

Enis Omerović\*

## **SUVREMENE DOKTRINARNE POSTAVKE I KONCEPT MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA O SPECIFIČNOJ NAMJERI KOD ZLOČINA GENOCIDA**

### **SAŽETAK**

Rad doprinosi naučnoj i stručnoj raspravi o namjeri (lat. *dolus*), kao mentalnom ili subjektivnom elementu (lat. *mens rea*) zločina genocida, čije osnovne postavke autor razrađuje u prvom poglavlju. U sljedećoj znanstvenoj cjelini, autor analizira suvremene doktrinarne postavke specifične/posebne ili genocidne namjere, koje se kao takve razvijaju i razrađuju kod istaknutijih i pozvanijih pravnih teoretičara u oblasti međunarodnog zločina genocida. U trećem poglavlju rada prikazuje se koncept Međunarodnog krivičnog suda (ICC) o primarnom predmetu našeg znanstvenog istraživanja. Autor prvenstveno želi da predoči pravnodoktrinarno shvatanje genocidne namjere, naglašavajući posebno, u ovom smislu, koncepte *de lege ferenda*, odnosno tzv. alternativna tumačenja ovog elementa, među kojima se najviše optira za *knowledge-oriented* pristup ili koncepciju. U radu se neki od ovih koncepata ili njihovih elemenata povezuju s novim institucionaliziranim (*de lege lata*) konceptom (dokazivanja) namjere zločina genocida u osnovnim dokumentima ICC, diskutirajući posebno o pitanju znanja o kontekstu i/ili okolnostima napada, odnosno o državnom planu i politici genocida, kao tzv. trećem elementu *mens rea* genocida, pored namjere i znanja, *i.e.* volje i svijesti prema anglosaksonskoj/angloameričkoj, odnosno pored direktnog umišljaja i namjere prema europsko-kontinentalnoj pravnoj tradiciji. Primjećujemo, dakle, da ICC ovim uvodi kontekstualni aspekt genocida, što može dijelom otežati njegovo sudsko dokazivanje, odnosno dokazivanje izvan svake razumne sumnje. S druge strane, uvođenje obligatornog kontekstualnog aspekta može značiti i konačnu potvrdu da se zločin genocida nužno izvršava na planski, organiziran i sistematičan način. Zaključujemo da se ovaj praktično-teorijski koncept primiće tvrdnji da i država može biti direktni izvršitelj genocida i za takvo što biti međunarodno odgovorna.

---

\* Mr.sc., viši asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici.

**Ključne riječi:** genocid, namjera, umišljaj, znanje o kontekstu i/ili okolnostima napada, Međunarodni krivični sud (ICC).

### Uvodna razmatranja

U pojmovnome određenju, odnosno definiranju, *i.e.* cjelovitom poimanju međunarodnoga krivičnoga djela, odnosno međunarodnoga zločina genocid, koji se izvršava u velikim razmjerama, kako u pogledu žrtava, tako i u pogledu geografskih, odnosno teritorijalnih odrednica, nepobitna je činjenica da u tom smislu sve počinje od ideje, odnosno misli, koja se razrađuje, pretvara i sazrijeva u viši stepen, u ideologiju, kroz koju se na sistematičan način šire osnovne značajke delegitimizacije, dehumanizacije i demonizacije ciljanoga objekta napada, preko priprema i planova, javnog podsticanja, podstrekavanja, zatim izravnoga i neizravnoga izvršavanja (u cilju djelimičnog ili potpunog uništenja pravno zaštićene grupe), saučesništva, do prikrivanja i, u konačnici, negiranja<sup>1</sup> genocida.

Predmet našeg istraživanja jeste pravno određenje pojma i definiranja namjere kod zločina genocida. U odnosu na zločin genocida, istražujemo i analiziramo, dakle, isključivo subjektivni (mentalni ili psihički) element (lat. *mens rea*), odnosno, fenomen ili pojavu, koja je imanentna djelu genocida prema međunarodnopravnoj definiciji, uvedenoj UN Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948.<sup>2</sup> (UN Konvencija o genocidu) u međunarodno pravo. Ostale značajke zločina genocida, koje se na izvjesne načine vezuju za namjeru, nisu obuhvaćene ovim istraživanjem.<sup>3</sup> Ispitujemo namjeru isključivo u sistemu individualne subjektivne krivične odgovornosti, i to kod direktnih (eng. *principal*) izvršitelja<sup>4</sup> zločina genocida. Namjera kod saučesništva (posebno kod podstrekavanja i pomaganja), komandne odgovornosti i udruženog zločinačkog poduhvata ispituje se samo u onoj mjeri koliko je potrebno za shvatanje suštine subjektivnog elementa navedenoga zločina. Opseg našeg istraživanja je poglavito pravna doktrina i teorijske postavke elementa namjere kod predmetnog međunarodnog zločina, kao i koncept genocidne na-

<sup>1</sup> Negiranje genocida načelno obuhvata minimiziranje žrtava, trivijalizaciju zločina, nijekanje činjenica koje se vezuju za izvršenje zločina, te opravdavanje zločina, odnosno bitnih okolnosti i faktora koji su u poveznici sa zločinom. O negiranju genocida vidjeti šire u: S. Čekić, "Negiranje genocida u Bosni", u: Korak, br. 23, Sarajevo, 2011, str. 34-40; E. Omerović, "Negiranje genocida kao međunarodno krivično djelo: slabosti i prednosti ovog koncepta", (neobjavljeni rad).

<sup>2</sup> Tekst Konvencije o genocidu usvojen Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija (UN) br. 260 (III) na 179. plenarnoj sjednici dana 9. decembra 1948.

<sup>3</sup> Pravni instituti srodni namjeri imaju sekundarni značaj.

<sup>4</sup> Prema čl. IV. UN Konvencije o genocidu radnju neposrednog izvršenja poduzima i ona osoba koja naredi da se izvrši neka od tih radnji, što znači da je naredbodavac izjednačen s neposrednim izvršiteljem. Usp: Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd, 2008, 124.

mijere koju daje ICC.<sup>5</sup> Iz ovoga izvodimo hipotezu da u aktuelnoj pravnoj doktrini ne postoji ujednačeno stajalište, shvatanje i tumačenje specifične namjere, odnosno da ne postoje jedinstvene teorijske postavke subjektivnog elementa zločina genocida u ovom smislu. S ovim u vezi, postoje i tumačenja *de lege ferenda*. Druga hipoteza vezuje se za ICC i za uređenje ovog pitanja *de lege lata*. ICC, naime, uvodi tzv. treći element *mens rea-e*, pored namjere i znanja (*ie* volje i svijesti), odnosno direktnog umišljaja i namjere, i znanje o kontekstu i/ili okolnostima napada, element koji ne zahtijeva konvencijska, statutarne i zakonske definicije genocida, kao ni dosadašnja praksa međunarodnih i nacionalnih sudova i tribunala.

U radu apliciramo prvenstveno pravnologičke metode. Analiziraćemo primarne izvore prava glede predmeta istraživanja te pravnu doktrinu. Predmet naše znanstvene analize biće znanstveno i objektivno pojednostavljen upotrebom poglavito dedukcijske logičke metode, putem koje ćemo pokušati prevashodno objasniti i približiti predmetni znanstveni problem. Ispitaćemo posebno na koji način najpozvaniji suvremeni pravni teoretičari razumiju ovo problemsko pitanje, odnosno koja se rješenja, s ovim u vezi, predlažu kao *de lege ferenda* u modernoj međunarodno-krivičnoj pravnoj teoriji. Postoje li razlike, i ako da, u čemu se one najviše ogledaju. U okviru suvremenih pravnih koncepcija u pogledu namjere, prikazaćemo argumentirana i kritička promišljanja o ovom problemu. Ispitaćemo koji su autori zastupnici pravne dogmatike, a koji se zalažu za poboljšanje postojećeg pravnog koncepta namjere i u kojem to smjeru. U posljednjem poglavlju rada analiziramo koncept specifične namjere ICC, koji, moguće je, odražava stvarni značaj postojanja državnoga plana i/ili genocidne politike prije/prilikom izvršavanja zločina genocida. No, s druge strane, ovo može značiti da će dokazivanje specifične genocidne namjere direktnih izvršitelja (i naredbodavaca) pred ICC predstavljati veću teškoću negoli pred drugim sudovima i tribunalima do sada, s obzirom na visoki standard u dokazivanju subjektivnih elemenata.

Predmetna tema ima još uvijek veliki značaj, i teoretski i praktički, jer sudski postupci pred međunarodnim i bosanskohercegovačkim pravosuđem, u smislu optužbi za genocid, još uvijek traju i imaju dalekosežne posljedice kako na buduću sudsku praksu u pogledu genocida tako i na pravnu doktrinu. Ovo stoga što je u sudskom dokazivanju genocida uvijek nužno, izvan svake razumne sumnje, dokazati postojanje *mens rea-e* kod osoba koje su optužene i kojima se dokazuje individualna krivična odgovornost za ovaj međunarodni zločin. S druge strane, i države, kao subjek-

<sup>5</sup> Aktuelnu međunarodnu i nacionalnu sudsku praksu u ovom smislu istražujemo u drugom radu.

ti međunarodnoga prava, odgovaraju<sup>6</sup>, prema međunarodnom pravu, za kršenje UN Konvencije o genocidu kao primarnoga pravila, odnosno za činjenje međunarodnih protupravnih djela temeljem Pravila o odgovornosti država za međunarodna protupravna djela iz 2002. kao sekundarnoga pravila.<sup>7</sup> U međunarodnome pravu postoji teoretska osnova da istovremeno i međunarodne (međuvladine) organizacije, kao subjekti međunarodnoga prava, odgovaraju za međunarodna protupravna djela, odnosno međunarodne zločine (genocid), slijedom Nacrta Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija iz 2011<sup>8</sup>. Iako individualna krivična odgovornost i međunarodna odgovornost država i međunarodnih organizacija za međunarodna protupravna djela (pa tako i za međunarodne zločine, odnosno teška kršenja obaveza prema peremptornim normama općeg međunarodnog prava) predstavljaju odvojene i različite pravne režime, između njih ipak postoji određeni odnos u smislu da su komplementarni (da se međusobno ne isključuju).<sup>9</sup> U tom smislu moguća je istovremena tzv. dvojna odgovornost *pojedince* i *države* za isti međunarodni zločin po međunarodnom pravu,<sup>10</sup> a posebno za zločin genocida, koji po svojoj naravi vrlo često predstavlja *crime d'État*.

U konačnici, genocid je predmet interesiranja znanstvenika prvenstveno međunarodnoga krivičnoga prava, osobito što je ovo djelo zločin protiv *ie* prema međunarodnome pravu, kako je i naznačeno u Deklaraciji UN usvojenoj Rezolucijom Generalne skupštine UN 96 (I) od 11. decembra 1946. U Preambuli UN Konvencije o genocidu iz 1948. stoji „da je genocid zločin prema međunarodnome pravu, u suprotnosti s duhom i ciljevima Ujedinjenih nacija i osuđen od civiliziranoga svijeta; [...] da je u svim periodima historije genocid nanio velike gubitke čovječnosti; i [...] kako bi se čovječanstvo oslobodilo grozne nesreće zahtijeva se međunarodna saradnja.“ I Preambula Povelje UN iz 1945. navodi *inter alia* da su UN odlučne da „spase buduće naraštaje od užasa rata, koji je dva puta tokom našega života nanio čovječanstvu neizrecive patnje, da ponovno potvrde vjeru u temeljna prava čovjeka, u dostojanstvo i vrijednost čovjeka, [...] da stvore uvjete potrebne za održavanje pravde i poštovanje obaveza”.

<sup>6</sup> Teoretski postoji odgovornost država u ovom predmetu kao pravni institut, no, praktički, još uvijek nemamo konačnu međunarodnu sudsku presudu koja oglašava jednu državu za pravno odgovornu u vezi s izvršenjem genocida. Međunarodni sud pravde u predmetu Bosna i Hercegovina vs. SRJ (Srbija i Crna Gora) u odnosu na primjenu UN Konvencije o genocidu je 26. februara 2007. presudom u meritumu oglasio državu Srbiju odgovornom isključivo za nesprečavanje (član 1. UN Konvencije o genocidu) i nekažnjavanje (član 4. UN Konvencije o genocidu) zločina genocida.

<sup>7</sup> V. N. H. B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

<sup>8</sup> Tekst usvojen od UN Komisije za međunarodno pravo na 63. sjednici u 2011, a objavljen u *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2011.

<sup>9</sup> B. I. Bonafé, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009, 44.

<sup>10</sup> Ibid.

Predmet našeg istraživanja značajan je i zbog toga što je, da bi se dokazao genocid, nužno istovremeno dokazati i *mens rea-u* i radnje izvršenja (lat. *actus reus* ili fizički element) genocida. Međutim, nerijetko se u sudskoj praksi dešava da se u određenom predmetu radnje izvršenja genocida (*actus reus*) dokažu, ali s nemogućnošću dokazivanja namjere, pa se tada u tim slučajevima smatra da zločin genocida nije ni dokazan, odnosno izvršen.

Autoru je prvenstveni cilj sagledati namjeru *per se* u svim njenim fragmentarnim, odnosno pripadajućim dijelovima i kroz pravnu doktrinu, kao i kroz koncept *mens rea-e* genocida pri ICC, detektirati trenutne slabosti u njenom razumijevanju, s obzirom da je njeno ispravno shvatanje od prijeke važnosti, posebno stoga što je genocidnu namjeru kod izravnih počinitelja, temeljem sudske prakse Međunarodnoga krivičnoga tribunala za bivšu Jugoslaviju (ICTY), Međunarodnoga krivičnoga tribunala za Ruan-du (ICTR) i Međunarodnoga suda (ICJ), kao međunarodnih sudskih institucija, te Suda Bosne i Hercegovine, kao nacionalnoga suda s internacionalnim elementom, vrlo teško ustanoviti, označiti, i u konačnici, dokazati.

### Osnovne postavke subjektivnog elementa (*mens rea*) genocida

UN Konvencija o genocidu u čl. II, st. 1. definira zločin genocida i predstavlja jedini međunarodni ugovor koji se neposredno odnosi na ovaj međunarodni zločin, odnosno zločin po međunarodnom pravu.<sup>11</sup> Definicija genocida je inkorporirana, uglavnom doslovno, u statutima međunarodnih tribunala/sudova i internacionaliziranih (mješovitih) sudova, kao i u nacionalnim krivičnim zakonima/zakonicima. Međutim, ista ova Konvencija ne definira genocidnu namjeru, s obzirom da su tvorci navedenog međunarodnoga dokumenta vjerovatno željeli da pojam namjere izvodimo iz općih postavki individualne krivične odgovornosti u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima, koja se sastoji iz uračunljivosti i vinsti.<sup>12</sup> Utvrđuje-

<sup>11</sup> Prema Rezoluciji Generalne skupštine Ujedinjenih nacija br. 96 (I) od 11. decembra 1946, priznaje se da je genocid zločin po međunarodnom pravu koji civilizirani svijet osuđuje, te je svako izvršenje zločina, od direktnog počinitelja ili saučesnika, kažnjivo.

<sup>12</sup> Namjeru, odnosno cilj da se uništi neka grupa ne traži samo konvencijska definicija zločina genocida. Nju traže i statutarne i zakonske definicije genocida, eg: čl. 6. (Statut ICC), čl. 2. (Statut ICTR), čl. 4. (Statut ICTY), čl. 4. (Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia – Zakon o ustanovljavanju Vanrednih vijeća u sudovima Kambodže), čl. 11. (Statut Specijalnog tribunala za Irak), odjeljak 4. (Uredba o osnivanju Specijalnog panela za teške zločine u okviru Okružnog suda Dili, Istočni Timor), čl. 171. (Kazneni zakon Bosne i Hercegovine), čl. 156. (Kazneni zakon Republike Hrvatske), čl. 370. (Krivični zakonik Republike Srbije), čl. 141. (Kazneni zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije), čl. 220. (Krivični zakonik Savezne Republike Njemačke), čl. 1. (Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law of Israel – Zakon o kažnjavanju nacističkih suradnika Izraela). Namjera za uništenje grupe zahtijeva se i u čl. 2 (10). Nacrta Kodeksa djela protiv mira i sigurnosti čovječanstva iz 28. jula 1954; u čl. 19 (2). Nacrta Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva iz 1991; te u čl. 17. Nacrta Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva od 5. jula 1996.

mo da problem leži u činjenici što međunarodno krivično pravo predstavlja zaseban sistem normi međunarodnoga prava koji je samosvojestven, *ie* odvojen i neovisan od nacionalnih krivičnopravnih sistema.<sup>13</sup> Kako u korpusu pravila međunarodnoga krivičnoga prava definicija subjektivnog elementa genocida nije postojala, suci ICTY i ICTR su bili prinuđeni da, na pravno odgovarajući ili neodgovarajući način, definiraju potrebne elemente *mens rea-e* međunarodnih zločina iz nadležnosti ovih tribunala, pa tako i zločina genocida. Tako će se interpretacija, razumijevanje, razjašnjenje i raščlanjivanje *genocidne namjere* na njene pravne sastojke ostvariti kroz međunarodnu<sup>14</sup> ali, u jednoj manjoj mjeri, i nacionalnu jurisprudenciju. Izostanak definicije *mens rea-e* kod zločina genocida dovela je do pojave postojanja različitih pravaca u njenom shvatanju i tumačenju u pravnoj doktrini. S usvajanjem Rimskoga statuta ICC 1998, i njegovim stupanjem na pravnu snagu 1. jula 2002, određujemo da je *mens rea* međunarodnih zločina (tako i genocida) ovim međunarodnim aktom definirana.

Na međunarodnopravnoj razini, zahtjev za dokazivanje specifične namjere (direktni umišljaj kod radnje izvršenja zajedno s namjerom postizanja višeg cilja) počinitelja postoji isključivo kod međunarodnoga zločina genocida. Drugim riječima, kod genocida je subjektivni element posebno izražen.<sup>15</sup> Ovakav zahtjev predstavlja oblik *ex ante* zaštite, jer za zločin genocida nije obligatorno da se viši cilj postigne.<sup>16</sup> Zahtjev za specifičnom namjerom kod ovog zločina može se tumačiti kao sužavanje opsega krivične odgovornosti, odnosno kao prisustvo jednog psihološkog koeficijenta koji zločin genocida *per se* (*actus reus* + *mens rea*) čini znatno težim za dokazivanje u usporedbi s ostalim međunarodnim zločinima. Kako se kod genocida nužno ne traži postizanje višeg cilja (potpuno ili djelimično uništenje grupe), to nas navodi na tvrdnju da je za dokazivanje zločina dovoljno dokazivanje činjenja jedne od radnji izvršenja genocida s namjerom postizanja višeg cilja kao *druge* zabranjene posljedice, bez obzira je li došlo do ostvarenja prethodno navedenoga višeg cilja. Također, za zločin genocida se odgovora ukoliko je s namjerom postizanja druge zabranjene posljedice izvršena samo *prva* zabranjena posljedica: zabranjena posljedica kod jedne od pet radnji izvršenja genocida. Ukoliko pojedinac izvrši ubistvo pripadnika jedne od zaštićene grupe iz čl. II, st. 1, tačke a) UN Konvencije o genocidu dolazi do prve zabranjene posljedice. Ukoliko on isto-

<sup>13</sup> V: M. Majić, *Primena međunarodnog krivičnog prava u nacionalnim pravnim sistemima*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.

<sup>14</sup> Tako je ICTY još 1997. odredilo parametre individualne krivične odgovornosti. V: ICTY, Tužilaštvo vs. Duško Tadić, IT-94-1-T, Pretresno vijeće, Presuda, 7. maj 1997, par. 673-692.

<sup>15</sup> Z. Stojanović, nav. djelo, 126.

<sup>16</sup> A. Gargani, Special Intent, u: A. Cassese (ur.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 517.

vremeno čini ubistva s namjerom uništenja te grupe, genocid je izvršen bez obzira da li je nastupila druga zabranjena posljedica kod genocida, a to je potpuno ili djelimično uništenje grupe na određenom teritoriju. Dakle, prva zabranjena posljedica derivira iz jedne od pet predviđenih radnji izvršenja, dok druga zabranjena posljedica derivira iz *namjere* postizanja višega cilja. Znači, dovoljno je da je pojedinac, kao direktni izvršitelj, težio ostvarenju višega cilja bez obzira da li se taj viši cilj u stvarnosti realizirao, što je vrlo značajno, osobito stoga što, praktički, pojedinac svojom činidbom nije u situaciji da sam prouzroči ili dovede do uništenja grupe u skladu s duhom i slovom definicije genocida. Naznačujemo da ovo ne treba miješati s *pokušajem* izvršenja zločina. Pokušaj izvršenja genocida je drugi pravni institut koji je u međunarodnome pravu također kažnjiv temeljem člana III, st. 1, tačke d) UN Konvencije o genocidu. Osnovna značajka je da kod pokušaja ne nastupa niti jedna zabranjena posljedica (ni prva ni druga), no i u ovom slučaju obligatorno je prisustvo genocidne namjere. S druge strane, djelo genocida je *dovršeno*, pored prisutnosti genocidne namjere, ili poduzimanjem neke od navedenih radnji ili izdavanjem naređenja da se takve radnje poduzmu, pa čak ni onda kada nije pokušano njihovo izvršenje.<sup>17</sup>

Bez specifične namjere, bez traženja postizanja višega cilja, genocid se ne bi mogao diferencirati od „običnih krivičnih djela“ (eng. *common crimes*), odnosno bez *mens rea-e* navedenog intenziteta genocid se ne bi mogao razlikovati ni od međunarodnih zločina, poglavito od zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina. Upravo je namjera ta koja zabranjenim radnjama daje karakter genocida, *i.e.* ona je utoliko značajna jer nekim radnjama koje mogu predstavljati obilježja nekog drugog krivičnog djela daje genocidni karakter.<sup>18</sup>

Također, u pravnoj doktrini postoji stav da je direktni umišljaj takav oblik voinosti koji u sebi nužno sadrži namjeru, kao najviši oblik svijesti i volje. Odnosno, direktni umišljaj kvalificira namjera učinioca kao najviši i najintenzivniji oblik svjesne i voljne upravljenosti radnje neke osobe.<sup>19</sup> Iz ovoga logički slijedi da ako je u direktnom umišljaju, koji se traži za svaku od pet radnji izvršenja, sadržana namjera, otuda se namjera za uništenje grupe, kao viši ili produženi cilj, ima razumjeti kao specifična ili posebna namjera, karakteristična isključivo za zločin genocida.

Motiv (pobuda) je psihički element koji nije od velike važnosti kod dokazivanja zločina genocida. Dakle, sam razlog genocidne namjere ne

<sup>17</sup> Z. Tomić, *Krivično pravo II Posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, 417-418.

<sup>18</sup> Z. Stojanović, nav. djelo, str. 125.

<sup>19</sup> V. Đurđić, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Nomos, Beograd, 2003, 59 – 60.

predstavlja bitan element genocida.<sup>20</sup> Radnja izvršenja se poduzima prema pripadniku neke od četiri grupe samo zbog njegove pripadnosti toj grupi radi ostvarenja te namjere.<sup>21</sup> Genocid je tipičan primjer krivičnog djela koji počiva na depersonalizaciji žrtve, što znači da žrtva kao objekt djela ne predstavlja cilj zbog njenih individualnih kvaliteta ili obilježja, nego samo zato što je pripadnik određene grupe.<sup>22</sup> Nije dovoljno postojanje progona grupe, nego također namjera da se ona potpuno ili djelimično istrijebi kao odvojeni i različiti entitet.<sup>23</sup> Irelevantno je za postojanje ovog zločina da li genocidna namjera postoji radi ostvarivanja i nekih drugih ciljeva (*e.g.* osvajanja teritorija, prisvajanje imovine) ili se zasniva na nekim pobudama kao što su mržnja, osveta i sl.<sup>24</sup> Genocid je namjerni zločin izvršen s direktnim umišljajem koji mora uključiti svijest i volju, iskazanu kroz htijenje, koja bitno obilježuje djelo.<sup>25</sup> Dakle, posebni sadržaj namjere je htijenje postizanja tačno određenoga višega cilja: potpunoga ili djelimičnoga uništenja nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe.<sup>26</sup> Kriterij razlikovanja genocida u odnosu s drugim krivičnim djelima s kojima genocid ima zajedničke sadržaje radnje jeste tako subjektivno obilježje genocida – cilj radnje.<sup>27</sup>

Umišljaj za zločin genocida izvodi se iz definije genocida, dok definiciju i značenje umišljaja izvodimo iz pravne doktrine i sudske prakse. Slijedom navedenoga, stoji da neophodnost da zločin genocida bude izvršen s namjerom predstavlja *conditio sine qua non*, *i.e.* uvjet bez kojeg nema ni genocida, jer je *mens rea* genocida jedna od fundamentalnih ili konstitutivnih elemenata pravne definicije ovog međunarodnog zločina. U teoriji međunarodnoga krivičnoga prava *mens rea* je predstavljena u *namjeri* (lat. *dolus*, eng. *intent*), dok u nacionalnom ili unutrašnjem materijalnom krivičnom pravu, *mens rea* označava *umišljaj*, *i.e.* riješenost ili htijenje da se proizvede protupravna posljedica djela, što je uvjet za postojanje najvećeg broja međunarodnih zločina. Preciznije kazano, upravo je direktni umišljaj uvjet za postojanje svih zločina protiv čovječnosti i međunarodnoga prava, dok se zločin genocida, jedini zločin iz navedene grupe zločina, dokazuje samo ako kod počinitelja postoji posebni, specijalni, *i.e.* speci-

<sup>20</sup> V. Dimitrijević et al, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beogradski centar za ljudska prava & Dosije, Beograd, 2007, 241.

<sup>21</sup> Z. Stojanović, nav. djelo, 123.

<sup>22</sup> A. Cassese, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, str. 118; B. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010, 235.

<sup>23</sup> N. H. B. Jorgensen, *The Definition of Genocide: Joining the Dots in the Light of Recent Practice*, *International Criminal Law Review* 1, 2001, 292.

<sup>24</sup> Z. Stojanović, nav. djelo, 123.

<sup>25</sup> V. Đ. Degan, B. Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2005, 232.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*, 233.



fični umišljaj (lat. *dolus specialis*, eng. *special intent*). Da je za ovaj zločin neophodno dokazivanje posebnog umišljaja izvodi se iz definicije zločina genocida iz čl. II, st. 1. UN Konvencije o genocidu, što znači da korpus dokumenata iz međunarodnog krivičnog prava koji daje definiciju nekog zločina predviđa i subjektivnu komponentu određene zabranjene radnje. Tako je međunarodna zajednica kroz međunarodno pravo 1948. predvidjela da se zločin genocida vrši isključivo s posebnim umišljajem. To znači da ukoliko na strani počinitelja zločina ne postoji posebni umišljaj već isključivo eventualni umišljaj (lat. *dolus eventualis*) ili svjesni nehat, tada se protupravna radnja počinitelja ne može pravno okvalificirati kao zločin genocida. Kada počinitelju nedostaje posebni umišljaj tada se, u najvećoj mjeri, radnje izvršenja ovog zločina okvalificiraju kao zločini protiv čovječnosti pred međunarodnim i nacionalnim sudskim tijelima. „Namjera podrazumijeva postojanje voljnog elementa visokog intenziteta, tako da je ona i pojmovno nespojiva s pristajanjem, tj. s eventualnim umišljajem.“<sup>28</sup> Genocidne namjere nema u slučaju kada je izvršitelj svjestan da svojim radnjama može prouzrokovati protupravnu posljedicu (djelimično ili potpuno uništenje neke od četiri grupe) pa na to pristaje.<sup>29</sup> Potrebno je da on to hoće, da je to cilj poduzimanja njegovih radnji. Zapravo, kod zločina genocida mora postojati spoj direktnog umišljaja i namjere.<sup>30</sup>

Ostvarenje posebnoga cilja, odnosno njegovo provođenje u djelo, kako je i prethodno navedeno, nije neophodno za postojanje zločina,<sup>31</sup> s obzirom da u članu III, st. 1. d) UN Konvencije o genocidu stoji da se i pokušaj činjenja genocida kažnjava. Naime, ubijanje pripadnika jedne nacionalne grupe s posebnom namjerom da se ta grupa djelimično ili potpuno uništi na određenoj teritoriji predstavlja zločin genocida. *In contrario*, ubijanje pripadnika jedne nacionalne grupe bez prethodno navedene posebne namjere ne predstavlja zločin genocida. Dakle, ubijanje pripadnika grupe se isključivo može pravno okvalificirati kao zločin genocida ukoliko je to učinjeno s daljom i dominantnom namjerom da se uništi grupa.<sup>32</sup> Tako je pored *osnovne namjere*, koja se izravno vezuje za vršenje zabranjene radnje, *posebni umišljaj* nužan sastojak genocida.<sup>33</sup> Zahtjev opće namjere vezan je za materijalne elemente (radnje izvršenja) dok se specijalna namjera vezuje za uništenje grupe.<sup>34</sup> U tom smislu, htijenje

<sup>28</sup> Z. Stojanović, nav. djelo, 126.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> A. Cassese, nav. djelo, 194.

<sup>32</sup> A. Cassese, nav. djelo, 194 – 195; B. Čejović, *Međunarodno krivično pravo*. Opšti i posebni deo, Dosije, Beograd, 2006, 116.

<sup>33</sup> A. Cassese, nav. djelo, 118.

<sup>34</sup> C. Kress, *The Crime of Genocide under International Law*, International Criminal Law Review, 6, 2006, 484.

djela u pogledu direktnog umišljaja kod zločina genocida se označuje na način da učinitelj hoće i ono djelo, odnosno i onu njegovu posljedice koja se javlja kao daljnja posljedica uz osnovnu posljedice, i gdje je daljnja posljedica svrha djela. Iz naznačenoga logično slijedi da su druge kategorije subjektivnog elementa kod ovog zločina *ab initio* isključene: eventualni umišljaj ili težak nehat.<sup>35</sup>

B. Petrović i D. Jovašević drže da je u pogledu krivnje za zločin genocida potreban direktni umišljaj (lat. *dolus coloratus*) koji karakterizira „genocidna namjera“.<sup>36</sup> Ovu vrstu umišljaja kvalificira namjera učinitelja kao najviši i najintenzivniji oblik svjesne i voljne upravljenosti radnje neke osobe na prouzrokovanje posljedice.<sup>37</sup> I V. Crnić-Grotić navodi da je bitno obilježje ovog krivičnog djela namjera da se potpuno ili djelimično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina.<sup>38</sup> I Z. Tomić konstatira da je oblik krivnje kod genocida direktni umišljaj, „s obzirom da je neophodno utvrditi i da je počinitelj postupao u naznačenom cilju, tj. da je kod njega postojala namjera [...]“.<sup>39</sup> Za postojanje djela nužno je da je učinitelj postupao u cilju, odnosno u namjeri da se poduzetim djelatnostima koje su označene kao radnja izvršenja, u potpunosti ili djelimično istrijebi, tj. uništi određena grupa ljudi.<sup>40</sup> Tvorci UN Konvencije o genocidu zasigurno su ustanovili definiciju ovog zločina s naglaskom na namjeru počinitelja. Da je tako, pokazuju i sudske presude u kojoj sud, iako je izvršenje pojedine radnje genocida dokazano, oslobodi optuženoga optužbe za genocid u nedostatku specifične namjere za potpuno ili djelimično uništenje grupe. Optuženi se oglašava krivim na osnovu individualne krivične odgovornosti, te u tom smislu, tužitelj nema obavezu da dokaže da je genocid izvršen na teritoriju cijele države.<sup>41</sup>

I radnja izvršenja genocida iz čl. II, st. 1, tačke (c) koja glasi: „*namjerno* podvrgavanje grupe takvim uvjetima života sračunatih da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja“ potvrđuje pravni zahtijev da se radnje izvršenja (lat. *actus reus*) zločina genocida moraju činiti s direktnim umišljajem. Autor smatra da je ovu radnju izvršenja, slijedeći duh i slovo UN Konvencije o genocidu, osobito teško dokazati, s obzirom da

<sup>35</sup> A. Cassese, nav. djelo, 119.

<sup>36</sup> B. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010, str. 235; B. Petrović, D. Jovašević, *Krivično pravo II* (Krivično pravo posebni dio), Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005, 42.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 168.

<sup>38</sup> V. Crnić-Grotić, *Međunarodni zločin i kazna*. Razvoj pojma međunarodnog zločina u međunarodnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17, br. 2, Rijeka, 1996, str. 347. Također vidjeti u: V. Crnić-Grotić, Kršenje ljudskih prava kao međunarodni zločin, *Vladavina prava*, god. I, br. 2-3, Zagreb, 1997, str. 42.

<sup>39</sup> Z. Tomić, *Krivično pravo II* Posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, 418.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 417.

<sup>41</sup> K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, str. 69.

s ovim u vezi pojedinac mora podvrgnuti grupu nepodnošljivim uvjetima života *namjerno*, što znači da on takvo što mora tražiti odnosno željeti. Ovdje se termin „namjerno“ koristi u odnosu na stvaranje uvjeta života, a ne na namjerno nanošenje povreda pripadnicima grupe,<sup>42</sup> što predstavlja radnju izvršenja genocida iz čl. II, st. 1, tačke b): „uzrokovanje teških tjelesnih ili psihičkih povreda pripadnicima grupe.“ Direktni umišljaj naznačuje se i u tački (d) istoga člana: „nametanje mjera s *ciljem* sprečavanja rađanja unutar grupe.“<sup>43</sup> Kod ostalih triju radnji izvršenja direktni umišljaj se eksplicitno ne specificira, međutim shvata se da se kod ovih direktni umišljaj također zahtijeva, ali implicitno. W. Schabas čak drži da počinitelj mora imati „specifičnu namjeru da prouzroči teške tjelesne ili psihičke povrede pripadnicima grupe.“<sup>44</sup> Slijedom navedenoga, zaključujemo da radnje izvršenja genocida ne mogu biti izvršene s eventualnim umišljajem (lat. *dolus eventualis*) ili iz svjesnog nehata,<sup>45</sup> kao oblicima vinosti, jer su radnje izvršenja, prema svojoj naravi, svjesna, namjerna ili voljna djela koje pojedinac obično ne može počinuti bez znanja da će nastati određene posljedice. Tako, sve ove radnje, svaka za sebe, predstavljaju posebne radnje izvršenja, no sve služe kao sredstvo ili instrument uništenja ili istrebljenja jedne grupe ljudi.<sup>46</sup>

K. Ambos navodi da zločin genocida ima dva odvojena subjektivna elementa, opći element koji se naziva opća namjera ili *dolus* i dodatni element – namjera za uništenje.<sup>47</sup> U ovom smislu traži se tzv. *dupla ili dvostruka namjera*, što ćemo objasniti kroz teoretsko-hipotetički primjer: da bi jedna osoba ubijajući pripadnika jedne grupe bila optužena i osuđena za genocid, potrebno je da (1) ubistvo izvrši s direktnim umišljajem; (2) da istovremeno ima namjeru potpunog ili djelimičnog uništenja grupe. Dakle, ukoliko osoba ubije pripadnika konvencijski zaštićene grupe s direktnim umišljajem, to još uvijek nije dovoljno da se radi o genocidu *per se*. Direktni umišljaj da se ubije pripadnik grupe je tzv. *bazni, osnovni ili opći umišljaj* koji nije dovoljan za predmetni zločin. Kod genocida traži se *nadgradnja* baznog ili osnovnog umišljaja kroz posjedovanje *namjere*, a koja se poglavito manifestira u *traženju ili htijenju* potpunog ili djelimičnog uništenja pripadnika grupe kojoj pripada pojedinačna žrtva. Iz ovoga zaključujemo da počinitelj genocida ne samo da mora imati direktni umi-

<sup>42</sup> J. B. Quigley, *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2006, 91.

<sup>43</sup> Kurziv autora.

<sup>44</sup> W. A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, 242. Preneseno u: J. B. Quigley, nav. djelo, 91.

<sup>45</sup> A. Gargani, nav. djelo, str. 518.

<sup>46</sup> A. Stajić, M. Vešović, *Krivično pravo*. Posebni dio, Svjetlost, Sarajevo, 1983, 44.

<sup>47</sup> K. Ambos, *What Does 'Intent to Destroy' in Genocide Mean?*, *International Review of the Red Cross*, vol. 91, br. 876, 2009, 834.

šljaj već mora posjedovati i njegovu *nadgradnju*, koja se ostvaruje u namjeri. U literaturi ćemo susresti termin *dvostrukog umišljaja* ili *dvostruke zločinačke namjere*, što, mada približava čitatelju osnovni koncept, nije potpuno ispravno. U pravnoj doktrini i sudskoj praksi koncept, koji u sebi sadrži *direktni umišljaj* i *namjeru*, naziva se posebnom, specijalnom ili specifičnom namjerom (lat. *dolus specialis*) ili genocidnom namjerom (eng. *genocidal intent*), ili, pak, *viškom namjere* (eng. *surplus intent*)<sup>48</sup> s obzirom da je ovakva namjera, vidjeli smo, upravo karakteristična za zločin genocida i predstavlja njegovo bitno obilježje kao i predmet razlikovanja s drugim zločinima protiv čovječnosti i međunarodnoga prava. Ovim se naznačuje da međunarodno ugovorno pravo za zločin genocida zahtijeva postojanje, odnosno dokazivanje *specifične namjere* kod počinitelja, a ta specifična namjera upravo predstavlja *stepen kvaliteta* namjere koja je neophodna da bi jedna protupravna radnja izvršenja mogla biti pravno okvalificirana kao genocid.

Postoji razlika između obima ili sadržine/strukture specifične namjere (koja se ostvaruje u uništenju grupe) i stepena namjere uništenja grupe. Stepenu namjere uništenja grupe odnosi se na hijerarhiju mentalnoga stanja, kao što su npr. lat. *dolus eventualis*, *dolus generalis* ili *dolus specialis*.<sup>49</sup> Kod zločina genocida, u ovoj percepciji, stepen genocidne namjere je *dolus specialis*, kao najviši oblik namjere. Pokušajmo ovo kompleksno i slojevito pitanje pojasniti. Ako počinitelj ima samo znanje (eng. *knowledge*) ili saznanje da on svojom radnjom izvršenja doprinosi uništenju ili uništava neku grupu – to jednostavno nije dovoljno prema teoretsko-pravnološkičkim postavkama pojma namjere u (međunarodnom) krivičnom pravu. Počinitelj mora namjeravati, dakle, željeti, htjeti, tražiti, ići ka uništenju grupe. Prema tome, ukoliko se traži samo znanje da njegove radnje doprinose uništenju grupe, otuda pravna definicija zločina genocida ne bi sadržavala izraz „*intent*“ (u prijevodu: namjera) nego izraz „*knowledge*“ (u prijevodu: znanje), što je primjetno kod zločina protiv čovječnosti. Ni svijest ili svjesnost (eng. *awareness*) – mada se može uzeti da je svijest ili svjesnost zapravo znanje – da počinitelj svojim radnjama izvršenja doprinosi uništenju ili uništava grupu, ukoliko se izdvojeno promatra, ne predstavlja genocidnu namjeru, već isključivo jedan (intelektualni, svjesni) element od dva elementa iz kojih se sastoji (direktni) umišljaj. Dakle, znanje i/ili svjesnost nisu namjera u smislu zločina genocida, odnosno, ne predstavljaju stepen namjere koji se traži kod ovog zločina. U ovom smi-

<sup>48</sup> V.: M. E. Badar, *Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, *International Criminal Law Review*, 6, 2006, 313, 315.

<sup>49</sup> P. Akhavan, *Reducing Genocide to Law: Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 44.

slu, uzimamo da je zločin genocida – *goal-oriented crime* (ciljno orijentirani zločin).<sup>50</sup> Znanje, bez obzira da li ga razumijemo ili prepoznamo kao svijest ili ne, jeste (sastavni) dio direktnog umišljaja, pa tako i genocidne (specifične) namjere, dok, s druge strane, postoji dvojba o mogućnosti da genocidna namjera može biti dio znanja. Na ovom stadiju postavljamo pitanje može li znanje ili namjera postojati neovisno o onom drugom, odnosno mogu li oni kod genocida postojati istovremeno? Na ovo pitanje odgovor nam pruža 1) ICC kroz prihvaćeni pravni koncept genocidne namjere; i 2) razlika između dvije velike pravne tradicije u ovom pogledu: anglosaksonske/angloameričke i europsko-kontinentalne pravne tradicije.

### Suvremene doktrinarne koncepcije o specifičnoj namjeri

U pravnoj doktrini uvelike postoje različita shvatanja, odnosno teoretska gledišta o ovom problemu. Nazivamo ih alternativnim pristupom(ima) u razumijevanju genocidne namjere u odnosu na općeprihvaćeno tumačenje i shvatanje, koje smo iznijeli u prethodnom poglavlju. Alternativni pristupi se bazira(ju) isključivo na znanju (saznanju) ili, po kontinentalnim shvatanjima, svijesti. Teoretski koncept po kojem se odgovornost za genocid širi na pojedince koji čine genocidna djela sa znanjem o destruktivnim posljedicama svojih radnji je poznat kao *knowledge-based* pristup ili standard (pristup orijentiran na znanju (saznanju)) i u pravnoj doktrini je predstavljen u radu A. Greenawalta.<sup>51</sup> Ovaj pristup se u teoriji poglavito pojavio jer je glavna poteškoća s *dolus specialis* standardom bila u pribavljanju relevantnih dokaza, izvan svake razumne sumnje, da je počinitelj imao neophodnu namjeru uništenja neke grupe.<sup>52</sup> Prema ovom pristupu, osoba bi mogla biti oglašena krivom za zločin genocida ukoliko je s direktnim umišljajem počinila jednu od pet radnji izvršenja genocida sa znanjem da to dovodi do uništenja grupe,<sup>53</sup> s obzirom da je malo vjerovatno da će pojedinci sami dovesti do uništenja neke grupe – prema tome, oni moraju raditi s drugima.<sup>54</sup> Također, i posjedovanje znanja da su aktivnosti s ciljem uništenja neke grupe široko rasprostranjene, konstitutira genocid.<sup>55</sup> L. May<sup>56</sup> iznosi da je kod genocida ključalno da postoji plan koji ima za cilj

<sup>50</sup> P. Akhavan, nav. djelo, 45.

<sup>51</sup> A. Greenawalt, *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation*, Columbia Law Review, vol. 99, br. 8, 1999. Posebno v.: 2259.

<sup>52</sup> K. Goldsmith, *The Issue of Intent in the Genocide Convention and its Effect on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Toward a Knowledge-Based Approach*, Genocide Studies and Prevention, vol. 5, br. 3, 2010, str. 242. Autorica utvrđuje da ni travaux préparatoires UN Konvencije o genocidu ne podržava *dolus specialis* interpretaciju genocida. Knowledge-based pristup će povratiti prvobitnu (originalnu) namjeru Konvencije, odnosno njenih draftera. (253-255).

<sup>53</sup> *Ibid.*, 245.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*, 247.

<sup>56</sup> L. May, *Genocide: A Normative Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

uništenje zaštićene grupe u potpunosti ili u znatnom dijelu.<sup>57</sup> Ovaj plan je zapravo kolektivna namjera, što predstavlja najvažniji element genocida. On zastupa stav da nije neophodno dokazati da je počinitelj namjeravao uništiti neku grupu, već da je on namjeravao učestvovati u planu koji je imao kao svoju namjeru uništenje neke grupe.<sup>58</sup> Također, počinitelj mora znati ili bi trebao znati da plan ima genocidnu posljedicu.<sup>59</sup> Tako da način na koji je počinitelj povezan s kolektivnom namjerom (genocidnim planom) ne može biti samo na osnovu znanja ili svjesnosti, već temeljem individualne namjere, putem koje se pojedinac vezuje za kolektivnu namjeru uništenja neke grupe.<sup>60</sup> Upravo veza između individualne namjere direktnog počinitelja (koja se sastoji, pored direktnog umišljaja za radnje počinjenja, od namjere da se individualnim aktom doprinosi kolektivnoj namjeri (planu, kampanji) koja za cilj ima uništenje grupe) s kolektivnom namjerom je ključna kod subjektivnog elementa genocida.<sup>61</sup> S druge strane, P. Behrens čini se da podupire stav ICTY u smislu da koncept genocidne namjere ne bi mogao uključivati samo znanje ili svjesnost kod počinitelja u vezi s genocidnom posljedicom.<sup>62</sup> Znanje počinitelja u smislu da njegove radnje doprinose uništenju zaštićene grupe nije dovoljno.<sup>63</sup> Ovim stavom se daje svojevrсна prednost ciljno-orijentiranoj interpretaciji genocida (eng. *purpose-based approach/interpretation/standard*).<sup>64</sup> No, ukoliko počinitelj ne posjeduje cilj [namjeru] uništenja grupe, on bi i u tom slučaju mogao odgovarati za genocid, ali ne kao glavni počinitelj, već kao pomagač, odnosno saučesnik u genocidu.<sup>65</sup> Sličnog je stava i N. Jorgensen, koja zaključuje „da se odgovornost za genocid ne bi trebala proširiti na one koji samo imaju znanje o genocidnom planu, uz iznimku

<sup>57</sup> *Ibid.*, str. 126. Po pravilu, zločin genocida se čini organizirano i s ciljem provođenja određene politike vladajuće grupe, političke stranke, države ili drugog oblika političko-teritorijalne organizacije. Budući da spadaju u organizirani, planski kriminalitet, ova se djela tako najčešće čine po naređenju pretpostavljenih vojnih ili političkih rukovodilaca. Ta činjenica zahtijeva da se kod zločina genocida utvrdi i odgovornost planera, organizatora, naredbodavaca (s ovim u vezi i komandna/zapovjedna odgovornost kao poseban oblik individualne krivične odgovornosti i neposrednog izvršenja djela). Sama priroda ovog djela je takva da se u pravilu ono sastoji u planskom i sistematskom uništavanju navedenih skupina ljudi. Tako: B. Petrović, D. Jovašević, *Krivično pravo II (Krivično pravo posebni dio)*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005, str. 40-41; Z. Tomić, nav. djelo, str. 415.

<sup>58</sup> L. May, nav. djelo, 125.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, 127.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 123. Za individualnu krivičnu odgovornost za genocid, subjektivna veza između kolektivne i individualne namjere trebala bi predstavljati cilj doprinošenja ili učestvovanja u kolektivnom djelovanju. Pojedinac ne mora imati isti cilj kao genocidni plan ili kampanja, odnosno kolektivna namjera, nego cilj učestvovanja u genocidnom planu ili kampanji i da bar razumije cilj(eve) odnosno plana ili kampanje (L. May, nav. djelo, 124).

<sup>62</sup> P. Behrens, *A Moment of Kindness? Consistency and Genocidal Intent*, u: R. J. Henham, P. Behrens, *The Criminal Law of Genocide: International, Comparative and Contextual Aspects*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2007, 126.

<sup>63</sup> F. Jessberger, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, u: P. Gaeta (ur.), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 106.

<sup>64</sup> Čini se da ovoj vrsti interpretacije pripada i M. E. Badar. V. njegov rad: *Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, *International Criminal Law Review*, 6, 2006.

<sup>65</sup> F. Jessberger, nav. djelo, 106.

saučesnika u genocidu. Bolji pristup bi bio kada bi znanje bila prva faza u dokazivanju specifične namjere. Ukoliko se specifična namjera ne može dokazati, tada bi optužena osoba trebala biti kriva za saučesništvo u genocidu, koji uprkos što je označen sekundarnim zločinom [u odnosu na izravno počinjenje genocida kao primarni zločin] ipak predstavlja krajnje ozbiljno djelo.<sup>66</sup> Međutim, kako F. Jessberger naznačuje, neki tvrde da genocidna namjera kod počinitelja već postoji ukoliko takva osoba zna za postojanje genocidnoga plana, odnosno pokušaja uništenja grupe. U sistematskim zločinima, ciljevi, preduvjeti i posljedice ne mogu biti razdvojeni te u ovoj konstelaciji počiniteljevo određeno znanje o destruktivnoj namjeri glavnog počinitelja ili organizatora trebala bi biti dovoljna za pronalaženje neophodnog subjektivnog elementa kod genocida.<sup>67</sup> Međutim, u konačnici, F. Jessberger optira za ciljno-orijentiranu interpretaciju genocida i konstatira da počiniteljevo određeno znanje da učestvuje u kampanji uništenja neke grupe može indicirati prisustvo namjere za počinjenje genocida, no to *znanje* ne može zamijeniti *namjeru*.<sup>68</sup> I neki članovi Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija su sugerirali da se pojedini izrazi u definiciji zločina genocida promijene, kako bi se razjasnio zahtjev genocidne namjere.<sup>69</sup> U tom smislu bi se koristila formulacija: „djela počinjena s ciljem“ ili „djela koja očigledno imaju za cilj uništenje“ kako bi se izbjegla svaka dvosmislenost glede ovog elementa zločina.<sup>70</sup> Ističemo da zakonodavac Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske koristi izraz „cilj“. Tako, „Ko u cilju da [...]“ (čl. 171. Kaznenoga zakona BiH); „Tko s ciljem [...]“ (čl. 156. Kaznenoga zakona RH).

*Znanje o kontekstu napada* (da je napad sistematičan i rasprostranjen) i/ili *znanje o okolnostima* traži se kod zločina protiv čovječnosti, dok ovakvo znanje, prema dosadašnjoj jurisprudenciji i većinskim doktrinarnim stavovima, ne predstavlja obilježje zločina genocida. S tim u vezi, čini se da se znanje počinitelja o postojanju genocidnoga, tj. državnoga plana, odnosno kolektivne namjere ne zahtijeva. To nije pravni sastojak genocida. Tako, „UN Konvencija o genocidu referira isključivo na namjeru i u samoj definiciji ne postoji ništa što implicira da je *znanje o okolnostima* element zločina.“<sup>71</sup> Genocidni plan ili državna politika genocida ili politika analognoga entiteta je također od velike bitnosti prema W. Schabasu.

<sup>66</sup> N. H. B. Jorgensen, *The Definition of Genocide: Joining the Dots in the Light of Recent Practice*, International Criminal Law Review 1, 2001, 313.

<sup>67</sup> F. Jessberger, nav. djelo, 106.

<sup>68</sup> *Ibid.*, str. 106, 107. Kurziv autora.

<sup>69</sup> W. A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, 219.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> E. Cerimović, *To Prevent and to Punish: Genocidal Intent*, neobjavljeni magistarski rad, Central European University, Department of Legal Studies, Budapest, 2010, 56.

On drži da u praksi, genocid nije usamljeni zločin, dakle, zločin jednog počinitelja (fr. *lone génocidaire*), već zločin države.<sup>72</sup> S ovim u vezi je i njegovo stajalište da najveća odgovornost ipak leži na planerima i organizatorima genocida.<sup>73</sup> U tom smislu, on ide toliko daleko da naznačuje da bez postojanja genocidnoga plana ili državne politike (što predstavlja apstraktnu specifičnu namjeru države za vršenje zločina genocida) nema ni specifične namjere kod pojedinca. Tako, prema W. Schabasu, genocid se sastoji iz dva glavna elementa: *politike* ili *plana* na strani države ili neke druge političko-teritorijalne organizacije i *znanja* na strani pojedinca za postojanje takve politike ili plana.<sup>74</sup> Dakle, za dokazivanje genocidne namjere direktnom izvršitelju, dva su pravno relevantna pitanja: 1) postoji li državna politika genocida?; 2) da li počinitelj zna za tu politiku i da li djeluje s namjerom da je unaprijedi?<sup>75</sup> Shodno potonjem, autor dvoji o potrebi postojanja genocidne namjere na strani pojedinca. Slijedom ove postavke, možda se može uzeti, da je genocidna namjera potrebna samo kod planera i organizatora.

U smislu ovog koncepta, „bilo bi bolje uzeti politiku države kao početnu osnovu i pokušati je povezati s pojedinačnom krivnjom. Slijedeći ovaj pristup, prva poteškoća koju valja riješiti pri određivanju je li genocid počinjen je da li postoji politika države. Ukoliko je odgovor potvrđan, tada se prelazi na pojedinca sa središnjim zahtjevom koji ne predstavlja namjeru, već znanje pojedinca o napadu.“<sup>76</sup> Dakle, u praksi, procesuiranje slučajeva genocida će uključiti identificiranje plana ili politike, pa tek onda procesuiranje onih najodgovornijih za njegovo izvršenje.<sup>77</sup> Materijalne radnje izvršenja vrše počinitelji koji se nalaze niže na hijerarhijskoj ljestvici, „*and who may well be ignorant of the genocidal intent.*“<sup>78</sup> Procesuiranje za genocid bilo bi puno poštenije ukoliko napustimo zahtjev specifične namjere u korist dokazivanja politike.<sup>79</sup> Insistiranje da politika bude element zločina genocida razjašnjava realnost ovog posebnog oblika kriminaliteta i održava njegovu distinkciju.<sup>80</sup>

<sup>72</sup> W. A. Schabas, *The Law and Genocide*, u: D. Bloxham, A. D. Moses, *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 138.

<sup>73</sup> *Ibid.*, 139.

<sup>74</sup> E. Čerimović, nav. djelo, str. 57. Kurziv autora.

<sup>75</sup> W. A. Schabas, *State Policy as an Element of International Crimes*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, br. 3, 2008, 981.

<sup>76</sup> *Ibid.*, 971.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 981.

<sup>78</sup> W. A. Schabas, *The Law and Genocide*, u: D. Bloxham, A. D. Moses, *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 139.

<sup>79</sup> W. A. Schabas, *State Policy as an Element of International Crimes*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, br. 3, 2008, 982.

<sup>80</sup> *Ibid.*



Kako država ne može imati specifičnu namjeru, njen ekvivalent je plan ili politika. Po osnovu prethodno prikazanog, kada se dokaže njeno postojanje, otuda se dokazuje znanje pojedinca o genocidnom planu ili politici, što zadovoljava zahtjeve pravne definicije genocida i konstituiraju krivičnu odgovornost za genocid na strani pojedinca. Čini se, da se ovdje radi o opasnom približavanju, odnosno o poistovjećivanju krivične odgovornosti za direktno činjenje i krivične odgovornosti za sve oblike saučesništva po međunarodnom krivičnom pravu, a posebno za podstrekavanje i pomaganje. Na temelju iznesenih činjenica, razumijemo da specifična namjera za zločin genocida ne samo da nije bitan sastojak genocida – ona i *nije* sastojak genocida. Ovim se favorizira koncept genocidne politike ili plana nauštrb genocidne namjere počinitelja. Dolazimo tako, s ovim u vezi, do zaključka da se genocid može počiniti *bez* genocidne namjere.

I K. Ambos napada doktrinarno tradicionalno shvatanje genocidne namjere. Zastupa njenu interpretaciju temeljem *knowledge-based* pristupa, konceptu po kojem se „*mens rea* genocida i direktnog počinitelja i saučesnika ocjenjuje ne prema njihovome cilju ili svrsi već prema njihovome znanju o planu ili politici.“<sup>81</sup> Navodi promišljanja nekih autora da valja praviti razliku između opće namjere kod direktnog počinitelja i namjere za uništenje koja se očituje kroz kolektivnu genocidnu aktivnost.<sup>82</sup> Ovaj naučnik pravi razliku između nižerangiranih počinitelja genocida s jedne, i srednje i visokorangiranih počinitelja s druge strane. Tako je, prema njemu, za krivičnu odgovornost nižerangiranih počinitelja genocida sasvim dovoljno posjedovanje znanja „da su oni dio genocidne kampanje i da doprinose materijalizaciji kolektivne namjere za uništenje.“<sup>83</sup> Nižerangirani počinitelj stoga mora barem znati da planeri genocidne kampanje djeluju s genocidnom namjerom, što je danas obilježje saučesništva u genocidu. Ovakav pristup ima četiri podržavajuća argumenta: 1) inkorporacija elementa konteksta u Elementima zločina ICC 2002. Ovo znači da genocid ne mogu počinuti nekoliko pojedinaca; 2) direktni počinitelji, iako izravno čine radnje izvršenja genocida, smatraju se sekundarnim počiniteljima (ili saučesnicima: podstrekačima i pomagačima). Tako, ovi nižerangirani počinitelji samo implementiraju genocidni plan ili politiku; 3) genocid je proizišao iz zločina protiv čovječnosti za koji se, prema njegovim statutarnim obilježjima, zahtijeva znanje o sistematičnosti i sveobuhvatnosti napada protiv civilnoga stanovništva. Tako je genocid, u svojoj suštini, specijalni zločin protiv čovječnosti; 4) nema nikakve suštinske razlike da li direktni počinitelj

<sup>81</sup> K. Ambos, nav. djelo, ft. 44, 840.

<sup>82</sup> *Ibid*, str. 845.

<sup>83</sup> *Ibid*, 846-847.

djeluje s namjerom uništenja ili sa znanjem o genocidnoj kampanji.<sup>84</sup>

Međutim, glede visokorangiranih počinitelja, *ie* intelektualnih i faktičkih vođa genocidnoga djelovanja, K. Ambos drži da se mora podržati ciljno-orijentirani (eng. *purpose-based*) pristup.<sup>85</sup> Znači, u svrhe krivične odgovornosti ovih osoba (planeri, organizatori i naredbodavci), mora se tražiti specifična genocidna namjera. U pogledu srednjerangiranih počinitelja, poput Adolfa Eichmanna u Drugom svjetskom ratu, oni će biti krivično odgovorni za ovaj zločin ukoliko dijele genocidnu namjeru s visokorangiranim počiniteljima,<sup>86</sup> što podsjeća na obilježje subjektivnog elementa udruženog zločinačkog poduhvata kod zločina genocida u sudskoj praksi ICTY.

G. Lewy stoji na stanovištu da su, zbog teškoća pri dokazivanju zločina genocida, neki istraživači genocida napustili kriterij namjere u korist rezultata i posljedica ovog zločina.<sup>87</sup> Stoga je zabranjena posljedica zapravo *prima facie* dokaz počinjenja ovog zločina. U odgovoru na navedeni rad G. Lewyja, D. Stannard piše da se specifična namjera ne pronalazi nigdje u jeziku UN Konvencije o genocidu – specifična namjera je dodana u sljedstvenoj pravnoj interpretaciji zarad posebnih političkih ciljeva.<sup>88</sup> I C. Kress pripada grupi znanstvenika koji podržavaju *knowledge-based* pristup.<sup>89</sup> Definicija genocida ne koristi niti specifičnu niti opću namjeru, već jednostavno izraz „namjera“, što ostavlja potreban prostor da se kod zločina genocida u obzir uzme specifično uzajamno djestvo između individualnih i kolektivnih radnji.<sup>90</sup> *Travaux préparatoires* UN Konvencije o genocidu ne otkrivaju namjeru tvoraca ovog međunarodnog ugovora da pojedinac mora ciljati ili imati za cilj, ili mora djelovati s ciljem ili željom da pomogne uništenje zaštićene grupe.<sup>91</sup> Potrebno je, dakle, razlučiti kolektivnu od individualne namjere, pri čemu se kolektivna namjera definira kao cilj koji stoji iza kampanje uništenja grupe, dok pojedinac unapređuje zajedničku kampanju činjenjem zabranjenih djela sa znanjem *zajedničkoga* cilja.<sup>92</sup> Tako ovaj znanstvenik daje vlastitu definiciju namjere koja znači da počinitelj čini zabranjene radnje sa znanjem da unapređuje kampanju ciljajući pripadnike zaštićene grupe sa stvarnim ciljem potpunog ili djelimičnog

<sup>84</sup> *Ibid*, 847-848.

<sup>85</sup> *Ibid*, 848.

<sup>86</sup> *Ibid*, 849.

<sup>87</sup> G. Lewy, *Can There Be Genocide Without the Intent to Commit Genocide?*, *Journal of Genocide Research*, 9 (4), 2007, 665-666.

<sup>88</sup> T. Barta/N. Finsch/D. Stannard, *Three Responses to 'Can There Be Genocide Without the Intent to Commit Genocide?'*, *Journal of Genocide Research*, vol. 10, br. 1, 2008, 132.

<sup>89</sup> C. Kress, nav. djelo, 461.

<sup>90</sup> *Ibid*, 494.

<sup>91</sup> *Ibid*, 494-495.

<sup>92</sup> *Ibid*, 496.

uništenja takve grupe.<sup>93</sup> No, nije li pozivanje na stvarni cilj uništenja grupe zapravo namjera uništenja?

Nižerangirani izravni počinitelji zločina genocida trebali bi biti krivično odgovorni za neposredno izvršiteljstvo, a ne kao saučesnici u genocidu, jer izravno čine krivično djelo. koji nikako ne bi smjeli biti okrivljeni kao saučesnici u genocidu, jer izravno čine krivično djelo. Saučesnici su oni koji izravno ne čine genocid, tako da se optužbe za pomaganje i podstrekanje na genocid ne smiju koristiti za izravne počinitelje radnji izvršenja jednog međunarodnog zločina, s obzirom da su izravni počinitelji mnogo više involirani u zločin negoli saučesnici.<sup>94</sup> Kako bi specifična namjera bila dokazana kod pojedinca, tužitelj mora demonstrirati da je počinitelj bio svjestan plana ili politike uništenja barem dijela grupe.<sup>95</sup>

### Međunarodni krivični sud (ICC) i specifična namjera

Iako čl. 6. Statuta ICC reproducira definiciju genocida iz UN Konvencije o genocidu, u smislu navođenja genocidne namjere za uništenje neke grupe, čl. 30 Statuta (subjektivni element) naznačuje da će osoba biti krivično odgovorna ukoliko su materijalni elementi zločina počinjeni s namjerom i znanjem.<sup>96</sup> Osoba djeluje s namjerom u odnosu na radnju izvršenja ako osoba želi da se uključi u djelovanje, a u odnosu na posljedicu, ako osoba želi da prouzrokuje posljedicu ili je svjesna da će se ona desiti u redovnom toku događaja.<sup>97</sup> „Znanje“ znači svjesnost da posljedica postoji ili da će se posljedica proizvesti u redovnom toku događaja.<sup>98</sup> U Elementima zločina ICC navodi se da ako se u ovom dokumentu ne referira na subjektivni element svakog pojedinačnog djelovanja, posljedicu ili okolnosti, otuda se ima razumjeti da se relevantni subjektivni element, *ie* namjera, znanje ili oboje, navedeni u čl. 30, primjenjuju.<sup>99</sup> Konkretno, u pogledu zločina genocida, značajna su dva elementa: znanje o kontekstu napada i znanje o okolnostima (napada). Kontekst napada („u kontekstu“) će uključiti početne radnje u nadolazećem obrascu.<sup>100</sup> Znanje o okolnostima će biti adresirano pred ovim Sudom u dokazivanju genocidne namjere.<sup>101</sup> Međutim, o ovom zahtjevu u pogledu subjektivnog

<sup>93</sup> *Ibid.*, 498.

<sup>94</sup> K. Goldsmith, nav. djelo, 252.

<sup>95</sup> A. D. Waal/G. H. Stanton, *Should President Omar Al-Bashir of Sudan Be Charged and Arrested by the International Criminal Court? An Exchange of Views*, *Genocide Studies and Prevention*, vol. 4, br. 3, 2009, 344.

<sup>96</sup> Statut ICC, čl. 30, st. 1.

<sup>97</sup> Statut ICC, čl. 30, st. 2.

<sup>98</sup> Statut ICC, čl. 30, st. 3.

<sup>99</sup> ICC, *Elements of Crimes*, 1.

<sup>100</sup> ICC, *Elements of Crimes*, čl. 6, st. 1, (a).

<sup>101</sup> *Ibid.*, čl. 6, st. 1, (c).

elementa morat će biti odlučeno od Suda na *case-by-case* osnovi.

Nalazimo da se međunarodno krivično pravo razvija s ICC u ovom smislu, jer su pored Statuta Suda i procesnih pravila usvojeni i Elementi zločina, dokument koji predstavlja svojevrsnu inovaciju u odnosu na *ad hoc* međunarodne krivične tribunale, koji nisu posjedovali definicije o, s našim predmetom u vezi, subjektivnom elementu zločina. ICTY je, primjerice, morao sam definirati umišljaj, s obzirom da se njegova definicija nije mogla pronaći u Statutu ICTY. Ovo znači da se sudska vijeća ICTY i ICTR kod nekih nerazvijenih i u teoriji nedovoljno obrađenih instituta oslanjaju na svoju sudsku praksu, odnosno na prijašnje presude sudskih vijeća ovih tribunala i njihov pravni rezon. Prema navedenim dokumentima ICC, genocid je djelo koje se vrši s direktnim umišljajem s posebnim ciljem ili namjerom uništenja grupe, dok je po postavkama međunarodnog krivičnog prava, genocid međunarodni zločin koji se vrši sa specifičnom namjerom uništenja grupe. U pogledu međunarodnih zločina iz nadležnosti ICC, ima mišljenja da je Statut ovog Suda prihvatio i eventualni umišljaj. Argumente za ovakvu tvrdnju se nalaze u izrazu da je osoba svjesna „da će se posljedica proizvesti u redovnom toku događaja.“ Međutim, slažemo se s mišljenjem M. Majića<sup>102</sup>, da se vrlo teško složiti s ovakvom tvrdnjom s obzirom da u formulaciji nigdje ne vidimo izraz „vjerovatnost“ ili „mogućnost“. Stoga, kod zločina genocida, u dokumentima ICC prihvata se isključivo direktni umišljaj kod neposrednih počinitelja djela. Nadalje, u Statutu ICC vidljivo je usvajanje anglosaksonskih i angloameričkih elemeneta u vezi s oblicima krivnje. Čl. 30. Statuta ICC uzima u konsideraciju dva elementa *mens rea-e: namjeru* i *znanje*. Znanje ili saznanje ovdje se uzima kao element koji je samostalan, tj. odvojen od namjere. Međutim, i namjera i znanje (saznanje), uzeti zajedno, čine obilježja (direktnog) umišljaja, i kao takvi se imaju tretirati i dokazivati zajedno. Napominjemo, kao što smo i prije utvrdili, da se može smatrati, a u cilju boljeg razumijevanja jedne druge pravne tradicije i sistema, a time i međunarodnog krivičnog prava, da je u ovom slučaju „znanje“ supstitut za „svijest“, s ciljem označavanja intelektualnog (svjesnog) elementa umišljaja. Znanje, prema čl. 30. Statuta ICC, iako je formalno (jezički) odvojen od namjere, u materijalno-strukturalnom smislu ne predstavlja dodatni ili posebni subjektivni element. Naznačeni član interpretiramo na način da se i namjera i znanje kod zločina genocida moraju istovremeno dokazati kako bi počinitelj bio krivično odgovoran. Dakle, kod zločina genocida, u smislu Statuta ICC, uvijek se traži i namjera i znanje, te tako utvrđujemo da jedno nikako ne

<sup>102</sup> M. Majić, *Ratni zločin u međunarodnom krivičnom pravu*, Tehnička knjiga, Beograd, 2005, str. 171-172. Usp: B. Čejović, *Međunarodno krivično pravo*. Opšti i posebni deo, Dosije, Beograd, 2006, 120.

može isključivati drugo. Međutim, postoje i prijevodi Statuta ICC u smislu da se umjesto termina „namjera“ i „znanje“<sup>103</sup> koriste termini „volja“ i „svijest“,<sup>104</sup> što ide u prilog našoj tvrdnji da namjera i znanje, odnosno volja i svijest, čine sastavne i neodvojive elemente direktnog umišljaja kod zločina genocida. Pored čl. 30. i čl. 6. Statuta ICC (definicija zločina genocida) zahtijeva „svoj“ subjektivni element – genocidnu namjeru. Visoki standardi u njegovom dokazivanju postavljeni su dijelom i zbog ozbiljnosti samoga djela.<sup>105</sup>

„Kumulativno upućivanje na „namjeru“ i „znanje“ zahtijeva prisustvo voljnog elementa na strani osumnjičenoga. Ovaj voljni element obuhvata najprije one situacije u kojima osumnjičeni (i) zna da njegove ili njene radnje ili propusti doprinose objektivnim elementima zločina, i (i) poduzima takve radnje ili propuste s konkretnom namjerom da prouzroči objektivne elemente zločina (što je također znano kao *dolus directus primum* stepena).“<sup>106</sup>

*Znanje ili saznanje kao samostalan oblik subjektivnog elementa zločina nije poznat u državama europsko-kontinentalnoga pravnog sistema, već se uzima da ovaj element predstavlja intelektualni element – svijest kod umišljaja, dok ovaj pojam u nekim državama anglosaksonskoga pravnog sistema predstavlja poseban oblik mentalnog stanja.*<sup>107</sup> Međutim, prema Statutu ICC, znanje kod zločina genocida spada u sastavni dio umišljaja, pa tako i kao odrednica genocidne namjere. S druge strane, u međunarodnom krivičnom pravu postoje situacije u kojima znanje ima ulogu samosvojnog subjektivnog elementa i to kod saučesništva i komandne odgovornosti. S konstituiranjem ICC to će izgleda biti i slučaj sa znanjem o kontekstu i/ili okolnostima napada, koji predstavljaju novo obilježje *mens rea-e* genocida.

No, ono što može biti predmetom dvojbe ili poteškoće kod budućih eventualnih suđenja pred ICC za genocid jeste *tumačenje* znanja o kontekstu napada i znanja o okolnostima napada. Ovdje se, čini se, stvara treći element *mens rea-e*, pored namjere i znanja, a to je upravo znanje

<sup>103</sup> Usp: B. Petrović/M. Bisić/V. Perić, *Međunarodno kazneno sudovanje*. Pregled sudske prakse i relevantnih dokumenata, Privredna štampa, Sarajevo, 2011, 474.

<sup>104</sup> Statut Međunarodnog krivičnog suda, "Službeni list Savezne Republike Jugoslavije – Međunarodni ugovori", br. 5/2001; Zakon Republike Hrvatske o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnoga kaznenog suda iz 2001, "Narodne Novine – Međunarodni ugovori", br. 5/01 (Narodne novine Republike Hrvatske: <http://narodne-novine.nn.hr/clanci/međunarodni/327978.html>).

<sup>105</sup> W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 223.

<sup>106</sup> ICC, Pretpretresno vijeće I, Situacija u DR Kongu, Tužiteljstvo vs. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Odluka o potvrđivanju optužbi, 29. januar 2007, par. 351.

<sup>107</sup> A. Cassese, nav. djelo, 189-190.

o kontekstu i okolnostima napada. Čini se, prema logičkom, jezičkom i pravnodogmatskom tumačenju da će pred ICC u sudskom postupku za zločin genocida biti neophodno dokazati ne samo da je počinitelj počinio radnju izvršenja genocida s direktnim umišljajem, s namjerom potpunog ili djelimičnog uništenja određene grupe, nego i da je počinitelj u vrijeme izvršenja radnji djela, odnosno davanja ili primanja naredbe, imao potrebno znanje o okolnostima i kontekstu napada u kojem se njegova radnja izvršenja čini. Znanje o pomenutim činjenicama može se tako razumijeti kao znanje o postojanju genocidnoga plana ili politike, o čemu piše W. Schabas u *State Policy as an Element of the Crime of Genocide*. Stoga dolazimo do zaključka da je genocidni plan ili politika zapravo *odvojeni* ili *autonomni* pravni sastojak zločina genocida. Ako je ovo promišljanje ispravno, otuda će buduća jurisprudencija ICC biti dijelom različita u odnosu na UN Konvenciju o genocidu, raniju jurisprudenciju i pravnu doktrinu, s obzirom da se znanje počinitelja o okolnostima i kontekstu napada nije zahtijevalo kao pravni sastojak genocida, već isključivo kao pomoćno sredstvo u *dokazivanju* genocidne namjere počinitelja. Prethodni stav se otuda kosi s presudom ICTY u predmetu Goran Jelisić, u kojem stoji: „[...] da zločin [genocida] može biti počinjen od strane pojedinca, u osobnom svojstvu, bez ikakvog uključivanja države.“<sup>108</sup> W. Schabas tvrdi „da su svi sudski postupci [pred ICTY] uključivali optužene koji su djelovali u ime države i u skladu s državnom politikom, ili one koji su djelovali u ime organizacije slične državi, u pokušajima da preuzmu nadzor nad teritorijem i uspostave političku vlast, kao što je Republika Srpska.“<sup>109</sup> N. Jorgensen drži da je ovdje riječ o kontekstualnom elementu. Prepušteno je ICC da na *case-by-case* osnovi odluči da li treba postojati znanje o okolnostima ili kontekstu, vjerovatno *kao dodatak* zahtjevu specifične genocidne namjere.<sup>110</sup>

Prethodno pomenuti elementi do sada su bili isključivo pravno „rezervirani“ za zločine protiv čovječnosti. Definicija genocida ne sadrži, dakle, formalni zahtjev da radnje izvršenja budu izvršene kao dio raširenoga ili sistematičnoga napada, ili kao dio općeg ili organiziranoga plana da se uništi grupa.<sup>111</sup> Međutim, ovo je prije ICC bila implicitna karakteristika zločina genocida. Sada, prema Elementima zločina ICC, usvojenim od strane Skupštine država stranaka 2002, zahtijeva se da se genocid čini u

<sup>108</sup> ICTY, Tužilaštvo vs. Goran Jelisić, IT-95-10, Pretresno vijeće, Presuda, 14. decembar 1999, par. 100.

<sup>109</sup> W. A. Schabas, *State Policy as an Element of International Crimes*, The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 98, br. 3, 2008, 954.

<sup>110</sup> N. H. B. Jorgensen, *The Definition of Genocide: Joining the Dots in the Light of Recent Practice*, International Criminal Law Review 1, 2001, 296.

<sup>111</sup> W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 94-95.

kontekstu jasnog obrasca sličnog djelovanja uperenoga protiv odnosne grupe ili djelovanja koje bi samo moglo prouzročiti takvo uništenje. Slijedom napisanoga, iznosimo tvrdnju da pred ICC vjerovatno neće postojati „usamljeni“ počinitelj genocida u državi u kojoj ne postoji genocidni plan ili politika, odnosno da se genocid *stricto sensu* neće shvatati kao pojedinačni, usamljeni zločin. Elementi zločina ICC izbjegavaju upotrebu riječi plan ili politika nego zahtijevaju „jasan obrazac sličnog djelovanja“, no svaka različitost između ovih izraza je izrazito semantičke naravi.<sup>112</sup> No, koncept za koji W. Schabas optira, a što smo prethodno u tekstu predočili, je zapravo zamjena u konstrukciji *mens rea-e*. Dakle, on svojim postavkama treći, dodatni element *mens rea-e* supstituira s genocidnim planom ili politikom, dok genocidnu namjeru zamjenjuje sa znanjem na strani počinitelja. Naredbodavac bi bila jedina osoba koja bi pored znanja o navedenome trebala imati i namjeru da djeluje u skladu s planom na način da ga unaprijedi ili potpomogne.

U Izvještaju Međunarodne (UN) istražne komisije o kršenjima međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava u Darfuru (Sudan)<sup>113</sup> stoji da Komisija zaključuje da vlada Sudana nije vršila politiku genocida<sup>114</sup>, odnosno da, glede centralne vlade Sudana, nedostaje krucijalni element: genocidna namjera. Međutim, u par. 641. „Komisija priznaje da u nekim slučajevima, pojedinci, uključujući vladine dužnosnike, mogu počinuti djela s genocidnom namjerom. Da li je ovakav slučaj u Darfuru, to predstavlja odrednicu koju jedino nadležni sud može utvrditi na *case-by-case* osnovi.“<sup>115</sup> Nalaz Komisije da su pojedinci u Sudanu mogli imati namjeru počinjenja genocida i da se ove činjenice moraju dalje istražiti često se u literaturi previde.<sup>116</sup>

Komisija se bavila i pojmovnim određenjem genocidne namjere. U tu svrhu, subjektivni element ili *mens rea* genocida je dvojak i sastoji se iz (a) kriminalne namjere koja se zahtijeva za sve radnje izvršenja, i (b) namjere uništenja grupe.<sup>117</sup> Potonja namjera predstavlja otežavajuću kriminalnu namjeru ili *dolus specialis* koja implicira da je počinitelj svjesno želio zabranjene radnje, koje je počinio da prouzroči potpuno ili djelimično uništenje grupe kao takve, i da je znao da će njegove radnje potpuno

<sup>112</sup> W. A. Schabas, *State Policy as an Element of International Crimes*, The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 98, br. 3, 2008, 967.

<sup>113</sup> Komisija osnovana Rezolucijom Vijeća sigurnosti UN br. 1564 od 18. septembra 2004. na zahtjev Generalnoga sekretara UN K. Annana. Izvještaj podnijet 25. januara 2005. A. Cassese bio predsjednik Komisije.

<sup>114</sup> Izvještaj, UN Doc . S/2005/60, par. 518, 640. V. [http://www.un.org/news/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf).

<sup>115</sup> *Ibid*, 161.

<sup>116</sup> J. L. Washburn, W. Punyasena, The Commission of Inquiry on Darfur: A United Nations Success Story, br. 10, 20. juli 2005, str. 3. V. <http://www.unausa.org/Document.Doc?id=253>.

<sup>117</sup> Izvještaj, UN Doc . S/2005/60, par. 491.

ili djelimično uništiti grupu kao takvu.<sup>118</sup> Međutim, Komisija nije osigurala detalje o tome što bi bilo neophodno za dokazivanje genocidne namjere.<sup>119</sup>

Kao kontrast nalazima Komisije, navodimo Nalog Pretpretresnoga vijeća I ICC za uhićenje Omara Al Bashira, predsjednika Sudana, za, *inter alia*, zločin genocida. Naime, 12. jula 2010. ICC na traženje Tužiteljstva ICC izdaje drugi po redu Nalog za uhićenje u kojem „sudsko vijeće drži da je zadovoljeno u smislu da postoje razumne osnove da se vjeruje da je Omar Al Bashir krivično odgovoran [...] kao posredni počinitelj ili kao posredni supočinitelj, za optužbe genocida [za prve tri radnje izvršenja] koje su počinjene od vladinih snaga Sudana kao dio kampanje sudanske vlade protiv pobune [...]“<sup>120</sup> Ovo je prva osoba u vezi s Darfurom koja je osumnjičena po tri tačke za zločin genocida. Zanimljivo je da se u drugom Nalogu za uhićenje od 12. jula 2010. upotrebljava pojam *common plan* (bos. zajednički plan) u smislu da je imao punu kontrolu svih grana aparature Republike Sudana, uključujući sudanske oružane snage, kako bi osigurao implementaciju zajedničkoga plana.<sup>121</sup> Također, zanimljiva je i činjenica da nije sigurno za koji međunarodni zločin iz nadležnosti ICC se vezuje sintagma *common plan*. Da bi predmetne pravne nedoumice bile riješene, sačekaćemo prvu presudu ovog suda za zločin genocida u kojoj ćemo vjerovatno pronaći mnoga pravna razjašnjenja ili, bar, stav suda u ovom pogledu.

## ZAKLJUČAK

Smatramo da smo u ovom znanstvenom radu predmet našeg istraživanja cjelovito i detaljno obuhvatili, prikazali i analizirali, razrađujući sve njegove ključne elemente i aspekte. Kroz osnovne teorijske postavke o subjektivnom elementu zločina genocida, odnosno o genocidnoj namjeri, dali smo pregled osnovnog pravnodogmatskog tumačenja i interpretacije navedene namjere uz kratki osvrt na anglosaksonsko/angloameričko i europsko-kontinentalno razumijevanje ovog vrlo složenog pravnog pitanja. Također smo predočili i neka naša promišljanja s tim u vezi, s ciljem pravnog i potpunog razumijevanja predmeta istraživanja.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> K. Goldsmith, nav. djelo, str. 243. Usp: A. D. Waal, G. H. Stanton, Should President Omar Al-Bashir of Sudan Be Charged and Arrested by the International Criminal Court? An Exchange of Views, *Genocide Studies and Prevention*, vol. 4, br. 3, 2009, 338; S. Totten, The UN International Commission of Inquiry on Darfur: New and Disturbing Findings, *Genocide Studies and Prevention*, vol. 4, br. 3, 2009, 367.

<sup>120</sup> ICC, Pretpretresno vijeće I, Situacija u Darfuru, Sudan, Tužitelj vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”), ICC-02/05-01/09, 12. juli 2010, str. 4. Vidjeti također 7 i 8.

<sup>121</sup> *Ibid.*, 8.



Razrada suvremenih pravnodoktrinarnih stajališta o genocidnoj namjeri sadrži i potvrdu većinskog tumačenja namjere u međunarodnom krivičnom pravu, posebno u međunarodnokrivičnom pravosuđu, kao i tzv. alternativne pravce u ovom smislu. Ovi potonji idu više ka učenju o genocidnoj namjeri *de lege ferenda* za koje se zalažu njihovi autori.

U posljednjem poglavlju predočili smo pravnu koncepciju genocidne namjere prihvaćenu na ICC, čijim dokumentima je izvršena svojevrsna kodifikacija pravila međunarodnog krivičnog prava i čiji će rad, odnosno jurisprudencija u pogledu genocida biti od izuzetnog značaja za buduću sudsku praksu i doktrinarno tumačenje genocidne namjere. U ovom poglavlju smo dokazali sličnosti i razlike „novog“ koncepta genocidne namjere pred ICC u odnosu na raniju jurisprudenciju i pravnu doktrinu, odnosno suvremene teoretske koncepcije s tim u vezi.

U odnosu na stvarni cilj (uništenje grupe) zločin genocida je *intent-oriented crime*<sup>122</sup> ili *goal-oriented crime*<sup>123</sup> (naglasak je na namjeri) a ne *result-oriented crime*<sup>124</sup> (naglasak je na (ostvarenom) rezultatu – zabranjenoj posljedici djela). Dakle, *in abstracto*, kod zločina genocida, *stvarno* potpuno ili djelimično uništenje grupe kao takve nije potrebno. Dovoljno je da počinitelj svojom radnjom izvršenja (*actus reus*) namjerava (*mens rea*) uništiti neku grupu.

Temeljem u radu iznijetog, zaključujemo da je, posebno u novije vrijeme, znanje ili svijest/svjesnost vrlo bitna i vrlo interesantna odrednica zločina genocida, što se shvata na sljedeće načine: 1) znanje o genocidnoj namjeri (saučesništvo; *knowledge-based* pristup kod izravnog izvršiteljstva); 2) znanje o genocidnom planu i politici države (*knowledge-based* pristup); 3) znanje kao dio ili element direktnog umišljaja i time dio genocidne namjere (imajući u vidu razlike u shvatanju općih krivičnopravnih instituta (krivične odgovornosti) između anglosaksonske/angloameričke i europsko-kontinentalne pravne tradicije); i 4) znanje o kontekstu i/ili okolnostima napada (dodatni element *mens rea-e* genocida kod ICC. Pred ovim sudom, znanje i namjera (svijest i volja) identificiraju se s direktnim umišljajem i namjerom). Kod potonjeg, tužitelj mora dokazati: 1) direktni umišljaj za jednu od pet pobrojanih radnji izvršenja; 2) namjeru uništenja; i 3) znanje o kontekstu i/ili okolnostima napada.

Sve suvremene doktrinarnе koncepcije o specifičnoj namjeri kod zlo-

<sup>122</sup> P. Akhavan, nav. djelo, str. 45.

<sup>123</sup> K. Ambos, nav. djelo, 835.

<sup>124</sup> Usp: P. Akhavan, The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford Journals, 3 (4), 2005, 989-1006.

čina genocida se svode na dvije osnovne grupe: 1) *knowledge-based* (zastupljen kod jednog dijela suvremenih doktrinarnih koncepcija); i 2) *purpose-based* ili *goal-oriented* pristup (konvencijska, statutarne i zakonske definicije genocida, ICTY, ICTR i ICJ jurisprudencija, te općeprihvaćena pravna doktrina). Vjerujemo da samo znanje o genocidnom planu u dokazivanju genocida direktnim izvršiteljima nije dovoljno, jer bi u tom slučaju imali miješanje ili preklapanje sa znanjem kod udruženog zločinačkog poduhvata i saučesništva. Odnosno, *knowledge-based* pristupom saučesništvo se pokušava izjednačiti s neposrednim izvršenjem genocida, a samim time i krivična odgovornost. Ekstenzivnim tumačenjem ili tumačenjem *lato sensu*, koje i nije baš svojstveno krivičnom zakonodavstvu, možda bi ovaj pristup imao smisla i logičkog reda kod direktnih počinitelja genocida (kada se izuzmu planeri, organizatori i naredbodavci), dakle kod niskorangiranih. Srednjerangirani počinitelji mogli bi biti individualno krivično odgovorni ukoliko bi dijelili genocidnu namjeru s visokorangiranim počiniteljima, dok bi se kod posljednjih tražilo prisustvo genocidne namjere u punom obimu.

ICC naglašava važnost znanja o kontekstu i/ili okolnostima napada, odnosno o državnom planu i politici genocida, kao tzv. trećem elementu *mens rea-e* genocida, pored namjere i znanja, *i.e.* volje i svijesti prema anglosaksonskoj/angloameričkoj, odnosno pored direktnog umišljaja i namjere prema europsko-kontinentalnoj pravnoj tradiciji. Primjećujemo, dakle, da ICC ovim uvodi kontekstualni aspekt genocida, što može dijelom otežati njegovo sudsko dokazivanje, odnosno dokazivanje izvan svake razumne sumnje. S druge strane, uvođenje obligatornog kontekstualnog aspekta može značiti i konačnu potvrdu da se zločin genocida nužno izvršava na planski, organiziran i sistematičan način. Zaključujemo da se ovaj praktično-teorijski koncept primiće tvrdnji da i država može biti direktni izvršitelj genocida i za takvo što biti međunarodno odgovorna.

U konačnici, koncept ICC o specifičnoj namjeri kod zločina genocida pripada *goal-oriented* ili *purpose-based* pristupu, koji je ojačan posebnim znanjem o kontekstu i/ili okolnostima napada, o čijem će značaju u odnosu na dokazivanje ovog zločina odlučivati ICC u svakom sudskom predmetu. U smislu težine dokazivanja genocida u vezi s genocidnom namjerom, prag za dokazivanje kod *knowledge-based* pristupa je nisko postavljen za direktno izvršenje, kod *purpose-based* pristupa srednje postavljen, dok ICC uvodi visoki standard dokazivanja, te se tako u ovom slučaju genocid još više razlikuje od zločina protiv čovječnosti, ne po *actus reus-u* nego po *mens rea-i*.

## CONTEMPORARY DOCTRINAL DETERMINANTS AND THE CONCEPT OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT ON THE SPECIFIC INTENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

### SUMMARY

The paper contributes to the scientific and professional discussion of an intent (Lat. *dolus*), as it represents a mental or subjective element (Lat. *mens rea*) of the crime of genocide, of which the baselines are elaborated by the author in the first chapter. In the following scientific unit, the author analyzes contemporary doctrinal determinants of the specific/genocidal intent, which, as such, are developed and presented in works of prominent legal theorists in the field of the genocide research as an international crime. In the third part of the paper the legal concept of the International Criminal Court (ICC) on the primary subject of our research is analyzed. The author gives doctrinal understanding of the genocidal intent, highlighting in particular, in this sense, the concepts *de lege ferenda*, that is to say alternative interpretations of this element, including the most influential one - a knowledge-based approach or concept. In the paper, some of these concepts or their elements are associated to a new institutionalized (*de lege lata*) concept of proving the genocidal intent which is stipulated in basic documents of the ICC, discussing particularly the question of knowledge of context and/or circumstances of an attack, or a state plan and a policy of genocide as the third element of the genocide *mens rea* (alongside intent and knowledge, *ie* intent and awareness according to the Anglo-Saxon/Anglo-American, or besides *dolus coloratus* and intent according to the European-continental legal tradition). We note, therefore, that the ICC has introduced the contextual aspect of genocide, which could make the legal proving of genocide more difficult. On the other hand, the introduction of an obligatory contextual aspect might represent an ultimate determination that the crime of genocide is necessarily executed in a planned, organized, and systematic manner. We conclude that this practical-theoretical concept proceeds to the assertion that a state can also be a direct perpetrator of genocide, and, therefore, be held internationally responsible for it.

**Key words:** genocide, intent, knowledge of context and/or circumstances of an attack, International Criminal Court.