski zastupnici su uložili ogroman napor kako bi uspješno dokazali da je Savezna Republika Jugoslavija sukcesor prije postojeće Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, te da se djela njenih organa pripisuju Saveznoj Republici Jugoslaviji. ICJ je prihvatio tu argumentaciju te uspostavio svoju nadležnost povodom hrvatske tužbe za genocid. Na taj način zadovoljena je pretpostavka za početak postupka i utvrđivanje eventualnog postojanja materijalnih elemenata genocida te genocidne namjere.⁴⁹²

U prethodnom dijelu ovog rada u IV.1.3.4. i IV.1.4.5 obrazloženo je ispunjenje *actus rei* elemenata genocida ubojstvom i nanošenjem teških tjelesnih i psihičkih povreda u Istočnoj i Zapadnoj Slavoniji, Banovini, Kordunu, Lici i Dalmaciji. Hrvatski zastupnici, međutim, nisu uspjeli dokazati počinjenje modaliteta genocida iz članka 2. (c) i (d), odnosno nametanje životnih uvjeta koji dovode do uništenja te nametanje mjera sprječavanja rađanja hrvatskog

⁴⁹² ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 74.- 123.

stanovništva. Djelomično prihvaćanje hrvatskih tvrdnji vezanih za postojanje *actus rei* elemenata genocida bilo je polazišna točka ICJ-u za upuštanje u ocjenjivanje postojanje genocidne namjere.⁴⁹³

Pronalaženje temelja za postojanje genocidne namjere predstavljalo je srž napora hrvatskih zastupnika u sastavljanju tužbe za genocid. Inicijalno, vođenje postupka povjereno je američkom odvjetniku Davidu Rivkinu koji je sastavio prvi nacrt tužbe. U njemu su bile iznesene neke, prema mišljenju autora ovog rada kao i brojnih pravnih stručnjaka, apsurdne teze o genocidu. Prije svega, Rivkinov nacrt tužbe za genocid, zločin u čijem dokazivanju treba ispuniti brojne pravne prepreke iznosio je nepunih 10 stranica. Pored brojnih za postupak irelevantnih činjenica, poput objašnjavanja razvoja hrvatske povijesti od vremena kralja Tomislava, sadržavao je tvrdnju da je Srbija odgovorna za počinjenje tzv. autogenocida. Odnosno, da je Beograd s genocidnom namjerom ispunjavao modalitete počinjenja genocida nad stanovništvom srpske nacionalnosti u Republici Hrvatskoj.⁴⁹⁴ Takva sporna i nedokaziva pravna konstrukcija je u hrvatskim i svjetskim pravnim krugovima naišla na čuđenje i osporavanje. Shvativši da takav nacrt tužbe i svojom količinom i sadržajem, nakon što je u konačnici došao pred ICJ, predstavlja svojevrstu diplomatsku i pravnu blamažu Republike Hrvatska, sedma Vlada Republike Hrvatske⁴⁹⁵ oformila je novi pravni tim. Njegova svrha bila je stvaranje novog nacrta hrvatske tužbe.

Dio tog tima bio je i prof. dr. sc. Ivo Josipović koji je autorima ovog rada samo i isključivo za potrebe njegovog nastanka objasnio konstrukciju kojom su hrvatski zastupnici nastojali utvrditi da je na području Republike Hrvatske počinjen genocid za koji bi Srbija bila odgovorna. Naime, pokušala se uspostaviti tzv. „mozaik teorija“ kojom se tvrdi da je genocid počinjen smišljenim planom koji je proveden na više mjesta u Hrvatskoj. Hrvatski zastupnici nastojali su dokazati da, iako na svakoj od lokacija na kojoj su počinjeni pojedini zločini nije bilo genocida, u svojoj ukupnosti, zločini govore o genocidnoj namjeri i zločinima usmjerenim na uništenje hrvatskog naroda. Isticali su da se u Vukovaru ili Škabrnji, primjerice, ali i u Nadinu ili na Perući, vidi takva namjera. Nastojalo se dokazati da kada se

⁴⁹³ *Ibid.*, para. 200.- 402.

⁴⁹⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Application instituting proceedings, od 2. srpnja 1999., dostupno na <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/7125.pdf>

⁴⁹⁵ U sazivu od 27. siječnja 2000. do 30. srpnja 2002. godine.

pojedina kaznena djela, zločini JNA i srpskih paravojskih postrojbi poslože u jednu cjelinu, poput mozaika, tvore jedinstvenu sliku koja upućuje na postojanje genocida. Takva taktika vidljiva je i iz ICJ-eve presude kojom je Sud zapravo slijedio navode u hrvatskoj tužbi. ICJ je u petom poglavlju presude naziva „Razmatranje merituma glavnog tužbenog zahtjeva“ prvo ulazio u utvrđivanje postojanja *actus rei* elementa genocida. Pritom je, primjerice, u utvrđivanju počinjenja genocida ubojstvom iz članka 2.(a) Konvencije donosio zaključke za pojedina mjesta. Nakon obrađenog postojanja modaliteta počinjenja genocida upustio se u ocjenjivanje postojanja genocidne namjere. Dakle, jednom zaokruženim postojanjem materijalnih elemenata genocida, Sud se upustio u donošenje zaključka upućuje li njihovo povezivanje u jednu jedinstvenu cjelinu na postojanje genocida.⁴⁹⁶

Kao što je u IV.2.3. istaknuto, tužiteljstvo u postupcima za utvrđivanje odgovornosti države za genocid u dokazivanju genocidne namjere ima na raspolaganju dva načina dokazivanja. Primarno se genocidna namjera traži u državnoj politici pri čemu se ispituju javni govori istaknutih državnika te eventualna državna propaganda. Međutim, i u slučaju postojanja genocidne namjere, njeno eksplicitno isticanje široj javnosti i time izlaganje svjetskoj osudi nije vjerojatno. Toga su bile svjesne stranke u slučaju *Hrvatska v. Srbija* te su se suglasile, a što je ICJ naknadno i potvrdio, da se genocidna namjera alternativno može dokazivati i na indirektan način, uspostavljanjem obrasca ponašanja. Budući da se radi o genocidu, zločinu nad zločinima, kriterij da se postojanje genocidne namjere dokaže indirektno postavljen je vrlo strogo. Naime, obrazac ponašanja temeljem kojeg se zaključuje da je počinjen genocid mora biti takav da samo i isključivo ukazuje na postojanje genocida. Ukoliko iz nekog ustaljenog ponašanja proizlazi dvojba o postojanju genocidne namjere ili ako pak takvo ponašanje potencijalno upućuje na počinjenje nekog drugog zločina ne smije se donijeti zaključak da postoji genocid.⁴⁹⁷

Hrvatski su zastupnici u postupku protiv Srbije otpočetak krenuli navedenim supsidijarnim načinom dokazivanja genocidne namjere. Nisu posvetili pozornost dokazivanju genocidnog plana na višim državnim instancama, već su nastojali dokazati ustaljeno ponašanje JNA i srpskih paravojskih jedinica koje bi nesumnjivo uputilo na genocid. Autori ovog rada smatraju da je navedena tužiteljska taktika bila najoportuniji put dokazivanja genocida. Međutim, manevarski prostor hrvatskih zastupnika bio je bitno sužen kako

⁴⁹⁶ Iz intervjua s prof. dr. sc. Ivom Josipovićem, od 28. ožujka 2015.

⁴⁹⁷ *Ibid.* para. 402. – 440.

objektivnim okolnostima koje su vidljivo udaljene od postojanja genocida, tako i strogim kriterijima koji se pri dokazivanju genocida trebaju ispuniti. Uspjeh u dokazivanju da je postojanje genocida jedini mogući zaključak koji se može izvesti iz obrasca ponašanja srpske vojske, bilo je jasno od početka postupka, bio je malo vjerojatan. Pogotovo uzme li se u obzir li da pred ICTY-em nisu podignute optužnice za genocid počinjen u Hrvatskoj te da je, primjerice, u postupku protiv Milana Martića na koji se pozivao ICJ zaključeno da je svrha srpskog udruženog zločinačkog pothvata bila uspostava etnički homogenog srpskog teritorija na području SAO Krajine, a ne istrebljenje hrvatskog stanovništva.⁴⁹⁸

U skladu s očekivanim, ICJ je presudio da postojanje genocida nije jedini mogući zaključak koji se može izvesti iz djelovanja JNA i srpskih paravojnih jedinica. U odnosu na zločine počinjene u Vukovaru, može se zaključiti da je namjera bila kažnjavanje Hrvata zbog neposluha prema vlasti SRJ-a, a ne njihovo istrebljenje. Pritom je Sud uzeo u obzir da je velik broj vukovarskih Hrvata sigurno evakuiran iz grada te nije imao podlogu da presudi da je ideja da se istrijebi hrvatsko stanovništvo bila vodilja srpskih vlasti. Također, Sud je utvrdio postojanje slučajeva u kojima zarobljeni hrvatski vojnici nisu poslani na streljanje što dokazuje da Srbi nisu ubili sve Hrvate u situacijama kad su za to imali priliku.⁴⁹⁹ Iz takvog je djelovanja teško iščitati postojanje genocidne namjere ili, drugim riječima, takvo djelovanje ne upućuje samo i isključivo na postojanje genocida. U odnosu na protjerivanje između 80000 i 100000 Hrvata s područja SAO Krajine, ICJ nije prihvatio tezu Republike Hrvatske da su time nametnuti uvjeti usmjereni prema potpunom ili djelomičnom uništenju hrvatskog naroda iz članka 2(c) Konvencije o genocidu. Dakle, dokazivanje genocida putem prognanstva hrvatske populacije zaustavljeno je na utvrđivanju *actus rei* elementa genocida. Međutim, Sud ga je ponovno uzeo u obzir u ispitivanju srpske genocidne namjere. Zaključio je da namjera JNA i srpskih paravojnih postrojbi nikako nije bila istrebljenje Hrvata, već uspostavljanje etnički čistog teritorija pod srpskom vlašću.⁵⁰⁰ Takvo stajalište je pravno utemeljeno budući da etničko čišćenje može biti način počinjenja genocida ukoliko je vođeno genocidnom namjerom, međutim Sud nije imao dovoljno dokaza da prihvati da je to bila vodilja srpskog vodstva. Dakle, ICJ je u donošenju presude bio vođen zaključkom o

⁴⁹⁸ ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, IT-95-11-T , od 12. lipnja 2007., para. 445. dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>

⁴⁹⁹ ICJ, Croatia v. Serbia, para. 432. et 436.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, para. 434.- 435.

nepostojanju genocidne namjere što je proizašlo iz ustaljenog kriterija da određeni obrazac ponašanja mora isključivo upućivati na namjeru istrebljenja te da ne smije ostavljati dvojbu u donošenju presude o postojanju genocida.

Uzimajući sve navedeno u obzir, presuda ICJ-a nikako nije bila iznenađujuća. Međutim, u hrvatskoj je javnosti snažno odjeknula te je interpretirana kao razočaravajuća i nepravedna. Razlog tome je u nekompetentnosti medija u prenošenju informacija, kao i nepoznavanju instituta genocida, uvjeta koji moraju biti zadovoljeni da se određeno ponašanje klasificira kao genocidno te kriterija u njihovom dokazivanju. Stajalište autora ovog rada je da se iz objektivnih okolnosti vođenja postupka koji je bio djelomično politički motiviran izvukao maksimum te da se ovakva presuda može uzeti i kao svojevrsna moralna satisfakcija budući da su od strane međunarodnog suda potvrđena masovna i pojedinačna ubojstva, mučenja hrvatskog stanovništva te razaranja hrvatskih gradova. Slično mišljenje dijeli i svjetski priznati kaznenopravni odvjetnik Luka Mišetić koji je samo i isključivo za potrebe ovog rada izjavio kako smatra da Republika Hrvatska treba biti zadovoljna presudom ICJ-a. Mišetić ističe satisfakciju činjenicom da je ICJ utvrdio postojanje namjere JNA i srpskih paravojnih formacija za stvaranjem etnički čiste Velike Srbije koju su namjeravali uspostaviti provodeći progon između 80000 i 100000 Hrvata s područja takozvane SAO Krajine. Smatra da je presuda zapravo međunarodnopravna potvrda ne samo počinjenih zločina, već i srpske zločinačke politike.⁵⁰¹

5. ZNAČAJ MEMORIJALA REPUBLIKE HRVATSKE U PREDMETU ODGOVORNOSTI SRBIJE ZA GENOCID PRED MEĐUNARODNIM SUDOM

U skladu sa shvaćanjem instituta genocida u doba podnošenja tužbe Republike Hrvatske u predmetu o odgovornosti Srbije za genocid bilo je malo vjerojatno da će postupak rezultirati pozitivnim ishodom za Hrvatsku. Kasnije se to donošenjem presude ICJ-a u navedenom predmetu ispostavilo točnim (o obrazloženju zašto u Republici Hrvatskoj nije bilo genocida (v. VI.4.). Međutim, to ne znači da je takav ishod nužno predstavljao apsolutni neuspjeh. Naprotiv, pozitivni učinci pokretanja postupka pred ICJ-em pokazali su se na različitim pravnim, kulturnim, društvenim i političkim područjima i razinama. O za Hrvatsku pozitivnim elementima konačne presude ICJ-a u slučaju *Hrvatska v. Srbija* bilo je govoreno u

⁵⁰¹ Iz intervjua sa svjetski priznatim kaznenopravnim odvjetnikom Lukom Mišetićem, od 2. travnja 2015.

prethodnom dijelu rada. U ovome dijelu prikazat će se sporedni pozitivni učinci koji su proizašli iz cjelokupnog postupka prikupljanja i sastavljanja materijala i dokumenata na kojima se temeljila tužbe Republike Hrvatske.

5.1. Pojam memorijala u praksi Međunarodnog suda

Prije prikazivanja značaja podnošenja tužbe u navedenom predmetu potrebno je rastumačiti pojam memorijala u praksi ICJ-a. Prema čl. 43. st. 2. Statuta ICJ-a, pisani dio postupka sastoji se od komunikacije prema Sudu i prema stranakama putem memorijala, kontra-memorijala te, ako bi se to pokazalo nužnim, odgovora, zajedno sa priloženim svim pratećim dokumentima i materijalima. Iz toga proizlazi da se u ovom kontekstu pojam memorijala odnosi na podneske putem kojih stranka iznosi svoje zahtjeve pred ICJ i protustranku. U daljnjem tekstu: ovoga rada iz praktičnih razloga će se koristiti pojam memorijala za sve vrste podnesaka u pisanom dijelu postupka (memorijal u širem smislu) Republike Hrvatske u predmetu *Hrvatska v. Srbija* neovisno o tome je li se konkretni podnesak odnosio na memorijal u užem smislu ili na određene druge vrste podnesaka koje su bile podnošene u konkretnom slučaju (pisano očitovanje, odgovor na kontra-memorijal te dodatna molba). Pritom je značajno za napomenuti da je autorima pristup svim relevantnim dokumentima i materijalima iz memorijala u širem smislu omogućen u pisanom obliku od strane prof. dr. sc. Ive Josipovića, uključujući i neobjavljenu verziju memorijala prevedenu na hrvatski jezik.

5.2. Prikupljanje i usustavljanje materijala i dokumenata te utvrđivanje povijesno značajnog činjeničnog stanja

Kao što je već rečeno, utvrđivanje odgovornosti Srbije za genocid bio je primarni, ali ne i jedini razlog pokretanja postupka pred ICJ-em. U uvodnom dijelu memorijala RH istaknuta je povijesna važnost ovog slučaja u rasvjetljavanju događaja koji su se odvijali na teritoriju Republike Hrvatske u razdoblju od 1991. do 1995. godine te stvaranja čiste i vjerodostojne povijesne slike.⁵⁰² U svrhu toga prikupljeni su i usustavljivani razni i

⁵⁰² The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Yugoslavia), Memorial of the Republic of Croatia, vol. 1., str. 6., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18172.pdf>

mnogobrojni dokumenti, iskazi i materijali što će biti od dugoročnog povijesnog, društvenog i kulturološkog značenja.

S povijesnog aspekta od značaja je drugo poglavlje prvog volumena memorijala u kojemu se daje detaljan prikaz povijesnih i političkih zbivanja u razdoblju od nastanka Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca 1918. godine pa sve do ulaska Savezne Republike Jugoslavije (u daljnjem tekstu: SRJ) u UN 2000. godine. Prikaz je podijeljen na tri dijela. U prvom dijelu opisuje se geografska i etnička struktura te politički i ustavni temelji SFRJ s naglaskom na ustavnu strukturu i teritorijalne granice SFRJ i njenih saveznih država u razdoblju između 1974. godine do 1991. godine kada je proces raspada SFRJ ušao u završnu fazu. U drugom dijelu se govori o povijesnim i političkim događajima koji su prethodili sukobu između Hrvatske i Srbije fokusirajući se pritom na razdoblje nakon smrti predsjednika SFRJ Josipa Broza Tita 1980. godine do blokiranja predsjedanja Stjepana Mesića u Predsjedništvu SFRJ u svibnju 1991. godine. Dok se u trećem dijelu prvenstveno daje prikaz zbivanja nakon kraja 1991. godine koje obuhvaća i djelovanje raznih međunarodnih organizacija na području sukoba između Hrvatske i Jugoslavije.⁵⁰³

Drugi dio koji je bitan za utvrđivanje povijesno relevantnih činjenica i događaja nalazi se u petom volumenu memorijala. U njemu je izrađena kronologija događaja relevantnih za shvaćanje zbivanja na području bivše Jugoslavije u razdoblju između 1945. i 2000. godine te posredno raspravljajući o odgovornosti za genocid u razdoblju između 1991. i 1995. Kronologija je izrađena na temelju podataka utvrđenih u brojnim izvorima različitih autora.⁵⁰⁴

⁵⁰³ *Ibid.*, str. 19.-20.

⁵⁰⁴ U memorijalu su izričito navedeni izvori koji su korišteni prilikom izrade "kronologije događaja". Oni su slijedeći: "Conflict in the Former Yugoslavia", Askock, Milivojević and Horton, ABC-Clio-Oxford England; "Yugoslavia: A History of its Demise" by Viktor Meier; "The Yugoslav Conflict: A Chronology of Events," by Dr. Timothy L. Sanz, Military Review, December 1992 and "Breakdown in the Balkans", Carnegie Endowment Publication, www.suc.org/politics/chronology/chron91.html, Snežana Trifunovska: "Yugoslavia Through Documents From its Creation to its Dissolution", Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer, 1994; Snežana Trifunovska: "Former Yugoslavia Through Documents From its Dissolution to the Peace Settlement", Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer, 1999; The text by Budislav Vukas: "The Legal Status of Minorities in Croatia", as part of the book by Snežana Trifunovska: "Minorities in Europe – Croatia, Estonia and Slovakia", 1999, T.M.C.Asser Press, The Hague; Cambridge International Documents Series, Volume 5: "The "Yugoslav" Crisis in International Law", Part I, General Issues, Cambridge, 1997; The Chronology of the War – Croatia 1989 – 1998, the Croatian Information Centre, Zagreb, 1998; Enciklopedija Jugoslavije, Jugoslavenski leksikografski zavod M. Krleža, Zagreb, 1990 and Mario Nobilo: "The Croatian Fenix: Diplomatic process behind the closed door 1990-1997", Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2000.; The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Yugoslavia), Memorial of the Republic of Croatia, vol. 5. - Appendices., str. 1.-35., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18184.pdf>

Činjenično stanje prikazano u memorijalu rezultat je iscrpnog rada hrvatskog tima i njihovih stručnih suradnika koji su sastavljali memorijal te svakako predstavlja značajan doprinos u osvjetljavanju hrvatske povijesti u razdoblju prve polovice devedesetih godina prošlog stoljeća. U svrhu izrade toga zadatka prikupljani su i razvrstavani mnogobrojni povijesni dokumenti. Njihovom sistemacijom te utvrđivanjem povijesnih činjenica općenito napravljena je baza koja će omogućiti da se postave temelji za budućnost u osiguravanju preciznih i točnih povijesnih podataka.

5.3. Razrješavanje pitanja nestalih i zatočenih u Domovinskom ratu

Možda najvažnije „sporedno” pitanje kojeg se dotaknuo memorijal jest pitanje nestalih, zatočenih i umrlih osoba u Domovinskom ratu. Radi se o iznimno osjetljivom društvenom području kojeg je bilo potrebno razjasniti. Naime, do izrade memorijala u postupku pred ICJ-em o odgovornosti Srbije za genocid nije postojao cjelovit i sustavan popis navedenih kategorija osoba. Tek su u postupku izrade memorijala sakupljeni i obrađeni svi dostupni podaci na osnovi kojih su sastavljene liste priložene u memorijalu. Liste iz memorijala predstavljaju temelj za daljnju evidenciju nestalih, zatočenih i umrlih osoba u domovinskom ratu.

Abecedna lista nestalih i zatočenih osoba u kampovima na teritoriju SRJ, BiH i Hrvatske sadržana je u šestom volumenu memorijala. U navedenom dokumentu koji je datiran na 1.3.2001. lista nestalih osoba sadrži popis od 1.419 osoba koje su registrirane kao nestale. Pritom je navedeno da, s obzirom na značajan vremenski odmak sastavljanja liste od trenutka njihova nestanka, postoji ozbiljna vjerojatnost da su mnoge od tih osoba umrle. Također je istaknuto da prikazana lista ne odgovara stvarnom stanju stvari iz više razloga. Jedan od glavnih razloga je što pojedine osobe nisu registrirane kao nestale jer potječu iz obitelji koje su cijele poubijane te ih nitko nije prijavio kao nestale. Pored toga statistički podaci koji proizlaze iz ekshumiranih grobnica upućuju da je ta brojke nedvojbeno veća.⁵⁰⁵

U pisanom priopćenju Republike Hrvatske na preliminarne prigovore Srbije priložena je obnovljena lista nestalih osoba prema stanju stvari 1. travnja 2003. koja je sadržavala 1.282

⁵⁰⁵ The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Yugoslavia), Memorial of the Republic of Croatia, vol. 6., str. 1. et 293.-350.

osoba. Prema dva izvješća pukovnika Ivana Grujića, predsjednika Komisije za zatočene i nestale, od 17. siječnja 2003. i 26. veljače 2003. godine smanjeni broj nestalih osoba rezultat je otkrivanja novih iskopavanja 237 nestalih osoba iz masovnih i individualnih grobnica na prethodno okupiranim područjima Republike Hrvatske te nešto poboljšane suradnje sa Srbijom i Crnom Gorom povodom rješavanja toga pitanja. Rezultat toga je bio pronalazak 237 osoba u novooktrivenim grobnicama te 26 osoba pronađenih na području Srbije i Crne Gore. (u vremenu između priopćenja i obnovljenog popisa nestalih broj registriranih nestalih osoba se nešto povećao te zato se brojke ne poklapaju u potpunosti).⁵⁰⁶

Zadnja obnovljena lista nestalih osoba u okviru postupka u predmetu *Hrvatska v. Srbija* priložena je u odgovoru Hrvatske na kontra-memorijal Srbije te se odnosi na stanje od 1. rujna 2009. godine. Prema njoj se 1.024 osobe vode kao nestale što predstavlja određeni napredak u odnosu na prethodne dvije liste.⁵⁰⁷

Lista zatočenih osoba u Domovinskom ratu prvi put je objavljena, zajedno s listom nestalih osoba, u šestom volumenu memorijala 2001. godine. U njoj su navedena imena 7.624 osoba zatočenih u kampovima pod srpskom kontrolom na teritoriju SRJ, BiH i Hrvatske. Međutim, slično kao i u slučaju nestalih osoba popis je samo djelomično prikazivao stvarno stanje jer su u njemu bile navedene samo osobe koje su na neki način bile evidentirane kao zatočeniци, bilo za vrijeme zatočeništva bilo naknadno.

2010. godine u trećem volumenu odgovora Republike Hrvatske na kontra-memorijal Republike Hrvatske objavljena je nova obnovljena lista osoba zatočenih u kampovima pod srpskom kontrolom na teritoriju SRJ, BiH i Hrvatske. Njen popis proširen je za 84 osobe te je sada brojio 7.708.⁵⁰⁸ No, značajnije je što je u četvrtom volumenu odgovora objavljen popis

⁵⁰⁶ Statement of Colonel Ivan Grujić, Bureau for Detained and Missing persons, Republic of Croatia, 17. January 2003., u: Written statement of the Republic of Croatia of its observations and submissions on the preliminary objections raised by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), vol. 2. - annexes, str. 1.-4.; Statement of Colonel Ivan Grujić, Bureau for Detained and Missing persons, Republic of Croatia, 26. February 2003., u: Written statement of the Republic of Croatia of its observations and submissions on the preliminary objections raised by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), vol. 2. - annexes, str. 5.-6.

⁵⁰⁷ The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 2., str. 367.-435., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18200.pdf>

⁵⁰⁸ The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 3., str. 1.-334., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18202.pdf>

od 2.786 osoba zatočenih na području tadašnje SRJ. Popis je izrađen od strane srpskih vlasti te predstavlja korak naprijed u poboljšanju suradnje između Hrvatske i Srbije u rješavanju ovoga osjetljivog pitanja.⁵⁰⁹

Vezano za problematiku pitanja utvrđivanja broja nestalih osoba, ICJ u svojoj presudi u predmetu *Hrvatska v. Srbija*, nije htio ulaziti u pitanje broja i etniciteta žrtava rata. No, ipak ICJ je, izlazeći iz područja čisto pravnog odlučivanja, istaknuo da su stranke tijekom postupka iskazale odlučnost rješavanja pitanja nestalih osoba te im je iskazao punu potporu u budućem nastavku međusobne suradnje i rješavanja navedenog pitanja. Autori ovog rada smatraju da je ICJ izlaskom iz svojih strogih pravnih okvira te davanjem ocjene o suradnji Hrvatske i Srbije u vezi s pitanjem nestalih osoba iskazao visoku razinu svijesti o budućim političkim konotacijama svoje presude. Naime, iako nije ni dužan ni ovlašten ocjenjivati pitanja koja se ne tiču konkretno genocida, ICJ je bio svjestan da će njegova presuda imati dugoročne implikacije na buduće odnose Hrvatske i Srbije te je u skladu s tim izveo navedeni zaključak.⁵¹⁰ O pitanju zatočenih osoba raspravljao je na pojedinim mjestima također ne ulazeći u utvrđivanje ukupnog broja.⁵¹¹ Neovisno o tome što u presudi nije u potpunosti utvrđivano stanje nestalih i zatočenih osoba, izradom i usustavljanjem kompletnih lista u memorijalu napravljen je značajan korak u konačnom rješavanju tog osjetljivog pitanja. Kao što je već rečeno, u memorijalu su nadograđeni temelji rješavanja pitanja nestalih i zatočenih osoba u Domovinskom ratu koja je potrebno riješiti u svrhu zatvaranja toga poglavlja i poboljšanja odnosa između Hrvatske i Srbije. Koliko će ICJ stvarno doprinijeti pozitivnom rješavanju navedenih pitanja vidjet će se tek u vremenu koje slijedi.

5.4. Utvrđivanje štete i povrat kulturnih dobara

Zajedno sa svim ostalim argumentima, u svrhu dokazivanja postojanja odgovornosti Srbije za genocid, u memorijalu je istaknuto pitanje utvrđenja i naknade štete te povrat

⁵⁰⁹ The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 4., str. 94.-141., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18204.pdf>

⁵¹⁰ ICJ, Croatia v. Serbia, para. 355.-359.

⁵¹¹ *Ibid.*, para. 223., 236., 244., 282., 353., 488., 531. et 538.

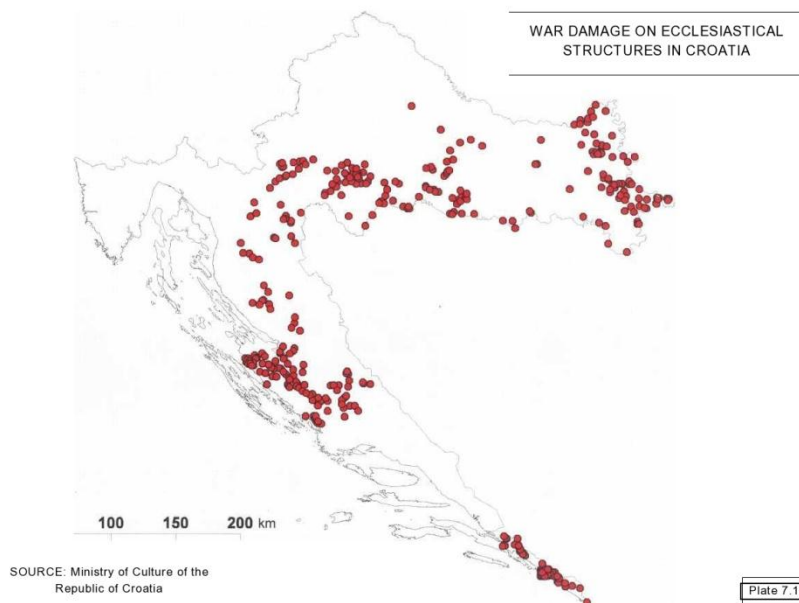
otuđenih kulturnih dobara. Rješavanje postavljenog pitanja od velikog je značaja za utvrđivanje ukupne štete koja je nanesena Republici Hrvatskoj u Domovinskom ratu te za nastojanje obnavljanja nastalog stanja.⁵¹²

Prema podacima iz petog volumena memorijala ukupno je 2.323 povijesnih građevina, klasificiranih kao kulturna dobra, oštećeno ili uništeno. U prvom volumenu memorijala navedeno je da se radi o jednoj trećini od ukupnog broja kulturnih dobara u Republici Hrvatskoj. Pritom je istaknuto da je najveću štetu pretrpio grad Vukovar čiji su pojedini dijelovi u potpunosti uništeni. Pored civilnih građevina u povijesnim urbanim centrima, najveća šteta nanesena je crkvenim objektima kategoriziranim kao kulturno nasljeđe Republike Hrvatske. 393 crkvenih objekata je oštećeno ili uništeno. Kada se toj broju priključi i broj oštećenih ili uništenih crkvenih objekata koji ne spadaju u navedenu kategoriju brojka se podiže na 1.423. No, oštećenje i uništenje hrvatske sakralne kulturne baštine nije bilo ograničeno samo na crkvene objekte nego je prošireno i na groblja za koja je procijenjeno da ih je oštećeno ili uništeno oko 1.000. Veliku štetu pretrpjele su i tradicionalne i povijesne građevine i ekonomska postrojenja u selima. Kao najviše oštećena područja navode se područje Dubrovnika i Istočne Slavonije (Vukovarsko-Srijemsko područje).⁵¹³ Za sva oštećena i uništena kulturna dobra Hrvatska je zahtjevala naknadu štete.⁵¹⁴

⁵¹² The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 5., str. 165., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18206.pdf>

⁵¹³ *Ibid.*, str. 165.-167.

⁵¹⁴ The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 1., str. 410., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18198.pdf>



Slika 4.: Mapa ratne štete na crkvenim objektima u Republici Hrvatskoj (izvor: Case concerning the application of the Convention of the prevention and punishment of the crime of genocide, Memorial of the Republic of Croatia, Maps, working material, vol. 3., od 14. siječnja 2001., 7.1.)

Osim oštećenih i uništenih kulturnih dobara, u memorijalu su navedene i lokacije s kojih su otuđena pokretna kulturna dobra. Utvrđivanje i usustavljanje podataka s kojih su otuđena dobra bilo je nužno kako bi se mogao u suradnji s Republikom Srbijom pokrenuti postupak vraćanja tih dobara.⁵¹⁵ Štoviše, jedan od zahtjeva u tužbi za odgovornost Srbije za genocid bilo je vraćanje ukradenih kulturnih dobara njezinim pravim vlasnicima.⁵¹⁶

Kasnijim izvješćem dr. Antuna Vujića, ministra kulture RH 2003. godine, navedenim podacima su pridodani i podaci Muzejskog dokumentacijskog centra o šteti prouzročenoj muzejskim objektima. Prema njima ukupno je 8.225 komada muzejski izložaka obuhvaćeno protupravnim radnjama. Od toga 5.038 izložaka je otuđeno ili opljačkano, 2.374 uništeno te

⁵¹⁵ *Ibid.*, str. 167.

⁵¹⁶ The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 1., str. 5., 15. et 409., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18198.pdf>

843 oštećeno (navedeni popis ne uključuje izloške Muzeja grada Vukovara). U prethodno navedenom izvješću dr. Grujića također su navedeni i podaci o šteti na kulturnim dobrima iz crkvi i manastira. U zaključku izvješća istaknuto je da suradnja uključenih država te ishod tužbe za genocid ne bi smjela nikako negativno utjecati na planirane pregovore oko restitucije vezane za kulturna dobra.

Navedeni podaci o oštećenim i uništenim kulturnim dobrima na teritoriju Republike Hrvatske uneseni su u memorijal prvenstveno kako bi se putem njih dokazala genocidna namjera Republike Srbije da se u potpunosti ili djelomično uništi hrvatska kultura kao dio jednog većeg sustavnog plana.⁵¹⁷ Takvu argumentaciju ICJ u konačnici nije prihvatio jer je zaključio da uništenje kulturnih dobara može biti značajan pokazatelj genocidne namjere, ali ne i konstitutivni element genocidnog čina namjernog podvrgavanja grupe takvim životnim uvjetima koji dovode do njegovog potpunog ili djelomičnog uništenja.⁵¹⁸ Međutim, ne ulazeći na ovom mjestu u svrhovitost navedenih podataka za konačnu presudu ICJ-a, važno je za primjetiti korisnost koju je za daljnji proces obnove Republike Hrvatske imalo utvrđivanje nastale štete na kulturnim dobrima. Usustavljivanjem navedenih podataka uvelike ubrzan je proces obnove hrvatske kulturne baštine te povrata preotetih kulturnih dobara natrag u domovinu.

5.5. Zaključno o važnosti sporednih učinaka memorijala

Kao što je već na nekoliko mjesta rečeno, tužba Republike Hrvatske u predmetu odgovornosti Republike Srbije za genocid nije polučila osuđujućom presudom. Međutim, cijeli postupak koji je prethodio podnošenju tužbe, te kasnija utvrđenja ICJ-a, imala su neke pozitivne implikacije za Hrvatsku. Prikupljanjem relevantnih povijesnih dokumenata te utvrđivanjem ispravnog činjeničnog stanja postavljeni su temelji za rasvjetljavanje povijesnog razdoblja prve polovice 90ih godina 20. stoljeća te za smanjenje mogućnosti naknadnog iskrivljavanja podataka. Utvrđivanjem te izradom lista nestalih i zatočenih osoba postavljen je temelj za utvrđenje njihovog konačnog broja. Također, utvrđivanjem oštećenih, uništenih i otuđenih kulturnih dobara omogućeno je da se uvidom u potpune podatke započne s

⁵¹⁷ *Ibid.*, str. 4. et 385.

⁵¹⁸ ICJ, *Croatia v. Serbia*, para. 386.-390.

postupkom njihove obnove i postupkom njihova vraćanja na mjesta s kojih su otuđeni. Sve to je u konačnici doprinijelo poboljšanju suradnje i uspostavljanju dijaloga s Republikom Srbijom kako bi sređeni i točno utvrđeni podaci o štetama Domovinskog rata mogli biti konačno ostavljeni prošlosti.

Stoga, autori ovog rada ističu kako se pri promatranju u ocjenjivanju smisla i uspjeha hrvatske tužbe svakako trebaju imati na umu i navedeni pozitivni učinci te da se cijeli postupak ne smije proglasiti apsolutnim neuspjehom.

6. PRIJEDLOG NOVOG RJEŠENJA ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA GENOCID

6.1. Uvod

Mogućnost odgovornosti države za genocid nužna je zbog uloge koju država može imati pri počinjenju zločina genocida. Iako pojedinac može samostalno počinuti genocid, država i cijeli državni aparat mogu poslužiti kao sredstvo za razvijanje opće svijesti o nužnosti djelomičnog ili potpunog istrebljenja pojedine nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine. Država tako može postati sredstvo kojim će se razbuktati genocidna namjera kroz sve slojeve društva te potencirati zvjerstva zločina genocida. Time će mogućnost počinjenja genocida dobiti takve razmjere kakve pojedinac samostalno nije u stanju dosegnuti. Jedan od najboljih primjera jest Holokaust iz kojeg se može vidjeti kakve razmjere genocid može poprimiti kada skupina pojedinaca, koristeći se državnim aparatom, sustavno nameće društvu opću svijest u kojoj se krije genocidna namjera. Zbog takvih saznanja prijeko potrebno je postojanje mogućnosti da država odgovara za počinjenje genocida. ICJ je, kako je već obrazloženo, potvrdio tu mogućnost uspostavljanjem svoje nadležnosti u odlučivanju o odgovornosti Srbije za počinjenje genocida u predmetu *BiH v. Srbija* (v. IV.1.3.3.1.). Iako je time otvoreno novo poglavlje u međunarodnoj inkriminaciji genocida kao zločina svih zločina, otvoreni su i brojni prijepori glede odgovornosti države za genocid. To se prvenstveno odnosi na previsoke kriterije koji moraju biti zadovoljeni da bi se počinjenje genocida pripisalo državi (v. VI.6.2.1.). Postavlja se pitanje postoji li odgovornost države za genocid zbog takvog visokog praga pripisivosti samo na formalnoj razini? Ako je tako, treba li međunarodna zajednica ostati zadovoljna time što će pojedinci odgovarati za počinjenje genocida, a odgovornost država ostati na teoretskoj razini? Ili su nužne promjene koje bi

zaista omogućile odgovornost države za genocid? Konvencija o genocidu i međunarodna praksa zaštitile su mnoge pravne vrijednosti, ali i ostavile mnoga pitanja neodgovorena. Autori ovoga rada nastojat će, kroz predstojeće izlaganje, konstruktivnim kritikama prakse međunarodnih sudova odgovoriti na ta pitanja i ponuditi moguća nova rješenja.

6.2. Prijepori u dosadašnjoj praksi utvrđivanja odgovornosti države za genocid

Glavni razlog zbog kojeg bi Konvencija o genocidu mogla ostati na razini individualne odgovornosti, odnosno da odgovornost države ostane samo teoretska formulacija jesu, već spomenuti, visoki kriteriji pripisivosti genocida državi. Kako bi se ogradila od zločina genocida, država bi ga mogla počinuti putem vojnih i paravojnih jedinica kojima bi pružala razne oblike potpore i pomoći, a koje nisu dio njenog državnog ustrojstva zbog čega bi se njihova djela teško mogla pripisati državi. Ta tvrdnja potkrijepljena je činjenicom da je upravo takav modalitet prepoznat u prva dva predmeta o odgovornosti države za genocid pred ICJ-om, u *BiH v. Srbija* te *Hrvatska v. Srbija*. Prema tome, želi li se ograditi od pripisivanja genocida, država ga zasigurno ne bi počinila putem svojih organa, već bi to prepustila raznim grupama pojedinaca. Oslonac za utvrđivanje odgovornosti države ostaje čl. 8. Nacrta članaka, odnosno ustanovljenje potrebne kontrole države nad grupom. Problem jest u određivanju kada će pripisivost državi čina takvih grupa pojedinaca koje ona pomaže i podupire biti nužno i opravdano, a kada ne? Primjenom testa „efektivne kontrole“ iz presude Nikaragva, kako ga je dosada primijenjivao ICJ, odgovornost države mogla bi postati u praksi nedostižan cilj. S druge strane, upitna je primjenjivost drugog testa, testa „sveopće kontrole“ iz presude Tadić koji uspostavlja preširoko polje primjene čl. 8. Nacrta članaka. Ako ustanovimo narednim izlaganjem da jedan test postavlja kriterije pripisivosti previsoko, a drugi prenisko, otvara se mogućnost i potreba uspostavljanja novog testa, svojevrsnog kompromisa između testa „efektivne kontrole“ i testa „sveopće kontrole.“

6.2.1. Ostaje li primjenom testa „efektivne kontrole“ odgovornost države za genocid mrtvo slovo na papiru?

ICJ je u presudi *BiH v. Srbija* rezolutno odlučio primjeniti izvorni oblik testa „efektivne kontrole“ na slučajeve genocida te je time postavio kriterije pripisivosti enormno

visoko.⁵¹⁹ Kako je već obrazloženo u prethodnom dijelu rada, testom „efektivne kontrole“ zahtijeva se da država vrši efektivnu kontrolu upravo nad genocidom koji grupa pojedinaca počinji (v. V.3.1.3.2.1.). To znači da neovisno koliko i kako država pomaže grupu na generalnoj razini, ako država nije imala kontrolu nad operacijom kojom je izvršen genocid, ona neće odgovarati za genocid. Dakle, država bi mogla slati oružje grupi, financirati grupu isplatom plaća pripadnicima, obučavati pripadnike grupe, sudjelovati pri organiziranju grupe, pomagati u odabiru vojnih ciljeva, organizirati operacije grupe na općoj razini i u konačnici izbjeći odgovornost za genocid samo ako dokaže da nije imala kontrolu konkretno nad operacijama kojima je počinjen genocid.⁵²⁰

Time se za tužitelja postavlja vrlo zahtijevan zadatak dokazivanja činjenica koje se traže testom „efektivne kontrole“ kako bi uspostavio pripisivost genocida državi. S druge strane, tužena stranka može vrlo lako srušiti čitavu konstrukciju kojom joj se nastoji pripisati genocid ako samo dokaže da nije imala efektivnu kontrolu nad operacijama kojima je genocid počinjen. Test „efektivne kontrole“ jasno i u znatnoj mjeri ide u prilog tuženoj stranci. To je opravdano ako se uzme u obzir da se tuženu državu tereti za počinjenje zločina svih zločina te da ju se s političkog aspekta etiketira kao genocidnu što ostavlja dugotrajne negativne implikacije. Zbog takve pravne prirode genocida nužno je da dokazi upućuju na visok stupanj sigurnosti da je iza počinjenja genocida stajao državni aparat. Ipak, ne smije se dozvoliti da zbog težine zločina genocida kriteriji za pripisivost budu postavljeni tako visoko da su u praksi nedostižni, odnosno da država nikada neće biti odgovorna za genocid. Upravo to je rezultat primjene testa „efektivne kontrole“ gdje tužena stranka uvijek ima jednostavan i pretjerano olakšan način izbjegavanja pripisivosti genocida.

Također, potrebno je sagledati test „efektivne kontrole“ i s gledišta uzročnosti. Ako država financira, obučava, organizira, opskrbljuje grupu, odnosno vrši opću kontrolu, postavlja se pitanje bi li grupa pojedinaca bila uopće u stanju počiniti zločin da država nije pružala sve navedeno? Ako grupa ne bi bila sposobna počiniti genocid bez potpore tužene

⁵¹⁹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 403.-404. *et* 407.

⁵²⁰ „The Court has taken the view (paragraph 110 above) that United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the contras, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the contras in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua.“; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986., str. 14., para. 115., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.

države, a istovremeno se ne dokaže da je ta država vršila efektivnu kontrolu nad konkretnim počinjenjem, je li opravdano pripisati počinjenje genocida državi u navedenom slučaju? Autori ovoga rada smatraju da država u tom slučaju ne bi trebala odgovarati za počinjeni genocid.⁵²¹ Ipak, autori rada nisu istog stajališta ako se navedena uzročnost uzme u obzir primijenjujući test „sveopće kontrole“. Odnosno, istovremeno postojanje sveopće kontrole, koja postoji kada država koordinira vojnim aktivnostima organizirane grupe, i navedene uzročnosti moglo bi dati drugačiji rezultat (v. VI.6.4.2.)

Iduća diskutabilna karakteristika testa „efektivne kontrole“ jest njegova rigidnost. ICJ je beskompromisno, kako je već navedeno u radu, odlučio primjenjivati test „efektivne kontrole“ bez obzira što se radi o genocidu kao zločinu specifične pravne naravi i kogentnoj normi međunarodnog prava (v. V.3.1.3.2.1.). ICJ je istaknuo kako pravila pripisivosti ostaju uniformna neovisno o pravnoj prirodi međunarodno protupravnog čina koji se nastoji pripisati državi.⁵²² Isto stajalište iznio je i sudac ICJ-a prof. dr. sc. James Crawford u intervjuu s autorima rada vođenom isključivo za potrebe ovoga rada. Prof. Crawford smatra kako ne bi trebalo biti razlika pri primjeni pravila pripisivosti na razne međunarodno protupravne čine. Dakle, prema njegovom mišljenju pravila pripisivosti u načelu ostaju ista za kršenja normi bilo kojeg karaktera.⁵²³

Nadalje, ICJ je test „efektivne kontrole“ jednako primjenio na situaciju znatno različitih okolnosti od onih u presudi Nikaragva, a koje bi mogle utjecati na snižavanje kriterija propisanih testom. U predmetu *BiH v. Srbija* te okolnosti odnosile su se na to da su VRS i SRJ dijelile isti cilj, da je postojala identičnost etničkog podrijetla te da su obje strane bile vođene istom ideologijom stvaranja „Velike Srbije.“ U sklopu te ideologije zajednička namjera grupe pojedinaca i SRJ-a u predmetu *BiH v. Srbija* bila je, između ostalog, počinjenje međunarodnih zločina. Sve to nije postojalo u predmetu Nikaragva u kojem je test „efektivne kontrole“ uspostavljen. Prema izdvojenom mišljenju Al-Khasawneha u presudi *BiH v. Srbija*, upravo ta znatna razlika u okolnostima upućuje na to da nije potrebna efektivna kontrola SRJ-a nad konkretnom operacijom grupe kakva se zahtijevala u presudi Nikaragva.⁵²⁴ Ako država

⁵²¹ Mogla bi odgovarati za povredu obveze spriječavanja i kažnjavanja genocida temeljem čl. 1. Konvencije o genocidu.

⁵²² ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 401.

⁵²³ Iz intervju sa sućem Međunarodnog suda James Richard Crawfordom, od 8. travnja 2015

⁵²⁴ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Dissenting opinion Al-Khasawneh, para. 36.

dijeli iste ciljeve i ideologiju s određenom grupom pojedinaca, može li se smatrati da je država tu grupu pomagala i podupirala upravo da bi se ostvarili zajednički ciljevi, odnosno počinjenje međunarodnih zločina? Ako je odgovor pozitivan, tu činjenicu moglo bi se uzeti u obzir pri ispitivanju pripisivosti čina grupe državi (v. VI.6.4.2.). Prof. dr. sc. Sakib Softić, zastupnik BiH u predmetu *BiH v. Srbija*, iznio je autorima rada, u intervjuu napravljenom za potrebe ovog rada, svoj stav o navedenom pitanju. Prof. dr. sc. Softić smatra kako su kriteriji pripisivosti, postavljeni testom „efektivne kontrole“ u predmetu *Nikaragva*, previsoki za primjenu u predmetu *BiH v. Srbija*, s obzirom na znatno različite činjenične okolnosti obaju slučaja. Ti previsoki kriteriji, prema njegovom mišljenju, postavljeni su zahtijevanjem efektivne kontrole nad konkretnom operacijom uz postojanje zajedničkih ciljeva države i grupe pojedinaca.⁵²⁵ Prema mišljenju autora rada, činjenicu jednakosti cilja i ideologije između države i počinitelja zasada zasigurno možemo uzeti kao osnovu koja upućuje na veću povezanost države i grupe pojedinaca nego što je to bilo u predmetu *Nikaragva*. Iz toga proizlazi da primjena testa „efektivne kontrole“ u njegovom izvornom obliku nije prikladna te da je varijacija testa nužna. Isti stav dijeli bivši potpredsjednik ICJ-a Al-Khasawneh u prethodno navedenom izdvojenom mišljenju.⁵²⁶

Iz svega navedenog slijedi zaključak kako je nepromijenjenim testom „efektivne kontrole“ ICJ postavio kriterije pripisivosti previsoko. Glavni problem jest činjenica što nije dozvolio ikakvu varijaciju na uspostavljeni test. Razumljivo je da pravna priroda međunarodno protupravnog čina ne utječe na pravila pripisivosti, što je u spomenutom intervjuu potvrdio i sudac ICJ-a, sudac James Crawford. Međutim, autori rada smatraju kako okolnosti pod kojima je genocid počinjen mogu i moraju utjecati na njegovu pripisivost državi. Dakle, primjenjujući ovakvu nefleksibilnu verziju testa „efektivne kontrole“ pojedinim državama se gotovo nikada neće moći pripisati genocid koji je počinjen od grupe pojedinaca koje je ona znatno pomagala i podupirala. Posljedica toga jest da odgovornost države za genocid ostane samo mrtvo slovo na papiru što je neprihvatljivo.

⁵²⁵ Iz intervjua s prof. dr. sc. Sakibom Softićem, od 10. ožujka 2015.

⁵²⁶ *Ibid.*, para. 39.

6.2.2. Proširivanje polja primjene čl. 8. Nacrta članaka primjenom testa „sveopće kontrole“

Testom „sveopće kontrole“ iz presude Tadić u primjenu čl. 8. Nacrta članaka unosi se fleksibilnost koja nije prisutna u testu „efektivne kontrole“ iz presude Nikaragva. Točnije, prepoznaje se nužnost varijacije potrebne kontrole države nad grupom da bi došlo do pripisivosti čina te grupe državi. Konkretno, dok kod neorganizirane grupe moraju postojati upute za počinjenje određenog čina, kod organizirane grupe dovoljna je sveopća kontrola države nad takvom grupom da bi došlo do pripisivanja njenih čina državi (v. V.3.1.3.2.2.). Iako na prvi pogled djeluje kao rješenje problema koji postoji primjenom testa „efektivne kontrole“, takvom fleksibilnošću stvara se opasnost pripisivanja čina grupe državi kada to nije opravdano.

Ustanovi li se da država ima sveopću kontrolu nad organiziranom grupom, svi čini te grupe bili bi pripisivi toj državi. To bi moglo značiti slijedeće. Država financira, organizira, pomaže, obučava, pruža potporu organiziranoj grupi i koordinira njenim vojnim aktivnostima izvršavajući sveopću kontrolu jer je ta grupa svojim dosadašnjim djelovanjem pokazala da ima ciljeve sukladne državnim. Izvršavajući vojne operacije koje nisu vođene genocidnom namjerom, u jednom trenutku grupa odluči zloupotrijebiti pomoć države kako bi počinila genocid te u tome i uspije. Primjenom testa „sveopće kontrole“ državi će se pripisati tako počinjen genocid jer je potrebno samo da država ima sveopću kontrolu nad grupom što je i imala. Opasnost u ovakvom olakom pripisivanju genocida državi jest u mogućnosti da država nije uopće imala u vidu počinjenje genocida niti je pomagala grupu radi toga te da bi možda i prekinula ikakvu suradnju s grupom da je znala kakve namjere ta grupa ima, a na kraju će ipak odgovarati za počinjeni genocid. Bilo bi krajnje neopravdano osuditi takvu državu za genocid na osnovi da je morala računati s tim da bi grupa koju je pomagala mogla počiniti genocid. Dakle, primjenom testa „sveopće kontrole“ polje primjene čl. 8. Nacrta članaka proširilo bi se i na situacije koje ne bi smjele rezultirati pripisivošću čina državi. Isto stajalište izrazio je i ICJ u presudi *BiH v. Srbija*.⁵²⁷

Testom „sveopće kontrole“ kriteriji pripisivosti postavljeni su prenisko i njegovom primjenom državi će se pripisati svi čini koje poduzme grupa nad kojom država ima sveopću kontrolu. Kako bi se uklonila opasnost koja proizlazi iz primjene toga testa, autori rada

⁵²⁷ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 406.

smatraju da je potrebno unjeti dodatni element koji će nedvojbeno povezati državu s genocidom počinjenim od grupe pojedinaca koja je pod njenom sveopćom kontrolom.

6.3. Osnovanost uvođenja novog testa kontrole

Ustanovivši da se testom „efektivne kontrole“ državi gotovo nikada neće pripisati genocid počinjen od grupe pojedinaca, a da će se testom „sveopće kontrole“ gotovo uvijek pripisati bez obzira je li to opravdano, postaje jasno da niti jedna od opcija nije prihvatljiva. Dakle, promjena je neophodna, no pitanje je postoje li osnove za nju? Kao osnovu za odstupanje od testa „sveopće kontrole“ može se uzeti ICJ-evo odbijanje njegove primjene u presudi *BiH v. Srbija* (v. V.3.1.3.2.2.). S druge strane, ICJ se jasno odlučio za primjenu testa „efektivne kontrole“ bez ikakvih izmjena te je osnovu za odstupanje od toga testa znatno teže ustanoviti (v. *infra*). Iako je ICJ glavno sudsko tijelo UN-a, autori ovoga rada smatraju da nije i nepogriješivo, posebice kod odluke o primjeni prikladnog testa kontrole. Takvo stajalište autori rada potkrijepljuju sličnim mišljenjima međunarodnih sudaca i stručnjaka. Prije svega, sudac ICTY-a Shahabuddeen u izdvojenom mišljenju u presudi Tadić stajališta je kako je namjera ICJ-a u presudi Nikaragva bila da postavi test „efektivne kontrole“ kao fleksibilan i podložan varijacijama.⁵²⁸ Slično mišljenje dijeli i bivši potpredsjednik ICJ-a Al-Khasawneh ističući kako bi test kontrole trebao biti promijenjiv ovisno o okolnostima u kojima se pravila pripisivosti primjenjuju.⁵²⁹ Konačno, kao potvrda da ideja izmjene testa „efektivne kontrole“ nije neutemeljena može poslužiti i Izvješće Komisije za međunarodno pravo o radu njenog 50. zasjedanja iz 1998. godine. Naime, članovi Komisije poduprli su inicijativu promjene čl. 8. Nacrta članaka kojom bi se omogućilo variranje testa kontrole obzirom na pravni kontekst svakog konkretnog slučaja (v. V.3.1.3.2.1.).⁵³⁰ Iz svega navedenog može se zaključiti kako unošenje promjena u standard kontrole za pripisivost čina državi nije bez podloge, odnosno da prijedlog novoga testa kontrole ima osnovano uporište u međunarodnoj zajednici.

⁵²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-A, Partially Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, od 19. travnja 2004., para. 19., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>

⁵²⁹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Dissenting opinion Al-Khasawneh, para. 36.-39.

⁵³⁰ Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April - 12 June and 27 July - 14 August 1998., Supplement No.10 (A/53/10), str. 83

6.4. *De lege ferenda* test „stvarne kontrole“

Zbog previsoko postavljenih kriterija testom „efektivne kontrole“ i prenisko postavljenih testom „sveopće kontrole“ autori ovoga rada, kao kompromisno rješenje dvaju navedenih testova, predlažu novi koncept, test „stvarne kontrole“. Ako bi se takav test „stvarne kontrole“ pokazao osnovanim, njegova primjena u slučaju *BiH v. Srbija* dala bi drugačiji ishod od onog ustanovljenog primjenom testa „efektivne kontrole.“

6.4.1. Nazivlje testa „stvarne kontrole“

Autori ovoga rada predlažu naziv test „stvarne kontrole“ zbog zahtijeva koji se postavlja čl. 8. Nacrta članka. Naime, kada se ustanovi da je grupa pod ravnanjem ili kontrolom države, člankom 8. Nacrta traži se da između grupe i države postoji tzv. realna ili stvarna veza (v. V.3.1.3.1.).⁵³¹ Testovi kontrole služe upravo kako bi se ustanovilo postoji li spomenuta stvarna veza države i grupe pojedinaca. Testom „stvarne kontrole“ zahtijevala bi se takva kontrola države nad grupom koja bi upućivala na to da je grupa stvarno povezana s državnim ustrojstvom, odnosno da je s državom u spomenutoj stvarnoj vezi. Dakle, sam naziv kontrole koja bi se zahtijevala testom (stvarna kontrola) upućivao bi na postojanje veze koja se zahtijeva člankom 8. Nacrta članka (stvarna veza). Takvim identičnim nazivljem ostvarila bi se terminološka podudarnost naziva testa i potrebne veze što unosi veću preglednost i jednostavnost pri tumačenju pravila pripisivosti.

6.4.2. Test „stvarne kontrole“

Prema prijedlogu autora rada test „stvarne kontrole“ predstavljao bi, kako je već spomenuto, kompromis između testa „sveopće kontrole“ i testa „efektivne kontrole“ zasnivajući se djelomično na rješenjima prvog, a djelomično na rješenjima drugog testa. U novu verziju testa dobivenu takvim spajanjem rješenja dvaju postojećih testova, autori rada predlažu unošenje novog kriterija koji nije primjenjivan u dosadašnjim testovima. Tim kriterijem bi test „stvarne kontrole“ bio kompletan te bi predstavljao sasvim novo rješenje.

⁵³¹ Crawford, J., *op. cit.* u bilj 296., str. 110.

6.4.2.1. Spajanje dvaju postojećih testova

Iz testa „sveopće kontrole“ preuzela bi se fleksibilnost primjene testa te pojam sveopće kontrole. Fleksibilnost primjene znači da bi se razlikovala kontrola države koja je potrebna nad neorganiziranom grupom pojedinaca naspram kontrole potrebne nad organiziranom grupom.⁵³² Pojam sveopće kontrole predstavlja kontrolu koja postoji kada država, uz ostale oblike pomoći, koordinira vojnim aktivnostima grupe pojedinaca ili pomaže pri planiranju njihovih vojnih aktivnosti na općoj razini (v. V.3.1.3.2.2.).⁵³³

Iz konstrukcije testa „efektivne kontrole“ preuzelo bi se stajalište ICJ-a da sveopća kontrola države nad grupom nije dostatna za pripisivanje čina državi. Sveopća kontrola ne čini vezu između države i grupe dovoljno jakom da bi se čin grupe pripisao državi.⁵³⁴ Drugim riječima, sveopćom kontrolom nastaje veza između države i grupe koja nije jednaka spomenutoj stvarnoj vezi zahtijevanoj čl. 8. Nacrta članaka.

Rezultat sklapanja navedenih rješenja iz oba testa bio bi sljedeći. Razlikovala bi se kontrola potrebna nad neorganiziranom grupom pojedinaca od kontrole potrebne nad organiziranom grupom. Za pripisivanje čina neorganizirane grupe bilo bi potrebno dokazati da je država takvoj grupi dala posebne upute da počini genocid. S druge strane, za pripisivanje čina organizirane grupe državi ne bi bilo potrebno postojanje takvih uputa već postojanje sveopće kontrole države nad takvom grupom. Ipak, postojanje samo sveopće kontrole ne bi bilo dostatno već bi se zahtijevalo ispunjenje još jednog kriterija. Dakle, nakon sklapanja dvaju postojećih testova rezultat bi bio tzv. krnji test „sveopće kontrole“ u koji bi bilo potrebno unijeti novinu kako bi koncept testa „stvarne kontrole“ postao kompletan.

6.4.2.2. Uzročnost kao dodatni kriterij

Novina u testu „stvarne kontrole“ bio bi dodatni kriterij koji bi upućivao na postojanje stvarne veze države i grupe. Pri određivanju koji kriterij bi to bio, iznimno je važno imati na umu da je konačni cilj testa kontrole ustanoviti da između države i grupe pojedinaca postoji

⁵³² *Ibid.*, para. 117.

⁵³³ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, od 15. srpnja 1999., para. 131.

⁵³⁴ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 406.

veza koja se približava, ali ne izjednačuje u potpunosti s vezom države i njenih organa. Taj kriterij činio bi razliku naspram dosadašnjih testova kontrole te bi, uz sveopću kontrolu, bio okosnica predloženog testa „stvarne kontrole.“

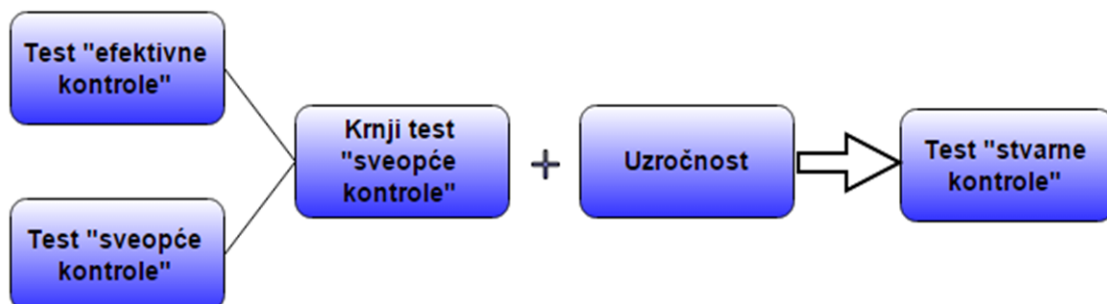
Kriterij čije bi ispunjenje, uz postojanje sveopće kontrole, rezultiralo pripisivošću genocida državi jest, u prethodnom dijelu rada obrazložena, uzročnost (v. VI.6.2.1.).⁵³⁵ Zahtijevalo bi se postojanje uzročnosti između države i genocida koji je počinila organizirana grupa pojedinaca. Uzročnost bi postojala ako bi se ustanovilo da je država nad organiziranom grupom pojedinaca imala takvu sveopću kontrolu i pružala im toliku pomoć da bez takve kontrole i pomoći grupa ne bi mogla počiniti genocid. Osnova tog rješenja jest sljedeća. Sveopća kontrola, kako je već obrazloženo, nije dostatna da bi došlo do pripisivosti. Ona previše slabi stvarnu vezu koja mora postojati između grupe i države, a koja je slična vezi države i državnog organa. No, ako se uz tu sveopću kontrolu ustanovi da je država bila glavni sponzor organizirane grupe pri počinjenju genocida, odnosno bez njene kontrole i pomoći grupa ne bi mogla počiniti genocid, ta veza države i organizirane grupe jača te se približava vezi države i njenog organa. Dakle, postojanjem sveopće kontrole i uzročnosti odnos države i organizirane grupe postaje sličan odnosu države i državnog organa.

Naime, državni organ djeluje pod određenim pravilima, strukturom i organizacijom unutar državnog ustrojstva. Sukladno tomu, nije potrebna kontrola države nad svakim pojedinim djelovanjem državnog organa da bi se njegov čin pripisao državi. Također, državni organ je sposoban poduzimat mjere iz svoga djelokruga upravo jer mu država to omogućuje ovlašćujući ga i pružajući mu sredstva za to. Navedeni odnos države i državnog organa sličan je odnosu države i organizirane grupe pojedinaca kada su zadovoljena oba kriterija, sveopća kontrola i uzročnost. Organizirana grupa pojedinaca djeluje pod određenim pravilima, strukturom, organizacijom i sveopćom kontrolom države, slično kao državni organ. Također, ako postoji navedena uzročnost, grupa pojedinaca uspjela je pri počinjenju genocida upravo zbog toga jer joj je država to omogućila, analogno kako državnom organu omogućuje da djeluje.

⁵³⁵ Prema najrasprostranjenijoj teoriji ekvivalencije uzročnost se objašnjava tako da se uzročnim smatraju sve ljudske radnje koje su na bilo koji način utjecale na nastanak posljedice. Ta teorija ne pravi razliku između bitnih i nebitnih, izravnih i neizravnih te bližih i daljnjih uzroka. Ona se obično povezuje s formulom *condicio sine qua non* (hrv. uvjet bez kojega se ne može). Tako se ponašanje određenog subjekta smatra uzrokom ako bez njega ne bi došlo do posljedice. Upravo takvo stajalište o uzročnosti u skladu je s razmatranjem uzročnosti za potrebe testa „stvarne kontrole.“; v. više Novoselec, P., *op. cit.* u bilj. 101., str. 169.170.

Iz svega navedenog može se zaključiti da bi, postojanjem sveopće kontrole države nad organiziranom grupom i ustanovljenjem obrazložene uzročnosti bio zadovoljen test „stvarne kontrole“. Zadovoljenjem testa „stvarne kontrole“ smatralo bi se da između države i organizirane grupe pojedinaca postoji stvarna veza koja se zahtijeva čl. 8. Nacrta članka. Konačni ishod bio bi pripisivanje državi genocida koji je počinila organizirana grupa pojedinaca. Test „stvarne kontrole“ mogao bi se primjenjivat i za potrebe pripisivosti drugih međunarodno protupravnih čina državi.

U suštini, test „stvarne kontrole“ činila bi sveopća kontrola i uzročnost kao konstitutivni elementi koji moraju biti zadovoljeni pri ispitivanju pripisivosti čina organizirane grupe pojedinaca državi. Važno je napomenuti kako test „stvarne kontrole“ ne bi bio krut pri primjeni kao dosadašnji test „efektivne kontrole“ te bi se preciznije definirao kroz međunarodnu sudsku praksu. Pri tom definiranju u obzir bi se trebale uzimati samo činjenice koje jačaju vezu grupe i države približavajući ju stvarnoj vezi kakva se zahtijeva čl. 8. Nacrta članka.⁵³⁶



Slika 5.: Test „stvarne kontrole“ (izvorno)

⁵³⁶ Tako bi se primjerice u obzir mogle uzeti okolnosti kao što su zajednički ciljevi, etničko podrijetlo i ista ideologija organizirane grupe pojedinaca i države.

6.4.3. Primjena testa „stvarne kontrole“ u predmetu *BiH v. Srbija*

Radi boljeg shvaćanja obrazloženog koncepta, u narednom izlaganju test „stvarne kontrole“ bit će hipotetski primijenjen na predmet *BiH v. Srbija*. Za potrebe primjene testa „stvarne kontrole“, autori rada služit će se isključivo nalazima ICJ-a iz presude *BiH v. Srbija*.

Presudom *BiH v. Srbija*, ICJ je utvrdio da je u Srebrenici počinjen genocid od strane VRS-a.⁵³⁷ Ustanovivši postojanje genocida, postavilo se pitanje njegove pripisivosti SRJ-u koja je vršila kontrolu nad VRS-om. Za potrebe pripisivosti, ICJ je morao utvrditi je li postojao dovoljan stupanj kontrole SRJ-a nad VRS-om koji se traži čl. 8. Nacrta članaka. Kako bi to utvrdio, primijenio je test „efektivne kontrole“ kojim su postavljeni, kako je prethodno obrazloženo, previsoki kriteriji pripisivosti, te je zaključio kako nema osnova za pripisivanje genocida SRJ-u.⁵³⁸ Međutim, da je ICJ primijenio drugačije kriterije pripisivosti koji su postavljeni predloženim testom „stvarne kontrole“, odluka bi mogla biti drugačija.

Ispitujući je li zadovoljen test „stvarne kontrole“, potrebno je utvrditi postoje li njegova dva konstitutivna elementa: sveopća kontrola i uzročnost. Bude li potrebno, mogu se uzeti u obzir i druge činjenice iz konkretnog slučaja koje jačaju vezu između RS-a i SRJ-a, odnosno koje upućuju na postojanje stvarne veze između RS-a i SRJ-a.

Iako ICJ, odbivši primjeniti test „sveopće kontrole“, nije uopće ulazio u ispitivanje postojanja sveopće kontrole, iz stajališta ICJ-a može se posredno zaključiti da je ona postojala. Primjenjujući test „potpune kontrole“, ICJ je utvrdio postojanje političke, vojne i logističke povezanosti SRJ-a i VRS-a.⁵³⁹ Utvrdio je i da je SRJ pružala znatnu financijsku pomoć i vojno opremala VRS.⁵⁴⁰ Postojanje političke povezanosti upućuje na to da je vodstvo SRJ-a, uz ostale oblike pomoći i potpore, pomagalo VRS-u pri planiranju vojnih aktivnosti na općoj razini. Iz svega navedenog može se zaključiti da je postojala sveopća kontrola SRJ-a nad VRS-om.

⁵³⁷ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 297.

⁵³⁸ *Ibid.*, para. 415.

⁵³⁹ *Ibid.* para. 394.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, para. 238.-240.

Idući korak u primjeni testa „stvarne kontrole“ je utvrđivanje postojanja uzročnosti. ICJ se, radi utvrđivanja činjeničnog stanja, izravno upustio u pitanje uzročnosti, odnosno pitanje koliki je bio doprinos pomoći i potpore SRJ-a VRS-u pri njegovu djelovanju. Sud je, utvrđujući činjenice u odnosu SRJ-a i VRS-a, zaključio kako bi mogućnosti djelovanja VRS-a bile znatno ograničene da je SRJ prekinula pružati vojnu i financijsku pomoć.⁵⁴¹ Ta tvrdnja upućuje na postojanje uzročnosti, no nije dostatna za izvođenje zaključka o njezinom nedvojbenom postojanju. Za takav zaključak može se uzeti sljedeće stajalište ICJ-a kojim je, primjenjujući test „potpune kontrole“, neizravno utvrdio postojanje uzročnosti. Naime, utvrdio je da pomoć i potpora koju je SRJ pružala VRS-u, iako krucijalna i od iznimne važnosti za poduzimanje vojnih aktivnosti VRS-a, nije bila dostatna za zadovoljenje testa „potpune kontrole“.⁵⁴² Time je ICJ iznio stajalište da VRS, bez potpore i pomoći SRJ-a, ne bi mogla poduzeti vojne aktivnosti koje je bila poduzela. Drugim riječima, moglo bi se zaključiti da je postojala uzročnost između počinjenog genocida od strane VRS-a i pomoći i potpore SRJ-a.

Zaključno, u predmetu *BiH v. Srbija* test „stvarne kontrole“ bio bi zadovoljen. Njegovom primjenom utvrdilo bi se postojanje stvarne veze koja se zahtijeva čl. 8. Nacrta članaka između SRJ-a i VRS-a. Posljedica toga bila bi pripisivost SRJ-u genocida koji je počinila VRS. To bi u konačnici rezultiralo osuđujućom presudom Srbije za počinjenje genocida u Srebrenici.

Svrha primjene testa „stvarne kontrole“ na predmet *BiH v. Srbija* je da ukaže da se predloženi novi koncept znatno razlikuje od dosadašnjeg rješenja. To bi značilo da se konceptom testa „stvarne kontrole“ otvaraju nova poglavlja u akademskoj raspravi o temi odgovornosti države za genocid. Ako bi se argumenti, na kojima se temelji predloženi koncept, prihvatili kao opravdani, posljedica bi bila stvaranje novog stava o primjeni pravila pripisivosti za potrebe odgovornosti države za genocid. Idući korak, prema mišljenju autora rada, bio bi stvaranje *pro et contra* argumenata za takav ponuđeni novi stav. Tada bi svrha predlaganja *de lege ferenda* testa kontrole bila u potpunosti zadovoljena.

⁵⁴¹ *Ibid.*, para. 241.

⁵⁴² *Ibid.*, para. 394.

VII. ZAKLJUČAK

Genocid kao zločin svih zločina prisutan je kroz čitavu povijest ljudskog roda. Od svojih početaka genocid se, protekom vremena, razvojem ljudske sposobnosti i tehnologije te nastankom države, razvio u zločin čije počinjenje može poprimiti neslućene razmjere. Njegov razvoj kulminirao je tijekom Drugog svjetskog rata kada je Treći Reich, posredstvom državnog aparata, počinio genocid u njegovom punom sjaju. Međunarodna zajednica postala je svjesna nužnosti normiranja genocida te ga inkriminirala Konvencijom o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida 1948. godine. Time su postavljeni temelji današnjeg sustava odgovornosti države za genocid.

Kako bi se ustanovila odgovornost države za počinjenje genocida, tri konstitutivne pretpostavke moraju biti zadovoljene. Prve dvije pretpostavke čije se postojanje mora dokazati, ujedno su temeljni elementi genocida: *actus reus* i *mens rea*. Dakle, mora se ustanoviti da je genocid počinjen. Nakon toga, utvrđeno počinjenje genocida potrebno je uspješno pripisati državi. Time će biti zadovoljena i treća pretpostavka odgovornosti države za genocid. Istim redoslijedom utvrđivanja bio je vođen i ICJ u predmetima *BiH v. Srbija* te *Hrvatska v. Srbija*. Iako navedene pretpostavke kao pisana pravila u Konvenciji o genocidu i Nacrtu članaka naizgled ne predstavljaju nedostižne ciljeve, ICJ je svojim tumačenjima i stajalištima, u dvjema navedenim presudama, pokazao suprotno.

Naime, ICJ prvenstveno ulazi u ispitivanje *actus rei* elementa genocida. *Actus reus* bit će ispunjen ako se dokaže da je ispunjen bilo koji od pet modaliteta počinjenja genocida. U njegovom ispitivanju ICJ se još uvijek ne upušta u ispitivanje genocidne namjere, nego samo na činjeničnoj razini utvrđuje postojanje ubojstava, teških tjelesnih ili psihičkih povreda, nametanja životnih uvjeta usmjerenih prema uništenju neke skupine, nametanja mjera s namjerom sprječavanja rađanja te prisilnog premještanja djece iz jedne skupine u drugu. Ako utvrdi ispunjenje jednog od navedenih načina počinjenja genocida, ICJ se upušta u ispitivanje postojanja genocidne namjere, *mentis reae*.

Mens rea kao *differentia specifica* genocida u odnosu na sva ostala kaznena djela predstavlja prvu veliku prepreku u dokazivanju odgovornosti države za počinjenje genocida. Genocidna namjera može se dokazivati na dva načina. Utvrđuje se prvenstveno dokazivanjem postojanja državnog genocidnog plana. Budući da su državnici u suvremeno doba svjesni međunarodne osude genocida, malo je vjerojatno da će javno očitovati genocidnu politiku,

kao i da će dokumente u kojima je izriču učiniti dostupnima. Stoga se supsidijarno uvodi dokazivanje genocidne namjere putem obrasca ponašanja koji mora biti takav da samo i isključivo upućuje na postojanje genocida. Ako postoji dvojba upućuje li određeni obrazac na genocid, ICJ bi trebao presuditi da genocida nema. Iz navedenog se vide poteškoće u dokazivanju počinjenog genocida. U slučaju da se tako visoko postavljena prepreka uspije zadovoljiti, u postupku dokazivanja odgovornosti države za počinjeni genocid postavlja se još veći problem. Problem pripisivosti počinjenog genocida državi.

Poteškoće u pripisivosti genocida državi nastaju zbog načina na koji bi genocid mogao biti počinjen. Naime, vodstvo države moglo bi, svjesno mogućnosti osude za počinjenje genocida, nastojati ograditi se od genocida tako što će njegovo počinjenje prepustiti raznim paravojnim jedinicama. Zbog činjenice da bi genocid počinila grupa pojedinaca koja je strukturno odvojena od države, primjena pravila pripisivosti svela bi se na čl. 8. Nacrta članaka. Odnosno, osnova pripisivanja genocida državi ostala bi utvrđivanje je li država izvršavala dovoljan stupanj kontrole nad paravojnim jedinicama koje su počinile genocid da bi došlo do njegove pripisivosti državi. Za potrebe utvrđivanja navedenog, ICJ se koristi testom „efektivne kontrole“. Međutim, kriteriji postavljeni testom „efektivne kontrole“ postavljeni su toliko visoko da predstavljaju teško dostižan cilj. Zbog stajališta ICJ-a da primjenjuje samo taj test, pripisivost predstavlja zadnju pretpostavku koja bi uvijek mogla onemogućiti ustanovljenje odgovornosti države za počinjenje genocida. Time odgovornost države ostaje teoretska formulacija koja ima malih izgleda biti ostvarena u praksi ICJ-a.

Potaknuti navedenom spoznajom, autori rada upustili su se u kritičko razmatranje dosadašnjeg te iznalaženje novog rješenja. Pritom su u obzir uzeli test „efektivne kontrole“ i test „sveopće kontrole“, nastojeći u oba pronaći pogodne elemente za stvaranje novog, *de lege ferenda* koncepta testa potrebne kontrole. Spajanjem pogodnih rješenja iz obaju navedenih testova došlo se do nepotpunog koncepta kojemu nedostaje dodatni kriterij. Taj kriterij činio bi predloženi koncept jedinstvenim te osnovano opravdanim za primjenu. Pri njegovu pronalaženju, autori rada bili su vođeni zahtijevom koji je postavljen čl. 8. Nacrta članaka: postojanje stvarne veze između države i grupe pojedinaca. Također, autori rada detaljno su analizirali logiku stajališta ICJ-a u primjeni testa potrebne kontrole. Iz svega navedenog, izveden je zaključak da bi dodatni kriterij trebala biti uzročnost između kontrole države nad grupom pojedinaca i počinjenim genocidom. To bi značilo da je država pružala toliku pomoć i potporu grupi pojedinaca i izvršavala toliku sveopću kontrolu nad grupom da bez svega toga grupa ne bi bila u mogućnosti počiniti genocid. Unošenjem tog kriterija, uspostavljen je

kompletan koncept testa „stvarne kontrole“. Svrha predlaganja novog testa „stvarne kontrole“ je da ukaže na nedostatke dosadašnjeg rješenja te potakne raspravu o vlastitim karakteristikama. Autori rada nisu bili vođeni idejom kritiziranja postojećeg i nametanja vlastitog rješenja kao konačnog, već idejom pomicanja granica rasprave o navedenoj temi tek toliko da se otvore nova pitanja i ponude novi odgovori u akademskoj zajednici.

Upravo akademska rasprava o temi genocida bila je temeljni motiv provedenog opsežnog i detaljnog istraživanja o odgovornosti države za genocid. Naime, činjenica da je genocid zločin svih zločina sama po sebi nameće potrebu vođenja stručne rasprave o njemu te kritiziranja svakog nepotpuno osnovanog stajališta međunarodnih sudova u njihovoj praksi. Tim više što je utvrđeno da je na području bivše Jugoslavije genocid počinjen, potreba za istraživanjem i upoznavanjem s pravnim značenjem genocida postaje još veća. Unatoč takvoj nužnosti, akademski svijet ostao je pomalo inertan na stajališta ICJ-a u presudama *BiH v. Srbija* i *Hrvatska v. Srbija*, a šira javnost zakinuta za upoznavanje sa ispravnim i jedinim relevantnim značenjem riječi genocid - pravnim značenjem. Rezultat toga bilo je stvaranje neosnovanog i poprilično nezadovoljnog javnog mnijenja prema dvjema presudama ICJ-a. Autori rada bili su, u istraživanju teme genocida, vođeni željom za poticanjem i produbljivanjem stručne rasprave o genocidu, te približavanjem teme široj javnosti. Konačna ideja autora rada je potaknuti nove načine promišljanja o temi te inicirati stvaranje potencijalno drugačijih stavova o odgovornosti države za genocid.

VIII. APPENDIX: KAZALO SUDSKE PRAKSE KORIŠTENE U PREDMETIMA *BiH v. SRBIJA I HRVATSKA v. SRBIJA PRED MEĐUNARODNIM SUDOM*

Za potrebe ovog rada, autori su sastavili popis odluka ICTY-a koje je ICJ koristio u slučajevima ustanovljenja odgovornosti države za genocid.

Sudske odluke ICTY-a korištene u slučaju *Hrvatska v. Srbija*

ICTY

ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, od 31. srpnja 2003., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-A, od 19. travnja 2004., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Milan Babić, IT-03-72-S, od 29. lipnja 2004., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/babic/tjug/en/bab-sj040629e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-T, od 1. rujna 2004., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić, IT-02-60-T, od 17. siječnja 2005., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/tjug/en/bla-050117e.pdf

ICTY, Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-T, od 31. siječnja 2005., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/strugar/tjug/en/str-tj050131e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Martić, IT-95-11-T, od 12. lipnja 2007., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Mile Mrkšić et al, IT-95-13/1-T, od 27. rujna 2007., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/en/090505.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina et al., IT-06-90-A, od 16. studenog 2012., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf

ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, IT- 05-88/2-T, 12. prosinca, 2012., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/tolimir/tjug/en/121212.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Stanišić and Simatović, IT-03-69-T, od 30. svibnja 2013., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/stanistic_simatovic/tjug/en/130530_judgement_p1.pdf

ICTR

ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, ICTR, od 2. rujna 1998., dostupno na <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html>

Sudske odluke ICTY-a korištene u slučaju *BiH v. Srbija*

ICTY

ICTY, Prosecutor v. Karadžić and Mladić, IT-95-5-R61, Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, od 11. srpnja 1996., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/mladic/related/en/rev-ii960716-e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, IT-96-22-T, od 29. studenog 1996., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/961129_Erdemovic_summary_en.pdf

ICTY, Prosecutor v. Kovačević et Drljača, IT-97-24, od 1. kolovoza 1998., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/milan_kovacevic/ind/en/kov-ii970313be.pdf

ICTY, Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, od 15. srpnja 1999., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Goran Jelisić, IT-95-10-T, od 14. prosinca 1999., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/jelistic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Kupreškić, IT-95-16-T, 14. siječnja 2000., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Kunarac, Kovač, Vuković (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), od 22. veljače 2001., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Duško Sikirica et al. ,IT-95-8-T, od 6. rujna 2001., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/sikirica/tjug/en/010903r98bis-e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al, IT-98-30/1-T, od 2. studenog 2001., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, IT-97-25-T, od 15. ožujka 2002., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/tjug/en/krn-tj020315e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, od 31. srpnja 2003., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Biljana Plavšić, IT-00-39-S, od 27. veljače 2003., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/plavsic/tjug/en/pla-tj030227e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Stojan Župljanin, IT-99-36, od 27. ožujka 2003., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/zupljanin_stanismic/tjug/en/130327-1.pdf

ICTY, Prosecutor v. Blagoje Simić, IT-95-9-T, od 17. listopada 2003., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/simic/tjug/en/sim-tj031017e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Momir Nikolić, IT-02-60/1, od 2. prosinca 2003., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/nikolic/tjug/en/mnik-sj031202-e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Stanislav Galić, IT-98-29-T, od 5. prosinca 2003., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Dragan Obrenović, IT-02-60/2, od 10. prosinca 2003., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/obrenovic/tjug/en/031210_Obrenovi_summary_en.pdf

ICTY, Prosecutor v. Ranko Češić, IT-95-10/1-S, od 11. ožujka 2004, dostupno na http://www.icty.org/x/cases/cesic/tjug/en/040311_ei_summary_en.pdf

ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-A, od 19. travnja 2004., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brđanin, IT-99-36-T, od 1. rujna 2004., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić, IT-02-60-T, od 17. siječnja 2005., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/tjug/en/bla-050117e.pdf

ICTY, Prosecutor v. Željko Mejačić, IT-95-4, od 17. prosinca 2005., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/mejakic/tdec/en/051212.htm>

ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-T, 27. rujna 2006., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/en/kra-jud060927e.pdf>

ICTY, Prosecutor v. Popovic et al', Beara, IT-05-88/1, od 10. lipnja 2010., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>

ICTR

ICTR, Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana , ICTR-95-1-T, od 21. svibnja 1999., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html>

ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, ICTR, od 2. rujna 1998., dostupno na <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html>

IX. ZAHVALE

Pored autora rada „Genocid – zločin svih zločina: tumačenje odgovornosti države kroz praksu Međunarodnog suda pravde, kritike i prijedlozi novih rješenja“ dio njegovog stvaranja bio je niz ljudi koji su svojim strpljenjem, susretljivošću, stručnošću, trudom i pomoći doprinijeli u njegovom nastajanju. Kako bi iskazali svoju zahvalnost, a ujedno i ponos što su uopće bili u prilici surađivati s njima, autori ovog rada se zahvaljuju:

dr. sc. Marku Milanoviću, profesoru na *University of Nottingham School of Law*, koji je autorima rada pomogao u obrađivanju odnosa Međunarodnog suda pravde i Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju te u kritici genocidne namjere kao sastavnog elementa genocida,

prof. dr. sc. Ivi Josipoviću, koji je bio jedan od istaknutijih pojedinaca u nastanku tužbe za genocid u predmetu Hrvatska protiv Srbije, autori ovog rada ističu zahvalnost na odvajanju vremena u više navrata, trudu koji je iskazao u potankom objašnjavanju početne taktike hrvatskih zastupnika u spomenutom postupku, davanju na raspolaganje dokumenata korištenih u postupku, a posebno na tekstu Memorijala hrvatske tužbe na engleskom i hrvatskom jeziku koji je autorima rada bio od velike pomoći,

prof. dr. sc. Sakibu Softiću, agentu BiH u postupku tužbe za genocid u predmetu BiH v. Srbija, na velikoj susretljivosti i pomoći pri ulasku u ključna pitanja ovog rada: pripisivosti državi djelovanja pojedinaca te dokazivanja genocidne namjere putem obrasca ponašanja. Pored spomenute pomoći u nastanku rada, autori ističu radost i ponos što je profesor Softić prepoznao njihov uloženi trud te izrazio želju da se u vlastitoj knjizi u nastajanju poziva na neke dijelove ovog rada,

prof. dr. sc. James Richard Crawfordu, sucu Međunarodnog suda pravde, koji je odvojio dio vremena iz obvezama pune svakodnevnice kako bi autorima rada približio odnos Međunarodnog suda pravde i Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju te kako bi pomogao u objašnjavanju modaliteta pripisivosti djelovanja pojedinaca državi / *To Mr. James Richard Crawford, L.L.D., Judge of the International Court of Justice, who took time from his busy schedule in order to provide the authors of this paper a closer understanding of the relationship between the International Court of Justice and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, as well as to provide assistance in explaining the modalities of attributability of individuals' acts to the state.*

Luki Mišetiću, međunarodno priznatom kaznenopravnom odvjetniku, koji nam je pomogao u osvrtu na presudu predmeta Hrvatska protiv Srbije te u donošenju zaključaka o učincima proizašlim iz nje,

prof. dr. sc. Davorinu Lapašu, jednom od hrvatskih zastupnika u predmetu Hrvatska protiv Srbije, na pomoći pri stvaranju rada, a pogotovo u približavanju pitanja pripisivosti čina pojedinaca državi,

Sandri Marković, višoj ustavnosudskoj savjetnici, voditeljici savjetničke službe Ustavnog suda Republike Hrvatske, na savjetima, kritikama, te velikoj pomoći u prikupljanju materijala,

Ani Pintarić, na trudu, pomoći i velikom strpljenju koje je imala tijekom nastanka ovog rada,

prof. dr. sc. Ireni Majstorović, na svim savjetima i prenesenom iskustvu,

Upravi za nestale i zatočene pri Ministarstvu branitelja Republike Hrvatske, te posebno pročelnici Višnji Bilić na pruženim podacima i pomoći pri obrađivanju pitanja nestalih osoba u Domovinskom ratu.

Documenti – Centru za suočavanje s prošlošću na pomoći pri stjecanju uvida u socijalnu dimenziju presude Međunarodnog suda pravde u predmetu Hrvatska protiv Srbije, te na materijalima koje su nam učinili dostupnim.

Richard Mulleru, na svim konstruktivnim kritikama, trudu i pomoći,

Draženu Dujmoviću iz biblioteke Pravnog fakulteta, Sveučilišta u Zagrebu, na strpljenu i pristupačnosti,

Snježani Konopljak, savjetnici u Centru za evidenciju i dokumentaciju Ustavnog suda Republike Hrvatske, na iscrpnoj lekturi teksta rada i svim danim savjetima vezanim za način i stil pisanja,

te konačno, najveća zahvala ide mentorici, prof. dr. sc. Maji Seršić. Nakon iznošenja ideje o pisanju rada na Katedri za međunarodno pravo na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, profesorica je autorima rada pomogla u odabiru aktualne i zanimljive teme te od samih početaka projekta koji je trajao sedam mjeseci sudjelovala s ogromnim entuzijazmom.

Profesorica je autorima rada bila na raspolaganju i pomoći u svako doba dana i noći, na radne dane, vikende i blagdane. Pokazala je ogromno strpljenje u objašnjavanju međunarodnopravne problematike te bila od velike pomoći u obrađivanju kako teoretskih pitanja, tako i pitanja iz međunarodnopravne prakse. Poslužila se svojim ugledom kako bi autore rada dovela u priliku da surađuju s nekim od svjetski priznatih pravnih stručnjaka, a s ciljem poboljšanja kvalitete ovog rada. Stoga je riječ hvala nedovoljna kako bi iskazali zahvalu na svemu gore navedenom.

X. POPIS LITERATURE

KNJIGE I ČLANCI

1. Abass, A., Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur, *Fordham International Law Journal*, vol. 31., 2007., str. 871.-910.
2. Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo 1*, Zagreb, 2010.
3. Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo 3*, Zagreb, 2006.
4. Arsanjani, M., H., Carbonneau, T., E., *The Codification of the Law of State Responsibility, Proceedings of the 101st Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 83., 1989., str. 225.-231.
5. Bassiouni, M., J., Manikas P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, 1996.
6. Blaskovich, J., *Anatomy of Deceit. An American Physician's First-hand Encounter with the Realities of the War in Croatia.*, New York, 1997.
7. Borchard, E. M., "Responsibility of States," at the Hague Codification Conference, *The American Journal of International Law*, vol. 24., no. 3., srpanj 1930., str. 517.-540.
8. Browning, C., R., *The Nazi Empire*, u: Bloxham, D., Moses, A., D., (ur.) *The Oxford Handbook of Genocide*, New York, 2010., str. 407.-425.
9. Browning, W. R. F. (ur.), *Torah*, *Oxford Biblical Studies Online*, dostupno na: <http://www.oxfordbiblicalstudies.com/article/opr/t94/e1935>
10. Caron, D., D., *The ILC Articles on State Responsibility: The paradoxical Relationship Between Form and Authority*, *The American Journal of International Law*, vol. 96., no. 4., kolovoza 2002., str. 857.-873.
11. Charney, I., W., „Holocaust“: The Word and Its Usage, u: Charney, I., W., Wiesenthal, S., Tutu, D., (ur.), *Encyclopedia of Genocide: Vol. 1*, Jerusalem, 1999., str. 40.-46.
12. Chenault, S., *And Since Akayesu? The Development of ICTR Jurisprudence on Gender Crimes: A Comparison of Akayesu and Muhimana*, *New England Journal of International and Comparative Law*, 2008, Vol. 14, str. 221.-237.
13. Church, A., J., Gilman, A., *The story of Carthage*, New York, 1886.
14. Conquest, R., *The Harvest of Sorrow: Soviet Collectivization and the Terror-famine*, New York, 1987.

15. Crawford, J., Peel., J., Olleson, S., The ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading, *European Journal of International Law*, vol. 12., no. 5., 2001., str. 963.-991.
16. Crawford, J., *State responsibility: The general part*, Cambridge, 2013.
17. Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2005.
18. Crawford, J., *The System of International Responsibility*, u: Crawford, J., Pellet, A., Olleson, S. (ur.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010.
19. Dawson, G., Boynton, R., *Reconciling Complicity in Genocide and Aiding and Abetting Genocide in the Jurisprudence of the United Nations Ad hoc Tribunals*, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 21, str. 241.-280.
20. Drost, P., *The Crime of State, Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples*, Netherlands, 1959.
21. Dündar, F., *The settlement policy of the Committee of Union and Progress*, u: Kieser, H.-L., (ur.), *Turkey Beyond Nationalism: Towards Post-Nationalist Identities*, London, 2006., str. 37.-42.
22. Einarsen, T., *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo, 2012.
23. Fournet, C., *The Crime of Destruction and the Law of Genocide. Their Impact on Collective Memory*, Ashgate, 2007.
24. Friedlander, H., *The Origins of Nazi Genocide: From Euthanasia to the Final Solution*, Chapel Hill, 1995.
25. Gattini, A., *Breach of Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgement*, *The European Journal of International Law*, vol. 18. no. 4., 2007., str. 695.-713.
26. Gourgourinis, A., *General/Particular International Law and Primary/Secondary Unitary Terminology of a Fragmented System*, *The European Journal of International Law*, vol. 22., no. 4., 2011., str. 993.-1026.
27. Harvey, B., *Atilla the Hun*, Philadelphia, 2003.
28. Homer, *Ilijada*, 6. 6., u: Ford, J., H., (ur.), Butler, S., (prij.), *Homer - The Iliad and the Odyssey*, El Paso, 2006.
29. Howard, J., *The Crusades: A History of One of the Most Epic Military Campaigns of All Time*, Hustonville, 2011.
30. Ignatieff, M., *The Unsung Hero Who Coined the Term "Genocide"*, dostupno na: www.newrepublic.com, rujan, 2013.

31. Jacobs, S., L., Lemkin on genocide: introduction, u: Jacobs, S., L. (ur.), Lemkin on Genocide, Plymouth, 2014., str. vii.-xiv.
32. January, B., Genocide: Modern Crimes Against Humanity, Minneapolis, 2007.
33. Jones, A., Genocide: A Comprehensive Introduction, New York, 2006.
34. Kaiser, H., Genocide at the Twilight of the Ottoman Empire, u: Bloxham, D., Dirk Moses, A., (ur.), The Oxford Handbook of Genocide Studies, New York, 2010., str. 365.-385.
35. Kiernan, B., Blood and Soil: A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur, Harrisonburg, 2007.
36. Kiernan, B., The First Genocide: Carthage, 146 BC, Diogenes, vol. 51., br. 3., kolovoz 2004., str. 27.-39.
37. Landau, R., S., The Nazi Holocaust, London, 2006.
38. Lemkin, R., Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations, dostupno na:
<http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>
39. Lemkin, R., Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Governments, Proposals for Redress, Washington, D. C., 1944.
40. Lemkin, R., Genocide - A Modern Crime, Free World, vol. 4., travanj 1945.
41. Lemkin, R., Genocide, American Scholar, vol. 15., no. 2., travanj 1946., 227.-230.
42. Lemkin, R., Genocide as a Crime under International Law, American Journal of International Law, vol. 41(1), 1947.
43. Lemkin, R., History of Genocide: Antiquity, vol. 1., u: Jacobs, S., L. (ur.), Lemkin on Genocide, Plymouth, 2014.
44. Lemkin, R., History of Genocide: Middle Ages, vol. 2., u: Jacobs, S., L. (ur.), Lemkin on Genocide, Plymouth, 2014., str. 103.-188.
45. Lemkin, R., Soviet Genocide in the Ukraine, u: Luciuk, L., Y., (ur.), Holodomor: Reflections on the Great Famine of 1932–1933 in Soviet Ukraine, Kingston, "Holodomor Studies" Journal, Vol. 1, Issue 1, Winter-Spring 2009., str. 3.-8.
46. Levene, M., Genocide in the Age of the Nation State: The Meaning of Genocide, London, 2005.
47. Luban, D., S., Timid Justice: The ICJ should have been harder on Serbia, od 15. veljače 2007., dostupno na <http://www.slate.com/id/2160835/>
48. Malešević, S., Ideology, Legitimacy and the New State: Yugoslavia, Serbia and Croatia, New York, 2013.

49. Milanovic, M., State Responsibility for Genocide, *The European Journal of International Law*, Vol. 17. No. 3., 2006., str. 553.-604..
50. Miller, H., The Hague Codification Conference, *The American Journal of International Law*, vol. 24., no. 4., str. 674.-694.
51. Moore, J., B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, SAD, 1898.
52. Nelson, T. (ur.), *The Holy Bible: New King James Version*, Nashville, 2009., 1 Samuel 15, str. 253.
53. Nissel, A., The ILC Articles on State Responsibility: *Between Self-help and Solidarity*, *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 38., no. 1 et 2., 2006., str. 355.-371.
54. Niewyk D., L., *The Holocaust: Jews, Gypsies and the Handicapped*, u: Totten, S., Parsons, W., S., (ur.), *Centuries of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts*, New York, 2013., str. 191.-248.
55. Novoselec P., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2009.
56. Olleson, S., *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Preliminary draft, British Institute of International and Comparative Law, str. 61., dostupno na: http://www.biicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf
57. Petrović, G., *Logika, Element*, Zagreb, 2005.,
58. Proctor, R., N., *Racial Hygiene: Medicine Under the Nazis*, Cambridge, 1988.
59. Quiqley J., *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, Aldershot, 2006.
60. Robinson, N., *The Genocide Convention a commentary*, Institute of Jewish Affairs, 1960.,
61. Rubinstein, W., D., *Genocide*, New York, 2014.
62. Sarkin, J., *Colonial Genocide and Reparations in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims under International Law by the Herero against Germany for Genocide in Namibia, 1904.-1907.*, Westport, 2009.
63. Schabas, W., A., *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2nd edition, Cambridge, 2009.
64. Schabas, W., *Mens Rea and The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, *New England Law Review*, 37, 2003., str. 1015.-1036.
65. Schaller, D., J., *The Genocide of the Herero and Nama in German South-West Africa, 1904.-1907.*, u: Totten, S., Parsons, W., S. (ur.), *Centuries of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts*, New York, 2013., str. 89.-116.

66. Seršić, M., *Međunarodnopravna odgovornost države*, Zagreb, 2007.
67. Seršić, M., *Međunarodni zločini država: Posebna kategorija protupravnih čina?*. Zbornik PFZ, vol. 49., br. 6., 1999., str. 731.-750.
68. Shackelford, S., *Holding States Accountable for the Ultimate Human Right Abuse: A Review of the International Court of Justice's Bosnian Genocide Case*, Human Rights Brief 14, no. 3, 2007., str. 21. - 26.
69. Smith, K. E., *Genocide and the Europeans*, Cambridge, 2010.
70. Stiffarm, L., A., Lane., P., jr., *The Demography of Native North America: A Question of American Indian Survival*, u: Jaimes, A. (ur.), *The State of Native America: Genocide, Colonization and Resistance*, New York, 1992., str. 23.-54.
71. Tatz, C., *Genocide in Australia*, u: Totten, S., Parsons, W., S. (ur.), *Centuries of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts*, New York, 2013., str. 55.-88.
72. Totten S., Parsons W. S., *Centuries of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts*, Routledge, 2013.
73. van Wees, H., *Genocide in the Ancient World*, u: Bloxham, D., Moses, A., D. (ur.), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, New York, 2010., str. 239.-258.
74. Werth, N., *Mass Deportations, Ethnic Cleansing, And Genocidal Politics in the Later Russian Empire and the USSR*, u: Bloxham, D., Moses, A., D., (ur.) *The Oxford Handbook of Genocide*, New York, 2010., str. 386.-406.

PRAVNI IZVORI

1. „Article 1. The 1932-1933 Holodomor in Ukraine is an act of genocide of the Ukrainian people.“, Law of Ukraine №376–V "On Holodomor of 1932 - 33 in Ukraine“, Kiev, 2006., *Verkhovna Rad.*
2. Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora (Vienna Convention on the Law of Treaties), 23. svibnja 1969., U.N.T.S., vol. 1155, str. 331.; NN MU br. 16/93.
3. Charter of the United Nations, dostupno na:
<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>
4. Dopunski protokol Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II) (Ženeva, 8. lipnja 1977.), NN MU br. 5/94.
5. Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 1954., dostupno na:
http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf

6. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1996., dostupno na:
http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf
7. "*First Regulation to the Reich Citizenship Law, November 14, 1935*", u: Arad Y., Gutman I., Margaliot A., (ur.) Documents on the Holocaust: Selected Sources on the Destruction of the Jews of Germany and Austria, Poland, and the Soviet Union, Jerusalem, 1999., str. 80.-81.
8. ICJ Reports 6.: Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Advisory Opinion), 1951. dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>
9. Konvencija o pravima djeteta (Convention on the rights of the child), 1577 UNTS 3, Sl. l. SFRJ br. 15/90, NN MU br. 12/93, 20/97, Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta glede uključivanja u oružane sukobe, NN MU br. 5/02, Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji, NN MU 5/02, Fakultativni protokol o postupku povodom pritužbi uz Konvenciju o pravima djeteta (Optional protocol to the Convention on the rights of the child on a communications procedure), dostupno na https://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/ctc_4-11d.pdf
10. Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, Službeni vjesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ, broj 2/1950.; NN MU br. 12/1993.
11. "*Law for the Restoration of the Professional Civil Service*", u: Arad Y., Gutman I., Margaliot A., (ur.) Documents on the Holocaust: Selected Sources on the Destruction of the Jews of Germany and Austria, Poland, and the Soviet Union, Jerusalem, 1999., str. 39.-40.
12. „*Nuremberg Law for the Protection of German Blood and German Honor*“, u: Arad Y., Gutman I., Margaliot A., (ur.) Documents on the Holocaust: Selected Sources on the Destruction of the Jews of Germany and Austria, Poland, and the Soviet Union, Jerusalem, 1999., str. 78.-80.
13. Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1 Indictment: Count Three: (A) Murder and Ill-treatment of civilian populations of or in occupied territory and on the high sea, str. 44.; dostupno na: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf
14. Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur, Un Doc. S/2005/60, para. 518., dostupno na: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/WPS%20S%202005%2060.pdf>
15. Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eight Session, 6 may-26 July 1996, UN Doc. A/51/10, para 91., dostupno na:
http://legal.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf

16. Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April - 12 June and 27 July - 14 August 1998., General Assembly, Official Records, Fifty-third session, Supplement No.10 (A/53/10), str. 83, dostupno na:
http://legal.un.org/ilc/documentation/english/A_53_10.pdf
17. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April - 1 June, 2 July - 10 August, 2001., General Assembly, Official Records, Fifty-six session, Supplement no. 10. (A/56/10), str. 29.-365., dostupno na:
<http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>
18. Rezolucija Opće skupštine 96(1), Zločin genocida, od 11. prosinca 1946., dostupno na:
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement>
19. Rome Statute of the International Criminal Court, 1998., dostupno na:
http://legal.un.org/icc/statute/99_corr/cstatute.htm
20. Statute of the International Court of Justice, u: Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 1945., čl. 36. st. 2. toč. 3., dostupno na:
<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>
21. The Crime of Genocide, United Nations General Assembly Resolution, 1946, 96(I): „denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of right to live of the individual human beings”
22. The International Law Commission’s Draft declaration on rights and duties of States, 1949., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/2_1_1949.pdf
23. United Nations, Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement"), od 8. kolovoza 1945. dostupno na: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>
24. UN Resolution adopted by General Assembly, A/56/83 “Responsibility of States for internationally wrongful acts”, od 12. prosinca 2001., dostupno na:
<http://www.ilsa.org/jessup/jessup11/basicmats/StateResponsibility.pdf>
25. UN General Assembly resolution no. 3314. (XXIX), "Definition of aggression" od 14. prosinca 1974., dostupno na: <http://legal.un.org/avl/ha/da/da.html>
26. UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court, ISBN No. 92-9227-227-6, čl. 30., st.2 (I), , od 17. srpnja 1998., dostupno na
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html>
27. UN C.H.R. res. 1995/34, ESCOR Supp. (No. 4) at 115, U.N. Doc. E/CN.4/1995/34 (1995), dostupno na: <http://www1.umn.edu/humanrts/UN/Resolutions95.html>

28. UN General Assembly A/56/49(vol. 1.)/corr. 4, od 28. rujna 2001., dostupno na:
<http://www.un.org/ga/56/document.htm>
29. UN General Assembly Resolution 96 (I), od 11. prosinca 1946., dostupno na:
<http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>
30. UN General Assembly Resolution 799 (VIII), od 7. prosinca 1953., dostupno na:
<http://www.un.org/documents/ga/res/8/ares8.htm>
31. UN General Assembly A/56/49(vol. 1.)/corr. 4, od 28. rujna 2001., dostupno na:
<http://www.un.org/ga/56/document.htm>
32. UN Resolution adopted by General Assembly, A/56/83 "Responsibility of States for internationally wrongful acts", od 12. prosinca 2001., dostupno na:
<http://www.ilsa.org/jessup/jessup11/basicmats/StateResponsibility.pdf>
33. United Nations Secretariat, Secretariat Draft, First Draft of the Genocide Convention, UN Doc. E/447, od svibnja 1947., dostupno na:
<http://www.preventgenocide.org/law/convention/drafts/>
34. UN Security Council, Resolution 713 (1991), od 25. rujna 1991., dostupno na:
<http://www.un.org/Docs/scres/1991/scres91.htm>
35. UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (as last amended on 13 October 2006), 8 November 1994, dostupno na:
http://www.icls.de/dokumente/ictr_statute.pdf
36. UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (as amended on 17 May 2002), od 25. svibnja 1993., dostupno na:
http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf
37. United Nations Yearbook of International Law Commission 1949.: Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly, vol. 1., New York, 1956., dostupno na:
[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1949_v1_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1949_v1_e.pdf)
38. United Nations Yearbook of International Law Commission 1955.: Documents of the seventh session including the report of the Commission to the General Assembly, vol. 2., New York, 1960., dostupno na:
[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1955_v2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1955_v2_e.pdf)
39. United Nations Yearbook of the International Law Commission 1956: Documents of the eighth session including the report of the Commission to the General Assembly, vol. 2., New York, 1957., str. 225., dostupno na:
[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1956_v2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1956_v2_e.pdf)

40. United Nations Yearbook of the International Law Commission 1980.: Report of the Commission to the General Assembly on the work of thirty-second session, vol. 2., part 2, New York, 1981., str. 27., para. 23., dostupno na:
[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1980_v2_p2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1980_v2_p2_e.pdf)
41. United Nations Yearbook of International Law Commission 1996: Report of the International Law Commission on the work of its Forty-eight Session, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. 2., part 2., New York and Geneva, 1998., dostupno na:
http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes%28e%29/ILC_1996_v2_p2_e.pdf,
42. United Nations Yearbook of the International Law Commission 2001.: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, vol 2., part 2., New York *et* Geneva, 2007., str. 20., dostupno na:
[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_2001_v2_p2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_2001_v2_p2_e.pdf)

SUDSKA PRAKSA

-PCIJ

1. SS “Wimbledon”, 1923., P.C.I.J., Series A, no. 1., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/02_Wimbledon_Requete.pdf
2. Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment no. 8., 1927., P.C.I.J., Series A, no. 9., str. 21., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf
3. “Lotus”, Judgment no. 9., 1927., P.C.I.J., Series A, no. 10., str. 24., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf
4. Factory at Chorzów, Merits, Judgment, no. 13., 1928., P.C.I.J., Series A, no. 17., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf
5. Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzing Territory, Advisory Opinion, 1932., P.C.I.J., Series A/B, no. 44., str. 4., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_44/01_Traitement_nationaux_polonais_Avis_consultatif.pdf
6. Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74., str. 10., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf

-ICJ

7. Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, str. 4., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>
8. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949., str. 174., str. 184., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>
9. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgement, I.C.J. Reports 1970., str. 3., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>
10. Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India), Pleadings, Oral Arguments, I.C.J., 1973., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/60/9463.pdf>
11. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, str. 3., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>
12. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986., str. 14., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>
13. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>
14. Gabčíkovo-Nagymaros Project case (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997., str. 7., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>
15. ICJ, Case Concerning Legality of use of Force (Yugoslavia v. Netherlands), Verbatim Record, od 11. svibnja 1999.
16. ICJ, Case Concerning Legality of use of Force (Yugoslavia v. Portugal), Verbatim Record, od 11. svibnja 1999.
17. ICJ, Case Concerning Legality of use of Force (Yugoslavia v. United Kingdom), Verbatim Record, od 11. svibnja 1999.
18. Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2004, str. 12., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>
19. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, I.C.J. Reports 2007., od 26. veljače 2007., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>
20. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, I.C.J. Reports

2007., od 26. veljače 2007., Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawneh, dostupno na <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13689.pdf>

21. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgement, I.C.J. Reports 2015, od 3. veljače 2015., dostupno na <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>

-ICTR

22. ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, ICTR, 2. rujna 1998., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html>
23. ICTR, Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, od 21. svibnja 1999., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html>
24. ICTR, Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, ICTR-96-3-T, od 6. prosinca 1999., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/48abd5880.html>
25. ICTR, Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli, ICTR-98-44A-T, od 1. prosinca 2003., dostupno na <http://www.refworld.org/docid/404466007.html>
26. ICTR, Prosecutor v. Ntakirutimana, ICTR-96-19-A, od 13. prosinca 2004., dostupno na <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-96-17/appeals-chamber-judgements/en/041213.pdf>
27. ICTR, The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, ICTR-99-52-A, od 28. studenog 2007., dostupno na <http://www.refworld.org/docid/48b5271d2.html>

-ICTY

28. ICTY, Prosecutor v. Karadžić and Mladić, IT-95-5-R61, *Consideration of the Indictment within the Framework of Rule 61 of Procedure and Evidence*, od 11. srpnja 1996., para. 93., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/mladic/related/en/rev-ii960716-e.pdf>
29. ICTY, Prosecutor v. Karadžić and Mladić, IT-95-5-R61, *Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, od 11. srpnja 1996., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/mladic/related/en/rev-ii960716-e.pdf>
30. ICTY, Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-A, od 19. travnja 1994., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>
31. ICTY, Prosecutor v. Dražen Erdemović, IT-96-22-T, od 29. studenog 1996., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/961129_Erdemovic_summary_en.pdf

32. ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-T, od 7. svibnja 1997., Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald, str. 295.-296. et 299., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>
33. ICTY, Prosecutor v. Zdravko Mucić, IT-96-21-T, od 16. studenog 1998., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf
34. ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, od 15. srpnja 1999., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>
35. ICTY, Prosecutor v. Goran Jelisić, IT-95-10-T, od 14. prosinca 1999., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/jelusic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>
36. ICTY, Prosecutor v. Kunarac, Kovač, Vuković (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), od 22. veljače 2001., para. 583., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>
37. ICTY, Prosecutor v. Sikirica et al. ,IT-95-8-T, od 6. rujna 2001., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/sikirica/tjug/en/010903r98bis-e.pdf>
38. ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, od 31. srpnja 2003., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>
39. ICTY, Prosecutor v. Stanislav Galić, IT-98-29-T, od 5. prosinca 2003., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf>
40. ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-A, od 19. travnja 2004., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>
41. ICTY, Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-A, Partially Dissenting Opinion of Judge Shahabudden, od 19. travnja 2004., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>
42. ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brđanin, IT-99-36-T, od 1. rujna 2004., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>
43. ICTY, Prosecutor v. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić, IT-02-60-T, od 17. siječnja 2005., para.130., dostupno na http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/tjug/en/bla-050117e.pdf
44. ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, IT-95-11-T , od 12. lipnja 2007., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>
45. ICTY, Prosecutor v. Mile Mrkšić, Miroslav Radić, Veselin Šljivančanin, IT-95-13/1-T, od 27. rujna 2007., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/en/090505.pdf>
46. ICTY, Prosecutor v. Popović, IT-05-88, od 10. lipnja 2010., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>

47. ICTY, Prosecutor v. Stanišić and Simatović, IT-03-69-T, od 30. svibnja 2013., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/stanistic_simatovic/tjug/en/130530_judgement_p1.pdf

-ESLJP

48. ESLJP, Loizidou v. Turkey, od 18. prosinca 1996., dostupno na:

-ARBITRAŽNA I DRUGA MEĐUNARODNA SUDIŠTA

49. International Military Tribunal, Poland v. Hoess, od 29. ožujka 1947., dostupno na: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/JudgeHess.html>

50. International Military Tribunal, SAD v. Greifelt, od 10. ožujka 1948., dostupno na: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/RUSHA-Case%20Judgment.pdf>

51. United States of America v. Karl Brandt et al, od 19. kolovoza 1947., dostupno na : http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=medical

52. United States of America v. Alstotter, et al (“The Justice Case“) od 4. prosinca 1947., dostupno na: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf

53. District Court of Jerusalem, Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, No. 40/61., od 11. prosinca 1961., dostupno na: http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/eichmann_district.pdf

54. Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran, Iran-U.S. C.T.R., vol. XVII, 1987., str. 92, str. 101–102., dostupno na: <https://www.iusct.net/Pages/Public/A-News.aspx>

55. Commission established under the Convention concluded between the United States of America and Great Britain on 8 February 1853, Case of the Enterprise v. Great Britain, opinions of the Commissioners and decision of the Umpire, Mr. Bates; case of the Hermosa v. Great Britain, decision of the Umpire, Mr. Bates; and case of the Creole v. Great Britain, decision of the Umpire, Mr. Bates, Reports of International Arbitral Awards, vol. 29., 1854., str. 26.-53., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/26-53.pdf

56. Case concerning vessels Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White and Kate and Anna, Reports of International Arbitral Awards, vol. 9., 1902., str. 51., str. 66., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/51-78.pdf

57. Bolívar Railway Case (on merits), Reports of International Arbitral Awards, vol. IX, 1903., str. 445, str. 453., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/445-455.pdf
58. Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica), Reports of International Arbitral Awards, vol. I, 1923., str. 369., str. 381.-382., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_I/369-399.pdf
59. Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre RoyaumeUni), Reports of International Arbitral Awards, vol. II, 1925., str. 615., str. 642., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf
60. Several British Subjects (Great Britain) v. United States (Iloilo Claims), Reports of International Arbitral Awards, vol. VI, 1925., str. 158., str. 159.-160., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/158-160_British_Subjects.pdf
61. Francisco Mallén (United Mexican States) v. U.S.A, Reports of International Arbitral Awards. vol. IV, 1927., str. 173., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/173-190.pdf
62. Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards, vol. IV, 1927., str. 265., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/265-268.pdf
63. G. L. Solis (U.S.A.) v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards, vol. IV, 1928., str. 358., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/358-364.pdf
64. Island of Palmas case (Netherlands v. United States of America), Reports of International Arbitral Awards, vol. 2., 1928., str. 829., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf
65. Affaire Chevreau (France contre Royaume-Uni), Reports of International Arbitral Awards, vol. V, 1931., str. 1113., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/1113-1143.pdf
66. Dickson Car Wheel Company case (United Mexican States v. United States of America), Reports of International Arbitral Awards, vol. IV., 1931., str. 669., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/669-691.pdf
67. Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France), Reports of International Arbitral Awards, vol. XII, 1956., str. 155., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/155-269_Concession.pdf
68. Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986. between two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New

Zeland v. France), Reports of International Arbitral Awards, vol. 20., 1990., str. 215.,
dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf

OSTALO

1. Commission of Experts, Report of Commission of Experts, Vol. IV., Ann. VIII., para. 207.-222.,
dostupno na: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf
2. Commission on the Ukraine Famine Report to Congress, Investigation of the Ukrainian Famine 1932.-1933.,
dostupno na: <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=umn.31951d00831044s;view=1up;seq=6>
3. Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1999, str. 62, dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/100/7619.pdf>
4. "Extract of Speech by Hitler, January 31, 1939", Arad Y., Gutman I., Margalio A., (ur.) Documents on the Holocaust: Selected Sources on the Destruction of the Jews of Germany and Austria, Poland, and the Soviet Union, Jerusalem, 1999., str. 132.-135.
5. ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Public sitting held on Tuesday 28 February 2006, at 3 p.m., at the Peace Palace, para. 38., dostupno na <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/10491.pdf>
6. ICJ, Bosnia and Herzegovina and Montenegro, Public sitting held on Tuesday 2 May 2006., at 3 p.m., at the Peace Palace, dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/10768.pdf>
7. ICTY, Prosecutor v. Karadžić (IT-95-18-R61, IT 95-5-R61), transkript saslušanja, od 2. srpnja 1996.
8. Izjava Jean-Paul Sartrea "On Genocide" na drugom zasjedanju Bertrand Russel tribunala za međunarodne ratne zločine u Vijetnamu, održanom u gradu Roskilde u Danskoj 1967. godine.; dostupno na: <http://www.brusselstribunal.org/GenocideSartre.htm>
9. Obraćanje premijera Winstona Churchilla svijetu o susretu s predsjednikom Rooseveltom, 24. kolovoz 1941., dostupno na: <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1941/410824a.html>
10. Statement by the Governments of the United Kingdom, the United States of America, the Union of Soviet Socialist Republics and the Provisional Government of the French Republic on Control Machinery in Germany (June 5, 1945), dostupno na: http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=2298

11. Statement of Colonel Ivan Grujić, Bureau for Detained and Missing persons, Republic of Croatia, 17. January 2003., u: Written statement of the Republic of Croatia of its observations and submissions on the preliminary objections raised by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), vol. 2. - annexes, str. 1.-4.
12. Statement of Colonel Ivan Grujić, Bureau for Detained and Missing persons, Republic of Croatia, 26. February 2003., u: Written statement of the Republic of Croatia of its observations and submissions on the preliminary objections raised by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), vol. 2. - annexes, str. 5.-6.
13. The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Yugoslavia), Memorial of the Republic of Croatia, vol. 1., str. 6., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18172.pdf>
14. The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Yugoslavia), Memorial of the Republic of Croatia, vol. 5. - Appendices., str. 1.-35., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18184.pdf>
15. The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 1., str. 410., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18198.pdf>
16. The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 2., str. 367.-435., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18200.pdf>
17. The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 3., str. 1.-334., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18202.pdf>
18. The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 4., str. 94.-141., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18204.pdf>
19. The application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Reply of the Republic of Croatia, vol. 5., str. 165., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18206.pdf>
20. UN Doc. A/C.6/SR.82
21. UN web TV: Genocide Convention: - Interview with Mr. Hartley Shawcross, dostupno na: <http://webtv.un.org/topics-issues/non-governmental-organizations/lutheran-world-federation/watch/genocide-convention-interview-with-mr.-hartley-shawcross/2849207469001>

WEB STRANICE

1. <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter3.shtml>
2. <http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>
3. <http://www.un.org/documents/ga/res/2/ares2.htm>
4. <http://www.un.org/en/ga/sixth>
5. <http://www.un.org/en/members/growth.shtml#text>
6. http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unprof_b.htm
7. <http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2>
8. http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf
9. United Nations Treaty Collection: Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, dostupno na:
https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en

XI. SAŽETAK/SUMMARY

SAŽETAK:

Genocid, „zločin svih zločina“, je utjelovljenje najmalicioznije ideje ljudskog uma – istrebljenje dijela ljudske populacije samo zato što su pripadnici druge nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine. Premda svijest o njegovoj zloćudnosti potječe od početka čovječanstva, genocid je pravno normiran kao kazneno djelo tek nakon Drugog svjetskog rata kao svojevrsna reakcija na Holokaust proveden od strane Trećeg Reicha. Njegova definicija ustanovljena je Konvencijom o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida 1948. godine, te kao takva, u pravilu, neizmijenjeno usvojena u zakonodavstva gotovo svih zemalja svijeta. Tema ovog rada je odgovornost države za genocid koja se obrađuje s doktrinarnog i teoretskog aspekta te kroz praksu Međunarodnog suda u njegove dvije presude za genocid u predmetima: Bosna i Hercegovina protiv Srbije te Republika Hrvatska protiv Srbije. Prvenstveno se obrađuje pojam genocida kroz njegova dva elementa: *actus reus* i *mens rea*. Nakon toga, obrazlaže se pojam međunarodnopravne odgovornosti države, prije svega na općenitoj razini, a potom odgovornost države konkretno za genocid. Kao bitan element odgovornosti države na kojem se u ovom radu stavlja poseban naglasak je pripisivost državi djelovanja pojedinaca. Pri objašnjavanju pripisivosti na kritički su način obrađeni različiti modaliteti pripisivanja kodificirani Nacrtom članaka o odgovornosti države za međunarodne protupravne čine. Konačno, predložen je novi koncept pripisivosti djelovanja pojedinaca državi za koji autori rada smatraju da predstavlja određeno poboljšanje sustava odgovornosti države za genocid.

Ključne riječi: genocid, odgovornost države, pripisivost, *mens rea*, test „stvarne kontrole“.

SUMMARY:

Genocide, “crime of crimes“, is the embodiment of the most malicious idea of human mind – extinction of a part of human population only because they are members of other national, ethnic, racial or religious group. Even though awareness of its maleficence originates from the beginning of the human kind, genocide is incriminated only after the World War II as a reaction to Holocaust carried out by the Third Reich. Its definition is established by the “Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide“ in 1948., and as

such, it has been adopted in national legislations all over the world. The subject of this paper is state responsibility for genocide which is being analyzed from doctrinary and theoretical aspect and through International Court of Justice's jurisprudence in its two genocide cases: Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Republic of Croatia v. Serbia. Firstly, the term genocide is being analyzed through its two elements: *actus reus* and *mens rea*. After that, the concept of international state responsibility is being studied, primarily in general and afterwards specifically for the crime of genocide. As a crucial element of state responsibility, attributability of acts of individuals to a state is being particularly stressed out in this paper. In explaining the concept of attributability, its various modalities, which are codified by "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts", are being scrutinized. Finally, a new concept of attributability of acts of individuals to a state, for which the authors of this paper hold to represent a certain improvement of the system of state responsibility for genocide, is being proposed.

Keywords: genocide, state responsibility, attributability, *mens rea*, test of "real control"