

ODUZIMANJE ORGANA KAO *ACTUS REUS* MEĐUNARODNIH KRIVIČNIH DELA^{2*}

Apstrakt

Naslov ovog rada trebalo bi razumevati kao pitanje, jer upravo se kroz rad nastoji odgovoriti na pitanje da li oduzimanje ili trgovina organima mogu predstavljati actus reus nekog (nekih) međunarodnog dela. Tema je izrazito aktuelna, savremeno pravo (i međunarodno i unutrašnje) suočilo se sa činjenicom neemancipovanog pojma oduzimanja/trgovine organima, a pojava je pri tom prisutna u stvarnosti. Rad je prevashodno teorijskog karaktera. Činjenica da do danas ne postoji iskustvo procesuiranja pred međunarodnim krivičnim sudovima za ovakvu vrstu zločina, nadomeštena je donekle iskustvom slučaja poznatog kao Žuta kuća, koji se odvijao na severu Albanije, kao produženo delo sa teritorije Kosova, počev od 1998. godine. U finalnom zaključku teorijskog prikaza, uočava se praktični aspekt i formalopravni značaj pro shvatanja da radnja oduzimanja i trgovine organima može biti podvedena pod chapeau zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina. Ovakva vrsta klasifikacije ruši barijere vremenskih rokova zastarevanja i barijere teritorijalnih i personalnih nadležnosti za procesuiranje.

Ključne reči: *oduzimanje organa, ratni zločin, zločin protiv čovečnosti, međunarodno humanitarno pravo, međunarodno pravo ljudskih prava*

1. Uvod

Ovaj rad nemoguće je započeti bez navođenja jedne od najčešćih konstatacija udžbenika prava – život je inventivniji od prava. I zaista tema ovog rada na prvi pogled može izgledati nestvarno, sa stanovišta čistog pravnog pozitivizma i nepostojeće, no život je ipak nametnuo potrebu da

¹ Docent, Kriminalističko policijska akademija, Beograd, mail: tijana.surlan@kpa.edu.rs

² Rad je nastao kao deo istraživačkog projekta Položaj i uloga policije u demokratskoj pravnoj državi koji se realizuje na Kriminalističko policijskoj akademiji u periodu 2012-2015

se zagledamo u postojeći normativni okvir, te ustanovimo da li je zaista i u kojoj meri život inventivniji od prava. Direktan povod i za samu temu istraživanja, kao i za ovakav uvod, svakako su događaji koji su se odvijali u periodu oružanih sukoba počev od 1998.g. na teritoriji tadašnje Savezne Republike Jugoslavije, tj. na delu njene teritorije Kosovu i Metohiji i u susednoj Albaniji. Sam slučaj koji je aktuelan već nekoliko godina, još uvek ne daje dovoljno elemenata za finalno izvođenje zaključka, ali tvori bazu logičke konstrukcije i daje materijal za rezonovanje.

2. Pojmovna preciziranja

Terminološki i pojmovno izrazi trgovina organima i oduzimanje organa nisu ujednačeni i svakako predstavljaju kategorije oko kojih će pravna struka imati dosta posla u bliskoj budućnosti. Termini koji se upotrebljavaju u literaturi koja se bavi ovom problematikom, a kada se govori na uopšten način, kao sinonime koristi termine trgovina organima i oduzimanje organa. Takođe, ne retko se kaže trgovina organima, a da se pri tom misli i na trgovinu i tkivima i ćelijama. S druge strane, pojmovna razlika između ovih termina postoji. Tako npr. u dosadašnjem međunarodnopravnom normativnom okviru, pod oduzimanjem i trgovinom reguliše se samo materija u odnosu na organe. Trgovina tkivima i ćelijama tek se postepeno uvodi u normativni okvir. Takođe i sam termin trgovina podleže pojmovnim raskrsnicama. Tako govorimo o oduzimanju organa kao aspektu trgovine ljudima, ali govorimo i o trgovini organima, tkivima i ćelijama kao zasebnoj *de lege ferenda* pojavi, koja iziskuje i zasebnu pravnu regulativu. Dakle, postoji izvesna terminološko-pojmovna zbrka u pravu. Element koji treba da odnese finalnu prevagu prilikom opredeljivanja za jedan od ova dva pojma je volja, saglasnost, pristajanje ili potpuno odsustvo bilo kakvog oblika pristajanja. U sadašnjoj percepciji termina trgovina organima (potom i tkivima i ćelijama, posebno matičnim ćelijama) moguće su situacije u kojima postoji ponuda organa od strane pojedinca i time i njegova volja, pristajanje. Termin oduzimanje organa, s druge strane, treba primenjivati samo na one slučajeve (tj. vrste krivičnih dela) u kojima nema nikakvog oblika pristanka na davanje organa (tkiva, ćelija) niti trgovanje njima.

Pojam trgovina organima nije samostalan pojam ni nacionalnih pravnih sistema niti međunarodnog javnog prava. No, to *ipso facto*

ne znači i da nije pravno regulisana.³ U pozitivnom međunarodnom pravu trgovina organima aspekt je transnacionalnog krivičnog dela – transnacionalni organizovani kriminal. Osnovni normativni okvir, na univerzalnom međunarodnopravnom nivou, čini Konvencija UN o transnacionalnom organizovanom kriminalu, zaključena u Palermu 2000. godine i njoj prateći dopunski protokoli, i to posebno Protokol UN o prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, usvojen takođe u Palermu 2000. godine (dalje: Protokol o trgovini ljudima).⁴ Oduzimanje dela tela i trgovina organima normirano je kao *actus reus* trgovine ljudima kao transnacionalnog krivičnog dela.⁵ U Protokolu o trgovini ljudima definicija trgovine ljudima data je u članu 3: „vrbovanje, prevoženje, prebacivanje, skrivanje i primanje lica, putem pretnje silom ili upotrebe sile ili drugih oblika prisile, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe ovlašćenja ili teškog položaja ili davanja ili primanja novca ili koristi da bi se dobio pristanak lica koje ima kontrolu nad drugim licem, u cilju eksploatacije. Eksploatacija obuhvata kao minimum, eksploataciju prostitucije drugih lica ili druge oblike seksualne eksploatacije, prinudni rad ili službu, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, servitut i uklanjanje organa“. Tumačenje i primena definicije Protokola mora biti u skladu sa osnovnim tekstom tj. Konvencijom o transnacionalnom organizovanom kriminalu, što definitivno trgovinu organima stavlja u jedan sasvim poseban, specifičan kriminogen milje organizovanog kriminala.⁶

No, pored ovakvog mesta trgovine organima u sistemu transnacionalnog kriminala, ova pojava ima i neke druge aspekte, koji neminovno zahtevaju i zasebnu, drugačiju normativnu strukturu. Zaista, nije svaki čin oduzimanja organa ili trgovine organima akt organizovanog kriminala ili trgovine ljudima. Život poznaje aktivno crno tržište na kome se trguje organima i na kome se organi svojevolumino nude na prodaju, bez

³ Sveobuhvatan prikaz normativnog okvira videti u: T. Šurlan, *Transplantacija i trgovina ljudskim organima, tkivima i ćelijama – međunarodnopravni i nacionalnopravni normativni okvir*, Fondacija Centar za javno pravo, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Tijana_Surlan.pdf

⁴ Pored navedenog Protokola usvojeni su i Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom i Protokol protiv nezakonite proizvodnje i trgovine vatrenim oružjem, njegovim delovima i komponentama, kao i municijom. Srbija je ratifikovala Konvenciju, Protokol o sprečavanju trgovine ljudima i Protokol protiv krijumčarenja migranata 2001. Protokol UN o prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom stupio je na snagu 2003. godine i ima 154 države članice.

⁵ A.T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press 2010, 9; N. Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press 2012, 3-10.

⁶ O fenomenu trgovine ljudima pogledati: S. Mijalković, *Trgovina ljudima*, Beograd 2005; M. Žarković, S. Mijalković, *Ilegalne migracije i trgovina ljudima*, Beograd 2012.

prisile, zarad čistog profita⁷. Klasična ekonomska formula o odnosu potražnje i ponude čini da to tržište buja, a da pravo nije izgradilo adekvatne mehanizme za sprečavanje te pojave.

Na međunarodnom planu postoji svest o trgovini organima kao o samostalnoj pojavi, drugačijoj od trgovine organima kao trgovine ljudima, ali normativni okvir još uvek nije sačinjen. Konkretno korake u pravcu normiranja ove materije preuzeo je Savet Evrope, osnivanjem Komiteta eksperata zaduženog za analizu materije trgovine organima, tkivima i ćelijama, čiji je zadatak bio da na postojećoj bazi pravnih akata iz oblasti ljudskih prava i postojećih akata vezanih za trgovinu organima pristupi izradi nacrtu konvencija kojima bi se regulisala materija trgovine organima, tkivima i ćelijama kao samostalnih pojava.⁸ Komitet je 2011.g. sačinio Nacrt Konvencije Saveta Evrope protiv trgovine ljudskim organima.⁹ Cilj Konvencije je sprečavanje i borba protiv trgovine organima kroz kriminalizaciju tih aktivnosti, zaštitu žrtava i obezbeđenje saradnje i na nacionalnom i na međunarodnom planu (član 1) i to kao samostalnog dela, a ne kao *actus reus*-a nekog drugog dela. Države potpisivanjem ove Konvencije treba da se obavežu da unutar svog zakonodavstva unesu odredbe kojima bi se stipulisala krivična odgovornost za nedopušteno odstranjivanje organa, sa živih ili počivših donora (član 4). Delo nedozvoljenog odstranjivanja organa karakteriše odsustvo pristanka na doniranje organa, finansijska nadokada (davanje i primanje) (član 4, stav 1 (a,b,c)), upotreba nedozvoljeno odstranjenih organa (član 5), transplantacija organa suprotno nacionalnim propisima o sistemu transplantacije organa (član 6), pronalaženje donatora organa i primaoca organa uz davanje finansijske nadoknade (član 7), priprema, očuvanje, skladištenje, transport, predacivanje, prijem, uvoz i izvoz nezakonito odstranjenih ljudskih organa (član 8).

Sve navedene regulative posmatraju trgovinu organima iz ugla tzv. „običnog“ krivičnog dela, a ne međunarodnog krivičnog dela. Tema

⁷ U teoriji prevladuje shvatanje da ne postoji svojevolljno, dobrovoljno prodavanje organa; čak i u onim situacijama u kojima ljudi svojom slobodnom voljom nude organe na prodaju postoji elemenat objektivne prisile, najčešće siromaštvo, ili neka druga objektivna prisila koja faktički primorava čoveka na ovakav čin – L. Territo, R. Matteson (eds.), *The International Trafficking in Human Organs: A Multidisciplinary Perspective*, CRC Press 2012, 23-48; M.J. Chery, „Embracing the Commodification of Human Organs: Transplantation and Freedom to Sell Body Parts“, *Saint Louis University Journal of Health and Policy*, 2-359/2009.

⁸ *Committee of Experts on Trafficking in Human Organs (PC-TO)* Ovaj Komitet oformljen je u okviru EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (CDPC), http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/pc_to_EN.asp

⁹ EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (CDPC),

Draft Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, 7 December 2012, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC%20\(2012\)%2021%20-%20e%20-%20Draft%20Convention%20against%20Trafficking%20in%20Human%20Organs.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC%20(2012)%2021%20-%20e%20-%20Draft%20Convention%20against%20Trafficking%20in%20Human%20Organs.pdf)

ovog rada međutim usmerena je ka pitanju – da li se trgovina organima ili oduzimanje organa mogu podvesti pod neko međunarodno krivično delo; da li oduzimanje organa ili trgovina organima mogu da tvore neku od radnji izvršenja (*actus reus*) međunarodnog krivičnog dela?¹⁰

U analizi koja sledi težište jeste na teorijskom razmatranju. No, ipak ovo teorijsko razmatranje, primenjeno u praksi, moglo bi imati velike praktične posledice – ono presudno utiče na opredeljenje nadležnosti i rokove zastarevanja procesuiranja.

3. Oduzimanje organa kao *actus reus* međunarodnih krivičnih dela

Međunarodno javno pravno inkriminisanje oduzimanja i trgovine organima nije poznato u navedenoj terminološkoj varijanti, a ne figurira ni kao samostalan pojam međunarodnog javnog prava.

S druge strane fakticitet, stvarnost, pojava koja pokazuje zloupotrebu moći država putem sprovođenja medicinskih eksperimenata, nasilno iskorišćavanje ljudskog tela, oduzimanje delova tela tokom ratova, držanje ljudi u zarobljeništvu ili logorima bez ikakvog nadzora ili kontrole, nestajanje ljudi, te postojeća materijalnopravna baza međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnih ljudskih prava, doveli su do inkriminisanja određenih „medicinskih“ *actus reus*-a.

Najdirektnije navođenje dato je u okviru definicije ratnih zločina u Rimskom Statutu iz 1998.godine.¹¹ U oružanim sukobima, i međunarodnim i nemeđunarodnim, zabranjeno je „podvrgavanje lica, koja su zarobljena i pod vlašću protivničke strane, fizičkom sakaćenju ili medicinskim ili naučnim eksperimentima ma koje vrste koji nisu opravdani medicinskim, stomatološkim ili bolničkim lečenjem tog lica, niti su izvedeni u njegovom/njenom interesu, a koje mogu da izazovu smrt ili ozbiljno ugrožavanje zdravlja tog lica“ (član 8, stav 2 (b(x)) i d(xi)). Pored ovako formulisanog nastraja na fizički integritet, ratni zločini kao *actus reus* prepoznaju i druge radnje koje mogu inkriminisati oduzimanje

¹⁰ Međunarodno krivično delo, kao pojam i normativni i teorijski, u ovom radu razume se isključivo u smislu međunarodno javno pravnog poimanja i međunarodnog krivičnog prava i međunarodnih krivičnih dela. Više o ovome videti u: T.Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 23-32; 44-82

¹¹ E.la Haye, “Article 8(2)(b)(xxii) – Rape, Sexual Slavery, Enforced Prostitution, Forced Pregnancy, Enforced Sterilisation and Sexual Violence”, u: R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers 2001, 186-195; H. von Hebel., D. Robinson, “Crimes within the jurisdiction of the Court”, u: R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague 2002, 79-126.

dela tela, kao što su npr. seksualna zlostavljanja, tj. prisilna sterilizacija (član 8, stav 2 b(xxii)), mučenje ili nehumani postupci, uključujući i biološke eksperimente (član 8, stav 2, a(ii) i namerno nanošenje velike patnje, ozbiljnih telesnih povreda ili narušavanje zdravlja (član 8, stav 2, a(iii)).¹² Razlika među njima je u tome što „medicinski“ *actus reus* ima u pozadini „medicinski“ cilj (bilo da je u svrhu eksperimenata, bilo transplantacija), dok seksualna zlostavljanja, mučenje, nanošenje patnji, ozbiljne telesne povrede ili narušavanje zdravlja, mogu biti sami sebi svrha.¹³

Redakcije statuta *ad-hoc* tribunala drugačije opredeljuju ratne zločine, te je utoliko potrebno osvrnuti se i na te redakcije posebno. U Statutu Tribunala za bivšu Jugoslaviju u članu 2 određeno je delo teške povrede Ženevskih konvencija od 1949, te kao *actus reus* mučenje i nehumano postupanje, uključujući biološke eksperimente (pod *b*), te namerno prouzrokovanje patnji i teških telesnih povreda i narušavanje zdravlja (pod *c*).

U Statutu Tribunala za Ruandu, u članu 4 određeno je delo povrede člana 3 zajedničkog Ženevskim konvencijama i Dopunskom protokolu II. Redakcija *actus reus*-a ovog dela opredeljena je kao povrede Ženevskih konvencija i Protokola II koje uključuju, ali se ne ograničavaju isključivo na one nabrojane u ovom članu. Prepoznat je *actus reus* ugrožavanje života, zdravlja i fizičkog ili mentalnog stanja ljudi, posebno ubistvo kao i okrutno postupanje, kao što je mučenje, sakaćenje ili bilo koji oblik telesnog kažnjavanja (pod *a*), te povrede ličnog dostojanstva, naročito ponižavajući i degradirajući postupci, silovanje, prisilna prostitucija i svaki oblik nedoličnog napada (pod *e*).

Ostala međunarodna krivična dela, bez obzira na redakciju, nemaju direktno navođenje medicinskih *actus reus*-a. Ipak, formulacije *actus reus*-a ostavljaju prostor za tumačenje.

Definicija genocida ponovljena je u svim pozitivnopravnim statutima međunarodnih krivičnih sudova na identičan način na koji je formulisana u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine. Sa ciljem uništavanja grupe – nacionalne, etničke, rasne ili religijske, moguće je preduzeti *inter alia* i takve radnje kojima se uzrokuju teške fizičke ili mentalne povrede članovima grupe.

Zločin protiv čovečnosti, prema redakciji statuta Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, Međunarodnog krivičnog

¹² M. Bothe, “War Crimes”, u: A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volume I, Oxford University Press 2001, 393.

¹³ H. von Hebel., D. Robinson, *op.cit.*

tribunala za Ruandu i Međunarodnog krivičnog suda ne poznaje *actus reus* u kome se direktno inkriminiše prisilno odstranjivanje organa. Jedini medicinski zločini izričito stipulisani, su u redakciji Statuta Međunarodnog krivičnog suda, i to prisilna trudnoća i prisilno sterilisanje (član 7, g). No, i ova dva *actus reus*-a ne stoje samostalno, već su „oblik seksualnog zlostavljanja“.¹⁴ Poslednja alineja svih pozitivnopravnih redakcija *actus reus*-a zločina protiv čovečnosti ista je – druge nečovečne radnje (statuti tribunala), tj. drugi nehumani postupci sličnog karaktera, kojima se namerno prouzrokuju teške patnje ili ozbiljno ugrožavanje fizičkog ili mentalnog zdravlja (Statut Međunarodnog krivičnog suda).

Da li ovako koncipirani *actus reus*-i ostavljaju prostora za podvođenje oduzimanja tj. trgovine organima pod njih?

S obzirom na okolnost da se do danas ni pred jednim međunarodnim krivičnim sudom nije pojavilo delo oduzimanja organa ili trgovine ljudskim organima, jasno je da se rasuđivanje može zasnovati isključivo na teorijsko-naučnoj aparaturi. Pri tom, nepostojanje konkretnog sudskog slučaja do danas ne sme se poistovećivati sa nepostojanjem radnje, nepostojanjem pojave. Naprotiv pojava postoji, ali i veliko neslaganje oko klasifikovanja radnji i praktičnog procesuiranja.

S obzirom na nedostatak jurisprudencije, kao činjenična podloga za teorijsko uopštavanje poslužiće slučajevi koji su se odigrali na teritoriji severne Albanije, u selu Burelj i Kosova, poznati pod imenom Žuta kuća. Informacije koje su poznate o ovom događaju, kao najvažnije elemente imaju sledeće: na sever Albanije prisilno su odvoženi ljudi, srpske nacionalnosti (u većini slučajeva muškarci, između 20 i 40 godina), kidnapovani tokom oružanih sukoba 1998. i 1999. godine, ali i kasnije sve do kraja 2000. godine; nasilno su im oduzimani delovi tela, tj. organi podobni za dalju transplantaciju (bubrezi, jetra, srca); radnje su organizovano sprovodili pripadnici OVK; uključena je bila celokupna hijerarhijska struktura OVK.¹⁵ U knjizi koju je Karla del Ponte objavila aprila 2008. godine, po završetku tužilačkog mandata, navela je da je oduzimanje organa od kidnapovanih Srba nastavljeno i tokom leta

¹⁴ E.la Haye, *op.cit.*; Tijana Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd, 2011, 325-327

¹⁵ Pogledati Izveštaj Imona Smita, Šefa Misije Skoplja i Prištine Tribunala za bivšu Jugoslaviju upućeno Patriku Lopezu Teresu, Šefu Odeljenja istrage Tribunala za bivšu Jugoslaviju, od 30.oktobra 2003. Iako ovaj dokument nosi oznaku poverljivo, može se pronaći na internetu, doduše sa zatamnjenim delovima. Izveštaj je vrlo iscrpan, sa detaljnom podacima. Pogledati na veb stranici - http://www.france24.com/static/infographies/documents/kosovo_house_2003.pdf

1999.godine.¹⁶ U aktima Saveta Evrope ukazuje se na to da je praksa kidnapovanja ljudi i odvođenja u Albaniju nastavljena tokom cele 2000. godine.¹⁷

Savet Evrope aktivno se bavio materijom trgovine organima i povodom slučaja nelegalnih transplantacija na severu Albanije, sprovedenih od strane OVK, ali i potonjim primerima trgovine organima i nedozvoljenih transplantacija koji su se odvijali na klinici Medikus u Prištini.¹⁸ Naime, u svojoj Rezoluciji 1782 od 25.januara 2011. godine, Savet Evrope konstatuje činjenice trgovine organima (par.1), kao izvršioce opredeljuje pripadnike OVK (par.2), kao žrtve Srbe i kosovske Albance (par.3). Konstatuje odustajanje od gonjenja od strane Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (par.8) i izričito akcentuje neophodnost okončanja nekažnjivosti (par.14), ali i usporen rad EULEX-ovog tima istražitelja zbog nesaradnje Albanije (par.12). U tekstu rezolucije upotrebljavaju se izrazi trgovina organima, nehumano i degradirajuće postupanje, organizovan kriminal, masovno grubo kršenje fundamentalnih ljudskih prava, nestale osobe. U finalnom paragrafu, stoga, konstatuje se neophodnost izrade međunarodnopravnog dokumenta o trgovini organima, tkivima i ćelijama kako bi se definisalo jedno uobličeno krivično delo u ovoj materiji, ali obezbedila i jasna slika za buduće poteze koje treba povući kojima bi se u budućnosti sprečili ovakvi događaji (par.20).¹⁹

Saznanja o ovim događajima imali su tužioci Tribunala za bivšu Jugoslaviju još od 2003.godine. Karla del Ponte, tužiteljka Tribunala za bivšu Jugoslaviju (1999-2008), bavila se ovim slučajem u periodu 2003-2004, saradivala sa UNMIK-om, ali je odustala od daljeg gonjenja s obrazloženjem da ne može da napravi vezu između događaja na severu Albanije sa sukobima na teritoriji bivše Jugoslavije za koju je nadležan

¹⁶ Autorka ovog teksta nije bila u posedu knjige. Knjiga je objavljena na italijanskom –C.del Ponte, *La caccia: Io e i criminali di guerra*, 2008 - http://en.wikipedia.org/wiki/The_Hunt:_Me_and_War_criminals. Preuzeti navodi spominju se na više različitih mesta u stampi, npr. <http://www.vidovdan.org/arhiva/print1263.html>; <http://www.slobodnaevropa.org/content/article/1352974.html>; <http://www.glassrpske.com/novosti/srbija/Karla-del-Ponte-u-svojoj-knjizi-Lov-pise-ozlocinima-OVK-nad-nealbanskim-stanovnistvom/lat/6611.html>

¹⁷ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Investigation of allegations of inhuman treatment of people and illicit trafficking of human organs in Kosovo, Resolution 1872, 25 January 2011

¹⁸ Za događaje u klinici Medikus podignuta je optužnica protiv turskog državljanina Jusufa Ercin Sonmeza i izraelskog državljanina Moše Harela za delo trgovina ljudima, prema Krivičnom zakonu Kosova, član 139; organizovani kriminal, član 274; nezakonito obavljanje medicinske delatnosti, član 221 - Specijalno tužilaštvo Republike Kosovo, Optužnica, PPS br. 02/09, Priština, 6.jun 2011, Specijalni tužilac Eulexa Džonatan Rejtler

¹⁹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1782, Investigation of allegations of inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo, 25 January 2011, <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17942&lang=en>

Tribunal. Ponovno otvaranje teme, posle izveštaja Dika Martija, iznova je pokrenulo debatu o (ne)aktivnosti Tribunala za bivšu Jugoslaviju, ali je i poslednji zvanični stav (iz 2012.godine) bio takođe zasnovan na nepostojanju nadležnosti ovog tela u odnosu na događaje na teritoriji Albanije.²⁰ Konačno, EULEX (misija Evropske Unije za vladavinu prava) je 2011.godine oformio tim za istraživanje trgovine organima, na čijem se čelu nalazi američki pravnik Džon Klint Vilijamson. Prema izjavama Vilijamsona istraga će biti okončana u 2014.godini.²¹

Pitanje koje, i pored svih iznetih informacija o slučaju, lebdi u vazduhu je za koje krivično delo je uopšte moguće podići optužnicu? Ili drugim reči, pod koje će se krivično delo podvesti ovakva specifična trgovina organima?

Sve dosadašnje aktivnosti ne ukazuju na jedinstveno shvatanje o kom krivičnom delu se zapravo radi. U Izveštaju Saveta Evrope spominje se nekoliko termina - trgovina organima, nehumano i degradirajuće postupanje, organizovani kriminal, masovno grubo kršenje fundamentalnih ljudskih prava, nestale osobe. Očigledno je da upotreba ovih termina nije definitivna, već ilustrativna, ostavljajući otvoren prostor za podvođenje radnji bilo pod definicije transnacionalnih krivičnih dela – organizovani kriminal, bilo pod definicije međunarodnih krivičnih dela – nehumano i degradirajuće postupanje, masovno grubo kršenje fundamentalnih ljudskih prava, nestale osobe.

Stav Tribunala za bivšu Jugoslaviju o nenadležnosti može se razumevati kao nenadležnost *rationae materiae* i *rationae loci*. Dakle, da se radnje oduzimanja organa ne mogu podvesti ni pod jedno delo definisano u Statutu, kao i da se nadležnost Tribunala ne može protegnuti na dela počinjena na teritoriji Albanije.

Izjave istražitelja Vilijamsona, dostupne javnosti, ne ukazuju na to pod koje će se delo podvesti prikupljeni dokazni materijal.

Stav autorke ovog rada je da oduzimanje organa može da tvori *actus reus* međunarodnih krivičnih dela. Silogizmi kojima se dolazi do konkluzije – *actus reus* kog (ili kojih) međunarodnog krivičnog dela je oduzimanje organa, moraju biti postavljeni deduktivno i složeno. Prevažodno, potrebno je utvrditi zasnovanost uverenja da se radnja oduzimanja organa načelno može podvesti pod (neko) međunarodno krivično delo.

²⁰ Pogledati izjave za štampu zvaničnika Tribunala u kojima objašnjavaju stav o trgovini organima u Albaniji i Kosovu, npr. ICTY Weekly Press Briefing 16.4.2008, Pogledati zvanične stavove i sled događaja na: http://www.rapsinews.com/judicial_news/20120912/264649664.html

²¹ <http://www.tanjug.rs/novosti/113100/zavrsena-istraga-o-trgovini-organima.htm>

Silogizam 1 - Međunarodno humanitarno pravo i međunarodna ljudska prava predstavljaju skupinu principa, normi i standarda kojima je cilj zaštita ljudi, njihove egzistencije, dostojanstva i obezbeđenje uslova koji su neophodni za razvoj duhovnih i bioloških potreba, kako u periodima oružanih sukoba, tako i u mirnodopskim periodima. Oduzimanje organa je napad na egzistenciju i ljudsko dostojanstvo, kojim se narušavaju ili negiraju duhovne i biološke potrebe čoveka. Oduzimanje organa regulisano je međunarodnim humanitarnim pravom i međunarodnim pravom ljudskih prava.

Silogizam 2 - Norme međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog prava ljudskih prava tvore materijalnopravnu bazu za izgradnju definicija međunarodnih krivičnih dela. Oduzimanje organa regulisano je međunarodnim humanitarnim pravom i međunarodnim pravom ljudskih prava. Oduzimanje organa je radnja koja može biti inkriminisana međunarodnim krivičnim delima.

Konkluzije ova dva silogizma treba razumevati kao najuopšteniji produkt bazičnog logičnog rezonovanja. Naravno, oba primera predstavljaju hipotetičke silogizme i moraju biti dodatno proveravani spuštanjem fokusa sa celine, tj. celokupne oblasti, na njene konkretne norme. Stoga ove konkluzije imaju za cilj samo opredeljenje pravne oblasti, tj. materije u kojoj se nalazimo.

Pre no što se pristupi preciziranju i konkretizovanju teme, a koristeći se konkretnim slučajem Žuta kuća, nije zgorog uvesti još izvesne, dodatne elemente, karakteristične za konkretan slučaj, ali i bitne za finalni zaključak.

Silogizam 3 - Subjekti-izvršioци radnji oduzimanja organa su pripadnici OVK; OVK je privremeni, krnji, abnormalni međunarodnopravni subjekat; radnje OVK regulisane su međunarodnim javnim pravom, tj. međunarodnim humanitarnim pravom i međunarodnim pravom ljudskih prava.

Silogizam 4 - Radnje oduzimanja organa dešavale su se tokom trajanja unutrašnjeg oružanog sukoba na teritoriji SR Jugoslavije (sledstveno i Kosova i Metohije) u periodu počev od 1998. godine. Unutrašnji oružani sukobi regulisani su normama međunarodnog humanitarnog prava (deo koji se odnosi na unutrašnje oružane sukobe) i međunarodnih ljudskih prava (nederogabilna ljudska prava). Događaji koji su se odvijali na teritoriji SR Jugoslavije (sledstveno i Kosova i Metohije) počev od 1998. godine regulišu se međunarodnim humanitarnim pravom (deo koji se odnosi na unutrašnje sukobe) i međunarodnim pravom ljudskih prava (nederogabilna prava).

Prostim iščitavanjem navedenih silogizama vrlo se jasno uočava da se u načelnom stavu oduzimanje organa može podvesti pod međunarodno humanitarno pravo i međunarodno pravo ljudskih prava, tj. međunarodno krivično pravo (kao sekundarne norme, norme kojima se inkriminiše teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog prava ljudskih prava).

Konkretizujući prikazane logičke slagalice, praktičan zadatak je podvođenje pod definiciju međunarodnog krivičnog dela radnje oduzimanja tj. trgovine organima.

Svako od napred navedenih međunarodnih krivičnih dela, definisanih u pozitivnim statutima međunarodnih krivičnih sudova, može tvoriti *chapeau* za oduzimanje tj. trgovinu organima. Drugim rečima, svako međunarodno krivično delo u okviru svog određenja sadrži adekvatan *actus reus* za podvođenje oduzimanja tj. trgovine organima pod njega.

U pogledu ratnih zločina, shodno definiciji u Statutu Međunarodnog krivičnog suda, to je svakako podvrgavanje lica, fizičkom sakaćenju ili medicinskim ili naučnim eksperimentima ma koje vrste koji nisu opravdani medicinskim, stomatološkim ili bolničkim lečenjem tog lica, niti su izvedeni u njegovom/njenom interesu, a koje mogu da izazovu smrt ili ozbiljno ugrožavanje zdravlja tog lica (član 8, stav 2 (b(x)) i d(xi)). U redakciji Statuta Tribunala za bivšu Jugoslaviju to je svakako namerno prouzrokovanje patnji i teških telesnih povreda i narušavanje zdravlja (član 2, pod c), a verovatno i mučenje i nehumano postupanje, uključujući biološke eksperimente (član 2, pod b). U Statutu Tribunala za Ruandu to je svakako ugrožavanje života, zdravlja i fizičkog ili mentalnog stanja ljudi, posebno ubistvo kao i okrutno postupanje, kao što je mučenje, sakaćenje ili bilo koji oblik telesnog kažnjavanja (član 4, pod a).

U pogledu genocida *actus reus* izazivanje teških fizičkih ili mentalnih povreda članovima grupe, tvori adekvatan prostor za podvođenje i oduzimanja tj. trgovine organima, pod uslovom da su zadovoljeni uslovi opšteg pojma genocida.

U pogledu zločina protiv čovečnosti, sve redakcije statuta međunarodnih krivičnih sudova kao što je već napomenuto, predviđaju da se, ukoliko postoje elementi dela koji zadovoljavaju opšti pojam zločina protiv čovečnosti, kao *actus reus* mogu pojaviti pored nabrojanih radnji i druge nehumane radnje, odnosno u redakciji Statuta Međunarodnog krivičnog suda druge nehumane radnje sličnog karaktera, kojima se

namerno prouzrokuju teške patnje ili ozbiljno ugrožavanje fizičkog ili mentalnog zdravlja.

Princip *nullum crimen sine lege* nameće opreznost prilikom podvođenja neke radnje pod definiciju međunarodnog krivičnog dela.²² Zaista, da li je ovaj princip povređen zaključkom koji je izveden? Da li činjenica da termini kao što su oduzimanje organa ili trgovina organima nisu nigde kao takvi upotrebljeni u navedenim odredbama znači da je narušen princip *nullum crimen sine lege*?

Po shvatanju autorke ovog teksta očigledno je da preteže uverenje da princip *nullum crimen sine lege* nije povređen. Princip *nullum crimen sine lege* u međunarodnom pravu ima drugačiju fizionomiju od uobičajenog kontinentalno pravnog poimanja.²³ Naime, svi navedeni *actus reus*-i redigovani su u otvorenim formulacijama, tj. formulacijama koje pored primene prava predviđaju i primenu međunarodnopravnih tehnika tumačenja prava. Statuti se ne mogu niti primenjivati niti tumačiti sami, jer oni ne stoje izolovano od ostatka pravne oblasti kojoj pripadaju. Drugim rečima, statuti međunarodnih krivičnih sudova sastavni su deo međunarodnog javnog prava i oni se moraju primenjivati i tumačiti metodama primene i tumačenja međunarodnog prava (pored početnog jezičkog tumačenja, neophodno je i sistemsko i teleološko tumačenje, pa čak imati u vidu i evolutivno tumačenje).²⁴ Statuti tribunala u sebi ne sadrže odrednicu o primenjivom pravu u postupku svoga rada. No sam naziv ovih organa koji ih određuje kao organe kreirane za sankcionisanje kršenja međunarodnog humanitarnog prava jasno predviđa celokupno humanitarno pravo (i običajno i ugovorno) kao materijalnopravnu bazu ovom statutu. U Statutu Međunarodnog krivičnog suda primena principa *nullum crimen sine lege* stavljena je u kontekst člana 21 Statuta, u kome se nabraja koje će pravo sud primenjivati u svom radu. Pored Statuta i svojih internih akata, Sud će primenjivati i ugovore, principe i načela međunarodnog prava, pravila međunarodnog prava oružanih sukoba (u drugačijem terminološkom iskazu međunarodno humanitarno pravo), sopstvenu sudsku praksu, te ljudska prava.

²² K.S. Galant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge 2008, 34; P. Saland, „International Criminal Law Principles“, u: R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International 2002, 189-216.

²³ Uporednopravni prikaz i karakteristike konitentalnopravnog poimanja principa *nullum crimen sine lege* videti: M. Škulić, „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LVIII, 1/2010, 66-107; o karakteristikama principa *nullum crimen sine lege* u međunarodnom pravu videti u: T. Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 44-63.

²⁴ T. Šurlan, „Evolutivno tumačenje međunarodnog prava“, *Pravna riječ*, Godina X, broj 37, 2013, 139-154.

Upravo ovakav pristup jeste i jedini moguć pristup za primenu odredaba kao što su teške patnje, ugrožavanje fizičkog ili mentalnog zdravlja, teške telesne povrede, narušenje zdravlja. Svi ovi termini zapravo opisuju, *inter alia*, radnju oduzimanja organa i pored toga što nije upotrebljen taj termin.

Odredba koja u svakom slučaju ostavlja prikazani rezon bez sumnje i bez mogućnosti kritikovanja ili negiranja je odredba pri zločinu protiv čovečnosti.²⁵ Ostavljanjem mogućnosti da se pod definiciju ovog dela podvedu i druge nehumane radnje upravo stoji u kontekstu one maksime pravnih udžbenika na koju se autorka teksta osvrnula u uvodu ovog rada. Zaista, oduzimanje organa ljudima i trgovanje organima, posebno kada se sprovodi organizovano, tokom oružanog sukoba, kada se borac, ratni zarobljenik ili civil kidanpuje da bi mu se oduzeli organi i potom se vodi kao nestalo lice, jer mu nestaje svaki trag pripada upravo inventivnosti (nažalost monstruočnoj inventivnosti) sa kojom je nemoguće nositi se rečima. Upravo zato i jeste korisno (koliko god često i opasno zbog mogućnosti zloupotrebe) ostaviti prostora da pravna norma doskoči inventivnosti života. I da ne bi ove reči zvučale kao uvod u totalnu anarhiju - podvođenje bilo koje radnje pod oznaku „druge nehumane radnje“, nije zgoreg u par crtica oslikati pravac razumevanja floskule „druge nehumane radnje“. Statuti tribunala ne daju nikakvu dodatnu smernicu, ali odluke sudskih veća tribunala daju. Tako je jurisprudencija Tribunala za bivšu Jugoslaviju iznedrila kao smernice za tumačenje ove odredbe – sakaćenje ili nanošenje teških telesnih povreda; nanošenje povreda; teške povrede telesnog ili duševnog integriteta; napad na ljudsko dostojanstvo; nestajanje ljudi pod prisilom.²⁶ Oduzimanje organa upravo je svaka od ovih radnji, samo naslovljena konkretnim, a ne opisnim imenom. Statut Međunarodnog krivičnog suda je decidniji. Opredeljuje da radnje koje bi se mogle dodatno podvesti pod definiciju zločina protiv čovečnosti treba da su sličnog karaktera kao ostale navedene radnje, te da se njima namerno izazivaju teške patnje ili ozbiljno ugrožava fizičko ili mentalno zdravlje. Očigledno je da je suvišno podvlačiti da oduzimanje organa zadovoljava ovaj opis.

Primenjujući prikazanu logiku na slučaj Žute kuće, proklamovana nenadležnost Tribunala za bivšu Jugoslaviju čini se neispravnom. Naime, Tribunal je mogao svoju nadležnost da uspostavi i *rationae materiae* i *rationae loci*. Radnje oduzimanja organa mogu se podvesti pod član 2,

²⁵ T. Šurlan, „Telos zločina protiv čovečnosti“, *Međunarodna krivična dela – XII tematski međunarodni naučni skup*, Tara 2013, 378-399.

²⁶ Nabravanje preuzeto iz B. Ivanišević, G.P.Ilić, T. Višnjić, V.Janjić, *Vodič kroz Haški tribunal – propisi i praksa*, Beograd 2008, 107.

b, c, g tj. delo teških povreda Ženevskih konvencija od 1949 i to kao mučenje i nehumano postupanje, namerno prouzrokovanje patnje i teških telesnih povreda i narušavanje zdravlja, kao i nezakonita deportacija, transfer ili nezakonito zatvaranje civila. Ženevske konvencije iz 1949 u osnovi regulišu međunarodne sukobe. Međutim, čak i ne ulazeći u dublju analizu normi i njihovog prostiranja (npr. različiti nivoi primene u odnosu na civile protivničke države i civile državljanje), član 3 zajednički svim Ženevskim konvencijama sasvim je dovoljna materijalnoppravna baza.²⁷

U drugoj varijanti, radnje oduzimanja organa mogu se podvesti pod zločin protiv čovečnosti, pod „druge nečovečne radnje“. U redakciji Statuta Tribunala za bivšu Jugoslaviju, izvršenje zločina protiv čovečnosti stavljeno je u kontekst oružanog sukoba, bilo međunarodnog, bilo nemeđunarodnog. Ovakav pristup odstupa od običajnoppravnog rešenja u kome je upravo jedna od glavnih karakteristika zločina protiv čovečnosti ta da se može izvršiti i u doba rata i u doba mira.²⁸ Obrazloženje leži u prosto činjenici da je Statut Tribunala prilagođen potrebama procesa, te je tako i definisanje dela stavljeno u kontekst konkretnog sukoba i nije bilo pretenzija proširivanja nadležnosti van oružanih sukoba na teritoriji ex-Ju ili na period mira. Na ovom mestu ne može se a ne napomenuti da je ustaljena praksa Tribunala tumačenje njegovog Statuta u kontekstu običajnog prava, te proširivanje definicija dela pozivom na običajno pravo. Ova praksa se posebno ustalila u pogledu zločina protiv čovečnosti, koji je sa lošom redakcijom, koja odstupa od običajnoppravne definicije zločina protiv čovečnosti, neminovno morala da se dodatno potkrepljuje i tumači u duhu običajnog međunarodnog prava.²⁹ Stoga, proširenje elementa konteksta i na period mira sasvim bi bilo primereno, primenom metodologije rada Tribunala. Međutim, i nezavisno od toga zločini protiv čovečnosti za svoju materijalnoppravnu bazu imaju, pored prava koje reguliše odnose u oružanim sukoba, i međunarodna ljudska prava, sva, a posebno za ovaj slučaj značajno ona koja ne podležu derogaciji. Minimum prava koja se moraju primenjivati i poštovati bez obzira na

²⁷ Zajednički član 3 propisuje minimum humanog ponaša u nemeđunarodnim sukobima prema licima koja ne učestvuju neposredno u neprijateljstvima, podrazumevajući tu i pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i lica onesposobljena za borbu usled bolseti, rane, lišenja slobode ili bilo kog drugog uzroka; zabrenjeni postupci su inter alia povrede koje se nanose životu i telesnom integritetu, naročito sve vrste ubistava, sakaćenja, svireposti i mučenja; povrede ličnog dostojanstva, naročito uvredljivi i ponižavajući postupci.

²⁸ T. Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 259-262.

²⁹ U definiciji zločina protiv čovečnosti u Statutu Tribunala za bivšu Jugoslaviju kao elementi nisu uvršteni običajnoppravni elementi – da je delo masovno, sistematsko, organizovano, rasprostranjeno i element usmeravanja radnji ka određenom cilju ili planu koji definiše politika države ili grupe. U svom radu međutim sudska veća Tribunala su uvodila tj. posmatrala i ove elemente upravo pozivom na običajno pravo. Videti: T. Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 262-277.

kontekst dešavanja, i to bez ulaženja u dublju analizu ili proširivanje materije istraživanja, su prava po Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima – pravo na život (član 6), pravo na zabranu od mučenja (član 7), zabrana držanja lica u ropstvu ili zavisnom položaju (član 8).

U varijanti - slučaj Žuta kuća kao zločin protiv čovečnosti, moglo bi se insistirati na okolnosti da OVK nije potpisnica Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, te da isticanje nederogabilnih prava nema nikakvog značaja. Ne ulazeći na ovom mestu dalje u pravni status ovog ugovora, niti u razmatranje običajnogpravnog rešenja iste ove materije, dovoljno je naglasiti da Albanija jeste.³⁰

Ovakvim rasporedom međunarodnih krivičnih dela prevazilazi se nenadležnost *rationae loci*, kao i primedba bivše tužiteljke Karle del Ponte da je nemoguće uspostaviti vezu između događaja na severu Albanije sa događajima na Kosovu i nadležnošću Tribunala. Operativni zahvati koju su obavljani na ljudima u ozloglašenoj Žutoj kući produženo su delo sa teritorije Kosova, na teritoriju Albanije, u sticaju više različitih dela i sprovođenjem više radnji ili drugačijim rečnikom rečeno - kršenjem čitave plejade odredaba kako međunarodnog humanitarnog prava, tako i međunarodnih ljudskih prava. Stoga je moguće radnje koje su izvršene na teritoriji Kosova tretirati kao povrede Ženevskih konvencija, a radnje na severu Albanije kao zločin protiv čovečnosti. Različito kvalifikovanje čak istih radnji potpuno je u duhu sudske prakse Tribunala za bivšu Jugoslaviju.

Pokušaj podvođenja radnji OVK, koje su kao finalni ishod imale oduzimanje organa ljudi i njihova prodaja na crnom tržištu ljudskih organa, pod organizovani kriminal i pod trgovinu ljudima vodi na stranputicu i potpuno je pogrešan. Naime, OVK je, kao posledicu svog zalaganja, težnji, ciljeva i interesa, zadobila status privremenog međunarodnog subjekta ili starinskim rečnikom rečeno status - ustanici kao ratujuća strana. Takav status ne samo da obavezuje i reguliše ponašanje ustanika kao ratujuće strane, već je praktično i jedini pravni režim u kome se ustanici nalaze. U periodu unutrašnjeg oružanog sukoba, jasno je da se OVK, koja je pod svojom kontrolom držala deo teritorije Kosova i Metohije još od početka oružanih sukoba 1998 pa nadalje, nije smatrala u pravnoj obavezi u odnosu na zakonodavstvo Srbije. Drugog unutrašnjeg prava na teritoriji Kosova u tom trenutku dakle nema (OVK svakako nije izgradila svoj pravni sistem), te je jedini pravni režim koji reguliše ponašanje OVK međunarodno humanitarno pravo i ono pravo

³⁰ Albanija je pristupila Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima 4 oktobra 1991. godine – https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-4&chapter=4&lang=en

ljudskih prava koje predstavlja fundamentalne principe ljudskih prava, po svojoj pravnoj snazi *jus cogens*, tj. imperativne, opšteobavezujuće norme. Kršenje navedenih normi tvori međunarodna krivična dela – i time se krug rezonovanja prirodno zatvara.

U suprotnom, tretiranje OVK kao organizovane kriminalne grupe ne bi dovelo do rešenja, jer se na teritoriju Kosova i Metohije, barem u statusu u kome je sada, neće protezati dejstvo Konvencije o transnacionalnom organizovanom kriminalu iz 2000 i njenih protokola. Ova Konvencija ne pripada *corpus*-u kogentnog prava, niti običajnog prava, te se kao takva može protezati samo na ugovorne strane. U takvom rasporedu elemenata ne bi bilo pravnog osnova za podvođenje radnji oduzimanja organa pod trgovinu ljudima.³¹

Pažljivom čitaocu verovatno nije promaklo da se u ovom radu unutrašnji oružani sukob na teritoriji SRJ tj. Kosova i Metohije vremenski određuje samo opredeljujući početak, ali ne i kraj. Okončanje unutrašnjeg oružanog sukoba otvorena je tema. Jasno jeste da je počeo 1998, ali nije jasno kada je nastupio njegov kraj. Opredeljenje vremenskog okvira unutrašnjeg oružanog sukoba može biti od važnosti upravo zbog navoda Saveta Evrope i Karle del Ponte da su se događaji kidnapovanja Srba i njihovo odvođenje u Albaniju gde su im odstranjivani organi, protezali i tokom 1999 i 2000-te godine. Ukoliko oduzimanje organa podvedemo pod zločin protiv čovečnosti i to u njegovoj običajnopravnoj verziji, u kojoj se zločin protiv čovečnosti može izvršiti i u ratu i u miru, kvalifikacija bi bila jednostavna. U drugoj varijanti, kršenje Ženevskih konvencija iz 1949, bilo bi potrebno ispitati vremenski okvir unutrašnjeg oružanog sukoba. Današnje poimanje unutrašnjeg oružanog sukoba odstupa od klasičnog međunarodnog poimanja unutrašnjeg oružanog sukoba.³² Današnje shvatanje teži ka proširenju ovog pojma sve do onog trenutka do koga postoji produženo neprijateljstvo. Sledstveno, međunarodno humanitarno pravo primenjuje se sve do trenutka konačnog rešenja koje dovodi do trajnog mira.³³ U konkretnom slučaju oduzimanja organa primenjena navedena logika značila bi da se događaji 1999 i 2000 godine i dalje mogu podvoditi pod produženi unutrašnji sukob.

Ukoliko bi se pak smatralo da je period posle potpisivanja Kumanovskog sporazuma u junu 1999.godine, kojim je okončan

³¹ S. Mijalković, „Principi i standardi borbe protiv trgovine ljudima u Republici Srbiji,“ *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, No.1, 2012, 49-65.

³² T. Šurlan, „Rekoncipiranje pojma unutrašnjeg oružanog sukoba“, *Kultura polisa*, god.IX, posebno izdanje 1, 2012, 475-502.

³³ Ovaj stav promovisan je u odluci Tribunala za bivšu Jugoslaviju, u slučaju Tadić – Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost suda, 2.oktobr 1995, stav 70. Kasnije je ovaj stav unet u Statut Međunarodnog krivičnog suda, u okviru određenja ratnih zločina.

internacionalizovani sukob na relaciji NATO-SRJ, ujedno i okončanje unutrašnjeg oružanog sukoba, tada bi jedina isprava pravna logika bila primena međunarodnog običajnog prava na teritoriji Kosova i Metohije.³⁴ U konkretnom slučaju to bi značilo da se radnje oduzimanja organa imaju smatrati *actus reus*-om zločina protiv čovečnosti, onako kako je ovo međunarodno krivično delo prepoznato u međunarodnom običajnom pravu.³⁵

Negiranje *actus reus* pozicije oduzimanja organa u međunarodnom krivičnom delu zločin protiv čovečnosti označavalo bi istovremeno i kršenje fundamentalnih principa ljudskih prava, *jus cogens* normi ljudskih prava, kršenje najvažnijih ljudskih prava bez adekvatnog sankcionisanja.

4. Zaključak

Zašto je važna napred prikazana logička slagalica? Razlog je, pored potreba zadovoljenja pravde, te nedopuštanja da oni koji su počinili najmonstruoznije zločine ostanu nekažnjeni, i sasvim praktične prirode.

Sva međunarodna krivična dela, kao pravne institute, krase dve važne osobine, upravo zbog njihovih zajedničkih karakteristika kao što su masovnost (i žrtava i počinitelaca), visok stepen brutalnosti i suprotstavljenost bazičnim postulatima humanosti,³⁶ a to su nezastarevanje i univerzalna krivična nadležnost.³⁷

Nezastarevanje kao princip u odnosu na međunarodna krivična dela duboko je utemeljen u međunarodno pravo i proizvod je iskustva o

³⁴ R.B. Baker, „Customary International Law in the 21th century: Old Challenges and New Debates“, *European Journal of International Law*, Vol.21, No.1, 2010, 173-204; J. Kammerhofer, „Uncertainty in the Formal Sources of International Law and Some of its Problems“, *European Journal of International Law*, Vol.15, No.3, 2004, 523-554.

³⁵ O običajnopravnom poimanju zločina protiv čovečnosti videti: T. Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 191-200.

³⁶ O konceptu humanosti u međunarodnom pravu videti: T. Šurlan, „Princip humanosti u međunarodnom javnom pravu“, *Pravna riječ*, godina VII, br.25, 2010, 207-221; R. Coupland, „Humanity: what is it and how does it influence international law?“, *International Review of Red Cross*, Vol.83, No.844, 2001, 979-992; A. Peters, „Humanity as the Alfa and Omega of Sovereignty“, *European Journal of International Law*, Vol.20, No.3, 513-544; Sweetser C.E., „Humanity as the Alfa and Omega of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters“, *European Journal of International Law*, Vol.20, No.3, 2009, 550-551.

³⁷ O principu univerzalne krivične nadležnosti videti: G. Abi-Saab, „The Proper Role of Universal Jurisdiction“, *Journal of International Criminal Justice*, No.1, 2013; G. Bottini, „Universal Jurisdiction After the Creation of the International Criminal Court“, *International Law and Politics*, No.36, 2004; R. Brody, „Using Universal Jurisdiction to Combat Impunity“, u: M. Lattimer, P. Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford and Portland 2003; C.K. Hall, „Universal Jurisdiction: New Uses of an Old Tool“, u: M. Lattimer, P. Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford and Portland 2003; M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of national Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia 2005; T. Šurlan, „Princip univerzalne krivične nadležnosti“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Vol. XVI, No.2, 2011, 101-116.

teškoći, pa i nemogućnosti promptnog reagovanja (u smislu pokretanja krivičnog postupka, bilo nacionalnog bilo međunarodnog) i efikasnog pronalaženja ratnih zločinaca. Ovaj princip računa na promenu okolnosti u nekoj nedefinisanoj budućnosti, te da stoga treba ostaviti mogućim procesuiranje za masovne i brutalne zločine.³⁸

Princip univerzalne krivične nadležnosti daje mogućnost svakoj državi (u ekstenzivnom shvatanju) ili barem onim državama koje su direktno zainteresovane (u restriktivnom shvatanju, to bi bile države na čije se teritorije protežu efekti dela, ili čiji su državljani u vezi sa delom ili na čijoj se teritoriji nalaze osumnjičeni za dela) da pokrenu postupak. Stoga, pokušaji opstruiranja pravde od strane države teritorijalne ili personalne nadležnosti mogu biti anulirani preuzimanjem nadležnosti od strane države koja je zainteresovana i voljna da procesuirava ovakve slučajeve.

Čini se, pri samom zaključivanju misli, da je prikazana logika koherentna, da pravo u ovom slučaju ipak može da izdrži trku sa inventivnošću života. Logika Tribunala i obrazloženje nepostupanja posle ovakve analize pre izgleda kao posezanje za izgovorima, nego kao stvarna, zainteresovana i utemeljena pravna argumentacija.

Aspekt koji nije dodirivan u ovom radu je aspekt dokaza. Materija dokazivanja pripada materiji procesnog prava. Međunarodno procesno pravo slabo je i manljivo u dosta aspekata, a posebno u aspektu dokazivanja. Prosto prenošenje logike unutrašnjih krivičnih procesnih mehanizama na međunarodni teren pokazala se praktično nesprovodljivim. Dok unutrašnji pravosudni mehanizmi procesuiraju većinom „obična“ krivična dela, u kojima je najčešći model jedan izvršilac-jedna žrtva, međunarodni sudovi procesuiraju kompleksna krivična dela sa mnogostrukim žrtvama i lancem izvršilaca, naredbodavaca, organizatora, pomagača i sl, a da procesni, i prevashodno dokazni postupak, uopšte nije prilagođen tim ulogama. Problem dokazivanja, i uopšte prikupljanja dokaznog materijala u međunarodnim krivičnim postupcima dodatno je otežan jer države često ne sarađuju, opstruiraju, sakrivaju dokaze i time praktično onemogućavaju procesuiranje zločinaca. Problem sa dokaznim materijalom u materiji oduzimanja organa, pojavio se kao realna prepreka. Ipak, iskustvo koje međunarodna zajednica ima iz rada Tribunala za bivšu Jugoslaviju je da

³⁸ Y.Q. Naqvi, *Impediment to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, T.M.C. Asser Press 2010, 201-208; C. van den Wyngaert, J.Dugard, „Non-Applicability of Statute of Limitations“, u: A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol.I, Oxford 2002, 873-888; P. Saland, „International Criminal Law Principles“, u: R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International 2002, 189-216.

kada se neki predmet oceni kao važan, moguće je savladati sve prepreke. Od takvog pristupa ne treba odstupati ni u ovom slučaju.³⁹

I na samom kraju – još jednom o pojmovnim preciziranjima. Ovako postavljeni pojava, termin i pojam harmonično se usaglašavaju. Poštujući opšti manir označavanja pojave terminologijom trgovina organima i u ovom radu ta pojava se označava i tim terminom. No pravovernosti radi ipak se na prvom mestu kazuje oduzimanje organa. I zaista, u međunarodnim krivičnim delima aspekt trgovine, tj. da li će se organi prodavati na crnom tržištu, ko će ih prodavati i koliko zaraditi (za razliku od krivičnog dela organizovani kriminal ili trgovina ljudima) nije primarno važan. Pojava koja je ovde primarna je da su žrtve otimane, kidnapovane, prisilno lišavane slobode i to je jedini model po kome su ljudi postajali žrtve oduzimanja i potom trgovanja njihovim organima. Za razliku od ovog pojavnog oblika, definicija trgovine ljudima iz pominjanog Protokola o trgovini ljudima dopušta mogućnost da ljudi prisilno, otmicama, ali i svojom voljom, s namerom zarade uđu u odnos sa „kupcem“ organa.

Upravo stoga, jedino ispravno terminološko određenje ovog *actus reus*-a je oduzimanje organa. Njegova monsturoznost i brutalnost se moraju nazvati imenima ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti, bez obzira na to da li ih upotrebljavamo u metaforičkom ili pravničkom smislu.

³⁹ Pogledati opis Dika Martija o načinu na koji je sproveden uviđaj u Žutoj kući koju su zajednički organizovali Tribunal za bivšu Jugoslaviju i UNMIK u februaru 2004.godine. Dokazi koji su tada prikupljeni na licu mesta Tribunal je kasnije uništio – ceo izveštaj Dika Martija na srpskom jeziku objavio je dnevni list Politika, 18.decembra 2010.godine – Nehumana postupanja sa ljudima i ilegalna trgovina ljudskim organima na Kosovu.

Tijana Šurlan, Ph.D

Assistant Professor

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

ORGAN HARVESTING AS *ACTUS REUS* OF INTERNATIONAL CRIMES

Summary

Within the paper the author analyses whether organ harvesting forms actus reus of any international crime. Term organ harvesting is not emancipated term of either national or international law. It is still actus reus of crimes i.e. illegal trafficking in human beings. Yet, specific circumstances do pose a question of whether such a phenomenon can be prosecuted under other kind of crime. Up to now there is no international criminal courts jurisprudence on such a case. Yet, case of Yellow house on north Albania and Kosovo, since 1998, forms ground for theoretical reasoning and conclusion. Qualification of an act under the title of international crime brings itself application of two powerful international criminal law principles – non-application of statutory limitations and universal criminal jurisdiction.

Key words: organ harvesting, war crimes, crimes against humanity, international humanitarian law, international law of human rights