

Irena Čučilović*

UDRUŽENI ZLOČINAČKI PODUH VAT U PRAKSI MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG TRIBUNALA ZA BIVŠU JUGOSLAVIJU

Apstrakt: Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju je postavio konture teoriji o udruženom zločinačkom poduhvatu (UZP) u slučaju *Tadić*, a kasnije je ova teorija dalje uobličavana kroz praksu Tribunala, uprkos činjenici da se UZP kao forma individualne odgovornosti nigde u Statutu Tribunala, ni eksplicitno ni implicitno, ne spominje. Iako se, sa ove vremenske distance, radi nesumnjivo o institutu međunarodnog krivičnog prava, koji je vrlo često primenjivan od svog nastanka do danas, kako od strane Tribunala koji je njegov tvorac, tako i od strane drugih *ad hoc* tribunala, ne jenjavaju veoma ozbiljni prigovori koji mu se upućuju. Ističe se da se radi o institutu koji je „stvoren“ kako bi osigurao osudu okrivljenih, koji procesno pogoduje tužilačkoj strani koja je oslobođena tereta dokazivanja krivične odgovornosti i konkretne uloge svakog od učesnika UZP-a. Pored toga, u trenutku kada je formulisana navedena doktrina, nije bilo izvesno da li se radi o formi izvršilaštva ili saučesništva. Tek par godina kasnije, u slučaju *Milutinović i dr.*, Tribunal je zauzeo stav da UZP zapravo predstavlja formu izvršilaštva, što je dodatno kompromitovalo teoriju o UZP-u. Njena primena podrazumeva odstupanja od dostignuća i fundamentalnih načela savremenog krivičnog prava. U ovom radu se, uz načelno izlaganje teorije o UZP-u, daje prikaz jednog slučaja utvrđivanja odgovornosti po osnovu trećeg oblika UZP-a, sa ciljem ukazivanja na ključne manjkavosti koje ovu teorije prate u praksi.

Ključne reči: udruženi zločinački poduhvat, načelo zakonitosti, načelo krivice, zločin protiv čovečnosti.

1. PRAVNI OSNOV UDRUŽENOG ZLOČINAČKOG PODUH VATA

Koncepcija udruženog zločinačkog poduhvata prvi put je primenjena tokom žalbenog postupka u slučaju *Tadić*, odnosno formulisana je u presudi kojom je taj postupak okončan.¹ Teorija o udruženom zločinačkom poduhvatu primenjena je a da prethodno nije bila regulisana bilo kojim pisanim izvorom krivičnog prava.

* Advokat, adv.irena.matic@gmail.com

1 Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, IT-94-1-A od 15. jula 1999. godine, <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, 25. oktobar 2019.

Dakle, ne samo da udruženi zločinački poduhvat kao oblik odgovornosti, kao krivičnopravni institut nije propisan u Statutu Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu: Statut), već nije regulisan ni u bilo kom drugom formalnom izvoru međunarodnog krivičnog prava. Međutim, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu: Tribunal) je zauzeo stav da se radi o institutu koji proističe iz međunarodnog običajnog prava, što je, sa jedne strane protivno načelu zakonitosti u krivičnom pravu,² dok sa druge strane, nije ni sasvim utemeljeno u činjenicama.

Naime, u predmetu *Tadić* Pretresno veće je optuženog oslobodilo optužbe za ubistvo pet muškaraca u Jakšiću.³ Osnovna teza Tužilaštva u žalbenom postupku je bila da optuženi može biti oglašen krivično odgovornim za ubistvo 5 muškaraca od strane naoružane grupe kojoj je pripadao, bez obzira što nema dokaza da je on lično izvršio bilo koje od dela koja mu se stavljaju na teret. Razmatrajući ovu tezu Tužilaštva, Žalbena veće je najpre podvuklo da je princip individualne krivične odgovornosti jedan od osnovnih principa međunarodnog krivičnog prava, koji je kao takav i predviđen Statutom Tribunala.⁴

Kvalifikujući odredbu čl. 7, st. 1 Statuta, kojim je propisano da je lice koje je planiralo, iniciralo, naredilo, izvršilo ili na drugi način pomoglo ili učestvovalo u planiranju, pripremi ili izvršenju nekog od navedenih zločina lično odgovorno za učinjeno delo,⁵ nepreciznom i nejasnom, iz razloga što ista ne precizira potreban stepen učešća okrivljenog u krivičnom delu koji je osnov za njegovu ličnu odgovornost, Žalbena veće se okreće običajnom međunarodnom pravu,⁶ te kao najrelevantniji izvor prava navodi Nirnberške procese za ratne zločine, u kojima je doneto nekoliko osuđujućih presuda za saučesničko ponašanje. Naime, iako čl. 7, st. 1 Statuta ne pruža osnov za primenu teorije o udruženom zločinačkom poduhvatu, Žalbena veće je osnov za njenu primenu našlo u običajnom pravu, konstatujući da je upravo ova teorija bila često primenjivana na suđenjima u Nirnbergu i Tokiju posle Drugog svetskog rata, te da je kao takva postala deo običajnog prava.⁷

Međutim, potrebno je napomenuti da su Statuti i Nirnberškog i Tokijskog tribunala, predviđali da je svako ko učestvuje u zajedničkom planu ili zaveri da izvrši bilo koje od krivičnih dela predviđenih Statutom, odgovoran za sva krivična dela koja izvrši bilo koje lice sprovodeći taj plan, čime je bar rešeno pitanje legaliteta ove forme odgovornosti, koja je, treba napomenuti, bila primenjena samo na zločine protiv mira.⁸

2 M. Škulić /2020a/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, pp. 196–197.

3 J. E. Ackerman, E. O'Sullivan /2002/: *Praksa i procedura Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju sa odabranim materijalima Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu* (A. Sadiković, prevod), Sarajevo, p. 73.

4 G. Bigi /2010/: Joint criminal enterprise in the jurisprudence of the International criminal tribunal for the former Yugoslavia and the prosecution of senior political and military leaders: The Krajišnik case – in: *Max Planck yearbook of United nations law* (A. von Bogdandy, R. Wolfrum, eds.), vol. 14, Lieden, pp. 51–83.

5 Statut Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu: Statut) <https://www.icty.org/bcs/documents/statut-medunarodnog-suda>, 19. septembar 2019.

6 Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, § 661–662.

7 G. Bigi: *op. cit.*, p. 56.

8 R. Cryer *et al.* /2007/: *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge, p. 304; više o primeni načela zakonitosti i načela legitimnosti na suđenjima u Nirnbergu vid.: M.

S tim u vezi, ne ulazeći u razmatranje pitanja legitimnosti pomenute forme odgovornosti utvrđivane u Nirnberškim i Tokijskim procesima, mora se priznati da je ona svoj osnov imala u Statutima navedenih tribunala, te da se tu pitanje zakonitosti nije ni postavljalo, dok je sa druge strane, kod udruženog zločinačkog poduhvata u praksi Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, pored pitanja legitimnosti, potpuno opravdano postaviti i pitanje legalnosti ovog instituta.

Pre svega, polazeći od činjenice da se radi o institutu koji je tek kroz kasniju praksu Tribunala uobličavan, dodatno pojašnjava i preciziran, sa skepsom posmatramo tezu da se radi o institutu koji je bio prihvaćen i poznat u običajnom pravu. Naime, iako je nesporno da postoji određena sličnost sa odgovornošću zbog pripadnosti organizaciji u Nirnberškim procesima, nesporno je, takođe, da se udruženi zločinački poduhvat prvi put spominje u presudi Žalbenog veća u predmetu *Tadić*, pri čemu se u navedenoj presudi uglavnom govori o „teoriji zajedničkog cilja“, dok se tek sporadično koristi termin udruženi zločinački poduhvat. Pored toga, ukoliko je tačno da se radi o institutu koji je postao deo običajnog, zašto je isti prvi put primenjen u presudi Žalbenog veća u predmetu *Tadić*, donetoj dana 15. jula 1999. godine, kada je Tribunal osnovan još u maju 1993. godine? I zašto se, tek nakon te presude primećuje ekspanzija UZP-a u praksi Tribunala, koja je dovela čak i do toga da su se i već podnete optužnice dopunjavale sa ciljem da obuhvate i ovu novu teoriju?⁹

Presuda Žalbenog veća u predmetu *Tadić*, značajna je i iz razloga što je u njoj prvi put napuštena teorija „vlasti nad delom“ i princip neposrednog izvršenja krivičnog dela, te je, pozivanjem na tumačenje Statuta Tribunala i izjavu Generalnog Sekretara OUN, zaključeno da odgovornost za teška kršenja normi međunarodnog humanitarnog prava nije ograničena samo na ona lica koja zapravo izvrše *actus reus* krivičnih dela u nadležnosti Tribunala, već da se, ko god doprinese izvršenju krivičnog dela od strane grupe lica ili nekih članova grupe, prilikom sprovođenja zajedničke svrhe, pod određenim uslovima može smatrati krivično odgovornim.¹⁰

U osnovi udruženog zločinačkog poduhvata leži činjenica da najveći broj međunarodnih krivičnih dela nije rezultat pojedinačnog delovanja niti odluke samo jednog lica. Naprotiv, međunarodna krivična dela uglavnom su posledica delovanja više lica, kako onih lica koja ova dela neposredno izvršavaju, tako i onih lica koja su ih planirala ili na drugi način omogućila izvršiocima neposredno izvršenje ovih krivičnih dela. Primenom udruženog zločinačkog poduhvata kao osnova krivične odgovornosti u međunarodnom krivičnom pravu, za međunarodno krivično delo smatraju se odgovornim i sva lica koja su pripadnici grupe koja deluju sa zajedničkim ciljem.¹¹ Nesporno je, međutim, da je reč o izuzetno efikasnom sredstvu u rukama tužilaštva, kojim se omogućuje utvrđivanje krivice za međunarodna krivična dela u slučajevima u kojima nema direktnih dokaza o neposredno preduzetoj radnji krivičnog dela od strane okrivljenog.¹²

Škulić /2020/: Jedan pogled na pojam i strukturu međunarodnog krivičnog prava – in: *Međunarodno javno i krivično pravo u XXI veku*, Tara, pp. 333–357.

9 Z. Stojanović /2016/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, p. 74.

10 G. Đorđević /2017/: *Zajednički zločinački poduhvat – u teoriji i praksi*, Niš, p. 73.

11 D. Jovašević /2016/: Odgovornost za međunarodne zločine, *Vojno delo*, n° 2, pp. 57–71.

12 G. Đorđević: *op. cit.*, p. 53.

2. POJAM I ELEMENTI UDRUŽENOG ZLOČINAČKOG PODUHVATA

Iako je u slučaju *Tadić* Žalbeno veće odgovornost na osnovu udruženog zločinačkog poduhvata tretiralo kao formu saizvršilaštva, kroz kasniju praksu Tribunala zauzet je prilično kontroverzan stav da vid odgovornosti označen kao „činjenje“ u čl. 7, st. 1 Statuta implicitno uključuje i učestvovanje u UZP-u.¹³

U praksi Tribunala ustanovljene su tri kategorije udruženog zločinačkog poduhvata, pri čemu sve tri kategorije dele zajednički *actus reus*, dok se element *mens rea* razlikuje.¹⁴

2.1. *Actus reus udruženog zločinačkog poduhvata*

Već polazeći od jezičkog tumačenja pojma „udruženi zločinački poduhvat“ jasno nam je da je prvi i neophodan objektivni uslov da postoji više osoba koje se udružuju radi ostvarivanja određenog zajedničkog cilja. U sudskoj praksi je pojam „više osoba“ tumačen tako da podrazumeva najmanje dve osobe. Osobe koje učestvuju u zajedničkom poduhvatu ne moraju biti organizovane u vojnu, političku ili upravnu strukturu.¹⁵ Takođe, nije neophodno utvrditi identitet svake od tih osoba poimenično, već u zavisnosti od okolnosti svakog konkretnog slučaja može biti dovoljno da se navedu kategorije ili grupe osoba, u kom slučaju takve grupe osoba moraju biti adekvatno identifikovane kako bi se izbegle nejasnoće i dvosmislenosti.¹⁶

Iako se radi o uslovu koji je, sa logičkog aspekta, nesporan, ne može se reći da je i tumačenje ovog uslova u sudskoj praksi podjednako nesporno. Primera radi, problematičan je stav da nije neophodno poimenično utvrditi identitet svakog učesnika udruženog zločinačkog poduhvata, što ćemo ilustrovati prilikom izlaganja slučaja koji je predmet naše analize. Iako se na prvi pogled ovakav stav može činiti opravdanim, s obzirom na činjenicu da pripadnika u UZP-u može biti puno, ovakvo olako prelaženje preko ključnih činjenica u jednom krivičnom događaju može dovesti, a u praksi je i dovodilo, do toga da se okrivljeni oglašava krivim za krivično delo nekog lica čiji je identitet ostao nepoznat svim učesnicima u krivičnom postupku. Samim tim što je identitet neposrednog izvršioca ostao nepoznat, veza između njega i okrivljenog nikako nije ni mogla biti utvrđena sa izvesnošću, već je morala ostati na nivou pretpostavke. Pošto nam je nepoznat identitet učinioca, nismo u mogućnosti ni da utvrdimo njegovu krivičnu odgovornost za izvršeno krivično delo (okolnosti od kojih zavisi stepen krivice, postojanje nekog od osnova koji isključuje krivicu u konkretnom slučaju, itd), a okrivljenog smo oglasili krivim za to krivično delo, što nesumnjivo predstavlja grubu povredu načela individualne subjektivne odgovornosti, i istovremeno neodoljivo podseća na, u krivičnom pravu, odavno napuštenu i prevaziđenu kolektivnu i objektivnu odgovornost.

13 Prvostepena presuda u predmetu *Milutinović i dr*, I Tom, IT-05–87-T od 26. februara 2009. godine, § 95., https://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/bcs/jud090226p1_bcs.pdf, 13. april 2020.

14 Prvostepena presuda u predmetu *Dorđević*, IT-05–87/1-T od 23. februara 2011. godine, § 1860., https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf, 01. novembar 2019.

15 Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, § 227.

16 Prvostepena presuda u predmetu *Dorđević*, § 1861.

Drugi konstitutivni element objektivnog karaktera UZP-a je utvrđivanje zajedničkog plana, zamisli ili cilja, koji predstavlja ili uključuje činjenje krivičnih dela predviđenih Statutom. Za postojanje zajedničkog cilja nije neophodno da isti bude prethodno dogovoren ili formulisan, a ne zahteva se ni postojanje sporazuma ili dogovora između optuženog i glavnog izvršioca krivičnog dela o izvršenju tog konkretnog krivičnog dela. Zajednički plan se može improvizovati na licu mesta, a zaključak o postojanju istog se može izvesti iz činjenice da više osoba deluje zajedno kako bi sprovele u delo zajednički zločinački plan. U prilog zaključku da je krivično delo izvršeno u skladu sa zajedničkim planom može govoriti i način na koji je konkretno krivično delo izvršeno. Takođe, kažnjiva sredstva za ostvarenje zajedničkog cilja vremenom mogu evoluirati, odnosno UZP može da usvoji proširenje kažnjivih sredstava pod uslovom da dokazi pokažu da su učesnici UZP-a pristali na to proširenje, pri čemu pristajanje ne mora biti eksplicitno, već se može improvizovati na licu mesta, a zaključak o pristajanju se može izvesti iz posrednih dokaza.¹⁷

Mišljenja smo da je kod ovog uslova previše toga što se, po tumačenju Tribunala, može improvizovati na licu mesta, da je previše činjenica o čijem se postojanju zaključak može izvući iz raznoraznih posrednih dokaza, odnosno indicija, čiji je dokazni kredibilitet krajnje upitan. Osnovano se može postaviti pitanje sa kojim je stepenom izvesnosti moguće utvrditi postojanje zajedničkog plana koji prethodno nije formulisan, već ga grupa pojedinaca, čiji identitet i nismo u obavezi da pojedinačno utvrdimo, improvizuje na licu mesta, *ad hoc*. Koje su to okolnosti i indicije iz kojih se u takvom slučaju može izvesti zaključak o postojanju zajedničkog plana?

Opravdano se u teoriji ukazuje da utvrđivanje jednog zajedničkog plana kao zločinačkog podrazumeva pre svega utvrđivanje da li su kažnjiva dela deo zajedničkog plana, te kao takva prihvaćena od strane učesnika, ili se kažnjiva dela javljaju kao uslov ostvarivanja zajedničkog cilja ili tek kao posledica. Ukoliko krivična dela ne predstavljaju transparentno ili podrazumevano sredstvo za ostvarivanje zajedničkog plana, teško je određivati jedan zajednički cilj kao *a priori* zločinački. Ukoliko je, sa druge strane, vršenje krivičnih dela dogovoren način ostvarivanja zajedničkog plana, optužba za udruženi zločinački poduhvat bi morala ostati ograničena na direktne učesnike dogovora da se do ostvarivanja zajedničkog plana dođe izvršenjem krivičnih dela.¹⁸

Na kraju, potrebno je da optuženi učestvuje u zajedničkom cilju, bilo direktnim učešćem u izvršenju krivičnog dela, bilo pomaganjem, bilo doprinošenjem u sprovođenju zajedničkog cilja, pri čemu nije potrebno da učesnik UZP-a bude prisutan u trenutku izvršenja krivičnog dela od strane glavnog izvršioca. Sudska praksa je zauzela stav da nije neophodno da doprinos optuženog bude *conditio sine qua non* za izvršenje krivičnog dela, te da zapravo, pravno gledano, optuženi čak i ne mora suštinski doprinositi zajedničkom cilju. Umesto suštinskog doprinosa, zahteva se značajan doprinos zajedničkom planu. Takođe, podvlači se da je bitno da ponašanje optuženog doprinosi zajedničkom cilju, dok je sama priroda tog ponašanja irelevantna.¹⁹

17 *Ibid.*, § 1862.

18 G. Đorđević: *op. cit.*, p. 90-91.

19 Prvostepena presuda u predmetu *Đorđević*, § 1863.

Ovde zapravo imamo podizanje radnje pomaganja na nivo radnje izvršenja krivičnog dela, a „pravni osnov“ za tako nešto je tumačenje trećeg elementa *actus reus*-a od strane Tribunala.

Pomaganje je oblik saučesništva koje podrazumeva umišljajno doprinošenje izvršenju krivičnog dela, dok se sama radnja pomaganja može preduzeti na različite načine, odnosno to može biti svaka radnja kojom se može doprineti izvršenju krivičnog dela.²⁰ Slično se o pomaganju izjasnio i Tribunal, navodeći da se *actus reus* pomaganja sastoji u pružanju faktičke pomoći, ohrabriranja ili pružanju moralne pomoći koja je imala suštinski doprinos za izvršenje krivičnog dela. Na subjektivnom planu (*mens rea*) se zahteva znanje da se preduzetim radnjama doprinosi, odnosno pomaže u izvršenju krivičnog dela.²¹

Pošto se na ovom mestu izgubila jasna granica između pomaganja i UZP-a, Tribunal je pokušao da je uspostavi utvrđujući razlike između dva navedena instituta. Tako, po stanovištu Tribunala, UZP se od pomaganja razlikuje i na nivou *actus reus*-a koji se kod UZP-a sastoji u učešću u udruženom zločinačkom poduhvatu, i na nivou *mens rea* gde se kod UZP-a zahteva namera da se učestvuje u udruženom zločinačkom poduhvatu.²² Tribunal praktično kreira novo biće krivičnog dela kod koga je radnja izvršenja učešće u udruženom zločinačkom poduhvatu, slično kao kod instituta zavere u anglosaksonskom pravu.²³

Sporno je međutim kako je neko ko preduzima radnju kojom umišljajno suštinski doprinosi izvršenju krivičnog dela pomagač, dok je neko ko preduzima radnju kojom značajno doprinosi sprovođenju zajedničkog cilja, izvršilac konkretnog krivičnog dela u čijem izvršenju nije ni na koji način učestvovao.

2.2. *Mens rea* udruženog zločinačkog poduhvata

Za razliku od elementa *actus reus* koji je jedinstven za sve tri kategorije UZP-a, element *mens rea* se razlikuje.

Tako je u osnovnoj kategoriji UZP-a potrebno da svi učesnici u zajedničkom planu poseduju istu zločinačku nameru da izvrše krivično delo, dok jedan ili više učesnika UZP-a krivično delo zaista i izvrši, sa namerom.²⁴ Prema shvatanju Žalbenog veća u slučaju *Krajišnik*, zaključak o postojanju namere se može izvući iz činjenice da je neka osoba bila obavestena o vršenju krivičnih dela, a nastavila svoje učešće u zajedničkom planu.²⁵

20 Z. Stojanović /2013/: *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, p. 277.

21 A. Cassese et al. /2011/: *International criminal law: Cases and commentary*, New York, p. 397.

22 A. Cassese et al.: *ibid.*, Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka i dr*, IT-98–30/1-A od 28. februara 2005. godine, § 89–90., <https://www.icty.org/x/cases/kvočka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>, 18. april 2020.

23 M. Škulić /2014/: Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, n^o 3, pp. 1–26.

24 Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, § 220.

25 Drugostepena presuda u predmetu *Krajišnik*, IT-00–39-A od 17. marta 2009. godine, § 697., <https://www.icty.org/x/cases/krajišnik/acjug/en/090317.pdf>, 30. mart 2020.

Prva kategorija udruženog zločinačkog poduhvata (osnovni oblik) je bliska institutu saizvršilaštva,²⁶ s tim da je Tribunal prilikom povlačenja razlike između izvršilaštva/saizvršilaštva i saučesništva, težište stavio na subjektivne elemente, a potpuno zanemario objektivne elemente krivičnog dela. Tako se saizvršiocem smatra svako ono lice koje deli zajedničku nameru za izvršenje krivičnog dela, bez obzira na konkretan doprinos koji je dao izvršenju krivičnog dela,²⁷ čime se Tribunal priklanja odavno napuštenim subjektivnim teorijama saizvršilaštva u krivičnom pravu.²⁸

Druga kategorija UZP-a zapravo predstavlja posebnu vrstu prvog, odnosno osnovnog oblika, koju karakteriše sistemski karakter,²⁹ a koja obuhvata predmete tzv. koncentracionih logora, odnosno „sistemski“ UZP. Kod ovog oblika udruženog zločinačkog poduhvata optuženi zna za postojanje sistema represije u čijem ostvarenju učestvuje i poseduje nameru da pospeši dogovoreni zločinački plan zlostavljanja zatvorenika u koncentracionom logoru.³⁰

Treći, tzv. prošireni oblik UZP-a podrazumeva odgovornost za krivična dela koja su izvršena mimo ostvarivanja zajedničkog cilja, ali koja predstavljaju prirodnu i predvidivu posledicu ostvarivanja zajedničkog cilja. Kod „proširenog“ oblika UZP-a element *mens rea* se sastoji iz dva dela. Prvo, optuženi mora posedovati nameru da učestvuje i daje doprinos udruženom zločinačkom poduhvatu. Kao drugo, da bi se utvrdila odgovornost nekog optuženog za krivična dela koja nisu deo zajedničkog zločinačkog plana, ali ipak predstavljaju njegovu prirodnu i predvidivu posledicu, taj optuženi mora biti svestan mogućnosti da će neki član grupe izvršiti takvo krivično delo i voljno preuzeti rizik da njegovo priključivanje i dalje učestvovanje u udruženom zločinačkom poduhvatu može doprineti izvršenju krivičnog dela.³¹

Kao primer za ovaj oblik udruženog zločinačkog poduhvata, u praksi Tribunala se navodi zajednička namera grupe, odnosno učesnika u UZP-u, da se izvrši etničko čišćenje pripadnika neke etničke grupe, sa posledicom da se u toku izvršenja etničkog čišćenja, jedna ili više žrtava liši života. Iako ubistvo nije bilo eksplicitno priznato kao deo zajedničkog plana, radi se o prirodnoj i predvidivoj posledici situacije u kojoj se, pomoću oružja, civili prisilno odvođe. U takvom slučaju, krivična odgovornost za izvršena ubistva može se pripisati svim učesnicima udruženog zločinačkog poduhvata, ukoliko je rizik da bi moglo doći do smrti civila bio predvidiva posledica zajedničkog plana i kada se optuženi prema tom riziku odnosio bezobzirno ili indiferentno.³²

Sa aspekta definisanja zahteva za postojanje umišljaja kod ovog oblika UZP-a, zanačajna je prvostepena presuda u predmetu *Krstić*. Pretresno veće je u ovom pred-

26 R. Cryer *et al.*: *op. cit.*, p. 307.

27 A. Cassese *et al.*: *op. cit.*, p. 354–355.

28 Više o subjektivnim teorijama saizvršilaštva vid. N. Delić /2009/: *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Beograd, p. 159–161.

29 M. Škulić /2020a/: *op. cit.*, p. 197.

30 Prvostepena presuda u predmetu *Dorđević*, § 1864.

31 Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka i dr*, § 83.

32 Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, § 204.

metu utvrdilo kriterijume na osnovu kojih se pravi razlika između zločina učinjenih prilikom izvršenja dogovorenih ciljeva UZP-a i zločina oko kojih se učesnici nisu dogovorili, ali koji predstavljaju prirodnu i predvidivu posledicu plana. Tako, po nalaženju Pretresnog veća, ukoliko je krivično delo za koje se tereti optuženi bilo u okvirima UZP-a, tužilaštvo mora da dokaže da je optuženi sa osobom koja je neposredni izvršilac krivičnog dela delio stanje svesti potrebno za taj zločin. Ukoliko je krivično delo koje se okrivljenom stavlja na teret bilo van okvira cilja UZP-a, tužilaštvo mora dokazati da je optuženi bio svestan činjenice da je i taj zločin bio moguća posledica sprovođenja tog poduhvata i da je sa takvom svešću u njemu učestvovao.³³

U krivičnopravnoj teoriji brojne su kritike upućene upravo ovom obliku udruženog zločinačkog poduhvata. Argumentovano se ističe da treći oblik udruženog zločinačkog poduhvata koji ne zahteva ni znanje da je neko u okviru ostvarivanja nekog zajedničkog cilja učinio neko krivično delo, ukoliko se to moglo predvideti, predstavlja povredu načela krivice, ali i načela zakonitosti, jer takva konstrukcija i vrsta odgovornosti nemaju uporište ni u Statutu niti u običajnom pravu.³⁴ Najviše kritika izaziva to što i treći oblik UZP-a u praksi Tribunala predstavlja formu izvršilaštva. Ovde zapravo dolazi do izražaja stav o jednakosti doprinosa svih učesnika u krivičnom delu.³⁵

Nedopustivost shvatanja proširenog oblika udruženog zločinačkog poduhvata kao oblika izvršilaštva najjasnije se vidi kod krivičnog dela genocida, jer se za postojanje tog krivičnog dela zahteva postojanje genocidne namere kod izvršioca. S tim u vezi, Pretresno veće u predmetu *Stakić* isključilo je mogućnost ustanovljavanja odgovornosti za treći oblik UZP-a za zločin genocida, ukazujući da bi na taj način došlo do toga da se *dolus specialis* zločina genocida toliko razvodni da bi u potpunosti nestao.³⁶ Međutim, Žalbena veće je u predmetu *Brđanin* opruženog osudilo za genocid upravo na osnovu trećeg oblika udruženog zločinačkog poduhvata, smatrajući da optuženi može biti krivično odgovoran za genocid kao izvršilac čak i ako nije imao genocidnu nameru koja se za to krivično delo traži. Očigledno je da su razlozi koji podržavaju ovakvu praksu političke prirode, pri čemu se u teoriji podvlači da ne postoje dovoljni politički razlozi koji mogu da opravdaju ozbiljna kršenja osnovnih principa krivičnog prava do kojih u pojedinačnim slučajevima dolazi. Sa druge strane, postoje i mišljenja da su razlozi za stvaranje teorije udruženog zločinačkog poduhvata pravne, a ne političke prirode, da je doktrina udruženog zločinačkog poduhvata nastala usled teškoća da se utvrdi krivična odgovornost svakog od učesnika u kolektivnom krivičnom delu, te je ista zamišljena kao način da se krivična odgovornost proširi na sve članove udruženog zločinačkog poduhvata.³⁷

33 G. Đorđević: *op. cit.*, p. 81.

34 M. Škuljić /2019/: Krivičnopravna koncepcija zavere u međunarodnom krivičnom pravu – in: *Odgovornost i sankcija u krivičnom pravu*, pp. 46–84.

35 Z. Stojanović /2016/: *op. cit.*, p. 73.

36 G. Đorđević: *op. cit.*, p. 80.

37 M. Odriozola Gurrutxaga: *The doctrine of joint criminal enterprise at the ad hoc tribunals and its applicability in the Rome statute of the ICC*, <http://www.penal.org/sites/default/files/files/Miren%20Odriozola.pdf>, 15. avgust 2019.

3. ODGOVORNOST ZA PROGON UČINJEN PUTEM SEKSUALNOG ZLOSTAVLJANJA KAO ZLOČIN PROTIV ČOVEČNOSTI PREMA TREĆOJ KATEGORIJI UDRUŽENOG ZLOČINAČKOG PODUHVA: SLUČAJ ĐORĐEVIĆ

3.1. Zločin protiv čovečnosti

Statut Haškog tribunala propisuje zločin protiv čovečnosti u čl. 5 tako što predviđa da je Tribunal ovlašćen da krivično goni osobe odgovorne za određena krivična dela, kada su počinjena u oružanom sukobu, bilo međunarodnog bilo unutrašnjeg karaktera, i usmerena protiv bilo kog civilnog stanovništva. Dela koja pod navedenim uslovima prerastaju u zločin protiv čovečnosti jesu: ubistvo, istrebljenje, porobljavanje, deportacija, zatvaranje, tortura, silovanje, progoni na političkoj, rasnoj i verskoj osnovi i druga nehumana dela.³⁸

Budući da su krivična dela koja se nalaze u osnovi zločina protiv čovečnosti, obična krivična dela, koja su poznata svakom nacionalnom krivičnom zakonodavstvu, postavlja se pitanje šta je to što obična krivična dela uzdiže u ravan tako značajnih zločina da ona prevazilaze okvire unutrašnjeg pravnog poretka i dobijaju karakter međunarodnih krivičnih dela. Ono što ta obična krivična dela uzdiže do stepena zločina protiv čovečnosti mora biti zajedničko i opšte za sva navedena krivična dela.³⁹

Tumačeći i primenjujući citiranu i prilično šturu odredbu Statuta Haškog tribunala, sudska veća su definisala opšte uslove za postojanje zločina protiv čovečnosti, a to su:

- mora postojati napad;
- dela optuženog moraju biti deo tog napada;
- napad mora biti usmeren protiv civilnog stanovništva bilo koje kategorije;
- napad mora biti rasprostranjen ili sistematski;
- učinilac mora znati da njegova dela ulaze u okvir rasprostranjenih ili sistematskih napada usmerenih protiv civilnog stanovništva.⁴⁰

Svrha definisanja opštih uslova za postojanje zločina protiv čovečnosti jeste ograničavanje mogućnosti da se pojedinačna krivična dela ili ispadi označe kao zločin protiv čovečnosti. Naime, po svojoj prirodi, zločin protiv čovečnosti ne može biti izdvojeno i samostalno krivično delo, već mora biti unapred osmišljen i brojan.⁴¹

38 B. Ivanišević *et al.* /2008/: *Vodič kroz Haški tribunal – propisi i praksa*, Beograd, p. 83.

39 B. Ristivojević /2010/: „Opšti elemenat“ zločina protiv čovečnosti – in: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (D. Drakić, ed.), n° 2, pp. 229–251.

40 B. Ivanišević *et al.*: *op. cit.*, p. 84.

41 B. Ristivojević /2010/: *op. cit.*, p. 231.

3.1.1. Progon kao oblik zločina protiv čovečnosti

Krivično delo progona čini radnja ili propuštanje kojim se vrši diskriminacija i uskraćuje se ili se krši neko temeljno pravo ugrađeno u međunarodno običajno ili ugovorno pravo, a koji su izvršeni umišljajno, sa namerom diskriminisanja na političkoj, rasnoj ili verskoj osnovi. Potrebno je da preduzeta radnja ili propuštanje po svojoj prirodi i težini bude slična eksplicitno navedenim oblicima zločina protiv čovečnosti u čl. 5 Statuta. Sudska veća su zauzela stanovište da prilikom ocene težine i prirode konkretne radnje, tu radnju ne treba ocenjivati izolovano već u kontekstu i s obzirom na mogući kumulativni efekat. S tim u vezi, delo koje samo po sebi ne mora predstavljati zločin protiv čovečnosti, u kombinaciji sa drugim delima može predstavljati progon.⁴²

Za postojanje progona se, na subjektivnom planu, traže tri elementa:

- znanje da postoji rasprostranjen ili sistematski napad na civilno stanovništvo i da dela optuženog ulaze u okvir napada;
- namera da se izvrši delo u osnovi progona;
- diskriminatorska namera, odnosno namera da se žrtve progone na političkoj, rasnoj ili verskoj osnovi.⁴³

Jedno od brojnih dela učinjenih u oružanim sukobima na teritoriji bivše Jugoslavije, za koja su sudska veća Tribunala ocenila da predstavljaju progon ukoliko su izvršena sa diskriminatorskom namerom predstavlja i seksualno zlostavljanje. Prema opšteprihvaćenom stavu sudskih veća Tribunala, pojam seksualnog zlostavljanja širi je od pojma silovanja, te uključuje sve teške povrede integriteta ličnosti seksualnog karaktera putem prinude, pretnje, sile ili zastrašivanja, na način koji ponižava ili degradira dostojanstvo žrtve.⁴⁴ Za delo seksualnog zlostavljanja neophodno je utvrditi da je izvršeno delo seksualnog karaktera, te da je to delo dovelo do narušavanja telesnog ili moralnog integriteta žrtve. Nije neophodno da je došlo do fizičkog kontakta, jer krivično delo seksualnog zlostavljanja postoji i ako izvršilac prisili žrtvu da na sebi preduzima određene radnje ili da posmatra određene postupke, ukoliko ti postupci izvršiocu služe da žrtvu ponizi ili degradira u seksualnom smislu. Takođe se ističe da je u kontekstu oružanog sukoba seksualno ponižavanje i degradiranje žrtve mnogo značajniji faktor od seksualnog zadovoljenja izvršioca, te je u tom smislu pogrešno naglasak staviti na seksualno zadovoljenje izvršioca.⁴⁵

Tribunal je objasnio da, iako nije kao takvo navedeno u članu 5. Statuta, seksualno zlostavljanje može predstavljati mučenje ili okrutno, nečovečno ili degradirajuće postupanje. U zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, seksualno zlostavljanje može predstavljati nehumano delo ili povredu ljudskog dostojanstva. S tim u vezi, po mišljenju pretresnog veća, seksualno zlostavljanje u zavisnosti od okolnosti

42 B. Ivanišević *et al.*: *op. cit.*, pp. 100–101.

43 B. Ivanišević *et al.*: *ibid.*, p. 105.

44 Drugostepena presuda u predmetu *Đorđević*, IT-05–87/1-A od 27. januara 2014. godine, § 850., <https://www.icty.org/xi/cases/djordjevic/acjug/en/140127.pdf>, 05. decembar 2019.

45 *Ibid.*, § 852.

može biti delo iste težine kao i zločini navedeni u čl. 5 Statuta, a može predstavljati i progon ukoliko se ustanove i drugi potrebni elementi.⁴⁶

3.2. *Progon putem seksualnog zlostavljanja u slučaju Đorđević*

Pretno veće oslobodilo je Đorđevića za progon putem seksualnog zlostavljanja kao zločin protiv čovečnosti, sa obrazloženjem da, iako je veće zaključilo da su srpske snage silovale svedoka K14 u Prištini i svedoka K20 u Belegu, nije van razumne sumnje utvrđeno da su izvršioc tih dela postupali sa diskriminatorskom namerom neophodnom za postojanje progona kao oblika zločina protiv čovečnosti. Takođe, Pretresno veće je utvrdilo da nema dovoljno dokaza za zaključak da su srpske snage seksualno zlostavljale jednu devojk, kosovsku Albanku, koja je sa ostalim raseljenim licima putovala u konvoju u pravcu Prištine, i još dve kosovske Albanke u Belegu.

Pretresno veće ukazuje da kod optužbi za seksualno zlostavljanje kao oblika progona Tužilaštvo mora da dokaže da su izvršioc delovali sa namerom da izvrše diskriminaciju nad kosovskim Albancima kao etničkom grupom. Međutim, dokazana su samo dva incidenta seksualnog zlostavljanja, dok optužbe za druge incidente nisu potkrepljene adekvatnim i konkretnim dokazima o tome da su izvršioc delovali sa diskriminatorskom namerom. Iako su u dva dokazana slučaja žrtve bili kosovski Albanci a izvršioc pripadnici srpskih snaga, s obzirom na mali broj incidenta kojima se potkrepljuje to delo u osnovi progona, Pretresno veće konstatuje da etnička pripadnost tih dveju žrtava nije dovoljna da bi se ustanovilo da su izvršioc delovali sa diskriminatorskom namerom, te s tim u vezi, krivično delo progona putem seksualnog zlostavljanja nije dokazano.⁴⁷

U pogledu ovih pet konkretnih dela seksualnog zlostavljanja može se reći da su u načelu slični. Ne računajući dva dela silovanja kod kojih smo u postupku imali priliku da vidimo žrtvu, kod ostala tri slučaja nismo identifikovali žrtve, te se isti zasnivaju na iskazima svedoka, nisu identifikovani svi ili pojedini izvršioc, niti je bilo drugih neposrednih dokaza o izvršenim krivičnim delima. U postupku je krucijalna činjenica postala etnička pripadnost žrtava i izvršilaca, pa se uporno insistiralo na tome da su žrtve albanske, a izvršioc srpske nacionalnosti. U postupku nije konkretno dokazivana krivica nijednog od izvršilaca, niti je dokazivana uzročno-posledična veza između radnji koje je preduzeo okrivljeni sa nastupelom posledicom krivičnog dela, odnosno konkretnim delima seksualnog zlostavljanja. Mi ćemo u daljem tekstu analizirati jedan od pomenutih pet slučajeva seksualnog zlostavljanja.

3.2.1. *Jedan slučaj seksualnog zlostavljanja*

Prema rečima svedoka K14, negde u aprilu 1999. godine, dva muškarca su u Lukaru sa traktora skinuli jednu devojk, Albanku sa Kosova, koja je sa ostalim raseljenim licima putovala u konvoju u Prištinu. Jedan od njih nosio je noževe i imao na sebi crnu majicu bez rukava i zelene maskirne pantalone. Na obrijanoj glavi je

46 Prvostepena presuda u predmetu *Đorđević*, § 1767.

47 *Ibid.*, § 1791–1797.

imao maramu i tri minđuše u jednom uhu. Drugi, koji je policajac, nosio je plavu maskirnu uniformu i plavu traku na rukavu. Čovek sa obrijanom glavom odveo je devojkicu u šumu, a policajac mu je čuvao stražu. Kad se čovek sa obrijanom glavom vratio, policajac je otišao u šumu. U konvoju su čuli kako devojkica vrišti i plače. Posle nekih pola sata devojkica je vraćena u konvoj. Lice joj je bilo crveno od plača. Bila je bosonoga, umotana u čebe i činilo se da je naga. Pre nego što su je odveli u šumu na sebi je imala odeću.⁴⁸

Kako o ovom slučaju nema neposrednih dokaza o tome šta se dogodilo u šumi, pretresno veće je zaključilo da nema dokaza da se u konkretnom slučaju radi o seksualnom zlostavljanju.⁴⁹

Međutim, po našem mišljenju, u ovom slučaju postoji mnogo ozbiljniji dokazni deficit od onog na koji je ukazano u prvostepenoj presudi. Pre svega, tačno je da ni na nivou *actus reus*-a nemamo dovoljno dokaza da izvan razumne sumnje utvrdimo da je u konkretnom slučaju došlo do seksualnog zlostavljanja žrtve. Iskaz svedoka K14 nije potkrepljen nijednim drugim dokazom. Pored toga, pošto svedok nije bio očevidac događaja njegova saznanja o događaju moramo kvalifikovati kao pretpostavke o događaju. Materijalni dokazi o ovom događaju nedostaju, a drugih svedoka u postupku nije bilo. Pošto nije identifikovana, žrtva se nije ni pojavila u ovom krivičnom postupku, stoga nemamo ni iskaz žrtve. Isto je i sa izvršiocima krivičnog dela. Po svemu sudeći, moglo se raditi i o potpuno izmišljenom incidentu.

Veći problem uočavamo na nivou *mens rea*. Pre svega, seksualno zlostavljanje je umišljajno krivično delo. Dodatno, pošto se radi o krivičnom delu koje se nalazi u osnovi progona, kod izvršioca je potrebno da, pored umišljaja u odnosu na seksualno zlostavljanje, postoji i diskriminatorna namera. Da bi ga oglašili krivim za progon putem seksualnog zlostavljanja, moramo da utvrdimo da je izvršilac seksualno zlostavljao žrtvu samo zbog njene nacionalne pripadnosti. Imajući u vidu navedeno, postavlja se pitanje kako je uopšte moguće utvrditi progon putem seksualnog zlostavljanja kada imamo dva NN izvršioca. Kako ćemo utvrditi umišljaj i nameru kod neidentifikovanih lica? Da li je moguće utvrditi elemente krivičnog dela, koji su subjektivni, lični, koji su u domenu psihologije čoveka samo na osnovu njegove pripadnosti jednoj nacionalnoj grupi? Sa kojim stepenom izvesnosti u ovom konkretnom slučaju možemo da utvrdimo da su izvršiocima ovog krivičnog dela postupali sa umišljajem i sa potrebnom diskriminatorskom namerom?

Žalbeno veće smatra da se postojanje činjenica u ovom slučaju, u nedostatku neposrednih dokaza, može utvrditi na osnovu posrednih dokaza. To znači i da nije neophodno da žrtva lično svedoči u nekom predmetu da bi veće zaključilo da je krivično delo izvršeno. Prema shvatanju Žalbenog veća, iz činjenice da su dva muškarca, jedan koji je bio policajac i drugi koji je nosio noževe i maslinaste pantalone, izveli iz konvoja devojkicu, kosovsku Albanku i odveli u šumu, da su je ljudi u konvoju čuli kako vrišti i plače, sugestivan komentar jednog muškarca dok je izvodio devojkicu iz konvoja, činjenica da su se muškarci smenjivali na straži i da su išli u šumu da budu sami sa devojkicom, očigledna emotivna trauma devojkice kad se vratila u konvoj mada

48 *Ibid.*, § 832.

49 *Ibid.*, § 832.

nije na sebi imala vidljive spoljne znakove nasilja kao što su modrice ili krvarenje, koji bi inače mogli da objasne zašto je vrištala i plakala, i iskaz svedoka K14 da je čovek koji je imao noževe i nosio maslinaste pantalone bio „na lošem glasu“, jedino je razumno zaključiti da su ta dva muškarca seksualno zlostavljala devojkju.⁵⁰

Zanemarajući notoran nedostatak neposrednih dokaza o seksualnom zlostavljanju devojke iz konvoja u Prištini, Žalbeno veće poklanja veru iskazu jednog jedinog svedoka incidenta, navodeći da nije potrebno da taj iskaz bude potkrepljen drugim dokazima, čak i kada se odnosi na pravno relevantnu činjenicu i utvrđuje da je Pretresno veće pogrešilo u oceni dokaza u ovom slučaju.⁵¹

Odlučujući o tome da li seksualno zlostavljanje pet devojaka predstavlja krivično delo progona, Žalbeno veće razmatra pitanje da li je seksualno zlostavljanje vršeno sa namerom diskriminacije na političkoj, rasnoj ili verskoj osnovi. S tim u vezi, Žalbeno veće podseća da je Pretresno veće zaključilo da je postojao udruženi zločinački poduhvat, koji je imao zajednički diskriminatorni cilj da izmeni etničku ravnotežu Kosova, kako bi se obezbedila srpska kontrola nad pokrajinom, da su u kontekstu UZP-a srpske snage u periodu od marta do juna 1999. godine sprovodile kampanju terora i ekstremnog nasilja nad kosovskim Albancima koja je imala svrhu da se veliki broj Albanaca pobije a ostali nateraju da odu sa Kosova, te da je ova kampanja sprovedena u opštinama Dečani i Priština, gde se u istom periodu odigralo pet slučajeva seksualnog zlostavljanja o kojima se raspravlja u ovom predmetu.⁵²

S tim u vezi, Žalbeno veće konstatuje da je devojka, kosovska Albanka, u konvoju bežala sa drugim raseljenim kosovskim Albancima, da su ti ljudi u konvoju zbog svoje etničke pripadnosti postali meta napada i uznemiravanja od strane pripadnika srpskih snaga. Seksualno zlostavljanje te devojke izvršeno je, dalje navodi Žalbeno veće, u kontekstu sistematske kampanje terora i nasilja. Imajući u vidu navedeno, uz suprotno mišljenje sudije Tuzmukhamedova, Žalbeno veće zaključuje da konkretne i kontekstualne okolnosti u kojima je to seksualno zlostavljanje izvršeno ukazuju na to da je ono bilo izvršeno sa diskriminatorskom namerom. To da li je motiv izvršilaca bio i seksualnog karaktera ne menja navedeni zaključak, smatra Žalbeno veće.⁵³

Dakle, u ovom slučaju Žalbeno veće, na osnovu činjenice da je postojao UZP koji je imao zajednički diskriminatorni cilj da izmeni etničku ravnotežu Kosova kako bi se obezbedila srpska kontrola nad pokrajinom, dokazuje da su dva NN izvršioca u konkretnom slučaju postupala sa umišljajem i diskriminatorskom namerom. Potpuno ispravnim nam se čini stav sudije Tuzmukhamedova da se diskriminatorna namera u vezi sa konkretnim krivičnim delom ne može direktno izvoditi iz opštih okolnosti.⁵⁴ Ovakav zaključak bi predstavljao grubo kršenje načela individualne krivične odgovornosti prema izvršiocima ovog dela, pod uslovom da se njima u konkretnom slučaju zaista i sudilo.

50 Drugostepena presuda u predmetu *Dorđević*, § 857.

51 *Ibid.*, § 858.

52 *Ibid.*, § 888.

53 *Ibid.*, § 896–897.

54 Suprotno mišljenje sudije Tuzmukhamedova u predmetu *Dorđević*, § 60. <https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/acjug/en/140127.pdf>, 20. mart 2020.

3.2.2. Odgovornost Vlastimira Đorđevića za progon putem seksualnog zlostavljanja

Pretno veće je zaključilo da je postojao zajednički plan političkog, vojnog i policijskog rukovodstva SRJ i Srbije da se izmeni etnička ravnoteža na Kosovu sprovođenjem kampanje terora protiv civilnog stanovništva, kosovskih Albanaca, koji plan je podrazumevao vršenja ubistava, deportacije, prisilna premeštanja i uništavanje kulturnih i verskih objekata.⁵⁵ Takođe, pretno veće je utvrdilo da je Vlastimir Đorđević, kao pomoćnik ministra u Ministarstvu unutrašnjih poslova Republike Srbije (MUP) i načelnik Resora javne bezbednosti MUP-a doprineo tom zajedničkom planu i da je delio nameru sa drugim učesnicima u UZP da se taj plan sprovede. Žalbeno veće je zaključilo da je pet slučajeva seksualnog zlostavljanja predstavljalo progon kao zločin protiv čovečnosti,⁵⁶ te je prešlo na razmatranje pitanja da li bi Đorđevića trebalo osuditi prema trećoj kategoriji UZP za progon putem seksualnog zlostavljanja kao zločin protiv čovečnosti.

Kako je ranije izneto, treća kategorija UZP podrazumeva predmete u kojima neko od učesnika izvrši krivično delo koje nije obuhvaćeno zajedničkim planom, ali predstavlja njegovu prirodnu i predvidivu posledicu. U takvim predmetima *mens rea* je dvostruki. Prvo, optuženi mora imati nameru da učestvuje u zajedničkom planu i da mu doprinosi. Drugi uslov je da optuženi bude svestan mogućnosti da će neki član grupe ili lice koje član grupe koristi, izvršiti takvo krivično delo i da voljno preuzima rizik da njegovo priključivanje ili dalje učestvovanje u UZP može doprineti izvršenju tog krivičnog dela.

Pošto je u prvostepenom postupku utvrđeno da je Đorđević delio nameru UZP-a, čiji je zajednički cilj bio da se izmeni etnička ravnoteža na Kosovu, da je bio svestan da je taj cilj trebalo postići stvaranjem atmosfere terora i straha, kako bi se kosovski Albanci naterali da odu, što je uključivalo i progone raznim sredstvima, Žalbeno veće je zaključilo da je Đorđević mogao da predvidi da će zločini seksualnog karaktera biti izvršeni. Pored toga, pošto je znao da su cilj kampanje progona, Đorđević je takođe mogao da predvidi da će seksualno zlostavljanje biti izvršeno sa diskriminatorском namerom.⁵⁷

Žalbeno veće usvaja zaključak Pretrsnog veća da su učesnici u UZP-u koristili srpske snage da izvrše *actus reus* krivičnih dela u okviru zajedničkog cilja. Žalbeno veće podvlači da je pet slučajeva seksualnog zlostavljanja učinjeno od strane pripadnika srpskih snaga. Konkretno, kod slučaja o kome smo u ovom radu govorili, Žalbeno veće je konstatovalo da identitet čoveka u zelenim maskirnim pantalonama nije jasan, ali da on i nije od tolikog značaja imajući u vidu da je drugi izvršilac bio policajac, pripadnik srpskih snaga, na osnovu čega je utvrđena potrebna veza između krivičnih dela i Đorđevića kao učesnika u UZP, pa Žalbeno veće konstatuje da se ta krivična dela mogu pripisati Đorđeviću.⁵⁸

55 Prvostepena presuda u predmetu *Đorđević*, § 2126.

56 Drugostepena presuda u predmetu *Đorđević*, § 902.

57 *Ibid.*, § 925–926.

58 *Ibid.*, § 927.

Da rezimiramo predmet naše analize:

Imamo slučaj seksualnog zlostavljanja koje je utvrđeno na osnovu iskaza jednog svedoka, bez i jednog drugog dokaza koji te navode potkrepljuje, bez iskaza žrtve, bez iskaza drugih svedoka i bez materijalnih dokaza. Utvrdili smo da je kod izvršilaca kojima ne znamo ni imena, ali jednog od njih smatramo indentifikovanim jer znamo da je bio pripadnik srpske policije, postojala namera diskriminacije na osnovu činjenice da je postojao UZP koji je imao zajednički diskriminatorski cilj da izmeni etničku ravnotežu Kosova kako bi se obezbedila srpska kontrola nad pokrajinom, pri čemu konkretni izvršioци nisu bili učesnici u UZP-u. Na osnovu činjenice da je jedan od izvršilaca bio pripadnik srpske policije utvrdili smo vezu između krivičnog dela tog lica i Đorđevića kao učesnika u UZP-u. Pošto je delio nameru UZP-a, čiji je zajednički cilj bio da se kampanjom terora i nasilja usmerenom protiv albanskog stanovništva izmeni etnička ravnoteža na Kosovu, zaključili smo da je Đorđević mogao da predvidi da će zločini seksualnog karaktera biti učinjeni, i da je taj rizik voljno preuzeo daljim učešćem u UZP-u. Pošto su cilj kampanje bili progoni, zaključili smo da je mogao da predvidi i da će seksualno zlostavljanje biti izvršeno sa diskriminatorskom namerom.

Kada podvučemo crtu možemo da konstatujemo da smo diskriminatorsku nameru neposrednih izvršilaca, koji nisu učesnici u UZP-u, čiji nam je identitet nepoznat, osim što je jedan od njih pripadnik srpskih snaga, utvrdili jer je zajednički cilj UZP-a bio diskriminatorski.

Mogli bismo tvrditi da je ovde došlo do grubog kršenja pre svega načela individualne subjektivne odgovornosti, jer sudsko veće nije pristupilo utvđivanju individualne krivice navodnih izvršilaca, već je njihovu krivicu, njihov umišljaj i diskriminatorsku nameru utvrdilo na osnovu namere grupe lica, učesnika u UZP, kojoj oni nisu čak ni pripadali. Sudsko veće međutim nije ni utvđivalo njihovu krivičnu odgovornost, jer oni nisu ni bili okrivljeni u ovom krivičnom postupku, šta više do kraja postupka njihova imena, odnosno identitet ostao je nepoznat svim učesnicima u postupku.

Ipak, tako utvrđena odgovornost ovih lica poslužila je da se utvrdi odgovornost okrivljenog u ovom krivičnom postupku za navedena krivična dela.

Na primeru ovog jednog slučaja možemo videti do kojih sve odstupanja od bazičnih načela krivičnog materijalnog prava dolazi primenom teorije o udruženom zločinačkom poduhvatu, posebno njegovom trećem obliku. I sama teorija je prilično neodbranljiva, jer, ako pođemo od toga da subjektivna, individualna odgovornost podrazumeva da svako odgovara samo za svoje lične postupke prema kojima ima odgovarajući psihički odnos i koja mu se upravo zbog tog psihičkog odnosa mogu pripisati u krivicu, ostaje bez odgovora pitanje kako se nekome može pripisati u krivicu delo prema kome on nema nikakav psihički odnos. Čak i ukoliko postoji umišljaj u odnosu na zajednički plan, nije dokazan umišljaj u odnosu na konkretno krivično delo koje nije bilo deo zajedničkog plana.

Umesto dokazivanja umišljaja okrivljenog u odnosu na konkretno delo seksualnog zlostavljanja, koje nije bilo deo zajedničkog plana, shodno teoriji o UZP-u, dokazivan je uslov da je to delo bilo „predvidiva i prirodna posledica udruženog

zločinačkog poduhvata.“ Slučaj koji smo izložili u ovom radu nedvosmisleno pokazuje koliko je taj uslov dubiozan. Konkretno, u našem slučaju nema objašnjenja kako je okrivljeni, koji nije bio prisutan prilikom izvršenja krivičnog dela, koji izvršenje dela nije naredio niti podsticao, mogao da predvidi da će neka lica, njemu nepoznata, izvršiti krivično delo seksualnog zlostavljanja? Pitanje je i za koga je seksualno zlostavljanje trebalo da bude prirodna posledica plana da se izmeni etnička ravnoteža na Kosovu – za okrivljenog ili za članove Žalbenog veća? Ukoliko usvojimo stav da od ocene sudskog veća, a ne od shvatanja okrivljenog, zavisi da li se nešto može smatrati prirodnom posledicom zajedničkog plana, dodatno podrivamo načelo individualne i subjektivne odgovornosti.

Na ove probleme je ukazao i sudija Tuzmukhamedov u svom mišljenju:

„U prvostepenoj presudi se ne navode nikakvi dokazi da je Đorđević tokom perioda na koji se odnosi Optužnica, ili pre tog perioda, ikad dobio ikakve informacije o seksualnom zlostavljanju koje bi makar mogle da ga upoznaju na sklonost pojedinih pripadnika srpskih snaga ka činjenju zločina seksualne prirode.

Ukratko, čini se da većina članova Žalbenog veća ocenjuje da li se tokom sukoba na Kosovu seksualno zlostavljanje kao tip krivičnog dela moglo načelno predvideti, pa na osnovu toga proglašava Đorđevića odgovornim za pet konkretnih slučajeva seksualnog zlostavljanja. Ja smatram da je taj ishod problematičan sa stanovišta načela individualne krivice. Osim toga, osporavam da je Đorđević mogao uspešno da se brani od tako uopštenih tvrdnji i pitam se gde većina članova Žalbenog veća povlači liniju između onih zločina koje je Đorđević mogao da predvidi i onih koje nije.“

ZAKLJUČAK

Uz sve napore Tribunala da UZP uobličiti u jednu konzistentnu teoriju, čija je primena potpuno opravdana s obzirom na težinu krivičnih dela koja su u njegovoj nadležnosti, mišljenja smo da je analiziran slučaj Vlastimira Đorđevića eklatantan primer na osnovu koga se može zaključiti da je UZP, a posebno njegov treći, tzv. prošireni oblik, institut izgrađen na brutalnom kršenju načela individualne subjektivne odgovornosti, ali i zanemarivanju nekih drugih ništa manje značajnih načela i tekovina krivičnog prava.

Uvažavajući sve razlike koje postoje između nacionalnog i međunarodnog krivičnog prava, nesporno je da temelji na kojima je izgrađeno unutrašnje krivično pravo moraju biti i temelji na kojima nastaje i gradi se i međunarodno krivično pravo. Ovo iz razloga što je najvažnija funkcija kako nacionalnog tako i međunarodnog krivičnog prava zaštitna funkcija, koja podrazumeva da država/međunarodna zajednica propisivanjem krivičnih dela i krivičnih sankcija za ta dela pruža zaštitu najvrednijih dobara pojedinca i opštih dobara. Međutim, zaštitna funkcija krivičnog prava ima i drugu stranu, koja podrazumeva i zaštitu pojedinca od samovolje države/međunarodne zajednice, od arbitrarnosti u primeni krivičnog prava, povrede prava na jednakost pred sudom i zakonom, selektivne pravde itd. Da bi krivično

pravo moglo da obavlja svoju zaštitnu funkciju, neophodna pretpostavka je poštovanje osnovnih načela na kojima ono počiva od strane onih koji ga primenjuju, kao što su načelo zakonitosti, načelo legitimnosti, i na kraju načelo krivice, odnosno individualne subjektivne odgovornosti.

Značajan deo rada smo posvetili ukazivanju na koje je sve načine u izloženom slučaju došlo do povrede načela krivice na štetu Vlastimira Đorđevića. Međutim, treba napomenuti da načelo krivice, osim osnovnog zahteva da svako može odgovarati samo za svoja dela prema kojima ima određeni psihički odnos zbog kojeg mu se može uputiti socijalno-etički prekora, ima i šire značenje, koje podrazumeva da nije dovoljno samo utvrditi da je okrivljeni kriv, već je potrebno utvrditi i koliko je kriv.

U konkretnom slučaju koji je u ovom radu izložen, Žalbena veće se nije bavilo utvrđivanjem svih onih činjenica koje su inače ključne u svakom krivičnom postupku. Nije se bavilo utvrđivanjem uzročno-posledične veze između konkretnih radnji koje je preduzimaio okrivljeni i krivičnog dela seksualnog zlostavljanja u osnovi progona kao zločina protiv čovečnosti. Nije se bavilo ni krivicom okrivljenog, odnosno nije utvrđivalo kakav je psihički odnos okrivljenog prema konkretnom delu, i da li je taj odnos takav da opravdava upućivanje socijalno-etičkog prekora i primenu kazne. Naprotiv, samo postojanje zajedničkog cilja udruženog zločinačkog poduhvata, u kojem je po nalaženju Veća okrivljeni učestvovao, bilo je dovoljno za donošenje osuđujuće presude po navedenoj tački optužnice.

Mišljenja smo da čak i da nije bilo svih nedostataka na koje smo ukazali u prethodnom tekstu, a tiču se nepoznatog identiteta neposrednih izvršilaca krivičnog dela i samim tim nemogućnosti da se utvrdi njihova krivica i diskriminatorna namera, ovakva odluka Tribunala ništa manje ne bi bila problematična sa aspekta načela krivice u odnosu na Vlastimira Đorđevića.

Jer bez utvrđivanja konkretne uloge Vlastimira Đorđevića u izvršenju krivičnog dela seksualnog zlostavljanja koje je u osnovi progona kao oblika zločina protiv čovečnosti, bez utvrđivanja uzročno-posledične veze između konkretnih radnji okrivljenog i izvršenog krivičnog dela, bez utvrđivanja krivice Vlastimira Đorđevića u odnosu na to konkretno delo, sve i da je van svake sumnje utvrđeno da to krivično delo jeste izvršeno, da je utvrđen identitet lica koja su krivično delo izvršila, da je utvrđeno da su izvršioci postupali sa umišljajem i sa traženom diskriminatorskom namerom, osuda Vlastimira Đorđevića za to krivično delo ostala bi negacija svih dostignuća i garantija koje pruža savremeno krivično pravo i međunarodne konvencije, na prvom mestu načela individualne subjektivne odgovornosti, i primer odgovornosti za dela drugog, odnosno dokaz da u savremenom krivičnom pravu ipak i dalje nije sasvim napuštena objektivna i kolektivna odgovornost.

LITERATURA

- Ackerman J. E., O'Sullivan, E. /2013/: *Praksa i procedura Međunarodnog tribunala za bivšu Jugoslaviju sa odabranim materijalima Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu* (Sadiković, A., prevod), Sarajevo.
- Bigi G. /2010/: *Joint criminal enterprise in the jurisprudence of the International criminal tribunal for the former Yugoslavia and the prosecution of senior political and military*

- leaders: The Krajisnik case – in: *Max Planck yearbook of United nations law* (von Bogdandy, A., Wolfrum, R., eds.), vol. 14, Leiden.
- Cassese A. et al. /2011/: *International criminal law: Cases and commentary*, New York.
- Cryer R. et al. /2007/: *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge.
- Delić N. /2009/: *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Beograd.
- Đorđević G. /2017/: *Zajednički zločinački poduhvat – u teoriji i praksi*, Niš.
- Ivanišević B. et al. /2002/: *Vodič kroz Haški tribunal – propisi i praksa*, Beograd.
- Jovašević D. /2016/: *Odgovornost za međunarodne zločine, Vojno delo*, n° 2.
- Ristivojević B. /2010/: „Opšti elemenat“ zločina protiv čovečnosti – in: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Drakić, D., ed.), n° 2, Novi Sad.
- Stojanović Z. /2013/: *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Z. /2016/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd.
- Škulić M. /2019/: *Krivičnopravna koncepcija zavere u međunarodnom krivičnom pravu – in: Odgovornost i sankcija u krivičnom pravu*, Tara.
- Škulić M. /2020/: *Jedan pogled na pojam i strukturu međunarodnog krivičnog prava – in: Međunarodno javno i krivično pravo u XXI veku*, Tara.
- Škulić M. /2020a/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd.
- Škulić M. /2014/: *Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva, NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, n° 3.

IZVORI SA INTERNETA

- Drugostepena presuda u predmetu *Đorđević*, IT-05–87/1-A od 27. januara 2014. godine, <https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/acjug/en/140127.pdf>.
- Drugostepena presuda u predmetu *Krajisnik*, IT-00–39-A od 17. marta 2009. godine, <https://www.icty.org/x/cases/krajisnik/acjug/en/090317.pdf>.
- Drugostepena presuda u predmetu *Kvočka i dr*, IT-98–30/1-A od 28. februara 2005. godine, <https://www.icty.org/x/cases/kvočka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>.
- Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, IT-94–1-A od 15. jula 1999. godine, <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.
- Odrizola Gurrutxaga M.: *The doctrine of joint criminal enterprise at the ad hoc tribunals and its aplicability in the Rome Statute of the ICC*, <http://www.penal.org/sites/default/files/files/Miren%20Odrizola.pdf>.
- Prvostepena presuda u predmetu *Đorđević*, IT-05–87/1-T od 23. februara 2011. godine, https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf.
- Prvostepena presuda u predmetu *Milutinović i dr*, Tom I, IT-05–87-T od 26. februara 2009. godine, https://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/bcs/jud090226p1_bcs.pdf.
- Statut Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, <https://www.icty.org/bcs/documents/statut-medunarodnog-suda>.
- Suprotno mišljenje sudije Tuzmukhamedova u predmetu *Đorđević*, <https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/acjug/en/140127.pdf>.

Irena Čučilović^{59*}

JOINT CRIMINAL ENTERPRISE IN THE PRACTICE OF INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA

SUMMARY

Joint criminal enterprise (JCE) is the institute first applied by the International criminal tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) in the *Tadic* case, and thereafter further shaped through the practice of the ICTY despite the fact that JCE as a form of individual responsibility is not mentioned anywhere in the Statute of ICTY, neither implicitly nor explicitly. Although today there is no doubt that the Joint criminal enterprise is an institute of international criminal law, which was very often applied in the practice by both ICTY and other international *ad hoc* tribunals, the serious remarks to this institute do not abate. It's pointed out that this is an institute that "was created" to ensure the conviction of the defendants, which procedurally affects the prosecution, which is relieved of the burden of proving criminal responsibilities and the specific roles of each of the participants in the JCE. Besides that, at the time when this doctrine was formulated, it was not entirely clear whether it was a form of commission or a form of complicity. Only a couple of years later, in the *Milutinovic et al.* case, the ICTY stands out that the liability based on the JCE doctrine, in fact, is a responsibility for the commission, which further compromised this doctrine. Questionless, the application of the Joint criminal enterprise doctrine in practice leads to serious violation of the fundamental principles of contemporary criminal law. With general review of the Joint criminal enterprise doctrine, in this piece of work, the author considers one case of conviction under the third (often referred to as "extended") form of JCE, in order to point out the key problems which this doctrine produces in practice.

Key words: joint criminal enterprise, the principle of legality, the principle of individual responsibility, crime against humanity.