

Dr. sc. Mirjan Damaška*

PRAVI CILJEVI MEĐUNARODNOG KAZNENOG PRAVOSUĐA

Rad međunarodnih kaznenih sudova mogao bi se osjetno poboljšati, misli autor, ako bi se preispitali njihovi ciljevi. Prvi je problem u tom da su ti ciljevi i suviše ambiciozni, pa dovode do razočaranja zbog raskoraka između očekivanja i dostignuća. Drugi se problem sastoji u tom da si neki ciljevi proturječe, a da nema jasne predodžbe o tom kako da se razriješe nastale napetosti. Treći je problem u tom da su međunarodni kazneni sudovi neprikladni za postizanje nekih preuzetih zadaća. Nakon što je postavio tu dijagnozu u pogledu ciljeva, autor predlaže da se međunarodni kazneni sudovi odreknu nekih ambicija, ili umanje njihovu važnost, te da prigrle pozitivnu generalnu prevenciju kao svoju osnovnu zadaću, i to u smislu promicanja osjećaja odgovornosti za grubo kršenje ljudskih prava. Taj socijalno-pedagoški cilj povlači za sobom potrebu da se odgovori na niz pitanja, od kojih se autor osvrće samo na neka koja odmah upadaju u oči. Jedno je pitanje tko je prvenstveni adresat socijalno-pedagoških poruka – međunarodna zajednica ili sredine u kojima su zločini počinjeni. Drugo se pitanje odnosi na nesklad između nekih teorija međunarodnog kaznenog prava i laičkih moralnih intuicija. Taj nesklad otežava prihvaćanje odluka međunarodnih kaznenih sudova od adresata njihova socijalno-pedagoškog djelovanja. Treće se pitanje odnosi na potrebu da se oblici kaznenog postupka prilagode naglašenoj didaktičkoj funkciji međunarodnog kaznenog pravosuđa. Posljednje pitanje kojim se autor bavi jest potreba pomicanja te didaktičke funkcije s činjenicom da se međunarodni kazneni postupak vodi prvenstveno protiv državljana malih i slabih država. Ta činjenica pobuđuje, naime, sumnju u dvostruki moral međunarodnog kaznenog pravosuđa, štetan njegovom moralnom autoritetu. Uspješno socijalno-pedagoško djelovanje međunarodnih kaznenih sudova, posebno u sredinama u kojima su međunarodni zločini izvršeni, teško je pak zamisliti bez tog autoriteta.

* Dr. sc. dr. h. c. Mirjan Damaška, Sterling professor of law, Yale University Law School, SAD

Da bi se značaj međunarodnog kaznenog pravosuđa sagledao o u pravom svjetlu, potrebno je na nj gledati iz perspektive koja nije u Hrvatskoj uobičajena. Kad se, naime, u Hrvatskoj o njemu govori, pažnja promatrača iz razumljivih se razloga usredotočuje na Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju (dalje: MKSJ), i to gotovo isključivo na njegovu aktivnost u predmetima protiv osoba koje su se u ratu borile na hrvatskoj strani. Stoga se može lako dogoditi da se kritike na odluke Suda u tim za Hrvatsku osjetljivim predmetima pripišu međunarodnom kaznenom pravosuđu općenito. Pravilan pristup tom pravosuđu zahtijeva, međutim, da se uzme u obzir i djelovanje MKSJ u postupcima protiv Bošnjaka, Kosovara i Srba, kao i rad ostalih *ad hoc* međunarodnih kaznenih sudova, a posebno da se ne izgubi iz vida pravosudni potencijal stalnog Međunarodnog kaznenog suda.¹ No i u tom proširenom fokusu nepristanom promatraču upada u oči endemička slabost međunarodnog kaznenog pravosuđa koja se i u Hrvatskoj rado spominje: riječ je o ovisnosti tog pravosuđa o hirovima međunarodne i domaće politike. Ta ovisnost izvire prvenstveno iz pomanjkanja učinkovitih međunarodnih institucija, kadrih i voljnih da izvršavaju odluke međunarodnih kaznenih sudaca. Bez suradnje i potpore država ti su suci doista nemoćni - ne mogu osigurati prisutnost osumnjičenih osoba, pribaviti potrebne dokaze i izvršavati izrečene osude. Države pak odlučuju o suradnji i potpori međunarodnim kaznenim sudovima na osnovi procjene vlastitih sigurnosnih, ekonomskih, reputacijskih i drugih interesa. Izostane li stoga pritisak moćnih aktera u međunarodnoj zajednici, i slabe su države u stanju ignorirati sudske odluke. Iz tih je razloga stroga i dosljedna vladavina prava u domeni međunarodnog kaznenog pravosuđa zasad nedostižan ideal i puka iluzija.

Kako bismo zorno sagledali s tim povezane teškoće, zamislimo se na trenutak u koži dobronamjernog i etički besprijealnog tužitelja, koji mora odlučiti o progonu osoba upletenih u neki međudržavni ili međuetnički sukob. Ako smatra da treba težište staviti na progon ratnih zločinaca one strane koja snosi odgovornost za sukob, nameće mu se na samom početku potreba utvrditi tu odgovornost.² Iako je to najčešće, pravno i činjenično, vrlo složena zadaća,

¹ Prema javnosti dostupnim informacijama, suci tog suda odobrili su do svibnja 2008. desetah uhiđenih naloga. Od njih se pet odnose na situaciju u Ugandi, tri na situaciju u Kongu, a dva na situaciju u Darfuru. No u svim tim predmetima postupak je još u predraspravnim stadijima.

² Govorimo o "stavljanju težišta" jer nevinna strana u sukobu ne stječe samim tim licenciju da krši humanitarno pravo: iako ima pravo na rat (*jus ad bellum*), ta je strana dužna pridržavati se pravila o humanom ratovanju (*jura in bello*). Razlikovanje tih dvaju prava vrijedi i obrnuto: strana koja nema pravo na rat može se tako strogo pridržavati pravila o humanitarnom ratovanju da njezini vojnici ne čine ratne zločine.

pretpostavimo da ju je tužitelj riješio na zadovoljavajući način.³ Iduća teškoća s kojom se onda susreće jest okolnost što zadovoljavajuća mjera progona zločinaca one strane koja je kriva za sukob ovisi o Tužiteljstvu raspoloživom dokaznom materijalu. Zamislimo da strana koja nije kriva za sukob odluči surađivati s tužiteljem (zbog pritiska moćnih država ili domaćih političkih prilika), dok strana kriva za sukob odbija tu suradnju (zbog veće otpornosti vanjskim političkim pritiscima ili zbog domaće političke situacije). Slijedom toga, tužitelju stoji na raspolaganju nedovoljno dokaza protiv osoba kojih mu je progon od prvenstvene važnosti, dok protiv onih do progona kojih mu je manje stalo ima obilje inkriminirajućeg materijala. Može se čak dogoditi da mu potpuno nedostaju dokazi protiv osoba na važnim položajima koje smatra najodgovornijima za sukob i u njemu počinjene zločine. Vidimo, dakle, da realizacija i etički besprijekornih tužiteljskih planova ovisi o nestabilnom rezervoaru političke volje država, a posebno velikih sila. Ta se ovisnost onda nužno odražava u radu međunarodnih kaznenih sudova, koji su izloženi prigovoru da su “politički” sudovi.

Ima ih koji zbog te ovisnosti smatraju da je projekt međunarodnog kaznenog pravosuđa preuranjen i osuđen na diskreditaciju.⁴ Po njihovu je mišljenju preduvjet za zadovoljavajuće međunarodno kazneno pravosuđe pojava državama nadređenih ustanova - neka vrsta svjetske federacije. Da bi međunarodna pravda stvarno uzletjela, kažu, nije dovoljno osnivati međunarodne sudove kao njezina krila; potrebna je i o državama neovisna snaga tih sudova da krilima mašu. Tom se radikalno negativnom stajalištu valja oduprijeti. Čekati na neku vrstu svjetske federacije slični, naime, čekanju na Godota, a dok to čekanje traje, nije li bolje da se osudi bar poneki ratni zločinac umjesto da svi izbjegnu kaznu? Težnja za trenutačno nedostupnim optimalnim rješenjem ne bi smjela biti prepreka poboljšanju postojećeg stanja u pogledu kažnjivosti masovnih kršenja ljudskih prava. Bolje je da postoji međunarodno kazneno pravosuđe ovisno o političkim čimbenicima nego da ga uopće nema.

Koji se zaključak onda nameće? Treba se, premda nevoljko, pomiriti sa zasad *neuklonjivim* slabostima međunarodnih kaznenih sudova, ali istovremeno ne štedjeti napore da se uklone njihovi *uklonjivi* nedostatci. Jedan od mogućih putova prema poboljšanju postojećeg stanja jest preispitivanje ciljeva međunarodnog kaznenog pravosuđa. U tom pogledu postoji zbrka uklanjanje koje otvara pogled na moguća poboljšanja. Redci koji slijede posvećeni su toj problematici.

³ Zbog te složenosti ne moramo se čuditi što Vijeće sigurnosti nije ovlastilo MKSJ da sudi za kazneno djelo agresije. Statut MKS-a predviđa, doduše, da je taj sud nadležan za to kazneno djelo, ali se države potpisnice Rimske konvencije nisu mogle složiti o njegovoj definiciji. Tako dugo dok se ta sloga ne postigne, ni MKS ne može suditi za agresiju.

⁴ O jednoj ranoj varijanti tog mišljenja vidi: Georg Schwarzenberger *The Problem of an International Criminal Law*, 3 Current Legal Problems, 263 (1950).

I.

Mnogostruke su zadaće koje su si nametnuli suci međunarodnih kaznenih sudova i zagovornici međunarodnog kaznenog pravosuđa.⁵ Pored standardnih ciljeva koji se redovito spominju u vezi sa svrhom kažnjavanja, sudovi bi morali pružiti panoramsku sliku konteksta međunarodnih zločina, pružiti žrtvama priliku da izraze svoje patnje i dobiju zadovoljštinu, individualizirati kaznu kako bi se izbjegla kolektivna odgovornost, pridonijeti okončanju sukoba u tijeku i stabilizaciji prilika u zločinima opterećenoj regiji, vršiti socijalno-pedagošku funkciju promicanja ljudskih prava i razvijati međunarodno kazneno pravo. Svi ti ciljevi morali bi se ostvarivati u okviru pravičnog (*fair*) postupka koji okrivljenicima pruža sve standardne procesne garancije. Ne treba dulje razmišljati pa da se zaključi kako je tako shvaćena zadaća međunarodnih kaznenih sudova i suviše zahtjevna. Čak bi i mnogo snažnija nacionalna pravosuđa posrnula pod njihovim teretom. Neizbježno je stoga da dolazi do raskoraka između proklamiranih ciljeva, stvorenih očekivanja i dostignuća, a slijedom tog raskoraka i do razočaranja koje šteti legitimnosti svakog pravosuđa, a pogotovo onog koje je - da tako kažemo - još u povojima.

U vezi s tako shvaćenim ciljevima međunarodnog pravosuđa javljaju se i dva dodatna problema. Jedan se sastoji u tome da su neki od ciljeva takve prirode kadri izazvati sumnju u sposobnost kaznenog pravosuđa da ih realizira. Drugi je problem međusobni odnos ciljeva. Ispada, naime, da su među njima mogući sukobi: kadri su usmjerivati suce u različitim smjerovima, stvarati napetosti i konflikte. Predodžbe o relativnoj važnosti ciljeva, potrebne za pronalaženje zadovoljavajućeg ravnovjesja suprotstavljenih ciljeva, bar zasad još nema.

Dvije nepovoljne posljedice tog stanja stvari upadaju odmah u oči. Jedna je opasnost donošenja nedosljednih odluka: od slučaja do slučaja, suci mogu slijediti različite kombinacije ciljeva. Druga se nepovoljna posljedica sastoji u nemogućnosti da se smisljeno ocijeni uspješnost rada međunarodnih kaznenih sudova. Kao što su govorili stari moreplovci, teško je utvrditi povoljan vjetar jedrenjaku bez jasnog odredišta.⁶ Oba dodatna problema - sumnja u institucionalnu podesnost sudova i konflikti ciljeva - zahtijevaju pobliže razmatranje.

⁵ Vidi Minna Schrag, *Lessons Learned from the ICTY Experience*, 2 Int.J.Crim.Just., 427, 428 (2004); Garry Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance: the Politics of War Crime Tribunals*, 284 (2000).

⁶ Prisjetimo se postupka protiv Slobodana Miloševića. Kad je taj postupak morao biti obustavljen zbog njegove smrti, pojavila su se u tisku mišljenja da je MKJ izgubio razlog postojanja. Ta su se mišljenja temeljila na neizrečenim predodžbama o zadaćama međunarodnog kaznenog pravosuđa. Artikuliranje tih predodžbi jasno bi pokazalo da se o njima može sporiti.

1. Institucionalna podesnost. Sumnje u institucionalnu podesnost međunarodnih kaznenih sudova javljaju se prvenstveno u vezi s njihovom ambicijom da utvrde širi kontekst, pa i etiologiju međunarodnih zločina. Treba priznati da je ta ambicija razumljiva. Prošireno je, naime, mišljenje da je utvrđivanje povijesne istine preduvjet za stabilizaciju društava u kojima su se međunarodni zločini dogodili. Osim toga, utvrđivanje šireg konteksta zahtijevaju u nekoj mjeri i definicije međunarodnih kaznenih djela. No, pri ocjeni realnosti te ambicije ne smijemo gubiti iz vida razlike u funkcijama sudaca i povjesničara. Suci nemaju neograničeno vrijeme za historijska istraživanja, a njihovi rezultati moraju biti stabilni: *res* koju suci utvrđuju mora što prije postati *judicata*. Ta se stabilnost odluka nameće iako se presude donose na osnovi materijala koji u tom času stoji sucima na raspolaganju, a taj materijal može biti nepotpun.⁷ Tome nasuprot, pravomoćnost je u povijesnim istraživanjima puki apsurd: Klio, muza historije, može uvijek primorati povjesničare da ispituju novi veo kojim se prekrila. Daljnja je razlika povjesničara i sudaca u tom da su potonji sputani granicama pravno relevantnih činjenica, pa ne mogu na primjeren način utvrđivati kompleksne historijske događaje.⁸ Gledana kroz prizmu povjesničara, historijska utvrđenja sudaca u pravilu su tek fragmenti historijske istine - fragmenti koji mogu lako iskriviti pouzdanu sliku onog što se stvarno dogodilo. Ako bi se pak granice pravno relevantnog proširile u mjeri koja zadovoljava lateralni vidokrug povjesničara, predmetom sudske rasprave postala bi materija utvrđenja koje zahtijeva složene i sporne interpretacije kojima je zaista teško dodijeliti imprimatur pravomoćnosti.⁹ Treba, na kraju, spomenuti i to da razlike sudskog i povjesničarskog pristupa rastu u postupcima koji su dosljedno organizirani kao spor stranaka. Naime, savjesnom

⁷ Poučan primjer je nedavna presuda Međunarodnog suda pravde u predmetu Bosna protiv Srbije iz koje se vidi da počiva na nepotpunom dokaznom materijalu.

⁸ Nema, na primjer, sumnje da dublje razumijevanje konteksta zločina koji su počinjeni u vezi s raspadom Jugoslavije zahtijeva ispitivanje uloge UN i nekih stranih država. No istraživanje te uloge pravno je nerelevantno za potrebe postupaka koje je pred MKSJ-om pokrenulo Tužiteljstvo.

⁹ Proširenje vidokruga dovodi i do problema glomaznosti rasprava. Za to je poučan *procès monstre* protiv Slobodana Miloševića. Optužnica se u tom predmetu odnosila na događaje na Kosovu, u Bosni i u Hrvatskoj, obuhvaćala je period od osam godina i sadržavala opise 66 kažnjivih djela. U vrijeme okrivljenikove smrti rasprava je trajala 466 dana, podneseno je i pregledano oko 5.000 dokumenata te ispitano 295 svjedoka. Samo unakrsno ispitivanje predsjednika Mesića kao svjedoka obuhvaća 117 stranica transkripata. Probleme donošenja odluke na osnovi tako opsežnog materijala procesna teorija i sudska psihologija trebaju tek ispitati. Dovoljno je s tim u vezi spomenuti da je u predmetu Blaškić raspravnom vijeću MKSJ-a trebalo punih sedam mjeseci od završetka rasprave do objavljivanja presude. Kad bi se u nacionalnim pravosuđima okrivljenik tako dugo držao u neizvjesnosti o ishodu rasprave, mnogi bi pobornici ljudskih prava bili skloni okrstiti taj period nehumanim.

je povjesničaru strano oslanjati se na dvije suprotne hipoteze, pogotovo kad ih zastupaju dvije pristrane osobe.¹⁰

Nameće se zaključak da historiografski nalazi međunarodnih kaznenih sudova mogu pružiti tek malen i vrlo nesiguran doprinos osvjetljenju šireg konteksta međunarodnih zločina. Najviše što se od sudova može očekivati jest da prikupe materijal za kasnija povijesna istraživanja. No i tom materijalu valja pristupiti sa znatnom dozom opreza, jer njegovo prikupljanje i procesno oblikovanje odstupa u znatnoj mjeri od optimalnih povjesničarskih metoda. Psihološki pritisci kaznenog postupka, propisi o dopustivosti i teretu dokaza, kao i niz daljnjih čimbenika mogu iznjedriti vrlo nepouzdana informacije, dok je kritički stav prema njima otežan zbog nedovoljnog poznavanja povjesničara i drugih vanjskih promatrača forenzične stvarnosti. Sve u svemu, očekivanja da će međunarodni sudovi pouzdano pojasniti pozadinu međunarodnih zločina počivaju na vrlo krhkim osnovama.

2. Odnos ciljeva međunarodnog kaznenog pravosuđa. Pristupajući toj problematici, očita je odmah tenzija između aspiracije da se okonča sukob i nastojanja da se povede postupak protiv vođa sukobljenih strana. Ako očekuju da će se po prestanku sukoba protiv njih povesti kazneni postupak, mnogi od njih naprosto će nastaviti sukob. Teško je sad bezrezervno slijedili kraljicu *vivat justitia pereat mundus* i izbjeći dilemu o tome koliko je života vrijedno žrtvovati da bi se ostvarila pravda.¹¹ Očita je i tenzija između ambicije da se utvrdi istina o pozadini međunarodnih zločina i nastojanja da se individualiziranjem krivnje izbjegne kolektivna moralna odgovornost. Iako može biti politički poželjna, ta individualizacija ne mora odražavati povijesnu istinu. Iako se masovna kršenja ljudskih prava prilikom raspada Jugoslavije rado pripisuju djelovanju manjeg broja nacionalistički nastrojenih lidera, nije isključeno da će nepristrana historijska istraživanja pokazati da je politika tih lidera - pa i politika etničkog čišćenja - nastala nezavisno od njihove aktivnosti te da je uživala bar neko vrijeme masovnu podršku.¹²

Ne smije se previdjeti ni zategnut odnos između nastojanja da se zadovolje žrtve međunarodnih zločina i nastojanja da se okrivljeniku osigura pravičan

¹⁰ O teškoćama da se time stvorena polarizacija ukloni sudskim upletanjem u spor ili pak zahtjevom da tužitelj bude objektivn, vidi Mirjan Damaška, *L'incerta identita delle corti penali internazionali*, *Criminalia*, *Annuario di Scienze Penali*, 9, 23-25 (2006).

¹¹ Statut Međunarodnog kaznenog suda vodi računa o toj tenziji, pa ovlašćuje Vijeće Sigurnosti UN da privremeno odgodi pokretanje postupka (čl.16). Dobar primjer tenzije o kojoj govorimo u tekstu je situacija u Ugandi. Vidi J. Gettleman, *Uganda peace hinges on amnesty for brutality*, *New York Times*, 15. rujna 2006, str. A-1.

¹² Za Ruandu kažu da je više od milijun osoba sudjelovalo u genocidu. Vidi M.A. Drumbl, *Punishment, post-genocide*, 75 *New York U. L. Rev.*, 1221, 1250 (2000).

postupak. Ako se u vezi s međunarodnim kaznenim pravosuđem o tom odnosu nerado govori, razlog tome je kognitivna disonancija koju ta tema izaziva. Ne radi se samo o tom da pružanje prilike žrtvama da sudjeluju u postupku može uzrokovati odugovlačenje postupka, a time i sukob s pravima okrivljenika. Važnija je opasnost da dramatični iskazi žrtava o počinjenim strahotama ostave na suce tako snažan dojam da se zadovolje - makar i nesvjesno - slabijim inkriminirajućim dokazima nego što bi to bilo inače, ili pak da okrivljeniku pripišu veću odgovornost nego što je stvarno zaslužuje. Nakon serije potresnih iskaza žrtava o nekom nečovječnom postupku koji se može povezati s okrivljenikom, teško je zamisliti da bi čak i flagrantne povrede prava obrane mogle privesti suce da u povodu njih donesu oslobođajuću presudu.¹³ Poriv da se donese žrtvama prihvatljiva odluka može na taj način oslabiti utjecaj procesnih propisa koji u nacionalnim pravosuđima daju prednost interesima okrivljenika pred interesima žrtava. Procesna pravda povlači se pod pritiskom humanog nastojanja da se zadovolje interesi žrtava.

Nešto su prikrivenije tenzije između napora da se postupkom promiče zaštita ljudskih prava i nekih drugih ciljeva međunarodnih kaznenih sudova. Jedan izvor tih tenzija je okolnost da osobe kojih je osuda optimalno sredstvo za borbu s kultom nekažnjavanja za ratne zločine nisu nužno osobe kojih osuda zadovoljava žrtve. Potonje prvenstveno zadovoljava kažnjavanje neposrednih počinitelja, a osuda njima nadređenih samo kad postoji neka žrtvama vidljiva veza između njih i neposrednih počinitelja. Međutim, sa stajališta promidžbe humanitarnih vrijednosti, smisleno je staviti težište progona na čelnike zločinačkih organizacija, jer njihova osuda proizvodi dramatičniji učinak od osude podređenih. Postoji, osim toga, zategnut odnos između promidžbe humanitarnih vrijednosti i generalne prevencije zastrašivanjem, premda su oba cilja generalnopreventivnog karaktera. Zastrašivanje privodi, naime, strogim materijalnopравnim teorijama koje zanemaruju vrstu i stupanj kaznene odgovornosti, a ta strogost može otežati prihvaćanje osuda u sredinama u kojima su se međunarodni zločini dogodili.

Nema sumnje da bi suglasnost o relativnoj važnosti ciljeva međunarodnih kaznenih sudova olakšala pristup ocrtanim tenzijama. Nažalost, te suglasnosti nema. U ranoj povijesti *ad hoc* sudova zastrašivanje se rado isticalo kao glavni cilj njihove djelatnosti. Osnivači tih sudova nadali su se, naime, da će puka prijetnja međunarodnim kaznenim progonom spriječiti međunarodne zločine. U međuvremenu su nemili događaji - od Srebrenice do Darfura - poljuljali

¹³ Primjer za toleranciju nezakonito prikupljenih dokaza nalazimo u odluci MKSJ-a u predmetu *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36 T, Decision on the Defense Objection to Intercept Evidence, no. 61 (3. October, 2003). Vidi i presudu Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu u predmetu *Prosecutor v. Kajelijeli*, Case No. 98-44A-T, no.320-24 (1. December 2003).

prvotni optimizam u pogledu realnosti tog očekivanja.¹⁴ Stoga su u novije vrijeme međunarodni suci skloni da poput svojih kolega iz nacionalnih sudova stavljaju naglasak ne samo na zastrašivanje nego i na retribuciju. Od preostalih ciljeva spominju najčešće promicanje ljudskih prava i - uz određene najnovije rezerve - utvrđivanje povijesne istine.¹⁵ Jasno je, međutim, da su te povremene izreke od male koristi za pomirenje ciljeva. Odnos zastrašivanja i retribucije prema specifičnim ciljevima međunarodnih kaznenih sudova ostaje nejasan, a poznato je *lippis et tonsoribus* da određena napetost postoji već i između zastrašivanja i retribucije kao standardnih svrha kažnjavanja.

II.

Jedna od prikladnih mjera za poboljšanje nezadovoljavajućeg stanja u pogledu zadaća međunarodnog kaznenog pravosuđa jest da se sudovi odreknu nekih ciljeva ili da im poklone manje pažnje. Prema onom što smo prije spomenuli, najprikladniji kandidat za degradaciju je aspiracija sudaca da osvijetle povijesni kontekst međunarodnih zločina. Time ne želimo sugerirati da je utvrđivanje tog konteksta nevažna aktivnost. Kad bi se samo međunarodni kazneni sudovi mogli posvetiti tom cilju, trebalo bi ga možda zadržati, unatoč institucionalnoj slabosti kaznenih sudova da ga na zadovoljavajući način ostvare. No u arsenalu mjera koje međunarodnoj zajednici stoje na raspolaganju ima prikladnijih instrumenata za tu aktivnost: dobro zamišljene komisije istine mogu pružiti pouzdaniju i potpuniju sliku o pozadini i uzrocima međunarodnih kaznenih djela. Drugi kandidat za smanjenu ulogu u međunarodnom kaznenom pravosuđu jest ambicija sudova da zadovolje interese žrtava. Suvremeno kazneno pravosuđe favorizira zaštitu okrivljenikovih interesa, a - kao što smo već spomenuli - pogodnosti koje iz tog proizlaze teško je pomiriti s istovremenim favoriziranjem žrtava.¹⁶ Posebno su teške dileme do kojih dovodi jačanje

¹⁴ Razočaranje tim događajima potaknulo je prvog tužitelja MKSJ-a Richarda Goldstonea na zaključak da je "beznadno optimistički" tvrditi da su međunarodni kazneni sudovi učinkovito oruđe zastrašivanja. Vidi T. Goldstone, *The Wall Street Journal*, 7. srpnja 2000, str. A13.

¹⁵ Kažemo "uz određene rezerve", jer su zbog skorog prestanka rada nekih *ad hoc* međunarodnih sudova u znatnoj mjeri splasnule njihove vrlo vremenski zahtjevne povjesničarske aspiracije. Vidi npr. presudu MKSJ-a u predmetu *Prosecutor v. Nikolić*, Case No. IT-94-2-S, *Sentencing Judgment*, no. 122 (18. Dec. 2002). Osvrtni na ciljeve nalaze se obično u onom dijelu sudskih odluka koji se bave odmjerenjem kazne. Dobar je primjer za to presuda MKSJ-a u predmetu *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, *Appellate Judgment*, no. 678 (29. July 2004).

¹⁶ Simptomi tih teškoća pojavili su se u praksi Međunarodnog kaznenog suda. Njegov je Statut znatno pojačao položaj žrtava u odnosu prema normativnoj shemi MKSJ-a. Status žrtve utvrđuje se po Statutu već na samom početku predraspravnog postupka. Time se, međutim,

položaja žrtava u postupcima koji su stvarno - a ne tek formalno - organizirani kao spor stranaka. Dodijele li se, naime, žrtvama procesne uloge koje nadmašuju puko svjedočenje (na primjer pravo ispitivati svjedoke i iznositi pravne argumente), slabi se *pro tanto* motivacija stranaka da se pripremaju za raspravu. Ta je pak motivacija prijeko potrebna za učinkovito odvijanje postupka koji se stvarno oslanja na stranačku aktivnost. Čemu, na primjer, da tužitelj i obrana mukotrpno planiraju ispitivanje svjedoka ako jedno jedino pitanje s treće strane može pomrsiti po njima usvojenu taktiku? Valja spomenuti i to da agresivno unakrsno ispitivanje, neizbježno u stranačkom postupku, može lako pogoršati ili reaktivirati traume koje su žrtvama prouzročili zločini. Kao i u pogledu historiografske aspiracije sudova, treba i ovdje imati u vidu da postoje bolja sredstva da se zadovolje interesi žrtava - kako u pogledu udovoljenja njihovim razumljivim retributivnim impulsima, tako i u pogledu njihovih zahtjeva za naknadom štete. Dobro zamišljene administrativne sheme naknade mogu, na primjer, biti mnogo prikladnije sredstvo za kompenzaciju od građanskih parnica - kako samostalnih, tako i onih koje se pridružuju kaznenom postupku.

Drugi put poboljšanju postojećeg stanja jest unošenje većeg reda u ciljeve koji si proturječe. Mnogim čitateljima učinit će se to kao pokušaj da rukama pokupimo izlivenu živu. Ne samo da nema dovoljno informacija o implikacijama suprotstavljenih ciljeva nego je zbog njihove raznorodnosti nemoguće pronaći zajedničku mjeru za vaganje njihove relativne težine. Koherentnu shemu ciljeva ne nalazimo stoga ni u nacionalnim kaznenim pravosuđima. Treba odmah priznati da zbog tih razloga doista ne možemo rigorozno stupnjevati važnost ciljeva u sukobu. To ne znači da se moramo pomiriti s postojećim pomankanjem orijentacije. Napredak prema postojećem stanju možemo postići već samim tim da jednom od ciljeva pridamo prednost u argumentaciji. To znači da teret dokazivanja u raspru o balansiranju suprotstavljenih ciljeva snose zagovornici rješenja koje je u suprotnosti s privilegiranim ciljem. Drugim riječima, to rješenje ne zabacuje se automatski, ali njegovo usvajanje zahtijeva uvjerljivo obrazloženje da konkretna situacija nalaže odstupanje od privilegiranog cilja.

Koji cilj zaslužuje da ga u tom "blagom" smislu smatramo vrhovnim ili najvažnijim? Neki pravni pisci koji su se tim pitanjem bavili ističu da zastrašivanje međunarodnih zločina zaslužuje taj privilegirani status.¹⁷ S tim

prejudicira ne samo postojanje kaznenog djela nego se *via facti* slabi i pretpostavka okrivljenikove nevinosti. Vidi npr. A. H. Guhr, Victim Participation During the Pre-trial Stage of the International Criminal Court, 8 International Crim. L. Review, 109, 124, 128, passim (2008).

¹⁷ Kao što smo vidjeli, tom su se stajalištu neko vrijeme priklanjali i suci međunarodnih kaznenih sudova, uključujući tu i MKSJ. Neki komentatori predlažu čak i grupne kaznene sankcije u svrhu zastrašivanja. Vidi npr. M. Drumbl, Pluralizing International Criminal Justice, 103

se mišljenjem ne možemo složiti, iako je u prvi mah privlačno. Valja imati na umu da je među počiniteljima međunarodnih kaznenih djela relativno malen postotak onih koje prijetnja kaznom može zastrašiti. Neki prosuđuju povoljne i nepovoljne posljedice svoga ponašanja na način koji čak i najtežim kaznama pridaje tek neznatnu važnost, i to zato što očekuju kazni neproporcionalno visoke nagrade u ovom ili zagrobnom životu.¹⁸ Drugi pak u magli i pod emocionalnim pritiskom sukoba uopće ne uzimaju moguće kažnjavanje u obzir. Ima konačno i takvih koji računaju na malu vjerojatnost progona od strane međunarodnih kaznenih sudova. Neovisno o tome mogu li se potencijalni počinitelji zločina zastrašiti, postoji, međutim, još i jedan daljnji razlog koji se protivi uzdizanju zastrašivanja na pijedestal vrhovne zadaće međunarodnih kaznenih sudova. Znamo da su ti sudovi, prepušteni sami sebi, gotovo u potpunosti nemoćni: bez vanjske pomoći nisu kadri izvršavati odluke. Ima li onda smisla da svojom glavnom zadaćom proglase cilj ostvarenje kojeg ovisi gotovo u potpunosti o dobroj volji osoba i organizacija nad kojima nemaju kontrolu? Po svom potencijalu za razočaranje, privilegiranje tog cilja moglo bi se usporediti s odlukom osobe osuđene živjeti od milodara da joj glavna životna svrha bude vlastita kolekcija skupocjenih slika. Uzeti zastrašivanje kao glavni cilj imat će više smisla samo kad međunarodni suci steknu endogenu moć prisilnog ostvarivanja svojih odluka.

U međuvremenu je bolje da stave naglasak na *pozitivnu* umjesto na *negativnu* generalnu prevenciju, pa da umjesto zastrašivanja uzdižu socijalno-pedagošku funkciju promicanja ljudskih prava uvjerenjem. Vrhovna bi im zadaća morala biti da presudama iznose na vidjelo nečovječne postupke, da podvlače njihovu zazornost i žigošu njihove počinitelje.¹⁹ U mjeri u kojoj im to polazi za rukom kadri su učvršćivati humanitarne norme i pridonositi njihovu većem poštovanju. No s tim u vezi moramo odmah podvući nužan preduvjet za njihov uspjeh u toj socijalno-pedagoškoj aktivnosti - moraju predstavljati moralni autoritet u društvima na koje je njihovo djelovanje usmjerenno.²⁰ Budući da su endogeno impotentni, moraju se oslanjati prvenstveno na

Michigan L.Rev., 1295, 1322 (2005); M. Osiel, The Banality of Good; Aligning Incentives Against Mass Atrocity, 105 Columbia L. Rev., 1751, 1837-38 (2005).

¹⁸ Najbolji primjer za tu vrstu počinitelja su fanatični muslimanski teroristi samoubojice.

¹⁹ Tako zamišljen vrhovni cilj blizak je teorijama kažnjavanja koje nastoje pomiriti pragmatiku s deontologijom, upućujući na korisne učinke retribucije. Vidi P. Robinson & J. Darley, The Utility of Desert, 91 Northwestern U. L. Rev., 453 (1997). Cilj je blizak i "ekspresivnim" teorijama o svrsi kažnjavanja. Vidi E. Anderson & R. Pildes, Expressive Theories of Law, 148 U. Pa. L. Rev., 1503 (2000). O pozitivnoj generalnoj prevenciji vidi W. Hassemer, Warum und um welchem Ende strafen wir, 30 Zeitschrift für Rechtspolitik, 316, 321 (1997).

²⁰ Interdisciplinarna istraživanja o prihvaćanju normi uvjerenjem upućuju na taj preduvjet. Vidi T. Tyler, Why People Obey the Law, 64 (1990); G. Miller, On Being Persuaded, u: J. Dillard & M. Pfau, The Persuasion Handbook: Developments in Theory and Practice (2000).

kvalitetu svojih odluka, kao i na utisak o pravičnosti postupka koji je do njih doveo.

U mnogim stručnim krugovima gleda se na ocrtani socijalno-pedagoški učinak sudskih odluka s velikom skepsom, kao da je on aksiom neopravdane nade. Ta skepsa počiva na uvjerenju da se ljudi ne povode za moralnim principima, nego za onim što im je u vlastitom interesu. No teško je zanameriti moralne principe kao faktor koji motivira ponašanje. Sve kad bi nas pokretali samo usko shvaćeni, sebični interesi, moralni argumenti ne bi ni tada bili osuđeni na besplodnost. Ideje su priljepčive prirode, pa mogu promijeniti predodžbe o tom što nam je u osobnom interesu: ono što nam je jučer izgledalo kao za nas indiferentna propovijed o ljudskim pravima može nas se danas dojmiti kao aspekt vlastitih interesa. Čak i hipokritičke proklamacije mogu ograničavati sebično ponašanje: lice raste da bi pristalo uz masku.²¹

III.

Prihvatimo li onda socijalno-pedagoško djelovanje kao glavnu zadaću međunarodnih kaznenih sudova, postavlja se pitanje posljedica tog izbora. Budući da one ovise o djelomično zapretenim i zakučastim čimbenicima razumijevanje kojih zahtijeva zasad nepostojeća empirijska istraživanja, moramo se ovdje zadovoljiti kraćim primjedbama o četirima područjima na kojima se o tim posljedicama može nagađati.

1. Globalni ili lokalni učinci. Prvo se područje otvara kad uzmemo u obzir da sudske odluke mogu proizvoditi različite reakcije u međunarodnoj zajednici i u društvima koja su pretrpjela masovne povrede ljudskih prava. Sudska odluka koja je sa socijalno-pedagoškog stajališta korisna *orbi*, ne mora biti korisna *urbi*. Ako stavimo naglasak na lokalne učinke, moramo voditi računa o lokalnom iskustvu, običajima i lokalnom senzibilitetu. Ako pak stavimo naglasak na globalne učinke, ostaje nam mnogo više prostora za uvažavanje pravicima važnih pitanja kao što je usavršavanje međunarodnog kaznenog prava ili proširenje opsega njegove primjene. Kojim učincima valja dati prednost? Ponekad nema sumnje da prednost valja dodijeliti globalnoj perspektivi. Ako se očekuje negativna lokalna reakcija na sudske odluke, a ta

²¹ Vidi J. Elster, *Alchemies of the Mind*, 341-49 (1999). Neki su izveli iluzornost pedagoških aspiracija međunarodnih kaznenih sudova iz pomanjkanja dokaza o pozitivnim didaktičnim učincima njihovih odluka. Vidi npr. J. Snyder & L. Vinjamuri, *Trials and Errors*, 28. *Int' L Sec.*, 5, 39-40 (2004). No ako se ti učinci ne mogu zamijetiti u kraćem roku, to ne isključuje mogućnost njihova dugoročnog efekta. Ne smijemo zaboraviti ni to da djelatnost međunarodnih kaznenih sudova nije zasad prilagođena socijalno-pedagoškom djelovanju kao njihovoj glavnoj zadaći.

se reakcija temelji na uvjerenjima čije je prevladavanje socijalno-pedagoška zadaća međunarodnog pravosuđa, jasno je da sudovi ne smiju zbog te reakcije odustati od inače ispravne odluke. Na primjer, uvjerenje da se u obrambenom ratu ne mogu počinuti ratni zločini ne smije omesti sudove u donošenju presude koja se s tim stavovima ne slaže. I u nacionalnim pravima nužna se obrana može na kažnjiv način prekoračiti.²²

No pustimo li po strani zanemarivanje shvaćanja koja su sa stajališta međunarodnog prava atavističke prirode, teško je preglasiti važnost lokalnih reakcija. Ako je socijalno-pedagoško djelovanje međunarodnog pravosuđa njegova centralna zadaća, mora se tim reakcijama često dati prednost pred spekulativnijim učincima na pojmovno neodređenu međunarodnu zajednicu. Ne smijemo gubiti iz vida činjenicu da negativni lokalni utisci o sudskim odlukama potječu ponekad iz uvjerenja kojima se ne može prigovoriti nehumanost. Praktično važna ilustracija za to je okolnost da su lokalna poimanja krivnje ponekad profinjenija od shvaćanja na kojima se u međunarodnom kaznenom pravu temelje teorije o odgovornosti. Ne smijemo zanemariti ni okolnost da je legitimnost međunarodnih kaznenih sudova najkrhkija baš u sredinama u kojima su se međunarodni zločini dogodili.²³ Nameće se stoga zaključak da uspješni međunarodni tužitelji moraju imati istančan sluh za lokalne prilike, lojalnosti i senzibilitet. Arogantno ponašanje s njihove strane trebalo bi postati anatema.²⁴ Uspješni međunarodni suci ne bi pak smjeli štedjeti napore da olakšaju prihvat svojih odluka u lokalnim sredinama. Trebali bi usvojiti pravilo da redovito obrazlažu i nastoje opravdati svoje razloge za odstupanje od lokalnog prava, navika i shvaćanja. Poznavanje prilika u sredinama iz kojih potječu okrivljenici moralo bi postati važna kvalifikacija za njihov položaj, a učinkovita komunikacija s lokalnom sredinom prioritet.

U pogledu sluha za lokalne prilike MKSJ ne zaslužuje dobru ocjenu. Dugi niz godina nisu ni suci ni tužitelji tog suda vodili dovoljno računa o potrebi da u zemljama na području bivše Jugoslavije opravdaju odstupanja od ustaljenih domaćih pravnih načela i moralnih predodžbi. Neka od tih odstupanja izgledala su ne samo lokalnom laičkom stanovništvu nego i lokalnim pravnicima strana, a ponekad i nepravedna.²⁵ Eklatantan primjer neobaziranja na lokal-

²² Kao što ćemo odmah vidjeti, to ne oslobađa sudove dužnosti da odstupanje od lokalnih nazora pomno obrazlažu.

²³ Glavni razlog za to jest selektivnost međunarodnog kaznenog progona u smislu koji ćemo uskoro objasniti.

²⁴ Prema jednom istraživanju provedenom pred sedam godina u Bosni, bosanski pravnici zamjerali su službenicima MKSJ-a da se prema njima odnose bez dužnog poštovanja. Vidi: Justice, Accountability and Reconstruction; An Interview Study of Bosnian Judges and Prosecutors, 18 *Berkeley J. Int'l. L.*, 102, 103 (2000).

²⁵ Prisjetimo se postupka protiv generala Červenka. U Hrvatskoj su se mnogi zgražali nad činjenicom da je protiv njega podignuta optužnica prije nego što je imao priliku iznijeti dokaze u

ne senzibilnosti jest nedavna odluka MKSJ-a da iz slabo uvjerljivih pravnotehničkih razloga Hrvatskoj ne dopusti status "prijateljice suda" u postupku u kojem optužba tereti pokojnog predsjednika Tuđmana kao člana zločinačkog pothvata. Sa socijalno-pedagoškog stajališta ta je odluka bar potencijalno štetna legitimitetu međunarodnog pravosuđa u Hrvatskoj.²⁶ Bude li, naime, presuda glasila da je zločinac osoba koju mnogi Hrvati smatraju ocem domovine, prihvat tog za njih traumatičnog nalaza bit će dodatno otežan. Njima, a pogotovo neprijateljima međunarodne sudbenosti, bit će lako posegnuti za argumentom da bi presuda glasila drugačije da je hrvatskoj Vladi bilo dopušteno da se umiješa u postupak.

2. Zahtjevi na materijalno kazneno pravo. Ako se naglasi socijalno-pedagoški cilj međunarodnog kaznenog pravosuđa, pojmovi i teorije kaznenog prava moraju biti razumljivi običnom čovjeku. Odstupanja od njegovih shvaćanja otežavaju razumijevanje i prihvat, a time i legitimnost, sudskih odluka - posebno u postupcima protiv osoba koje uživaju simpatije u sredinama u kojima su se međunarodni zločini dogodili. Dvije teorije, omiljene međunarodnim tužiteljima i sucima, dolaze zbog tog razloga pod znak pitanja. Jedna od njih je vrsta zapovjedne odgovornosti koja se sastoji u propuštanju dužnog činjenja nadređene osobe (zapovjedna odgovornost u užem smislu).²⁷

Propust nadređene osobe može se sastojati bilo u tom što nije spriječila podređene u počinjenju zločina bilo što ih nije privela pravdi. Prema prvoj alternativni te teorije, da bi vojni zapovjednik bio osuđen za *namjerno* počinjeno djelo podređenih, dovoljno je da mu se pripíše nesvjesni *nehaj* pri njihovu nadzoru. Lako je vidjeti da se tim izjednačivanjem namjere i nehaja odstupa od duboko ukorijenjenih moralnih intuicija svakodnevnog života. Kažu da i psi razlikuju jesmo li se na njih nehajno spotaknuli ili smo ih namjerno

svoju korist. Razlog za to bila je ugrađenost anglo-američkog sustava ranog optuživanja u postupovna pravila Suda. Taj je sustav bio bez obrazloženja i mogućeg opravdanja primijenjen u sredini navikloj na tradicionalno kontinentalnoeuropsko shvaćanje o potrebi da optužnici prethodi iscrpna istraga, tijekom koje obrana dolazi u priliku da osporava inkriminirajuće dokaze. Ozbiljan propust MKSJ-a bilo je i nedovoljno obrazloženje pravne nemogućnosti suđenja za kazneno djelo agresije, čije je utvrđivanje po proširenom lokalnom mišljenju moralo biti imperativ tog suda.

²⁶ Mišljenje da nije *fair* suditi o pitanjima koja indirektno impliciraju državu, a da joj se ne dopusti sudjelovanje u postupku izrazila je i donedavna sutkinja MKSJ-a. Vidi P. Wald, *The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia Comes of Age: Some Observations on Day-to-day Dilemmas of an International Court*, 5. Wash. U. J.L. & Pol'y, 87, 117-118 (2001). O pravnotehničkim argumentima u prilog odbijanja zahtjeva za status prijateljice suda vidi *Prosecutor v. Prlić*, Case No. IT-04-74-T, Decision on Request by the Government of the Republic of Croatia for Leave to Appear as Amicus Curiae (Oct. 11, 2006).

²⁷ Status MKSJ-a, čl.(3); Rimski statut, čl. 28. Poblize o toj teoriji P. Novoselec, *Zapovjedna odgovornost u međunarodnom i hrvatskom kaznenom pravu*, Rad Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti 498, knjiga XLV, 233-47 (2007).

udarili. Zamislimo da roditelji nehajno zapuste nadzor nad maloljetnikom, pa on počini ubojstvo ili silovanje. Malo je laičkih promatrača, pa i pravnika u mnogim nacionalnim pravosuđima, kojima bi izgledalo primjereno da se zbog tog propusta roditelji osude za ubojstvo ili silovanje, umjesto za lakše kazneno djelo nehajnog zanemarivanja roditeljskih dužnosti. Kroz moralnu prizmu običnog čovjeka ispada neopravdano žigosati zapovjednika kao višestrukog ubojicu samo zato što nije bio svjestan - iako zbog nehaja - da se njemu podređeni spremaju počinuti masovna ubojstva. Ako je sad u sredini iz koje potječe taj zapovjednik inače omiljena ličnost, utisak pretjerane strogosti može lako uzrokovati, ili pojačati, nepovoljno mišljenje te sredine o stranom sudu. Lako je vidjeti da i druga varijanta zapovjedne odgovornosti u užem smislu - to jest propust nadređenog da podređene privede kazni - dovodi do raskoraka s laičkim shvaćanjima. Čovjek s ulice razlikuje ratnog zločinca od osobe koja ga je, makar i skrivljeno, propustila prijaviti organima kaznenog progona. Zločin i njegovo neprijavlivanje po shvaćanjima običnog života kaznena su djela različite težine, pa ne zaslužuju isti kriminalni pečat.²⁸

Ako se socijalno-pedagoškoj funkciji međunarodnog kaznenog pravosuđa prida posebna važnost, druga teorija koja zahtijeva korekciju jest takozvani "zajednički zločinački pothvat". Postojećoj formulaciji te teorije može se prigovoriti iz više razloga, ali nas se ovdje tiče samo onaj njezin aspekt koji dovodi do raskoraka s prosudbama običnog čovjeka.²⁹ Taj se aspekt sastoji u tom da je moguće osuditi člana zajedničkog zločinačkog pothvata kao *namjernog* počinitelja zločina koji prelaze okvire pothvata - pod uvjetom da je to prekoračenje bilo predvidivo. Test predvidivosti je svjesni nehaj.³⁰ No budući da ono što suci *ex post* ocijene kao predvidivo u udobnosti svojih sudačkih fotelja ne mora biti predvidivo pod emocionalnim pritiscima oružanog sukoba, može se lako dogoditi da okrivljenik bude osuđen kao da je namjerno počinio najteže moguće zločine, premda mu se u pogledu njih može - realno gledano - pripisati samo *nesvjesni nehaj*.³¹ Ta se osuda razilazi s laičkim shvaćanjem još

²⁸ Iz nekih novijih presuda MKSJ-a o zapovjednoj odgovornosti u užem smislu nazire se otpor izjednačivanju nehajnog propusta s namjernim počinjenjem kaznenih djela. Vidi Prosecutor v. Šefer Halilović, Case No. IT-01-48-T, no. 54 (16. Nov. 2005).

²⁹ Ta je teorija stvorena sudskim presudama MKSJ-a. Njezinu najnoviju formulaciju nalazimo u presudi žalbenog vijeća MKSJ-a u predmetu Prosecutor v. Brđanin, Case No. IT-99-36-A, no. 410-14 (3. April, 2007). O dodatnim problemima te teorije vidi M. Damaška, Boljke zajedničkog zločinačkog pothvata, 12 Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 3-11 (2005). Vidi i isti autor: What is the Point of International Criminal Justice, 83 Chicago-Kent L. Rev., 329, 351-353 (2008).

³⁰ Točnije rečeno "recklessness" - to jest oblik krivnje anglo-američkog prava koji se približava kontinentalnoeuropskom pojmu "eventualne namjere".

³¹ Kognitivna psihologija pronašla je da su suci doista skloni *ex post* utvrditi predvidivost tamo gdje je *ex ante* nije bilo. Vidi J. F. Rachlinski, A Positive Judicial Theory of Judging in Hindsight, 65 U. Chicago L. Rev., 571, 591 (1998).

i zbog toga što je za osudu dovoljno da je okrivljenik pridonio cilju pothvata tek nekom relativno beznačajnom i od izvršenja zločina udaljenom radnjom. Nepovoljni učinak tih dvaju razilaženja jednak je učinku koji smo maločas spomenuli u pogledu zapovjedne odgovornosti u užem smislu.³²

Nije nikakav misterij zašto su te dvije teorije odgovornosti ušle u međunarodno kazneno pravo. Tipični međunarodni zločini u pravilu su plod kolektivnog i organiziranog djelovanja, pa su stoga kriminološki za progon najinteresantnije osobe koje stoje iza neposrednih počinitelja i kontroliraju organizaciju, kao i svi članovi organizacije koji su u značajnijoj mjeri pridonijeli zločinačkoj aktivnosti. No u praksi se često nailazi na teškoće ne samo da se dokaže da je pretpostavljeni naredio izvršenje zločina nego i da se dokažu odnosi podređenosti i nadređenosti, kao i da se utvrde konkretni odnosi koordinacije i podjele rada u organizaciji koja je počinila zločin. Te se teškoće mogu premostiti savitljivim materijalnopравnim doktrinama po kojima činjenice koje je teško dokazati postaju pravno nerelevantne, pa se o njima tužitelj i sud ne trebaju brinuti. Uzmite primjer zapovjednika za kojeg se opravdano sumnja da je naredio izvršenje ratnih zločina, ali je tu naredbu teško dokazati. Teorija zapovjedne odgovornosti u užem smislu omogućuje tužitelju da izbjegne teškoće u vezi s dokazivanjem izdavanja te naredbe: dovoljno je da dokaže zapovjednikov nehaj u pogledu nadzora podređenih, pa da ga sud osudi i kazni kao da je naredio počinjenje zločina. Vidimo, dakle, o čemu je riječ: opseg kaznene odgovornosti proširuje se materijalnopравnim propisima zato da ne bi zbog dokaznih teškoća bio sveden na preusku mjeru.

Zanemarivanje vrste i stupnja krivnje do kojeg ti propisi dovode opravdava se na različite načine, ali poglavito argumentom da ti propisi uklanjaju opasnost neopravdanih oslobađajućih presuda koje bi mogle diskreditirati međunarodno kazneno pravosuđe.³³ No ako se uzme da je socijalno-pedagoško djelovanje njegova centralna zadaća, taj argumenat dolazi pod znak pitanja.

Pustimo po strani problem razvodnjavanja stigme koju sa sobom nosi osuda za nečovječne postupke - razvodnjavanja do kojeg dolazi *pari passu* s lakoćom s kojom se kao počinitelji najtežih zločina stigmatiziraju osobe kojima se može pripisati tek marginalna krivnja. Pogledajmo umjesto toga поблиže što podrazumijeva stajalište da se dokazne teškoće u pogledu nekih činjenica smiju prebroditi materijalnopравnim teorijama koje te činjenice

³² Već i zbog tog razloga nije čudo što je jedna studija švedskog Instituta za međunarodnu demokraciju iz 2002. godine utvrdila da je popularnost MKSJ-a u Srbiji svega 7,6%, a u Hrvatskoj tek 21%. Sud je u doba istraživanja bio popularan samo na Kosovu (83,3%), ali je to bilo u vrijeme prije podizanja optužnica protiv nekih kosovarskih lidera. O drugim razlozima nepopularnosti vidi I. Nizich, *International Tribunals and their Ability to Provide Adequate Justice: Lessons from the Yugoslav Tribunal*, 7 ILSA J. Int'L L., 102, 103-04 (2001).

³³ Vidi npr. M. Osiel, op. cit., supra, bilj.17, str. 1774-76 (2005).

čine nerelevantnima. Radi želje da se stane nakraj kultu nekažnjavanja ratnih zločina, izbjegava se u pogledu tih činjenica princip *in dubio pro reo*, pa se za-pravo favorizira hipoteza krivnje. Time se međunarodno kazneno pravosuđe približava autoritetima inkvizicijskog postupka koji su - zbog bojazni da zločini ne ostanu nekažnjeni (*ne crimina remaneant impunita*) - zastupali tezu da se u pogledu najtežih kaznenih djela smiju zanemarivati inače važni pravni principi.³⁴ No umjesto da prihvate zaobilazni put posezanja za materijalnim teorijama koje dokazivanje nekih činjenica čine bespredmetnim, ti su se autori-teti odlučili za izravni i neprikriveni put ublaživanja ili napuštanja zahtjev-nih dokaznih pravila u pogledu delikata koje je teško dokazati (*delicta difficile probationis*).³⁵ Stvorili su tako sustav koji podsjeća na uređaj za gašenje vatre koji se isključuje kad postane vruće.

Iako tu paralelu s inkvizicijskim postupkom nerado ističemo, nije ju dobro prešutjeti, jer upozorava na paradoks i obeshrabrujući pesimizam gledišta da pravosudni sustav, namijenjen unapređenju ljudskih prava, može funkcionira-ti na zadovoljavajući način samo ako *sub rosa* zanemari vrijednosti na kojima se temelji pretpostavka nevinosti - princip koji spada u temeljna ljudska prava. Tom se pesimizmu treba odhrvati. Međunarodno kazneno pravosuđe mora održati neizvjesnost u pogledu procesnih ishoda, pa se pomiriti s ponekim materijalno neispravnim oslobađajućim presudama. Kao u svakom huma-nom pravosuđu, tako i u međunarodnom, moraju postojati opravdani porazi i neopravdane pobjede. Ako bi se proširio utisak da je međunarodno kazne-no pravosuđe u nekoj mjeri programirano za donošenje osuđujućih presuda, međunarodni kazneni sudovi izgubili bi moralni autoritet, što bi bilo pogubno za njihovu dugoročnu afirmaciju.

3. Postupovne posljedice. Odluka da se uzvisi socijalno-pedagoška uloga međunarodnih kaznenih sudova povlači za sobom i brojne procesne implika-cije. Jedna od njih je potreba ublažiti bipolarne pritiske koje proizvodi postup-ak organiziran kao sukob dviju suprotstavljenih stranačkih teza. Najvažniji razlog za to je činjenica da sukob često dovodi do slabljenja vrijednosti koje se nalaze u pozadini obiju teza, pa tako i do relativizacije vrijednosti koje međunarodno pravosuđe nastoji promicati. Što je veća sloboda obrane da sa-mostalno iznosi svoje dokaze, širi joj se prostor da unosi u postupak ideje pro-tivne kulturi ljudskih prava.³⁶ Te ideje pak mogu biti privlačne u sredinama na

³⁴ "Notissimum est, quod in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura trans-gredi liceat." B. Carpoz, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, pars III, questio 102, nos. 66-67 (Frankfurt, 7. izdanje, 1677).

³⁵ Vidi npr. P. Farinacius, *Tractatus Integer de Testibus*, titul. VI., questio 62, nos. 28, 31, 32 (Osnabruck, 1677); D. Jousse, *Traité de la Justice Criminelle de France*, 828 (Paris, 1771).

³⁶ To je moguće već i vještim aluzijama prilikom unakrsnog ispitivanja.

koje međunarodno pravosuđe želi djelovati, tako da sa socijalno-pedagoškog stajališta postupak postaje kontraproduktivan. Pravo na samoobranu karizmatiskog vođe nekog pokreta koji se ne obazire na ljudska prava najbolji je primjer za tu mogućnost.

Istina je da ni postupci u kojima je težište raspravne djelatnosti na sudu ne mogu izbjeći nepoželjne propagandne poteze glumački nadarenog okrivljenika. No, budući da sud u tim postupcima svojata lavlji dio raspravne aktivnosti, okrivljeniku preostaje manje prostora za promicanje ideja suprotnih humanim zasadama. Lakše mu je i oduzeti pravo da se sam brani, a da se tom odlukom ne stvori dojam da mu procesni sustav zatvara usta. Naime, budući da u postupku kojim rukovodi sud okrivljenik ne oblikuje samostalno obrambene aktivnosti, oduzima mu se manje prava nego u sustavu gdje je organizacija obrane, uključujući tu i ispitivanje svjedoka, prvenstveno u njegovim rukama.

Sa stajališta didaktičke uloge suda, dodatna slabost postupka kojim dominiraju stranke očituje se u situacijama kad okrivljenici odbiju osporavati optužbu. U nacionalnim kaznenim pravosuđima ta se mogućnost odnedavna željno očekuje, jer dovodi do izbjegavanja rasprave, pa je zato privlačna iz procesnoekonomskih razloga. No ako se naglašava socijalno-pedagoška misija međunarodnog kaznenog pravosuđa, rasprava dobiva ključnu važnost: treba uz što veći mogući publicitet iznijeti na vidjelo i žigosati masovna kršenja ljudskih prava.³⁷ No kako da se provodi rasprava kao spor stranaka kad tog spora nema? Kako provesti forenzičnu bitku kad se jedna strana ne želi boriti? Bolje je onda oblikovati raspravu kao istragu kojoj predsjedava sud: tu čak i okolnosno priznanje okrivljenika ne oslobađa sud od dužnosti da utvrđuje činjenice - makar i na brzu ruku, u znatno skraćenoj formi.³⁸

Prije smo izrazili dvojbu u podesnost međunarodnih kaznenih sudova za panoramska historijska utvrđenja o kontekstu međunarodnih zločina. Što bi onda morao biti predmet rasprave? Umjesto da se centrifugalno širi, morao bi se centripetalno svesti u uže okvire - i to do mjere koju dopuštaju kontek-

³⁷ S neosporavanjem krivnje povezano je i cjenkanje o pogodnostima koje pripadaju okrivljeniku koji neosporavanjem optužbe olakšava rad tužiteljstvu i sudovima. No ni takav pravosudni bazar ne odgovara međunarodnom pravosuđu: njegovo funkcioniranje nije javnosti u dovoljnoj mjeri transparentno, pa ima malu socijalno-pedagošku vrijednost. Da nevolja bude veća, sklopljene nagodbe mogu čak pobuditi i sumnje u zakulisne političke manipulacije. Vidi M. Damaška, *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, 2 *Journal of International Criminal Justice*, 1018, 1037-39.

³⁸ Za razliku od MKSJ-a, u Međunarodnom kaznenom sudu postoji mogućnost da raspravni sudac preuzme glavnu ulogu u ispitivanju svjedoka. Vidi MKS, *Pravila o postupku i dokazima*, pravilo 140(2)(c). Hoće li se suci koristiti tom mogućnošću, vidjet ćemo uskoro. Moguće je da će se njome koristiti samo suci iz zemalja u kojima je još uvijek jaka kontinentalnoeuropska procesna tradicija.

stualni elementi (*chapeau*) definicije međunarodnih zločina. U povodu svih većih sukoba, tužitelji i suci morali bi se odreći obuhvatnih ambicija, pa objaviti *urbi et orbi* da će se ograničiti na procesuiranje samo tipičnih zločinačkih epizoda za koje im na raspolaganju stoji dovoljno dokaznog materijala. Veće ambicije štetne su za socijalno-pedagošku misiju međunarodnog kaznenog pravosuđa. Povodjenje za njima dovodi u praksi do kontroverznih presuda: činjenična utvrđenja često se temelje na dokaznom materijalu koji dopušta razne interpretacije. Što dublje sud ulazi u kontekst zločina, to je te interpretacije teže izbjeći. Osim toga, obuhvatne ambicije sudaca dovode u sredinama pogođenim ratnim zločinima do neopravdanih očekivanja da će sve zločinačke epizode biti podvrgnute suđenju. Kad do tog ne dođe, što je u praksi pravilo, nastaju u tim sredinama sumnje u pristranost tužitelja, čak i kad tom prigovoru nema mjesta.

Ocrtano ograničenje materije za suđenje ima, dakako, svoju negativnu stranu: fragmentarne presude ne mogu pružiti sliku o pravim dimenzijama zločinačkih situacija. No s didaktičkog stajališta, važnije je izraziti *intenzitet* zločina nego njegove dimenzije. Što se pak stvaranja dojma o intenzitetu zločina tiče, fragmentarne presude mogu biti pogodnije sredstvo od presuda koje obuhvaćaju cjelinu kriminalnog zbivanja: pažnja koju publika i mediji posvećuju sudskim raspravama kratkog je vijeka, pa može biti bolje da se u kratkom roku utvrdi nekoliko dramatičnih epizoda nego da se godinama čeka na osudu cijele zločinačke serije. Kao što je negdje napisao Matoš, ponekad se bolje vidi kroz ključaonicu nego kroz širom otvorena vrata.

4. Selektivnost progona. Ako stavimo težište na didaktičku ulogu međunarodnog kaznenog pravosuđa, najveći joj je izazov selektivnost progona. Pritom ne mislimo na selektivnost u smislu da se progone samo određene osobe ili, kao što smo upravo predložili, da se presuđuju samo pojedini zločini: tu selektivnost ne može izbjeći ovozemaljsko pravosuđe. Mislimo, umjesto toga, na selektivnost u smislu da se progону izlažu isključivo, ili poglavito, osobe koje potječu iz malih i slabih država. Tu diskriminaciju na osnovi državljanstva teško je opravdati iz više razloga, ali je za našu temu od važnosti tek socijalno-pedagoška perspektiva. Vidjeli smo prije da je preduvjet za ostvarenje socijalno-pedagoškog cilja međunarodnih kaznenih sudova da uživaju moralni autoritet. Jasno je, pak, da tom autoritetu šteti saznanje o različitim kriterijima za odluku o progону osoba koje pripadaju utjecajnim i osoba koje pripadaju neutjecajnim članovima međunarodne zajednice. Svijest o dvostrukom standardu rađa korozivni cinizam prema međunarodnom pravosuđu, naročito u sredinama iz kojih potječu osobe koje se podvrgavaju kaznenom progону.³⁹

³⁹ Ne moramo se čuditi što se u zemljama na području bivše Jugoslavije nailazi na cinične primjedbe da su teorije poput zajedničkog zločinačkog pothvata ili zapovjedne odgovornosti u

Kao što smo vidjeli, to su sredine čijim reakcijama međunarodno kazneno pravosuđe mora poklanjati posebnu pažnju.

Nema mnogo izgleda da će selektivnost progona na osnovi državljanstva u dogledno vrijeme nestati, jer je uzrokovana nejednakošću država članica međunarodne zajednice. Budući da je štetna međunarodnim kaznenim sudovima, nije dobro šutke prolaziti mimo nje i pustiti je da nagriža njihov legitimitet. Bolje je otvoreno reći da je bolje imati selektivno međunarodno pravosuđe nego da ga se zbog tog nedostatka odrekne. Kao što smo uvodno napomenuli u vezi s povezanim problemom njegove politizacije, bolje je da samo neke osobe odgovorne za grubo kršenje ljudskih prava podvrgnemo međunarodnim sudovima nego da te sudove zbog tog nedostatka ukinemo, pa da svi međunarodni zločinci izbjegnu pravdi. Ima dosta međunarodnih institucija, uključivši tu i UN, koje su također obilježene privilegiranim položajem moćnih država, ali je ipak malo onih koji misle da bismo bili u boljem položaju da te institucije ukinemo.

Razumljivo je da je taj argument teško prihvatiti u sredinama čiji se članovi selektivno progone, ali on ni tu nije bez rezonancije ako postoje izgledi da će međunarodna kaznena sudbenost pridonijeti većem poštovanju ljudskih prava, pa time i smanjenoj opasnosti da će se u tim sredinama ponoviti međunarodni zločini.⁴⁰ Onima koji se u selektivnošću pogođenim sredinama osjećaju kao eksperimentalni kunići u laboratoriju u kojem se okušava međunarodna pravda, poučna je - iako ne nužno utješna - paralela s povjesnim razvojem nacionalnih kaznenih pravosuđa. Dugi niz stoljeća ona su bila usredotočena na osobe s dna *interne* socijalne hijerarhije, baš kao što se međunarodno pravosuđe u svom pupanju sad primjenjuje prema onima koji potječu iz država koje zapremaju niska mjesta u stvarno postojećoj *međunarodnoj* hijerarhiji.⁴¹

Osim toga, pogrešno bi bilo uzeti za gotovo da međunarodno kazneno pravosuđe ne utječe u nekoj mjeri na velike i moćne države. Iako međunarodni sudovi vode postupke samo protiv osoba iz malih i neutjecajnih država, jača u međunarodnoj zajednici moralna klima u kojoj i velike sile počinju osjećati pritisak da počinitelje međunarodnih zločina izvedu pred sud. Raskorak između verbalnih osuda tih zločina i njihova nekažnjavanja može u toj klimi štetiti njihovoj reputaciji, ili nekom njihovu drugom interesu. To je naročito slučaj

užem smislu skrojene za isključivu upotrebu protiv političkih i vojnih dužnosnika onih država koje nemaju velik utjecaj u međunarodnoj zajednici.

⁴⁰ Nejednakost se može opravdati ako se pomoću nje poboljšava situacija onih koji su tom nejednakošću pogođeni. Vidi J. Rawls, *A Theory of Justice*, 75-80 (1971).

⁴¹ Neko vrijeme u Europi su se kazne čak isključivo primjenjivale prema "neslobodnim ljudima". Vidi L. Halphen, *Les Institutions Judiciaires en France au XI siècle*, 77 *Revue Historique*, 279, 304 (1901); G. Radbruch, *Elegantiae Juris Criminalis*, 5-12 (2. izd., 1950). Teško bi se, međutim, moglo reći da bi za ondašnje društvo bilo bolje da socijalnom diskriminacijom opterećenog pravosuđa nije uopće bilo.

u pluralističkim demokracijama, gdje nekažnjavanje međunarodnih zločina može vlastima postati neugodno već i na domaćoj političkoj pozornici, jer udruge građana mogu iznijeti na vidjelo i izlagati kritici postojeći nesklad između vladinih riječi i djela.

Ovim smo primjedbama o selektivnosti međunarodnog kaznenog pravosuđa došli na kraj zadatka koji smo si postavili u ovom radu. Predložili smo način na koji se po našem mišljenju može unošenjem većeg reda u ciljeve međunarodnih kaznenih sudova poboljšati njihova aktivnost, a ocrnali smo i četiri područja u kojima bi predloženi red povlačio za sobom određene posljedice. Ne bismo, međutim, htjeli završiti izlaganje prije nego što se osvrnemo na prigovor da uveličavamo teškoće s kojima se susreću međunarodni kazneni sudovi, pretjerujemo s njihovim slabostima i da podcjenjivanjem njihovih aspiracija štetimo njihovu potencijalu. Po mišljenju na kojem se taj prigovor zasniva, postojeći su nedostaci međunarodnih kaznenih sudova tek kozmetičke mrlje na licu mladog pravosuđa koje treba potporu. Suočeni smo s novim i lijepim pravosudnim vrtom, koji se ne smije prosuđivati po mjestimičnom korovu.

S tim se prigovorom ne bismo mogli složiti. Nedostaci međunarodnih kaznenih sudova ozbiljne su prirode, pogotovo kad se na njih gleda iz perspektive društava u kojima su međunarodni zločini počinjeni, a u kojima je legitimacija tih sudova još krhka poput leptirova krila. Razočaranja do kojih u tim sredinama dovode neispunjene aspiracije međunarodnih tužitelja i sudaca ne smiju se podcjenjivati. No potencijalna opasnost za međunarodno kazneno pravosuđe postoji i izvan tih sredina. Moćni akteri u međunarodnoj zajednici mogu doći na pomisao da međunarodni tužitelji i suci pretjeruju s unošenjem prava u eksplozivni svijet međunarodne politike. Bojazan da bi se i političke odluke velikih mogle proglasiti kriminalnima mogla bi te aktere privesti odricanju prijeko potrebne potpore međunarodnim kaznenim sudovima. Sve u svemu, iako su u proteklom deceniju ti sudovi doživjeli neočekivan rast, morali bi se kloniti prevelikih ambicija. Međunarodno će kazneno pravosuđe bolje rasti ako podreže svoje mladenačke ambicije. Trebalo bi se povesti za starim benediktinskim motom - *succisa virescit*.

Summary

THE REAL GOALS OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS

The article contains a sustained argument that the work of international criminal courts could be improved if their goals were to be reconsidered.

Concerning these goals, three sets of problems are identified. The first one is their overabundance: even national criminal courts, the author claims, with their far greater enforcement powers, would stagger under the load of so many tasks. The second problem is the tension that exists among the chosen goals: they pull in different directions, capable of sabotaging one another. Managing these tensions would be greatly facilitated if a set of priorities existed, based on an understanding of the relative weight of competing goals. Acceptable trade-offs among contenders could then be identified. However, no clear set of priorities has emerged so far. The third goal-related problem is that of institutional competence: in the author's opinion, criminal courts are ill-equipped to achieve the objective of placing international crime in a large historical context.

Having identified these three problems, the author then proposes two measures for their alleviation. One is to abandon, mute, or downplay some goals, such as the judges' ambition to be reliable historians - an ambition for whose attainment they are arguably not suited anyway. The other measure is to select a goal as primary or over-arching, but only in the weak sense of providing argumentative advantages in balancing competing objectives. The author proposes that primacy in this sense be accorded to the socio-pedagogical objective of strengthening a sense of accountability for international crime, by exposure and stigmatization of extreme forms of inhumanity. Success in this didactic objective requires, however, that international criminal courts set a great store by being perceived by their constituencies as fair and legitimate authority.

Having suggested what should be regarded as the central mission of international criminal courts, the author then turns to discuss for challenges to this mission. One is to decide whether global or local audiences should be at the center of the courts' attention. The other is to reconsider theories of responsibility which depart from ordinary moral intuitions, and could present a barrier to the acceptance of the courts' rulings on the part of their audiences. The third challenge is to adapt procedural from to the didactic purpose, and the fourth one is to respond to the criticism that international criminal prosecutions are instituted mainly against citizens of states that are weak actors in the international arena.