

ПРАВО И ПОЛИТИКА

УДК 341.485

DOI: <https://doi.org/10.22182/spm.6712020.9>

Прегледни рад

Српска политичка мисао

број 1/2020.

год. 27. vol. 67

стр. 205-225

*Милан Палевић**

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Милан Рапајић

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

ГЕНОЦИДНА НАМЕРА – ЕСЕНЦИЈА ЗЛОЧИНА ГЕНОЦИДА - проблем интерпретације елемената геноцидне намере у поступку утврђивања злочина геноцида -

Сажетак

Предмет овог рада је геноцидна намера – конститутивни елемент и дистинктивно обележје злочина геноцида. Прегледом и анализом правног режима геноцида и кључних ставова доктрине о датој проблематици, у раду се указује на специфичност садржинских елемената геноцидне намере, њихову концептуалну међузависност и тешкоће у дефинисању и примени јасних, општеприхватљивих стандарда и критеријума у поступку утврђивања постојања различитих појавних облика геноцидне намере и самог злочина геноцида. Нека

* Имејл-адреса: mpalevic@jura.kg.ac.rs.

традиционална решења сучељена су са новим концепцијским приступима и доступном судском праксом, пре свега праксом два *ad hoc* трибунала, као и ставовима и мишљењима судија Међународног суда правде, датих поводом три предмета геноцида који су изнети пред њим. Из тог „интелектуалног квазиконфликта” аутори су извели општи критички коментар – закључак о постојању раскорака, неконзистентности и неке врсте конфузије у односу нормативног, доктринарног и практично применљивог у материји геноцида, што води дезавуисању, тривијализацији и политичкој злоупотреби концепта превенције и кажњавања овог злочина, како су они замишљени у, мање више оправдано критикованој, Конвенцији из 1948.године. У раду се не обрађује „национална, верска, расна и етничка група” као елемент геноцидне намере, из разлога што је један од аутора већ објавио рад на ту тему.

Кључне речи: геноцид, геноцидна намера, елементи геноцидне намере, Конвенција о геноциду, *ad hoc* трибунали

УВОД

Релативна неразвијеност међународног кривичног права, као правног система *in statu nascendi*, условила је, између осталих разлога, да се у теорији међународног права испоље различите тенденције у погледу дефинисања општег појма међународног кривичног дела. Углавном се ове тенденције могу сублимирати у три основне групе, које, опет, повезује заједничко настојање да се истакну оне особине међународног кривичног дела које га суштински одвајају од општег појма кривичног дела каквог га познајемо *in foro domestico* (видети: Kambovski 2003, 9–33).

Но, и поред тога, у питању је кривично дело као и свако друго (Сејовић 2006, 80), што значи да појам међународног кривичног дела обухвата исте оне елементе као и општи појам кривичног дела (Z. Stojanović 2004, 37): 1. акт, односно радња чињења или пропуштања чињења, која проузрокује одређену последицу; 2. противправност акта; 3. прописаност, у смислу

законске инкриминације акта као кривичног дела; и 4. виност, или кривица, односно релевантни психички однос извршиоца према последицама сопствених радњи.

У међународном праву кривична одговорност је индивидуална, те се примена параметара општег кривичног права на субјективни елемент међународног кривичног дела, чини подразумеваном. Ипак, уочавају се извесне потешкоће (не само термилошке природе) које могу довести до конфузије у погледу интерпретирања садржине појединих облика виности. То првенствено из разлога специфичности које су иманентне самом међународном праву, па сходно томе, и последично, и области међународног кривичног права, као његовом суштаственом делу. Недоумице и контроверзе у погледу разумевања и позиционирања појединих облика виности, додатно су појачане чињеницом да се у међународном кривичном праву сусрећемо са најмање два правна система, континенталним и англо-саксонским, који, опет, унутар себе баштини поделу на амерички и енглески. Субјективни елемент кривичног дела у англосаксонском праву обухвата се појмом *mens rea*, и тај модел је углавном преовлађујући у пракси и теорији међународног кривичног права. Наиме, да би се радило о радњи која се сматра кажњивом, захтева се једно од следећих стања свести: 1. намера, тј. решеност да се произведе одређена последица (у континенталном праву – умишљај); 2. свест да предузимаће неког понашања носи са собом неоправдан ризик проузроковања штетних последица (евентуални умишљај); 3. непоклапање дужне пажње или неудовољавање неким општеприхваћеним стандардима понашања, чиме се наноси штета другом лицу (свесни нехат); и 4. непоштовање неких општеприхваћених стандарда понашања, с тим да не постоји свест о могућности да дође до штетних последица – несвесни нехат (Ћејовић 2006, 114). Спор може настати из разлога што се у међународном кривичном праву не користи појам „умишљај” већ појам „знање” односно „сазнање” (Ћејовић 2006, 114). У европском правном систему „сазнање” се не сматра самосталним обликом виности, већ је укључено у појам умишљаја, док је у делу англо-саксонског правног простора „сазнање” посебан облик стања свести и обухвата и директни и евентуални умишљај. Под утицајем англосаксонског права у

међународном кривичном праву прихваћен је модел по којем се међународна кривична дела могу вршити и са директним и са евентуалним умишљајем.

Специфичност геноцида у погледу његовог субјективног елемента огледа се у чињеници да било која од радњи извршења овог злочина мора бити предузета у намери да се уништи, у целини или делимично, нека национална, етничка, расна или верска група као таква. „Намера да се уништи национална, етничка, расна и верска група као таква је елемент који представља *differentia specifica* геноцида од осталих међународних злочина који са њиме деле суштински исти објективни елемент” (Robinson 1949, 15). Из тога логично следи да су друге категорије менталног елемента искључене: евентуални умишљај (*dolus eventualis*) или тежак нехат (Kaseze 2005, 118–119).

MENS REA ГЕНОЦИДА

Mens rea геноцида обухвата два нивоа: а. *mens rea* материјалних радњи (*actus reus*) и б. „намеру да се уништи” нека национална, верска, етничка или расна група као таква. И један и други ниво карактерисан је двема психичким компонентама које представљају суштинске елементе *mens rea* геноцида – „свешћу” и „вољом”.

Геноцидна намера се може разложити на четири основне компоненте: 1. степен намере; 2. уништење; 3. национална, етничка, расна или верска група; и 4. потпуно или делимично.

Ово раздвајање елемената геноцидне намере треба разумети искључиво у техничком смислу. Недостатак било којег од наведених елемената ускраћује „намери” квалитативни атрибут „геноцидности” и води директно ка опструкцији услова за конституисање кривичног дела геноцида у његовом пуном правном капацитету.

СТЕПЕН НАМЕРЕ

Док већина међународних злочина захтева постојање директног умишљаја, мањи број присуство евентуалног

умишљаја, геноцид захтева постојање специфичне односно посебне геноцидне намере. То подразумева спој директног умишљаја и намере, односно оно што се у кривичном праву неких земаља назива директним умишљајем првог степена (Z. Stojanović 2004, 135). Акцептовано из англо-саксонског у поље евро-континенталног права тај облик виности добија појмовни одредник специјалног умишљаја (*dolus specialis*).

Концепт специфичне намере усвојен је и у Римском статуту (Rimski statut међународног кривичног суда 2001), а подржала га је и Комисија за међународно право (ILC, A/51/10). Исти је случај и са праксом два трибунала. У пресуди Акајесуу истакнуто је да је: „Посебна намера. ...кључни елемент намерног кривичног дела које карактерише психолошка веза између физичког резултата и душевног стања учиниоца” (ICTR, IT-96-4-T). У Случају Јелисић се инсистира да: „Претресно веће мора проверити да ли је код оптуженог постојала ‘посебна’ намера коју, мимо дискриминаторних кривичних дела која је починио, карактерише његова жеља да уништи намеравану групу као такву...” (MKTJ, IT-95-10-T). И Међународни суд правде наглашава да члан II Конвенције „захтева продубљенији психички елемент...установљење ‘намере’ да се уништи, у потпуности или делимично...заштићена група, као таква. Није довољно установити, на пример, у вези са ставом (а), да је намерно противзаконито убијање припадника групе почињено. Мора, такође, бити утврђено постојање додатне намере, и врло је прецизно дефинисати. Та врста намере најчешће се назива „специфична намера или *dolus specialis*” (ICJ Judgment, 2007).

Геноцидне намере нема у случају када је извршилац свестан да својим радњама може проузроковати делимично или потпуно уништење неке од четири групе, па на то пристаје. Потребно је да он то хоће и жели, да је то циљ предузимања његових радњи (Z. Stojanović 2004, 135). Без обзира што Римски статут, пракса два трибунала (MKTJ, IT-98-33-I) и пракса појединих националних судова, те англосаксонска законодавства, оперишу правним институтом „знања”, „општа намера да се почини једно од побројаних дела, у комбинацији са општом *свеићу* о вероватним последицама таквог дела по непосредну жртву или жртве, није довољна индиција за постојање злочина геноцида. Дефиниција тог злочина захтева

посебно стање свести или специфичну намеру, с обзиром на свеукупну последицу забрањеног дела” (ILC, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1). Дакле, „оптужени се не може прогласити кривим за геноцид...чак и уколико је *знао* да доприноси или да би својим делом могао допринети делимичном или потпуном уништењу групе” (ICTR, IT-96-4-T). Међутим, у фази доказивања индивидуалне намере починиоца, „знање”, као појам који у себи нужно укључује питање постојања плана и политике геноцида, сматра се подједнако важним доказом геноцидне намере као и непосредни докази о постојању те намере. У том случају, услов *mens rea*, задовољен је када се докаже да је починилац извршио дело са индивидуалном намером да уништи заштићену групу или, алтернативно, ако је то дело починио са намером да учествује у геноцидном плану. „Постојање плана или политике може олакшати доказивање кривичног дела.” (МКТЈ, IT-95-10-A)

Разматрања на телима УН-а, током рада на усвајању Конвенције, довела су до закључка да ни *предумишљај* не може бити задржан као правни елеменат злочина геноцида, јер се тако нешто „чини сувишним с обзиром на посебну намеру која је већ била предвиђена у тексту и што би накнадно прецизирање само још више отежало терет доказивања” (Graven 1950, 495). „Није потребан доказ о предумишљају” јер сам „појам геноцида то за собом јасно повлачи” (ICTR, IT-96-4-T).

Постојање *мотива* такође је ирелевантно са становишта геноцидне намере. Да ли је освета, мржња, властољубље или неки други разлог, допринео формирању геноцидне намере, потпуно је неважно, јер „...постојање личног мотива не спречава починиоца да има и специфичну намеру да почини геноцид”. (МКТЈ, IT-95-10-A)

Спецификација геноцидне намере посебно је важна у околностима када се упоредо врше и друга кривична дела. Рецимо за прогон, као вид злочина против човечности је „потребан већи праг *mens rea* него за обичне злочине против човечности, али мањи него за геноцид... У обе категорије битна је намера да се изврши дискриминација, да се особе нападну због њихових етничких, расних или верских карактеристика. Док код прогона намера може попримити

разноразне нечовечне облике... укључујући и убиство, код геноцида та намера мора бити удружена са посебном намером да се уништи, у потпуности или делом, група којој припадају жртве геноцида... Са становишта *mens rea* геноцид је екстреман и крајње нечовечан облик прогона” (МКТЈ, IT-95-16-T) .

УНИШТЕЊЕ

Појам „уништења” је један од најделикатнијих елемената геноцидне намере. Оно је спорно и као кључни појам и као двосмислени термин. Одабир језичких и квантитативних параметара за одређивање прецизне садржине појма „уништења” проблем је са којим се суочавала и доктрина и савремена пракса два трибунала.

У етимолошко-лингвистичком значењу „уништење” би се могло дефинисати и као „потпуно нестајање” и као „процес поништавања постојања” односно „умањивања до ничега”. Међутим, ни једна од понуђених опција није довољно прецизна. Ако би и прихватили неку од њих као меродавну поставља се питање који квантитативни параметар исказује довољно релевантан и транспарентан број „некога” или „нечега” од кога се, или од чега се, процес „креће” у правцу потпуног анулирања. Исто тако, у обрнутој пропорцији, може се поставити питање шта у ствари значи „умањивање до непостојања”. Шта се сматра постојањем? Од које горње границе „редуцирања” почиње геноцид и који је валидан показатељ суштинског опстајања циљане групе који јој омогућава реалну шансу за опоравак и даљу егзистенцију са свим битним одликама које је управо чине препознатљивом као таквом? Постављена питања су веома сложена, конципирана на широкој филозофско-научној основи и изискују једно продубљеније, мултидисциплинарно одређење, како према самом појму „уништења” тако и према проблему прецизирања основних критеријума за његову универзалну правносоциолошку употребљивост у концепту геноцида уопште. С друге стране, говорити о „уништењу” а не изложити прецизно елементе његове реалне самоидентификације може створити озбиљне проблеме приликом класификације злочиначких аката на геноцидне и оне који то нису.

Уништење, као елемент геноцидне намере, обухвата: а. модел уништења, б. субјекат уништења и в. објекат уништења.

У складу са својом преокупираношћу биолошким основама геноцида, Лемкин је физичко уништење поставио на самом крају ланца модела, као нешто што долази као завршница свеукупних напора агента насиља ка уништењу таргетиране групе. Конвенција из 1948. кроз одредбе члана II, у ставовима а, б, в, г, и д, модел уништења своди на биолошки, односно физички облик, убрајајући у *actus reus* геноцида: а. убиство припадника групе, б. тешке повреде физичког или менталног интегритета групе, в. намерно подвргавање групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног уништења, г. мере уперене ка спречавању рађања у оквиру групе, и д. принудно премештање деце из једне групе у другу (Крећа i Šurlan, 305). Придржавајући се начела законитости у тумачењу релевантних одредби поменутог члана Конвенције, физичко-биолошком оквиру уништења, како је конвенцијски задат, не може се правно приговорити. О историјским искуствима и моралним разлозима за повратни критицизам и евентуалну ревизију једног таквог приступа и решења, не само овог дела текста Конвенције, свакако се може дискутовати, као што то и јесте случај у доктрини и пракси. Али, за потребе овог рада сматрамо да је ово довољно реперно становиште – на крају крајева не може се оспорити његова легитимност, па ни практична потврђеност.

Што се тиче субјекта извршења геноцида, Лемкин, али и многобројни модерни аутори, налазе га искључиво у држави и њеним сурогатима. Конвенција пак, заузима неутралан став и улогу носиоца геноцидног уништења *a priori* не своди на државу, иако је она историјски потврђени и организационо-технички најкурентнији агент геноцида. Агентом геноцида, хипотетички, осим државе и њеног бирократског апарата, могу бити и невладине групе и наравно физичка лица односно појединци.

„У ПОТПУНОСТИ ИЛИ ДЕЛИМИЧНО”

Геноцид је усмерен ка уништењу групе, али се тај чин, свакако, не остварује једном операцијом. То је плански

осмишљени процес који обухвата различите видове живота и активности групе (Avramov 1992, 78) па се за потребе квалификације геноцида група не може егзактно нумерички изразити. Зато су творци Конвенције под појам геноцида укључили и парцијално уништење групе. Дакле, уништење неке заштићене групе, у смислу геноцида, може се остварити у „потпуности или делимично”.

Лемкинов концепт геноцида како је изложен у „Осовинским правилима...” није укључивао спецификацију квантитативне стране проблема. Геноцид се пред његовим очима одвијао у форми убијања *en masse* те га је једноставно дефинисао као „уништење националне или етничке групе” (Lemkin 1944, 79). Схватање по којем геноцид може значити уништење групе у „целини или делимично” заживело је први пут у Резолуцији 96/1 (UNGA, A/RES/96-I). Нацрт конвенције поднет од стране Секретаријата прихвата то становиште (UNECOSOC, E/447) док се у коначној верзија нацрта *Ad hoc* комитета одбацује свака сугестија да геноцид може бити почињен парцијално (Schabas 2000, 232). На Шестом комитету питање је поново размотрено стављањем на дневни ред кинеског предлога нацрта конвенције по коме „геноцид представља било који од аката почињених са намером да се уништи, у целини или делимично, национална, етничка, расна верска или политичка група као таква.” (Schabas 2000, 232). Искључивањем политичких група и усвајањем предлога Норвешке да се сентенца „у потпуности или делимично” убаци у текст Нацрта *Ad hoc* комитета после речи „са намером да се уништи” проблем је солвиран. Међутим, остало је нејасно шта су заиста под изразом „делимично” желели да искажу творци Конвенције.

Питање интерпретације израза „потпуно и делимично” је у ствари питање утврђивања опсега геноцида односно релевантности размере уништења. Ово питање у себи укључује супстанцијалну и просторну димензију и њима адекватне нумеролошко-квантитативне и географско-локационе приступе. Доктрина, међународни инструменти и судска пракса дају различита тумачења његовог смисла.

СУПСТАНЦА УНИШТЕЊА

Геноцид је циљно усмерен ка уништењу групе. Група се састоји од појединаца па акти геноцида нужно морају бити предузети путем уништавања појединаца. Проблем је међутим, утврдити који је праг за квалификовање неког злочина као геноцид, односно, колики део групе треба да обухвати намера да би се могло говорити о намери „делимичног уништења” групе.

Идејна матрица геноцида наводи на закључак да уништење о коме се говори, нужно мора бити изведено на масовној скали која подразумева велики број стварних појединачних жртава. То је истакнуто и у Извештају поткомисије о геноциду где се каже да су „релативне размере стварног или покушаног уништења групе, било којим делом, наведеним у члану II и III Конвенције о геноциду, снажан доказ о потребној намери да се група потпуно или делимично уништи”. Првостепена пресуда Кајишеми и Рузиндани такође полази од претпоставке да „је број жртава из редова Тутсија јасан доказ намере да се ова етничка група потпуно или делимично уништи.” (ICTR, IT-95-1-T) Међутим, стварна количина жртава не може конституисати материјални елемент геноцида *per se* уколико геноцидни акт није праћен намером да се група уништи потпуно или делимично. Кључна је специфична намера да се уништи група. Та, специфична, геноцидна, намера, обично се доказује извођењем закључака из материјалних факата које прате извршење злочина. У случајевима када геноцид укључује уништење великог броја припадника групе процес дедукције ће бити лакши. Већи број стварних жртава даје снажнију потврду закључку да је окривљени намеравао да уништи групу, у потпуности или делимично (ICTR, IT-95-1-T). Ако постоји мањи број стварних жртава дедукција ће имати врло мало доказног капацитета чак и за случај да су злочини подстакнути намером уништења групе у целини.

У Нацрту секретаријата напомиње се да „систематско уништавање чак и делића групе људских бића представља изузетно гнусан злочин.” (UNECOSOC, E/447) У свом осврту на ову проблематику, Робинсон је изложио да стварни број жртава који конституише дело геноцида мора да буде „знатан”

јер је циљ Конвенције да „санкционише деловања усмерена против великог броја људи, а не појединачне догађаје чак ако они и поседују исте карактеристике”. Лемкин је такође сматрао да делимично уништење мора имати за циљ „толико знатан део да то угрожава групу као целину.” Дрост (*Drost*) са своје стране износи да било које систематско уништење и мањег дела заштићене групе чини геноцид (*Drost 1959, 85*). У поводу истог питања, Комисија за међународно право изнела је нешто строже тумачење: „Није неопходно намеравати да се постигне комплетно истребљење групе у сваком кутку света. Ипак, геноцид захтева намеру уништења бар суштинског дела одређене групе.” (*ILC, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1*) У финалном нацрту статута Припремног комитета за оснивање Међународног кривичног суда стоји: „Одредба ’у намери да се уништи, у потпуности или делимично...група као таква’... упућује на специфичну намеру да се уништи знатнији број појединаца који су припадници групе.” (*ICC, UN Doc. A/AC. 249/1998/CRP*) У случају Акајесу таква интенција била је испољена кроз квалификаторну одредницу „приличан” (*ICTR, IT-96-4-T*) док у случају Јелисић, Првостепено веће МКТЈ, одлучивши се за примену нешто блажег критеријума, констатује „да намера да се уништи мора бити уперена против ’битног’ дела групе.” (*МКТЈ, IT-95-10-T*) С друге стране, Претресно веће МКТР у случају Семанза изнело је да „не постоји број жртава који би представљао праг за утврђивање геноцида.” (*ICTR, IT-97-20-T*) Витакер је изнео еклектичко мишљење по којем делимично уништење „заслужује да буде окарактерисано као геноцид када се односи на велики део целе групе” али и у случају када се ради о „значајном сегменту групе, као што је на пример њено вођство” (*E/CN.4/Sub.2/1985/6*). Попут њега, и чланови „Басионијеве комисије” резонују да уништавање неког важног сегмента таргетиране групе, њеног политичког, економског или интелектуалног вођства, може представљати геноцид, без обзира на укупан, фактички број убијених припадника групе. „Ако је група претрпела уништење вођства и ако је после тог губитка велики број њених припадника био побијен или изложен другим гнусним делима, сегмент захваћен уништењем треба да се посматра као целина како би се одредбе Конвенције тумачиле конзистентно намери текстописца.” (*UNSC S/1994/674, 25*)

Изнето је послужило као пледоаје конструисању тзв. квалитативног критеријума. Овај критеријум разматра опсег уништења с аспекта „елите” или вођства групе, као дела групе који због свог претпостављеног квалитета и нарочитих обележја има пресудан утицај на будући опстанак групе као целине. Дакле, геноцид се може констатовати у сваком оном случају када се намера починиоца за уништењем макар и „вођства” групе учини јасно доказаном без обзира на фактичке размере конкретног уништења. МКТЈ уводи у своју праксу овај критеријум као алтернативан квантитативном критеријуму у сврху посредног утврђивања постојања геноцидне намере резонујући „да се...намера да се нека група уништи, у начелу може констатовати ако се уништење односи на истакнути део групе као што је њено *вођство*” (МКТЈ, IT-97-24-T) .

Овај приступ чини се неодрживим и супротним правној природи геноцида. Најпре је нејасно на који начин је могуће помирити два међусобно искључујућа критеријума – објективни и субјективни? Њиховом комбинацијом изазива се вештачка деоба намере уништења на два узајамно искључујућа антипода. Логички апсурд садржан је у чињеници да би намера, с једне стране била усмерена ка масовном уништењу групе као такве, док би с друге стране она била усмерена ка уништењу ограниченог броја припадника групе, због неког њиховог својства и утицаја тог својства на опстанак групе као целина. Сам појам „вођства” није лишен вишезначности и субјективне перцепције. Шта се под њим подразумева; војна, економска или интелектуална елита, или се ради о појму „вођство” схваћеном у генеричком смислу? (R. Stojanović, 2007, 402). „Вођство” остаје у правном вакууму, ванконтекстуално у односу на дату групу. Као засебан конструкт ентитет, псеудообјект заштите, он се трансформише у објект специјалне заштите у односу на остатак припадника групе, чији је већ део.

Разарање дејстава објектне заштите употребом квалитативног критеријума дошла је нарочито до изражаја у вези наводног геноцида у Сребреници. Полазећи од претпоставке да намера делимичног уништења групе представља тежњу ка уништењу неког њеног важног дела, МКТЈ, у случају Крстић, је ту посебну, за егзистенцију групе као целине, пресудно важну компоненту групе, дефинисао као „војно способне

босанске муслимане” (МКТЈ, ИТ-98-33-Т). Међутим, у случају Сребреница још раније је одређено да се објектом заштите имају сматрати „босански муслимани Сребренице”, па се поменути „војно способни босански муслимани”, на тај испостављају за подгрупу дела групе, која и иначе, по себи, чини мањи део муслимана Босне и Херцеговине. По усвојеној матрици, која изгледа пледира успостави појма „селективног геноцида”, испада да не само да није потребно утврђивати стварну количину жртава, већ се међу истим не морају нужно рачунати жене и потомство дате групе!?

ТЕРИТОРИЈАЛНИ ОПСЕГ УНИШТЕЊА

Израз „делимично” има своје значење и у географском смислу опсега геноцида. Под њиме се подразумева територијални аспект уништења у функцији остварења геноцидне намере. Проблем се своди на питање да ли је просторна компонента намераваног уништења битан елемент у процесу конституисања геноцида? Ако јесте, о којим се то географским параметрима може говорити. На пример, ако сви припадници групе унутар ограниченог простора буду убијени, а остали припадници групе, који су остали изван њега буду поштеђени, да ли ће то у пуном смислу речи бити геноцид? Вероватно не, јер је геноцид, генерално узевши, злочин уништења „целе групе” под територијалном контролом починиоца. Кроз ту призму и најпознатији случајеви геноцида могли би се сврстати у категорију „делимичног геноцида”. Сва три „класична геноцида”, у Турској, Немачкој и НДХ као и геноцид у Руанди нису били извршени, на глобалном нивоу, већ, условно речено, у границама под контролом агента насиља. Пратећи логику починиоца-апологете то би, на пример, могло значити да се уништавање Јевреја унутар нацистичке Немачке и окупационих подручја под контролом нациста, не може оквалификовати геноцидом јер се уништавање није протегло на свим меридијанима. Комисија за Међународно право јасно је назначила да намера геноцидног уништења не мора да се нужно протегне до сваког кутка глобуса и до сваког припадника циљане групе уништења. Уништење групе може се извести и ван територијалне контроле починиоца,

током инвазије или сличног експанзивног акта. Али, у обе варијанте, као неизоставно дистинкционо обележје, остаје његова интенцијска упереност ка целокупној групи (Straus 2001, 367).

С тим у вези занимљиво је становиште МКТЈ да: „убијање свих припадника дела групе лоциране унутар мањег географског подручја, чак и ако резултира мањим бројем жртава, оквалификоваће се као геноцид онда када је изведен с намером да се уништи део групе као такве лоциран на том мањем географском простору.” (МКТЈ, IT-98-33-T) Усвојени приступ тесно кореспондира са овде критикованим квалитативним критеријумом. Заједно са применом већ помињаног географског критеријума за одређење заштићене групе он отвара могућност да се дефиниција геноцида примењује и на сукобе у малим заједницама, где се и локална зверства, по потреби „политичког тренутка и целисходности” могу означити геноцидним. Тај „степен неодређености смешта геноцид на најудаљеније границе принципа *nullem crimen sine lege*.” (ICJ Judgment, 2007)

ЗНАЧЕЊЕ ПОЈМА „ДЕЛИМИЧНО”

Израз „делимично” припада истовремено и амбијенту *mens rea* геноцида и материјалном делу геноцида односно *actus reus*-у. Није у потпуности јасно да ли се одредница „делимично” у члану II Конвенције, односи на опсег намере или на опсег фактицитета. У зависности од изабране аналитичке визуре, тј. полазног становишта о примарности једног у односу на други ситуациони оквир, добијају се дијаметрално супротна гледишта његовог смисла и садржине. Један пледира намери „делимичног уништења” групе док други преиспитује фактичке размере уништења дела групе као целине. Таква интерпретација имплицира да је дискриминаторна намера исказана двоструко и неравноправно – с једне стране о „националној, етничкој, верској или расној групи”, као посебном и одвојеном ентитет, а с друге, унутар тог ентитета, третирајући неке његове делове, као да су засебни и одвојени ентитети (R. Stojanović 2007, 410). Другим речима, ако би се квалификација „делимично”, односила само на обим намере, то би значило, као крајњи

резултат таквог тумачења, да је део групе дистинктан ентитет у оквиру групе којој припада (R. Stojanović 2007, 410). Такав резултат је у логичком раскораку са објективним значењем појма заштићене групе и јединствености и недељивошћу намере која дистинктивно прожима концепт геноцида у целини. Дух и циљ Конвенције подржавају интерпретацију појма „делимично” која полази од примарности психичког елемента геноцида, односно од намере починиоца да „потпуно или делимично” уништи групу као такву, узету као јединствен, недељив ентитет. Како проф. Крећа констатује: „Намера да се уништи део групе, је, у ствари *ratione personae*, ограничена, стварна пројекција намере да се уништи група као целина, диктирана одговарајућим фактичким околностима пре него различитим ставовима према деловима заштићене групе.” (R. Stojanović 2007, 410).

ЗАКЉУЧАК

Као конститутивни елемент геноцида, геноцидна намера је карактеристичан облик стања свести. То је виши стадијум кривице од оног који се у општем кривичном праву сматра највећим степеном виности потребним за обликовања бића најтежих кривичних дела. Кључна одлика геноцидне намере састоји се у посебности њеног крајњег циља и доминантно израженој жељи да се до тог циља и дође. Спецификација геноцидне намере посебно је важна за утврђивање постојања геноцида у условима упоредног чињења других злочина, нарочито злочина против човечности. У вези елемента „уништење”, важно је утврдити компоненте његове реалне идентификације, како не би дошло до озбиљнијих проблема приликом квалификације злочиначких аката на геноцидне и оне који то нису. У пракси је веома тешко изнети доказе о геноцидној намери појединца уколико почињена кривична дела нису распрострањена и не обухватају већи део нападнуте групе. Количина стварних жртава неспорно представља релевантну материјалну чињеницу и у поступку утврђивања геноцидне намере. Разматрања израза „потпуно и делимично” на већима МКТЈ и МКТР водила су у другом правцу, ка усвајању квалитативног критеријума, као алтернативног квантитативном

и њиховој комбинованој примени. Чини нам се да овакав један приступ, не може проћи скенер објективних правних критеријума. Квантитативни и квалитативни опсег уништења, по својој самој природи, су међусобно искључујући. Њихова компилацијска примена може довести до релативизације конвенцијски гарантоване заштите националним, етничким, верским и расним групама, јер поседује изражен интенциозни капацитет дезинтеграције саставних елемената кривичног бића геноцида. Пројектовањем групе унутар групе, релативизује се конвенцијски образац објектне заштите и уводи субјективизам и арбитрарност у ту проблематику што је противно начелу *nulum crimen sine lege*. Руководна идеја Конвенције о геноциду је заштита права на постојање људских група у целости, што, по дефиницији подразумева и заштиту њених делова. Трибунал у Хагу је усвојио концепт географски ограниченог геноцида по којем геноцид може бити територијално ограничен, не само у оквирима једне одређене земље, већ и на ужу област, односно подручје унутар односне државе. На питање да ли би геноцидно уништење требало одмеравати на националној, регионалној или глобалној скали, аутори овог рада одговарају да територија, иако важан, ипак није и конститутиван елемент геноцидног уништења. Увођење карактеризације геноцида, и у случајевима када намера уништења обухвата само ограничен географски простор, појачава испољавање његових негативних страна, субјективност и арбитрарност. Такође, покушај да се дуалистичка природа израза „делимично” помири у форми неког еклектичког споразума супротан је идеји о преовлађујућој улози намере код формирања бића кривичног дела геноцида. Дословно читање Конвенције противречи таквом тумачењу. Полазно становиште у поступку утврђивања садржине речи „делимично” треба базирати на примарности његовог психичког елемента, тј. *mens rea*.

РЕФЕРЕНЦЕ

Avramov, Smilja. 1992. *Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog javnog prava*. Beograd: Politika.

- Čejović, Bora. 2006. *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Dosije.
- Drost, Pieter. 1959. *The Crime of State*, Vol. II (Genocide, United Nations Legislation on International Criminal Law). Leyden: A. W. Sythoff.
- Graven, Jean. 1950. *Les crimes contre l'humanité*, 76 Recueil de Cours: 433–607, Académie de Droit International de la Haye.
- International Court of Justice [ICJ], *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26. February 2007, Separate Opinion of Judge Kreća, I.C.J. Reports 2007, p.43.
- International Criminal Court [ICC], *Draft statute for the International Criminal Court*, Part 2, UN Doc. A/AC. 249/1998/CRP. 8, .
- International Criminal Tribunal for Rwanda [ICTR], *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. IT-96-4-T, Judgement of 2 September 1998.
- International Criminal Tribunal for Rwanda [ICTR], *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case No. IT-97-20-T, Judgement and Sentence of 15. May 2003
- International Criminal Tribunal for Rwanda [ICTR], *Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, Case No. IT-95-1-T, Judgement of 21 May 1999.
- International Law Commission [ILC], A/CN.4/SER.A/1998/Add.1, *Yearbook of the International Law Commission*. Vol. II, Part Two. New York and Geneva.
- International Law Commission [ILC], *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eight Session*, 6 May–26 July 1996. Yearbook of the International Law Commission, Vol. II Part Two, New York and Geneva, 1998.
- Kambovski, Vladimir. 2003. „Primena supranacionalnih normi međunarodnog kaznenog prava”, u Zborniku: *Relevantna pitanja međunarodnog krivičnog prava*, 9–33. Tara: Udruženje za međunarodno krivično pravo.

- Kaseze, Antonio. 2005. *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
- Kreća, Milenko, i Tijana Šurlan. 2011. *Praktikum za međunarodno pravo*, Beograd: Kriminalističko-policijska akademija.
- Lemkin, Raphael. 1944. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government – Proposals for Redress*, Washington: Carnegie Endowment for International Peace.
- Lemkin, Raphael. 1976. *The Letter proclaimed in Executive Sessions of the U. S. Senate Foreign Relations Committee*, Historical Series 781–805.
- Međunarodni tribunal za progon osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. [MKTJ], *Tužilac protiv Gorana Jelisića*, Predmet br. IT-95-10-T, Prvostepena presuda, 14. decembar 1999.
- Međunarodni tribunal za progon osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. [MKTJ], *Tužilac protiv Gorana Jelisića*, Predmet br. IT-95-10-A, Žalbeno veće, Presuda, 5. jul 2001.
- Međunarodni tribunal za progon osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. [MKTJ], *Tužilac protiv Radislava Krstića*, Predmet br. IT-98-33-I, Pretpretresni podnesak tužioca u skladu sa Pravilom 65 (E) (i), 25. februar 2000.
- Međunarodni tribunal za progon osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. [MKTJ], *Tužilac protiv Radislava Krstića*, Predmet br. IT-98-33-T, Prvostepena presuda, 2. avgust 2001.
- Međunarodni tribunal za progon osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. [MKTJ], *Tužilac protiv Kupreškića i ostalih*, Predmet br. IT-95-16-T, Prvostepena Presuda, 14. januar 2000.

- Međunarodni tribunal za progon osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. [MKTJ], *Tužilac protiv Milomira Stakića*, Predmet br: IT-97-24-T, Prvostepena Presuda, 31. jul 2003. Rimski statut međunarodnog krivičnog suda, „Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori”, br. 5/2001.
- Robinson, Nehemiah. 1949. *The Genocide Convention: Its Origins and Interpretation*. New York: Institute of Jewish Affairs.
- Schabas, William. 2000. *Genocide in International Law-The Crimes of Crimes*. Cambridge.
- Stojanović, Radoslav, ur. 2007. *Edicija Diplomatske sveske: Srbija pred Međunarodnim sudom pravde*, Knjiga II, Beograd: Filip Višnjić.
- Stojanović, Zoran. 2004. *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Justinijan.
- Straus, Scott. 2001. “Contested meanings and conflicting imperatives: a conceptual analysis of genocide.” *Journal of Genocide Research*, 3/ (3): 349-375. doi: 10.1080/14623520120097189.
- United Nations Economic and Social Council [UNECOSOC], E/447 (1947), Draft Convention for the Prevention and Punishment of Genocide prepared by the Secretary-General in pursuance of Economic and Social Council resolution dated 28 March 1947. 26. June 1947.
- United Nations Economic and Social Council [UNECOSOC], E/CN.4/Sub.2/1985/6 (1985). *Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide* / prepared by B. Whitaker.: 46, Geneva: UN, 2 July 1985, p. 46.
- United Nations General Assembly [UNGA], A/RES/96-I (1946), Resolution 96-I (1946) Adopted by the General Assembly at its 55th plenary meeting, on 11. December 1946.
- United Nations Security Council [UNSC], S/1994/674, Report of the Commission of Experts Established Pursuant to United Nations Security Council Resolution 780 (1992), 27 May 1994.

Milan Palević*

University of Kragujevac, Faculty of Law

Milan Rapajić

University of Kragujevac, Faculty of Law

**GENOCIDAL INTENT – THE ESSENCE OF THE
CRIME OF GENOCIDE**

**- The issue of the interpretation of the elements of
genocidal intent in the procedure determining the
existence of genocide crime -**

Resume

The subject of this paper is twofold – it consists of the analysis of general characteristics of genocidal intent, as the essential feature of the crime of genocide and the assessment of its major elements from the aspect of the theory of international law and jurisprudence of relevant international courts, before all of the ad hoc tribunals and the International court of justice. By presenting the key elements of the legal regime of genocide, principal doctrinal stands and the court practice related to genocide cases, the authors of the paper underline the substantial elements of genocidal intent, their conceptual interconnection, as well as the difficulties in defining and applying clear and generally accepted standards and criteria for determining the existence and interpretation of various forms of genocidal intent. The basic document the authors rely on in proving the hypothesis on dangerous trivialization and undervaluing of genocide concept via devastation of the cumulative elements of genocidal intent, is the Genocide Convention of 1948.

The other segments of the legal regime of genocide also attracted the attention of the authors, including, among others, the Statute of the permanent court of international criminal justice. The observation and analysis of particular court cases, indictments and other relevant documents of two criminal tribunals, as well as the judicial opinions in three genocide cases tried before International court of justice form the substantial part of this paper.

* E-mail address: mpalevic@jura.kg.ac.rs.

Some traditional stands inherent to the Genocide Convention are now conflicted with new conceptual approaches with the aim to unveil positive and negative sides of offered practical solutions, all in context of the current prevailing paradigm on the mission and main objective of an imaginary system of the protection from genocide. The existence of this intellectual “quasi-conflict” has led the authors to conclude that there is a discrepancy, inconsistency and even some confusion between normative, doctrinal and practically applied standards and criteria related to genocide material, which, according to the authors’ opinion, may lead to disavowing and trivialization, as well as the political abuse of the concept of the prevention and punishment of this crime as it is foreseen in, more or less, justifiably criticized Genocide Convention of 1948.

To be more precise, this general opinion – conclusion can be divided into several segments: 1 the key feature of genocidal intent lies in its specific final goal and dominantly expressed desire to accomplish that goal; 2 the quantitative and qualitative criteria of the scope of destruction are by their nature mutually exclusive. Jointly applied they lead to designing a group within a group which devastates and relativizes the Convention’s pattern of objective protection. The authors, of course, favor the quantitative criteria due to the element of objectivity which is implicit to its nature; 3 Attribution (categorization) of genocide, even in cases when the intent of distraction has restricted geographical scope, is not a good solution since it brings subjectivity and arbitrariness in the process of determining the existence of genocidal intent, which is utterly unacceptable; 4. An attempt to accept a dualistic nature of the expression “partially” in a form of an eclectic agreement defies the idea of the prevailing role of the intent in determining the essence of the crime of genocide.

Keywords: genocide, genocidal intent, the elements of genocidal intent, Genocide Convention, *ad hoc* tribunals

* Овај рад је примљен 27. јануара 2020. године, а прихваћен на састанку Редакције 5. марта 2020. године.