

**P R E S U D A**

**MEĐUNARODNOG SUDA**

**PRAVDE:**

**BOSNA I HERCEGOVINA PROTIV SRBIJE I**

**CRNE GORE,**

**26. februar 2007.**

IZDAVAČ: Institut za istraživanje zločina protiv  
čovječnosti i međunarodnog prava  
Univerziteta u Sarajevu

ZA IZDAVAČA: Prof. dr. Smail Čekić

PRIJEVOD: Mr. Renata Karić  
Prof. dr. Matija Lapenda  
Mr. Enis Omerović  
Mr. Sabina Subašić-Galijatović  
Muhamed Mešić  
Bojana Vidaković

LEKTOR: Sadžida Džuvic

DTP ???????????

Štamparija »Štamparija Fojnica« d.o.o. Fojnica

Tiraž 500

C I P

## Uvodne napomene

Presuda Međunarodnog suda pravde, najveće sudske instance u sistemu Organizacije ujedinjenih nacija, od 26. februara 2007, u vezi s primjenom Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida u predmetu Tužbe Bosne i Hercegovine protiv Srbije i Crne Gore, predstavlja značajan međunarodni sudski akt. Zbog njenog značaja za pravnu praksu u širem smislu, a naročito zbog pitanja pravde i pravičnosti prema žrtvama zločina genocida u Bosni i Hercegovini, kao i interdisciplinarnog proučavanja ove materije, od posebne je važnosti vjerodostojan prijevod Presude. Bosanskohercegovačka historiografija sada ima još jedan čvrst i nepobitan dokaz da je u Bosni i Hercegovini počinjen genocid. Zato je ovaj prijevod od velikog značaja, ne samo za pravne stručnjake i istraživače bosanskohercegovačke historije već i za širu javnost.

Na prijevodu Presude radio je tim prevodilaca, stručnjaka međunarodnog prava i lingvista, koji su istovremeno koristili tekst Presude na oba službena jezika Suda, engleskom i francuskom, imajući u vidu činjenicu da je tekst Presude na engleskom jeziku mjerodavan. Učinjen je veliki napor da se dobije kvalitetan prijevod koji vjerodostojno slijedi, kako duh tako i samo slovo izvornika na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu su evidentne razlike između ove dvije verzije Presude. Ilustrativan primjer je podnaslov ispred paragrafa 368, u kojem na engleskom jeziku eksplicite stoji: **“Alleged genocide outside Bosnia and Herzegovina”**, što se prevodi kao **“Navodni genocid izvan Bosne i Hercegovine”**. U francuskoj verziji u istom podnaslovu stoji: **“Allégation selon laquelle un génocide aurait été commis en dehors de la Bosnie-Herzégovine”**, koji se prevodi kao **“Navod po kome je genocid počinjen izvan teritorije Bosne i Hercegovine”**. Upotreba pridjeva *alleged* – *navodni, tobožnji* (engleski jezik) i imenice *une allégation* – *navod* (francuski jezik) izaziva, u najmanju ruku, bojazan u koherentnost samog teksta Presude između dva službena jezika Međunarodnog suda pravde. Potpuno isti primjer nalazimo i u podnaslovu ispred paragrafa 185, gdje, također, u engleskome tekstu stoji pridjev *alleged [genocide]*, dok se u francuskoj verziji koristi imenica u pluralu – *les allégations*, što dovodi do

potpuno drukčijeg smisla u značenju ovih rečenica.

Latinski izrazi nisu prevedeni na bosanski jezik, s obzirom da se, prije svega, radi o pravnom tekstu koji uobičajeno uključuje postojanje pravnih latinskih sentencija, ali i zbog činjenice da je administracija Međunarodnog suda pravde u tekstu Presude na engleski i francuski jezik, također, ostavljala latinske izraze u njihovoj originalnoj verziji.

O svakom pojmu i terminu, te njihovom značenju, koji bi mogli izazvati određena nerazumijevanja i nesporazume, vođena je svestrana i konstruktivna rasprava. U nekim slučajevima bilo je jako teško pronaći odgovarajuće značenje na našem jeziku, naročito za termine do sada neupotrebljavane u našoj nacionalnoj pravnoj praksi. U vezi s tim, konsultirani su i pravni akti zvaničnih institucija Bosne i Hercegovine, zatim presude Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, kao i terminologija međunarodne i nacionalne pravne doktrine o pitanjima koja su predmet razmatranja u ovoj Presudi.

Ne ulazeći u razmatranje merituma, potrebno je istaći da složenost pravnog jezika teksta Presude, pa time i njegovog prijevoda na bosanski jezik, proizlazi, također, iz često nejasnih formulacija i stavova koje je Sud zauzeo u određenim pravnim i činjeničnim pitanjima, a u kojima se očituje nejasna i nedosljedna primjena sudske pravne prakse. Svakako, najbolja ilustracija ove problematike ogleda se u izdvojenim mišljenjima sudija Međunarodnog suda pravde u ovom predmetu.

**Izdavač**

**26. februar 2007.**

**PRESUDA**

**SPOR KOJI SE ODNOSI NA PRIMJENU KONVENCIJE  
O SPREČAVANJU I KAŽNJAVANJU ZLOČINA GENOCIDA**

**(BOSNA I HERCEGOVINA PROTIV SRBIJE I CRNE GORE)**

# LISTA SKRAĆENICA

<b>Skraćenica</b>	<b>Puni naziv</b>	<b>Komentari</b>
ARBiH	Armija Republike Bosne i Hercegovine	
JNA	Jugoslavenska narodna armija	Vojska SFRJ (prestala postojati 27. aprila 1992. stvaranjem VJ)
KMP	Komisija za međunarodno pravo	
MKTBJ	Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju	
MKTR	Međunarodni krivični tribunal za Ruandu	
MUP	Ministarstvo za unutrašnje poslove	Ministarstvo za unutrašnje poslove
NATO	Sjevernoatlantski pakt	
SFRJ	Socijalistička federativna republika Jugoslavija	
SRJ	Savezna republika Jugoslavija	Naziv Srbije i Crne Gore od 27. aprila 1992 (datum donošenja Ustava) do 3. februara 2003.
UNHCR	Visoki komesarijat Ujedinjenih nacija za izbjeglice	
UNPROFOR	Zaštitne snage Ujedinjenih nacija	
VJ	Vojska Jugoslavije	Vojska SRJ prema Ustavu od 27. aprila 1992 (naslijedila JNA)
VRS	Vojska Republike Srpske	
TO	Teritorijalna odbrana	Snage teritorijalne odbrane

# S A D R Ź A J

## Paragrafi

I. Kvalifikacije.....	1-66
II. Identifikacija Tužene strane.....	67-79
III. Nadležnost Suda .....	80-141
(1) Uvod: Prigovor Srbije i Crne Gore na nadležnost.....	80-87
(2) Historijat statusa SRJ u odnosu na Ujedinjene nacije .....	88-99
(3) Odgovor Bosne i Hercegovine .....	100-104
(4) Relevantne prethodne odluke Suda.....	105-113
(5) Princip već presuđene pravne stvari.....	114-120
(6) Primjena principa već presuđene pravne stvari na Presudu iz 1996. ....	121-139
(7) Zaključak – potvrđivanje nadležnosti .....	140-141
IV. Primjenjivo pravo: Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida.....	142-201
(1) Konvencija ukratko .....	142-149
(2) Odluka Suda iz 1996. o obimu i značenju člana IX.....	150-152
(3) Odluka Suda iz 1996. o teritorijalnom obimu Konvencije.....	153-154
(4) Konvencijom nametnute obaveze ugovornim stranama ...	155-179
(5) Pitanje da li Sud može zaključiti da je jedna država izvršila genocid u odsustvu prethodne presude za genocid koju je protiv pojedince izrekao nadležni sud .....	180-182
(6) Moguće teritorijalne granice obaveza .....	183-184
(7) Zahtjev Podnosioca tužbe u vezi s navodno izvršenim genocidom izvan njegove teritorije nad nedržavljanima.....	185
(8) Pitanje namjere da se izvrši genocid.....	186-189
(9) Namjera i “etničko čišćenje” .....	190
(10) Definicija zaštićene grupe .....	191-201

V.	Pitanja dokazivanja: teret dokazivanja, standard dokazivanja, metode dokazivanja .....	202-230
VI.	Činjenice na koje se poziva Podnosilac tužbe u odnosu na član II .....	231-376
	(1) Kontekst .....	231-234
	(2) Subjekti <sup>1</sup> obuhvaćeni događajima koji su predmet Tužbe .....	235-241
	(3) Ispitivanje činjeničnih dokaza: Uvod.....	242-244
	(4) Član II(a): Ubijanje pripadnika zaštićene grupe .....	245-277
	Sarajevo .....	246-249
	Podrinje.....	250-256
	(a) <i>Zvornik</i> .....	250-251
	(b) <i>Logori</i> .....	252-256
	(i) Logor Sušica .....	252
	(ii) Logor Kaznenopopravni dom u Foči.....	253-254
	(iii) Logor Batković .....	255-256
	Prijedor.....	257-269
	(a) <i>Kozarac i Hambarine</i> .....	257-261
	(b) <i>Logori</i> .....	262-269
	(i) Logor Omarska .....	262-264
	(ii) Logor Keraterm .....	265-266
	(iii) Logor Trnopolje.....	267-269
	Banja Luka .....	270
	(i) Logor Manjača .....	270
	Brčko.....	271-273
	(i) Logor Luka.....	271-273
	(5) Masakr u Srebrenici .....	278-297
	(6) Član II (b): Uzrokovanje teških tjelesnih ili psihičkih povreda pripadnicima zaštićene grupe .....	298-319

---

<sup>1</sup> U tekstu Presude, paragraf 235, riječ „subjekti“ podrazumijeva „institucije, organizacije ili grupe koje su bile učesnice u tragičnim događajima koji su se odvijali u Bosni i Hercegovini“ – napomena Izdavača.



Podrinje.....	305-310
(a) <i>Zvornik</i> .....	305
(b) <i>Foča</i> .....	306
(c) <i>Logori</i> .....	307-310
(i) Logor Batković .....	307
(ii) Logor Sušica .....	308
(iii) Logor Kaznenopopravni dom u Foči.....	309-310
 Prijeđor .....	 311-314
(a) <i>Općina</i> .....	312-314
(b) <i>Logori</i> .....	312
(i) Logor Omarska .....	312
(ii) Logor Keraterm .....	313
(iii) Logor Trnopolje.....	314
Banja Luka.....	315-316
(i) Logor Manjača .....	315-316
 Brčko.....	 317-318
(i) Logor Luka.....	317-318
 (7) Član II (c): Namjerno podvrgavanje grupe uvjetima života sračunatim da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja .....	      320-354
 Opkoljavanje, granatiranje i izgladnjivanje.....	 323-328
Deportacija i protjerivanje .....	329-334
Uništavanje historijskih, vjerskih i kulturnih dobara.....	335-344
Logori .....	345-354
(a) <i>Podrinje</i> .....	346-347
(i) Logor Sušica .....	346
(ii) Kaznenopopravni dom u Foči.....	347
(b) <i>Prijeđor</i> .....	348-350
(i) Logor Omarska .....	348
(ii) Logor Keraterm.....	349
(iii) Logor Trnopolje.....	350
(c) <i>Banja Luka</i> .....	351
Logor Manjača.....	351
(d) <i>Bosanski Šamac</i> .....	352

(8) Član II (d): Nametanje mjera u cilju sprečavanja rađanja unutar zaštićene grupe .....	355-361
(9) Član II (e): Prisilno premještanje djece iz zaštićene grupe u drugu grupu .....	362-367
(10) Navod prema kojem je genocid bio izvršen izvan Bosne i Hercegovine.....	368-369
(11) Pitanje postojanja obrasca djela koja predstavljaju dokaz namjere za izvršenje genocida.....	370-376
VII. Pitanje odgovornosti Tužene strane za događaje u Srebrenici prema članu III, tačka (a), Konvencije o genocidu .....	377-415
(1) Navodno priznanje .....	377-378
(2) Kriterij odgovornosti .....	379-384
(3) Pitanje pripisivanja genocida u Srebrenici Tuženoj strani na osnovu ponašanja njenih organa .....	385-395
(4) Pitanje pripisivanja genocida u Srebrenici Tuženoj strani na osnovu njenih instrukcija ili kontrole.....	396-412
(5) Zaključak o odgovornosti za događaje u Srebrenici prema članu III, tačka (a), Konvencije o genocidu .....	413-415
VIII. Pitanje odgovornosti za djela navedena u članu III (b) do (e) Konvencije o genocidu, u odnosu na Srebrenicu .....	416-424
IX. Pitanje odgovornosti zbog nepoštivanja a kršenje obaveza sprečavanja i kažnjavanja genocida .....	425-450
(1) Obaveza sprečavanja genocida .....	428-438
(2) Obaveza kažnjavanja genocida .....	439-450
X. Pitanje odgovornosti za neizvršavanje Naloga Suda o privremenim mjerama .....	451-458
XI. Pitanje odštete.....	459-470
XII. Dispozitiv .....	471

# MEĐUNARODNI SUD PRAVDE

GODINA 2007.

2007.

26. februar

Opća lista

Br. 91

26. februar 2007.

**SPOR KOJI SE ODNOSI NA PRIMJENU KONVENCIJE O  
SPREČAVANJU  
I KAŽNJAVANJU ZLOČINA GENOCIDA  
(BOSNA I HERCEGOVINA PROTIV SRBIJE I CRNE GORE)**

## **PRESUDA**

*Prisutni: gđa HIGGINS, predsjednica; gosp. AL-KHASAWNEH, potpredsjednik; gosp. RANJEVA, SHI, KOROMA, OWADA, SIMMA, TOMKA, ABRAHAM, KEITH, SEPULVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, sudije; gosp. MAHIOU, KREĆA, sudije ad hoc; gosp. COUVREUR, registrar.*

U sporu koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida,

*između*

Bosne i Hercegovine,

koju predstavljaju:

gosp. Sakib Softić,

kao zastupnik;

gosp. Phon van den Biesen, advokat, Amsterdam,

kao pomoćnik zastupnika;

gosp. Alain Pellet, profesor na Univerzitetu Paris X-Nanterre u Parizu, član i bivši predsjednik Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija,

gosp. Thomas M. Franck, počasni profesor pravnih nauka, Pravni fakultet Univerziteta u New Yorku,

gđa Brigitte Stern, profesor na Univerzitetu Paris I,

gosp. Luigi Condorelli, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta, Firenza,

gđa Magda Karagiannakis, dipl. pravnik, magistar prava, advokat, Melbourne, Australija,

gđa Joanna Korner, Q.C., advokat, London,

gđa Laura Dauban, dipl. pravnik, (Hons),

gosp. Antoine Ollivier, docent i stručni saradnik na Univerzitetu Paris X-Nanterre u Parizu,

kao savjetnici i advokati;

gosp. Morten Torkildsen, BSc., MSc., *Torkildsen Granskin og Radgivning*, Norveška,

kao savjetnik-ekspert i advokat;

Njegova ekselencija, ambasador Bosne i Hercegovine u Kraljevini Holandiji gosp. Fuad Šabeta,

gosp. Wim Muller, magistar pravnih nauka, magistar humanističkih nauka,

gosp. Mauro Barelli, magistar pravnih nauka (Univerzitet Bristol),

gosp. Ermin Sarajlija, magistar pravnih nauka,

gosp. Amir Bajrić, magistar pravnih nauka,

gđa Amra Mehmedić, magistar pravnih nauka,

gđa Isabelle Moulrier, doktorant međunarodnog prava na Univerzitetu Paris I,

gosp. Paolo Palchetti, vanredni profesor na Univerzitetu Macerata u Italiji,

kao savjetnici;

*i*

Srbije i Crne Gore,  
koju predstavljaju:

Njegova ekscelencija, gosp. Radoslav Stojanović, doktor pravnih nauka, šef Pravnog vijeća Ministarstva za vanjske poslove Srbije i Crne Gore, profesor Pravnog fakulteta na Univerzitetu u Beogradu,

kao zastupnik;

gosp. Saša Obradović, Prvi savjetnik u Ambasadi Srbije i Crne Gore u Kraljevini Holandiji,

gosp. Vladimir Cvetković, Drugi sekretar u Ambasadi Srbije i Crne Gore u Kraljevini Holandiji,

kao zamjenici zastupnika;

gosp. Tibor Varady, doktor pravnih nauka (Harvard), profesor prava na Centralnoevropskom univerzitetu u Budimpešti i Univerzitetu Emory u Atlanti,

gosp. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., član Komisije za međunarodno pravo, član Engleske advokatske komore, istaknuti

naučnik Koledža All Souls u Oxfordu,

gosp. Xavier de Roux, diplomirani pravnik, advokat na sudu, Paris,

gđa Nataša Fauveau-Ivanović, advokat na sudu, Paris, i član Vijeća  
Međunarodne krivične advokatske komore,

gosp. Andreas Zimmermann, magistar pravnih nauka (Harvard),  
profesor prava na Univerzitetu Kiel, direktor Instituta Walther-  
Schücking,

gosp. Vladimir Đerić, magistar pravnih nauka (Michigan), advokat u  
Advokatskoj kancelariji Mikijelj, Janković i Bogdanović u Beogradu,  
i predsjednik Udruženja za međunarodno pravo Srbije i Crne Gore,

gosp. Igor Olujić, advokat, Beograd,

kao savjetnici i advokati;

gđa Sanja Đajić, doktor pravnih nauka, vanredni profesor Pravnog  
fakulteta Univerziteta u Novom Sadu,

gđa Ivana Mroz, magistar pravnih nauka (Minneapolis),

gosp. Svetislav Rabrenović, saradnik - ekspert u Tužilaštvu za ratne  
zločine Republike Srbije,

gosp. Aleksandar Đurđić, magistar pravnih nauka, Prvi sekretar u  
Ministarstvu za vanjske poslove Srbije i Crne Gore,

gosp. Miloš Jastrebić, Drugi sekretar u Ministarstvu za vanjske  
poslove Srbije i Crne Gore,

gosp. Christian J. Tams, magistar pravnih nauka, doktor filozofskih  
nauka (Cambridge), Institut Walther-Schücking, Univerzitet Kiel,

gosp. Dina Dobrković, dipl. pravnik,

kao asistenti.

## **SUD,**

u gore navedenom sastavu,

nakon razmatranja,

*donosi sljedeću presudu:*

1. Vlada Republike Bosne i Hercegovine je 20. marta 1993 (od 14. decembra 1995. „Bosna i Hercegovina“) podnijela Uredu registrara Suda Zahtjev za pokretanje postupka<sup>2</sup> protiv Savezne republike Jugoslavije (od 4. februara 2003. „Srbija i Crna Gora“, a od 3. juna 2006. Republika Srbija - vidjeti paragrafe 67-79 dalje u tekstu) u vezi sa sporom koji se odnosi na navodna kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, koju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija 9. decembra 1948 (dalje u tekstu “Konvencija o genocidu” ili “Konvencija”), kao i na razna pitanja za koja Bosna i Hercegovina tvrdi da su s tim povezana. U Zahtjevu se poziva na član IX Konvencije o genocidu kao osnovu za nadležnost Suda.

2. U skladu s članom 40, stav 2, Statuta Suda, Registrar je ovaj Zahtjev odmah proslijedio Vladi Savezne republike Jugoslavije (dalje u tekstu SRJ); u skladu sa stavom 3 tog člana sve države koje imaju pravo pojaviti se pred Sudom obaviještene su o tom Zahtjevu.

3. U skladu s članom 43 Pravila Suda, Registrar je svim državama koje su na listi članica Konvencije o genocidu, koja se nalazi kod Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija u svojstvu depozitara, uputio obavještenje predviđeno članom 63, stav 1, Statuta. Registrar je, osim toga, uputio službenu obavijest Generalnom sekretaru, kao što je predviđeno članom 34, stav 3, Statuta.

4. Odmah po podnošenju svog Zahtjeva, 20. marta 1993, Bosna i Hercegovina je podnijela i Zahtjev za određivanje privremenih mjera shodno članu 73 Pravila Suda. Bosna i Hercegovina je 31. marta 1993. podnijela Uredu registrara tekst pisma od 8. juna 1992, pozivajući se na njega kao na dodatni osnov za nadležnost, a koji su predsjednik tadašnje Republike Crne

---

<sup>2</sup> Zahtjev za pokretanje postupka – u daljem tekstu: Zahtjev - napomena Izdavača.

Gore i predsjednik tadašnje Republike Srbije zajedno uputili predsjedniku Arbitražne komisije Međunarodne konferencije za mir u Jugoslaviji. SRJ je 1. aprila 1993. podnijela u pisanoj formi napomene o Zahtjevu Bosne i Hercegovine za određivanje privremenih mjera u kojima je preporučila da Sud odredi privremene mjere koje bi se primijenile na Bosnu i Hercegovinu. Nalogom od 8. aprila 1993. Sud je, pošto je saslušao strane u sporu, naložio određene privremene mjere u cilju zaštite prava predviđenih Konvencijom o genocidu.

5. Nalogom od 16. aprila 1993. predsjednik Suda utvrdio je 15. oktobar 1993. kao krajnji rok da Bosna i Hercegovina podnese svoju Tužbu i 15. april 1994. kao krajnji rok da SRJ dostavi Protutužbu.

6. Budući da Sud u svom sastavu nije imao nijednog sudiju nacionalnosti strana u sporu, svaka od njih pozvala se na svoje pravo, u skladu s članom 31, stav 3, Statuta da izabere po jednog *ad hoc* sudiju za ovaj spor: Bosna i Hercegovina je izabrala gosp. Elihu Lauterpachta, a SRJ je izabrala gosp. Milenka Kreću.

7. Bosna i Hercegovina je 27. jula 1993. podnijela novi zahtjev za određivanje privremenih mjera. Pismima od 6. i 10. augusta 1993. zastupnik Bosne i Hercegovine naveo je da se njegova Vlada želi pozvati na dodatne osnove za nadležnost Suda u ovom sporu: Ugovor između Saveznika i Pridruženih sila i Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca o zaštiti manjina, potpisanog u Saint-Germain-en-Laye od 10. septembra 1919, kao i na običajno i konvencionalno međunarodno ratno pravo i međunarodno humanitarno pravo. U pismu od 13. augusta 1993. zastupnik Bosne i Hercegovine potvrdio je namjeru svoje Vlade da se pozove na gore spomenuto pismo predsjednika Crne Gore i Srbije od 8. juna 1992. kao dodatni osnov (vidjeti paragraf 4).

8. SRJ je 10. augusta 1993. također podnijela zahtjev za određivanje privremenih mjera, a 10. i 23. augusta 1993. podnijela je u pisanoj formi napomene o novom zahtjevu Bosne i Hercegovine. Sud je Nalogom od 13. septembra 1993, saslušavši strane u sporu, potvrdio mjere određene svojim Nalogom od 8. aprila 1993. i naveo da bi te mjere trebalo primijeniti odmah i efektivno.

9. Nalogom od 7. oktobra 1993. potpredsjednik Suda, na zahtjev Bosne i Hercegovine, produžio je rok za podnošenje Tužbe do 15. aprila 1994, te kao



posljedicu toga produžio i rok za podnošenje Protutužbe do 15. aprila 1995. Bosna i Hercegovina podnijela je svoju Tužbu u okviru produženog roka. Pismom od 9. maja 1994. zastupnik SRJ naveo je da Tužba, koju je podnijela Bosna i Hercegovina, ne ispunjava uvjete iz člana 43 Statuta, kao i iz člana 50 i 51 Pravila Suda. Pismom od 30. juna 1994. Registrar je, postupajući u skladu s uputstvima Suda, zatražio od Bosne i Hercegovine da, u skladu s članom 50, stav 2, Pravila Suda kao anekse uz svoju Tužbu podnese izvode iz dokumenata na koje se u njoj poziva. Bosna i Hercegovina je, shodno tome, 4. januara 1995. podnijela Dodatne anekse uz svoju Tužbu.

10. Nalogom od 21. marta 1995. predsjednik Suda je, na zahtjev SRJ, produžio rok za podnošenje Protutužbe do 30. juna 1995. U okviru tako produženog roka, SRJ je, pozivajući se na član 79, stav 1, Pravila Suda od 14. aprila 1978, stavila preliminarne prigovore na nadležnost Suda da razmatra ovaj spor, kao i za prihvatljivost Zahtjeva. U skladu s Nalogom od 14. jula 1995, predsjednik Suda je konstatirao da je, shodno članu 79, stav 3, Pravila Suda iz 1978, obustavljen postupak o meritumu i odredio 14. novembar 1995. kao rok u okviru kojega Bosna i Hercegovina može podnijeti pisanu izjavu o svojim stavovima i zaključcima, kao i podneske o preliminarim prigovorima koje je stavila SRJ. Bosna i Hercegovina je podnijela takvu izjavu u za to određenom roku.

11. Pismom od 2. februara 1996. zastupnik SRJ podnio je Sudu tekst Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i njegove anekse, parafiranom u Daytonu (Ohio) 21. novembra 1995. i potpisanom u Parizu 14. decembra 1995 (dalje u tekstu "Dejtonski sporazum").

12. Javna rasprava o preliminarim prigovorima održana je od 29. aprila do 3. maja 1996. Presudom od 11. jula 1996. Sud je odbacio preliminarne prigovore i utvrdio da ima nadležnost da presudi u ovom sporu, na osnovu člana IX Konvencije o genocidu, kao i da je Tužbeni zahtjev prihvatljiv.

13. Nalogom od 23. jula 1996. predsjednik je utvrdio 23. juli 1997. kao krajnji rok da Savezna republika Jugoslavija dostavi svoju Protutužbu. Protutužba, dostavljena 22. jula 1997, sadržavala je i protuoptužbe. Pismom od 28. jula 1997. Bosna i Hercegovina je, pozivajući se na član 80 Pravila Suda iz 1978, osporila prihvatljivost tih protuoptužbi. Na sastanku predsjednika Suda i zastupnika strana u sporu, 22. septembra 1997, zastupnici su prihvatili da njihove Vlade podnesu, u pisanoj formi, napomene o pitanju prihvatljivosti

protuoptužbi. Bosna i Hercegovina je podnijela svoje napomene Sudu 10. oktobra 1997, a SRJ je to učinila 24. oktobra 1997. Nalogom od 17. decembra 1997. Sud je utvrdio da su protuoptužbe, koje je podnijela SRJ u svojoj Protutužbi, prihvatljive kao takve i da, imajući u vidu da ispunjavaju uvjete predviđene članom 80, stav 1 i 2, Pravila Suda iz 1978, predstavljaju dio postupka koji je u toku. Na zahtjev obiju strana u sporu, Sud je nadalje propisao Bosni i Hercegovini da podnese još jedan Odgovor, a SRJ da podnese svoj Protuodgovor i utvrdio 23. januar 1998. i 23. juli 1998. kao krajnje rokove za dostavljanje tih dokumenata. Sud je također zadržao pravo za Bosnu i Hercegovinu da se u pisanoj formi u dodatnom dokumentu izjasni o protuoptužbama SRJ.

14. Nalogom od 22. januara 1998, na zahtjev Bosne i Hercegovine, predsjednik Suda je produžio rok za podnošenje Odgovora Bosne i Hercegovine do 23. aprila 1998, te u skladu s tim produžio i rok za dostavljanje Protuodgovora SRJ do 22. januara 1999.

15. Zamjenik zastupnika SRJ predao je 15. aprila 1998. „Dodatne anekse na Protutužbu Savezne republike Jugoslavije“. Pismom od 14. maja 1998, pozivajući se na član 50 i 52 Pravila Suda, pomoćnik zastupnika Bosne i Hercegovine stavio je primjedbu na prihvatljivost tih dokumenata, budući da su dostavljeni sa zakašnjenjem. Strane u sporu su 22. septembra 1998. obaviještene da je Sud odlučio da su dokumenti o kojima se radi „prihvatljivi kao Aneksi uz Protutužbu u mjeri u kojoj su oni sačinjeni na izvornom jeziku, na dan ili prije isteka roka utvrđenog Nalogom od 23. jula 1996. kao krajnjim rokom za podnošenje Protutužbe“, kao i da bi „svaki dokument sačinjen nakon tog datuma trebalo podnijeti kao Aneks Protuodgovora, ukoliko bi to Jugoslavija zatražila“.

16. U okviru tako produženog roka, 23. aprila 1998, Bosna i Hercegovina je podnijela svoj Odgovor. Pismom od 27. novembra 1998. SRJ je zatražila od Suda da produži rok za podnošenje njenog Protuodgovora do 22. aprila 1999. Pismom od 9. decembra 1998. Bosna i Hercegovina je stavila prigovor na produženje roka predviđenog za podnošenje Protuodgovora. Nalogom od 11. decembra 1998. Sud je, uvažavajući činjenicu da je i Bosni i Hercegovini odobreno produženje roka za podnošenje Odgovora, produžio i rok za podnošenje Protuodgovora SRJ do 22. februara 1999. SRJ je podnijela svoj Protuodgovor u okviru ovako produženog roka.

17. Predsjednik Suda je 19. aprila 1999. održao sastanak s predstavnicima strana u sporu kako bi utvrdio njihove stavove o proceduralnim pitanjima. Bosna i Hercegovina je iznijela da ne namjerava podnijeti dodatnu dokumentaciju povodom protuoptužbi SRJ i da smatra da je spor spreman za usmenu raspravu. Strane u sporu iznijele su i svoje stavove o organizaciji usmene rasprave.

18. Pismom od 9. juna 1999. tadašnji predsjedavajući Predsjedništva Bosne i Hercegovine Živko Radišić obavijestio je Sud o postavljanju Svetozara Miletića za zamjenika zastupnika. Pismom od 10. juna 1999. tako postavljeni zamjenik zastupnika obavijestio je Sud da Bosna i Hercegovina želi odustati od spora. Pismom od 14. juna 1999. zastupnik Bosne i Hercegovine potvrdio je da Predsjedništvo Bosne i Hercegovine nije preduzelo ništa da imenuje zamjenika zastupnika ili da obustavi postupak pred Sudom. Pismom od 15. juna 1999. zastupnik SRJ je izjavio da je njegova Vlada prihvatila obustavljanje postupka. Pismom od 21. juna 1999. zastupnik Bosne i Hercegovine je ponovio da Predsjedništvo nije donijelo nikakvu odluku o obustavi postupka i dostavio Sudu pisma dvojice članova Predsjedništva, uključujući novog predsjedavajućeg Predsjedništva, potvrđujući da takva odluka nije donesena.

19. Pismima od 30. juna i 2. septembra 1999. predsjednik Suda zatražio je od predsjedavajućeg Predsjedništva da pojasni stav Bosne i Hercegovine o daljem nastavku spora. Pismom od 3. septembra 1999. zastupnik SRJ iznio je određena gledišta o tom pitanju, zaključivši da su strane u sporu postigle saglasnost o prijekidu spora. Pismom od 15. septembra 1999. predsjedavajući Predsjedništva Bosne i Hercegovine obavijestio je Sud da je Predsjedništvo na svojoj 58. sjednici, održanoj 8. septembra 1999, zaključilo da: (i) Predsjedništvo “nije donijelo odluku da se obustavi sudski spor pred Međunarodnim sudom pravde”; (ii) Predsjedništvo “nije donijelo odluku da se postavi zamjenik zastupnika u ovom sporu”; (iii) Predsjedništvo će „blagovremeno obavijestiti Sud o eventualnim daljnjim odlukama vezanim za ovaj spor“.

20. Pismom od 20. septembra 1999. predsjednik Suda obavijestio je strane u sporu da Sud namjerava zakazati početak usmene rasprave u ovom sporu krajem februara 2000. i zatražio od predsjedavajućeg Predsjedništva Bosne i Hercegovine da potvrdi da je stav Bosne i Hercegovine da treba nastaviti ovaj spor. Pismom od 4. oktobra 1999. zastupnik Bosne i Hercegovine potvrdio je da je stav njegove Vlade da postupak treba nastaviti i zatražio je od Suda da odredi datum za početak usmene rasprave u što skorijem roku. Pismom

od 10. oktobra 1999. član Predsjedništva Bosne i Hercegovine iz Republike Srpske obavijestio je Sud da je pismo predsjedavajućeg Predsjedništva od 15. septembra 1999. "bez pravnog učinka", između ostalog, zato što je Narodna skupština Republike Srpske, pozivajući se na Ustav Bosne i Hercegovine, proglasila odluku od 15. septembra "destruktivnom po vitalni interes" Republike Srpske. Predsjednik Suda je 22. oktobra 1999. obavijestio strane u sporu da je Sud, imajući u vidu primljenu prepisku o ovom pitanju, donio odluku da ne održi usmenu raspravu u ovom sporu u februaru 2000.

21. Pismom od 23. marta 2000, kojim je Sudu dostavljeno i pismo predsjedavajućeg Predsjedništva od 20. marta 2000, zastupnik Bosne i Hercegovine je ponovo potvrdio da nije postojao nikakav pravni osnov da bivši predsjedavajući Predsjedništva Bosne i Hercegovine postavi zamjenika zastupnika 9. juna 1999, kao i da pisma zamjenika zastupnika ne odražavaju stav Bosne i Hercegovine. Nadalje, zastupnik je utvrdio da, nasuprot tvrdnjama člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine iz Republike Srpske, pismo od 15. septembra 1999. ne podliježe mehanizmu veta predviđenim u Ustavu Bosne i Hercegovine. Zastupnik je zatražio od Suda da odredi datum za usmenu raspravu u najskorije vrijeme.

22. Pismom od 13. aprila 2000. zastupnik SRJ dostavio je Sudu dokument pod nazivom "*Zahtjev za tumačenje Odluke Suda o nastavku spora koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije)*", u kojem se traži tumačenje odluke Suda na koju se pozvao predsjednik Suda u svom pismu od 22. oktobra 1999. Pismom od 18. aprila 2000. Registrar je obavijestio zastupnika SRJ da se, u skladu s članom 60 Statuta, jedan zahtjev za tumačenjem može primijeniti isključivo na neku presudu Suda i da, shodno tome, dokument dostavljen Sudu 13. aprila 2000. ne može biti predstavljen kao Zahtjev za tumačenje i da ne čini dio Opće liste Suda. Registrar je pojasnio da je odluka, spomenuta u pismu od 22. oktobra 1999, bila da se neće održati rasprava u februaru 2000. Registrar je zatražio od zastupnika da što prije dostavi svoje primjedbe koje bi htio staviti na pismo zastupnika Bosne i Hercegovine od 23. marta 2000. i pismo predsjedavajućeg Predsjedništva koje se nalazi u njegovom prilogu. Pismom od 25. aprila 2000. zastupnik SRJ je dostavio Sudu svoje napomene i zatražio da Sud registrira i osigura primjenu sporazuma o obustavljanju spora utvrđenog razmjenom pisma zamjenika zastupnika Podnosioca tužbe od 10. juna 1999. i pisma zastupnika SRJ od 15. juna 1999. Pismom od 8. maja 2000. zastupnik Bosne i Hercegovine dostavio je određene primjedbe na

pismo zastupnika SRJ od 25. aprila 2000. i ponovo naglasio želju svoje Vlade da se nastavi postupak u toku. Pismima SRJ od 8. juna, 26. juna i 4. oktobra 2000, s jedne, kao i pismima Bosne i Hercegovine od 9. juna i 21. septembra 2000, s druge strane, zastupnici SRJ i Bosne i Hercegovine ponovili su svoje stavove.

23. Pismom od 29. septembra 2000. gosp. Svetozar Miletić, kojeg je 9. juna 1999. tadašnji predsjedavajući Predsjedništva Bosne i Hercegovine navodno postavio za zamjenika zastupnika, ponovio je svoj stav da je došlo do prijekida spora. Pismom od 6. oktobra 2000. zastupnik Bosne i Hercegovine potvrdio je da ni to pismo, kao ni ranija obavijest zastupnika SRJ, nisu utjecali na opredjeljenje Vlade Bosne i Hercegovine da nastavi postupak.

24. Predsjednik Suda i Registrar su pismima od 16. oktobra 2000. obavijestili strane u sporu da je Sud na sastanku 10. oktobra 2000, razmotrivši svu primljenu prepisku o tom pitanju, utvrdio da Bosna i Hercegovina nije na nedvojben način pokazala spremnost da povuče Tužbeni zahtjev, te je stoga zaključio da Bosna i Hercegovina nije odustala od spora. U skladu s članom 54 Pravila, Sud bi u određenom roku, nakon konsultacija sa stranama u sporu, odredio datum početka usmene rasprave.

25. Pismom od 18. januara 2001. ministar za vanjske poslove SRJ zatražio je od Suda da odobri obustavljanje postupka ili, alternativno, da odloži otvaranje usmene rasprave u roku od dvanaest mjeseci, između ostalog, zbog promjene Vlade SRJ i suštinskih promjena politike i međunarodnog položaja države koje su iz toga proistekle. Pismom od 25. januara 2001. zastupnik Bosne i Hercegovine prenio je stavove svoje Vlade o zahtjevu SRJ i zadržao njen konačni stav po tom pitanju, ukazujući da stav Bosne i Hercegovine i dalje ostaje da bi trebalo ubrzati rješavanje ovog spora.

26. Pismom od 20. aprila 2001. zastupnik SRJ obavijestio je Sud da njegova Vlada želi povući protuoptužbe koje je podnijela SRJ u svojoj Protutužbi. Zastupnik je također obavijestio Sud da njegova Vlada smatra da Sud nema nadležnost *ratione personae* nad SRJ, kao i da SRJ namjerava podnijeti prijedlog za reviziju Presude od 11. jula 1996. SRJ je 24. aprila 2001. Uredu registrara Suda podnijela Prijedlog za pokretanje postupka kojim je, pozivajući se na član 61 Statuta, zatraženo od Suda da revidira Presudu o Preliminarnim prigovorima donijetu 11. jula 1996 (*Prijedlog za reviziju Presude od 11. jula 1996. u sporu koji se odnosi na primjenu Konvencije*

o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (*Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije*), preliminarnе prigovore (*Jugoslavija protiv Bosne i Hercegovine*), nazvane dalje u tekstu “Spor u vezi s Prijedlogom za reviziju spora”). U tom sporu zastupnik SRJ je, uz pismo od 4. maja 2001, podnio dokument pod nazivom “Inicijativa da Sud *ex officio* preispita svoju nadležnost” zajedno s jednim brojem priloga (dalje u tekstu “Inicijativa”). Zastupnik je obavijestio Sud da se Inicijativa zasniva na činjenicama i argumentima, u osnovi, identičnim onima koji su podnijeti u Prijedlogu SRJ za reviziju Presude iz 11. jula 1996, budući da njegova Vlada smatra da su dokumenti, u oba slučaja, jednako adekvatna proceduralna sredstva. U toj Inicijativi SRJ je zatražila od Suda da presudi i proglasi da nema nadležnost *ratione personae* nad SRJ, uz priznanje da nije bila članica Statuta Suda do njenog prijema u Ujedinjene nacije 1. novembra 2000, da nije bila i da još uvijek nije članica Konvencije o genocidu; štaviše, da njeno obavještenje o tome da je pristupila Konvenciji, koje datira od 8. marta 2001, sadrži rezervu u pogledu člana IX Konvencije. SRJ je zatražila da Sud obustavi postupak o meritumu dok se ne donese odluka o Inicijativi.

27. Pismom od 12. jula 2001, koje je 15. augusta 2001. primljeno u Uredu registrara, Bosna i Hercegovina je obavijestila Sud da se ne protivi povlačenju protuoptužbi SRJ i navela da namjerava podnijeti svoje napomene o Inicijativi. Nalogom od 10. septembra 2001. predsjednik Suda je primio na znanje povlačenje protuoptužbi SRJ podnijetih u njenoj Protutužbi.

28. Pismom od 3. decembra 2001. Bosna i Hercegovina je dostavila Sudu svoje mišljenje o Inicijativi i prosljedila svoj memorandum o “razlikama između Prijedloga za reviziju od 23. aprila 2001. i „Inicijative“ od 4. maja 2001”, kao i kopiju primjedbi u pisanoj formi i anekse koje je 3. decembra 2001. podnijela Bosna i Hercegovina u okviru spora *Prijedlog za reviziju*. Bosna i Hercegovina je u tom pismu iznijela da „ništa ne omogućava, ni *de jure* ni *de facto*, da se udovolji toj takozvanoj ‘Inicijativi’“ i zatražila od Suda, između ostalog, da „negativno odgovori na zahtjev sadržan u toj ‘Inicijativi’“.

29. Pismom od 22. februara 2002, upućenom predsjedniku Suda, sudija Lauterpaht je podnio ostavku na funkciju sudije *ad hoc* u ovom sporu.

30. U prilogu Pisma od 18. aprila 2002, Registrar je, pozivajući se na član 34, stav 3, Statuta, dostavio u pisanoj formi kopije zapisnika Generalnom

sekretaru Ujedinjenih nacija.

31. U svojoj presudi od 3. februara 2003, u okviru spora povodom *Zahtjeva za reviziju*, Sud je zaključio da je Zahtjev SRJ za reviziju neprihvatljiv, u skladu s članom 61 Statuta Suda, a u vezi s Presudom od 11. jula 1996. povodom preliminarnih prigovora.

32. Pismom od 5. februara 2003. SRJ je obavijestila Sud da je, nakon što je 4. februara 2003. Skupština SRJ usvojila i proglasila Ustavnu povelju Srbije i Crne Gore, naziv države promijenjen iz Savezna republika Jugoslavija u Srbija i Crna Gora. Shodno tome, u nazivu predmeta promijenjeno je njeno ime, te se naziv Srbija i Crna Gora nadalje koristi za sve službene potrebe Suda.

33. Pismom od 17. februara 2003. Bosna i Hercegovina je ponovo potvrdila svoj stav o Inicijativi, onakav kakav je iznijela u svom pismu od 3. decembra 2001, te izrazila želju da nastavi postupak. Pismom od 8. aprila 2003. Srbija i Crna Gora je navela da su, zbog novih važnih događaja koji su se dogodili od podnošenja posljednjeg pismenog akta, neophodni dodatni dokumenti u pisanoj proceduri kako bi usmena rasprava bila efikasnija i oduzimala manje vremena. Predsjednik Suda je 24. aprila 2003. održao sastanak sa zastupnicima strana u sporu kako bi se razmotrila proceduralna pitanja. Srbija i Crna Gora je iznijela da ostaje pri svome zahtjevu da se Sud izjasni o njenoj Inicijativi, dok je Bosna i Hercegovina smatrala da nema potrebe za dodatnim pisanim dokumentima. Također su razmotreni mogući datumi i trajanje usmene rasprave.

34. Pismom od 25. aprila 2003. Bosna i Hercegovina je imenovala Ahmeda Mahioua za *ad hoc* sudiju u ovom sporu.

35. Pismom od 12. juna 2003. Registrar je obavijestio Srbiju i Crnu Goru da Sud ne može pristupiti rješavanju njenog zahtjeva za obustavljanje postupaka dok se ne donese odluka o pitanjima nadležnosti koja su pokrenuta Inicijativom; ali da Srbija i Crna Gora može, ukoliko to želi, tokom usmene rasprave o meritumu iznijeti dodatne primjedbe o pitanjima nadležnosti. U drugim pismima s istim datumom Strane u sporu obaviještene su da je Sud, nakon što je razmotrio zahtjev Srbije i Crne Gore, odlučio da neće odobriti podnošenje drugih dokumenata proceduralnog karaktera u ovom sporu.

36. Razmjenom pisama iz oktobra i novembra 2003. zastupnici strana u sporu dostavili su svoje primjedbe vezane za termine usmene rasprave.

37. Nakon još jedne razmjene pisama strana u sporu, u martu i aprilu 2004, predsjednik Suda je 25. juna 2004. održao sastanak sa zastupnicima obje strana, na kojem su strane u sporu iznijele stavove o zakazivanju rasprave i pozivanju svjedoka i eksperata.

38. Pismima od 26. oktobra 2004. strane u sporu obaviještene su da je Sud, pošto je proučio listu sporova pred sobom i razmotrio relevantne okolnosti, odlučio zakazati otvaranje usmene rasprave u ovom sporu za ponedjeljak 27. februara 2006.

39. Predsjednik Suda sastao se sa zastupnicima strana u sporu 14. marta 2005. kako bi utvrdio njihove stavove o organiziranju usmene rasprave. Na tom su sastanku obje strane navele da imaju namjeru pozivati svjedoke i eksperte.

40. Pismima od 19. marta 2005. Registrar je, pozivajući se na članove 57 i 58 Pravila Suda, zatražio od strana u sporu da do 9. septembra 2005. dostave detaljne informacije o svjedocima, ekspertima i svjedocima-ekspertima koje namjeravaju pozvati, te da naznače o čemu će govoriti njihov iskaz ili izlaganje. Pismom od 8. septembra 2005. zastupnik Srbije i Crne Gore dostavio je Sudu listu od osam svjedoka i dva svjedoka-eksperta koje njegova Vlada želi pozvati na usmenu raspravu. U jednom drugom pismu, istog datuma, zastupnik Srbije i Crne Gore dostavio je listu od pet svjedoka, čije je izjave njegova Vlada zatražila od Suda, u skladu s članom 62, stav 2, Pravila Suda. Pismom od 9. septembra 2005. Bosna i Hercegovina je Sudu dostavila listu od tri eksperta koja želi pozvati na raspravu.

41. Pismom od 5. oktobra 2005. pomoćnik zastupnika Bosne i Hercegovine obavijestio je Ured registrara o stavovima Bosne i Hercegovine u pogledu vremena koje smatra neophodnim za saslušanje eksperata koje želi pozvati i izrazio određene primjedbe, između ostalog, o zahtjevu Srbije i Crne Gore, podnijetom shodno članu 62, stav 2, Pravila Suda. Pismima od 4. i 11. oktobra 2005. zastupnik i zamjenik zastupnika Srbije i Crne Gore obavijestili su Ured registrara o stavovima svoje Vlade u pogledu vremena neophodnog za saslušanje svjedoka i svjedoka-ekspersata koje žele pozvati na raspravu.



42. Pismima od 15. novembra 2005. Registrar je obavijestio strane u sporu, između ostalog, da je Sud odlučio saslušati tri eksperta i deset svjedoka i svjedoka-ekspertata koje žele pozvati Bosna i Hercegovina i Srbija i Crna Gora, kao i da je, pored toga, u skladu s članom 62, stav 2, Pravila Suda, odlučio da neće primiti izjave pet svjedoka koje je predložila Srbija i Crna Gora. Međutim, Sud je rezervirao pravo da naknadno, po potrebi, iskoristi svoja ovlaštenja na osnovu odredbe o pozivanju osoba po svom izboru, na osnovu vlastite inicijative. Registrar je, također, zatražio od strana u sporu da dostave određene informacije o saslušanju svjedoka, ekspertata i svjedoka-ekspertata i naročito da preciziraju jezik na kojem će govoriti svaki od njih, te da strana u sporu, za one koji govore neki drugi jezik, osim engleskog i francuskog, shodno članu 70, stav 2, Pravila Suda, iznese namjeru o prevođenju na jedan od službenih jezika Suda. Na kraju, Registrar je dostavio stranama u sporu kalendar usmene rasprave koji je usvojio Sud.

43. Pismom od 12. decembra 2005. zastupnik Srbije i Crne Gore obavijestio je Sud, između ostalog, i o tome da će osam od deset svjedoka i svjedoka-ekspertata, koje Srbija i Crna Gora želi pozvati, govoriti na srpskom jeziku i naznačio načine na koji će Srbija i Crna Gora organizirati prevođenje sa srpskog jezika na jedan od službenih jezika Suda. Pismom od 15. decembra 2005. pomoćnik zastupnika Bosne i Hercegovine obavijestio je Sud, između ostalog, i o tome da će tri eksperta koje je pozvala Bosna i Hercegovina govoriti na jednom od službenih jezika Suda.

44. Pismom od 28. decembra 2005. pomoćnik zastupnika Bosne i Hercegovine zatražio je, u ime svoje Vlade, da Sud pozove Srbiju i Crnu Goru da, u skladu s članom 49 Statuta Suda i članom 62, stav 1, Pravila Suda, podnese određen broj dokumenata. Pismom od 16. januara 2006. zastupnik Srbije i Crne Gore obavijestio je Sud o stavovima svoje Vlade u vezi s ovim zahtjevom. Pismom od 19. januara 2006. Registrar je, postupajući u skladu s uputstvima Suda, zamolio Bosnu i Hercegovinu da dostavi određene dodatne informacije o zahtjevu koji je uložila shodno članu 49 Statuta i članu 62, stav 2, Pravila Suda. Pismima od 19. i 24. januara 2006. pomoćnik zastupnika Bosne i Hercegovine dostavio je dodatne informacije i obavijestio Sud da je Bosna i Hercegovina donijela odluku da, za sada, ograniči svoj zahtjev na preuređene dijelove određenih dokumenata. Pismom od 31. januara 2006. zamjenik zastupnika Srbije i Crne Gore prenio je stavove svoje Vlade o tom izmijenjenom zahtjevu. Pismima od 2. februara 2006. Registrar je obavijestio

strane u sporu da je Sud odlučio da, u ovoj fazi postupka, ne traži od Srbije i Crne Gore da dostavi dokumentaciju o kojoj se radi. Sud je ipak zadržao za sebe pravo, koje mu daje član 49 Statuta i član 62, stav 1, Pravila Suda, da naknadno, ako je potrebno, iskoristi svoja ovlaštenja da od Srbije i Crne Gore po službenoj dužnosti zatraži dostavljanje tih dokumenata.

45. Pismom od 16. januara 2006. zamjenik zastupnika Bosne i Hercegovine dostavio je Uredu registrara primjerke novih dokumenata koje je Bosna i Hercegovina željela podnijeti u skladu s članom 56 Pravila Suda. Istim pismom, kao i pismom od 23. januara 2006, pomoćnik zastupnika Bosne i Hercegovine dostavio je Uredu registrara kopije videomaterijala čije dijelove Bosna i Hercegovina namjerava prikazati na usmenoj raspravi. Pismom od 31. januara 2006. zamjenik zastupnika Srbije i Crne Gore obavijestio je Sud da njegova Vlada nije imala primjedbu na podnošenje nove dokumentacije od Bosne i Hercegovine, niti je prigovorila na prikazivanje videomaterijala na usmenoj raspravi. Budući da Srbija i Crna Gora nema nikakvih primjedbi, Registrar je pismima od 2. februara 2006. obavijestio strane u sporu da je Sud odlučio dopustiti Bosni i Hercegovini podnošenje novih dokumenata, u skladu s članom 56 Pravila Suda, kao i da je odlučio odobriti Bosni i Hercegovini da prikaže dijelove videomaterijala tokom usmene rasprave.

46. Uz pismo od 18. januara 2006, primljeno 20. januara 2006, zastupnik Srbije i Crne Gore dostavio je Uredu registrara kopije novih dokumenata koje njegova Vlada želi podnijeti, u skladu s članom 56 Pravila Suda. Pismom od 1. februara 2006. pomoćnik zastupnika Bosne i Hercegovine obavijestio je Sud da se Bosna i Hercegovina ne protivi da Srbija i Crna Gora podnese spomenutu dokumentaciju. Pismom od 2. februara 2006. Registrar je obavijestio strane u sporu da je Sud odlučio, imajući u vidu činjenicu da Bosna i Hercegovina nije imala primjedbi, dopustiti Srbiji i Crnoj Gori podnošenje takve nove dokumentacije. Pismom od 9. februara 2006. zamjenik zastupnika Srbije i Crne Gore dostavio je Sudu određene elemente koji su nedostajali u novim dokumentima dostavljenim 20. januara 2006. i iznio određene napomene o novim dokumentima koje je podnijela Bosna i Hercegovina. Pismom od 20. februara 2006. pomoćnik zastupnika Bosne i Hercegovine obavijestio je Sud da Bosna i Hercegovina nema namjeru dostavljati napomene u vezi s novom dokumentacijom koju je podnijela Srbija i Crna Gora.

47. Uz pismo od 31. januara 2006. zamjenik zastupnika Srbije i Crne Gore dostavio je Sudu listu javnih dokumenata na koje se njegova Vlada želi pozvati u prvom krugu usmene rasprave. Naknadnim pismom od 14. februara 2006. zamjenik zastupnika Srbije i Crne Gore dostavio je Sudu primjerke javnih dokumenata, koji se nalaze na spisku liste dostavljene 31. januara 2006, te obavijestio Sud da je Srbija i Crna Gora donijela odluku da ne prikazuje videomaterijale koji se nalaze na toj listi. Pismom od 20. februara 2006. pomoćnik zastupnika Bosne i Hercegovine obavijestio je Sud da Bosna i Hercegovina nema primjedbi na javne dokumente koji se nalaze na listi koju je Srbija i Crna Gora podnijela 31. januara 2006. On je, također, naveo da će se Bosna i Hercegovina na usmenoj raspravi pozvati na analogne izvore, kao i da planira da Sudu i Tuženoj strani, na kraju prvoga kruga iznošenja svoje usmene argumentacije, dostavi jedan CD-ROM koji sadrži numeričke verzije dokumenata koje bi ona citirala (vidjeti paragraf 54, dalje u tekstu).

48. Pismom od 26. januara 2006. Registrar je obavijestio strane u sporu o određenim odlukama koje je Sud donio u vezi sa saslušanjem svjedoka, eksperata i svjedoka-eksperata koje su strane u sporu pozvale, kao i da, *inter alia*, izuzetno, stenogrami s usmene rasprave, gdje su saslušani svjedoci, eksperti i svjedoci-eksperti, ne budu dostupni javnosti niti objavljeni na internet stranici Suda prije kraja usmene rasprave.

49. Pismom od 13. februara 2006. zastupnik Srbije i Crne Gore obavijestio je Sud da je njegova Vlada donijela odluku da ne pozove dva svjedoka i svjedoka-eksperata koji se nalaze na listi dostavljenoj Sudu 8. septembra 2005, kao i da je izmijenjen redoslijed po kojem će svjedočiti preostali svjedoci i svjedoci-eksperti. Pismom od 21. februara 2006. zastupnik Srbije i Crne Gore zatražio je dozvolu od Suda da ispitivanje tri svjedoka (i to: Dušana Mihajlovića, Vladimira Milićevića i Dragoljuba Mićunovića), koje će njegova Vlada pozvati, bude na srpskom jeziku. Pismom od 22. februara 2006. Registrar je obavijestio zastupnika Srbije i Crne Gore da, u skladu s odredbama člana 39, stav 3, Statuta i člana 70 Pravila Suda, nema prigovora za primjenu takve procedure.

50. U skladu s članom 53, stav 2, Pravila Suda, Sud je, nakon utvrđivanja stavova strana u sporu, donio odluku da kopije izlaganja i dokumenata u prilogu budu dostupne javnosti prilikom otvaranja usmene rasprave.

51. Javne rasprave, u toku kojih su saslušana izlaganja i odgovori, održane su od 27. februara do 9. marta 2006:

*Za Bosnu i Hercegovinu:*      gosp. Sakib Softić  
  gosp. Phon van den Biesen  
  gosp. Alain Pellet  
  gosp. Thomas M. Frank  
  gđa Brigitte Stern  
  gosp. Luigi Condorelli  
  gđa Magda Karagiannakis  
  gđa Joanna Korner  
  gđa Laura Dauban  
  gosp. Antoine Ollivier  
  gosp. Morten Torkildsen

*Za Srbiju i Crnu Goru:*      NJ.E. Radoslav Stojanović  
  gosp. Saša Obradović  
  gosp. Vladimir Cvetković  
  gosp. Tibor Varady  
  gosp. Ian Brownlie  
  gosp. Xavier de Roux  
  gđa Nataša Fauveau-Ivanović  
  gosp. Andreas Zimmerman  
  gosp. Vladimir Đerić  
  gosp. Igor Olujić

52. Registrar je, u skladu s instrukcijama Suda, 1. marta 2006. zatražio od Bosne i Hercegovine da precizira tačno porijeklo svakog pojedinačnog dijela videomaterijala i grafikona, mapa i fotografija koji su prikazani ili će biti prikazani tokom usmene rasprave. Bosna i Hercegovina je 2. marta 2006. dostavila Sudu određene informacije koje se odnose na dijelove videomaterijala prikazanog na zasjedanju 1. marta 2006, kao i materijal koji će biti prikazan tokom zasjedanja 2. marta 2006, navodeći njihov izvor. Uz pismo od 5. marta 2006. zastupnik Bosne i Hercegovine dostavio je Sudu listu, precizirajući porijeklo dijelova videomaterijala, grafikona, mapa i fotografija koje je Bosna i Hercegovina prikazala ili će prikazati tokom prvog kruga iznošenja usmenih izlaganja, kao i transkripte, na engleskom i francuskom jeziku, navedenih dijelova videomaterijala.

53. Pismom od 5. marta 2006. zastupnik Bosne i Hercegovine obavijestio je Sud da želi povući s liste jednog od eksperata kojeg je namjeravao pozvati na usmenu raspravu. U tom pismu zastupnik Bosne i Hercegovine je također zamolio Sud da od svake strane u sporu zatraži da na jednoj stranici dostavi sažetak izlaganja svakog svjedoka, eksperta ili svjedoka-eksperta s temama o kojima će biti riječi u njegovom svjedočenju ili iskazu. Pismima od 7. marta 2006. strane u sporu obaviještene su da je Sud od njih zatražio da mu se najmanje tri dana unaprijed na jednoj stranici dostavi sažet iskaz ili izlaganje svakog svjedoka, eksperta ili svjedoka-eksperta.

54. Bosna i Hercegovina je 7. marta 2006. dostavila Sudu i Tuženoj strani CD-ROM koji je sadržavao „Javne dokumente Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju i druge dokumente koje je Bosna i Hercegovina citirala tokom usmene rasprave (07/03/2006)“. Pismom od 10. marta 2006. Srbija i Crna Gora obavijestila je Sud da ulaže prigovor na podnošenje CD-ROM-a, jer bi podnošenje tako obimne dokumentacije u tako kasnom stadiju „izazvalo ozbiljnu zabrinutost u vezi s poštivanjem Pravila Suda i principa pravičnosti i ravnopravnosti strana“. Također je naglasila da dokumenti koji se nalaze na CD-ROM-u „izgledaju upitni s aspekta člana 56, stav 4, Pravila [Suda]“. Pismom od 13. marta 2006. zastupnik Bosne i Hercegovine obavijestio je Sud o stavovima svoje Vlade u vezi s gore spomenutim prigovorima Srbije i Crne Gore. U tom pismu, zastupnik je, između ostalog, izjavio da je Bosna i Hercegovina na usmenoj raspravi spomenula da su svi dokumenti na CD-ROM-u bili dio javnog domena i lahko dostupni u smislu člana 56, stav 4, Pravila Suda. Zastupnik je dodao da je Bosna i Hercegovina spremna povući CD-ROM ukoliko Sud to smatra poželjnim. Pismom od 14. marta 2006. Registrar je obavijestio Bosnu i Hercegovinu da član 56, stav 4, Pravila Suda ne zahtijeva niti dopušta da se Sudu podnosi integralni tekst nekog dokumenta spomenutog tokom usmene rasprave u skladu s tom odredbom, te s obzirom da u tako kasnoj fazi postupka druga strana u sporu i Sud imaju poteškoća da upravljaju ogromnom masom dokumenata, koji su i inače dostupni javnosti i koji po potrebi mogu biti konsultirani, Sud je odlučio da je u interesu dobre primjene pravde da se CD-ROM povuče. Pismom od 16. marta 2006. zastupnik Bosne i Hercegovine povukao je CD-ROM dostavljen 7. marta 2006.

55. Bosna i Hercegovina je 17. marta 2006. dostavila mapu koju bi ujutro 20. marta 2006. koristio jedan od njenih eksperata tokom davanja

iskaza. Bosna i Hercegovina je 20. marta 2006. dostavila jedan dosje dodatnih dokumenata koji bi se koristili prilikom ispitivanja tog eksperta. Srbija i Crna Gora oštro se usprotivila podnošenju takve dokumentacije u tako kasnoj fazi, s obrazloženjem da se njeni savjetnici ne bi imali vremena pripremiti za unakrsno ispitivanje. Sud je donio odluku 20. marta 2006. da se mapa, dostavljena 17. marta 2006, ne može koristiti tokom davanja iskaza eksperta. Nadalje, nakon što su konsultirane obje strane u sporu, Sud je odlučio otkazati jutarnje zasjedanje i, umjesto toga, saslušanje eksperta obaviti na popodnevnom zasjedanju kako bi se Srbiji i Crnoj Gori omogućilo da se pripremi za unakrsno ispitivanje.

56. Srbija i Crna Gora je 20. marta 2006. obavijestila Sud da jedan od svjedoka, kojeg je namjeravala pozvati pred Sud, ipak neće svjedočiti.

57. Eksperti koje je pozvala Bosna i Hercegovina dali su svoje iskaze na javnom zasjedanju održanom 17. i 20. marta 2006. i to: gospodin Andras J. Riedlmayer i general Sir Richard Dannatt. Ove eksperte ispitali su savjetnici Bosne i Hercegovine i unakrsno ispitali savjetnici Srbije i Crne Gore. Nakon toga savjetnik Bosne i Hercegovine ponovo ih je ispitao. Pitanja gospodinu Riedlmayeru postavljali su sudije Kreća, Tomka, Simma i potpredsjednik Suda, a odgovori su dati usmeno. Sudija Koroma, predsjednik Suda, i sudija Tomka postavljali su pitanja generalu Dannatu, a odgovori su dati usmeno.

58. U toku javnih rasprava, 23, 24, 27. i 28. marta 2006, Srbija i Crna Gora pozvala je pred Sud sljedeće svjedoke i svjedoke-eksperte: gospodina Vladimira Lukića, gospodina Vitomira Popovića, generala Sir Michaela Rosea, gospodina Jeana Paula Sardona (svjedok-ekspert), gospodina Dušana Mihajlovića, gospodina Vladimira Milićevića i gospodina Dragoljuba Mićunovića. Ove svjedoke i svjedoke-eksperte ispitali su savjetnici Srbije i Crne Gore, a zatim unakrsno ispitali savjetnici Bosne i Hercegovine. Generala Rosea, Mihajlovića i Milićevića, nakon toga, ponovo su ispitali savjetnici Srbije i Crne Gore. Sudije Ranjeva, Simma, Tomka i Bennouna postavili su pitanja gospodinu Lukiću, a odgovori su dati usmeno. Potpredsjednik i sudije Owada i Simma postavili su pitanja generalu Roseu, a odgovori su dati usmeno.

59. S izuzetkom generala Rosea i gospodina Jeana Paula Sardona, svjedoci koje je pozvala Srbija i Crna Gora svjedočili su na srpskom jeziku, te je, u skladu s članom 39, stav 3, Statuta i članom 70, stav 2, Pravila Suda,

Srbija i Crna Gora osigurala prevođenje na jedan od službenih jezika Suda, a Ured registrara je proveo kontrolu tog prevođenja. Gospodin Stojanović je ispitao gospodina Dragoljuba Mićunovića na srpskom jeziku, u skladu s razmjenom pisama od 21. i 22. februara 2006. između Srbije i Crne Gore i Suda (vidjeti paragraf 49. gore u tekstu).

60. Tokom rasprave članovi Suda postavljali su pitanja, a odgovori na njih davani su i usmenoj i u pisanoj formi, u skladu s članom 61, stav 4, Pravila Suda.

61. Pismom od 8. maja 2006. zastupnik Bosne i Hercegovine zatražio je da Sud dopusti zamjeniku zastupnika da nakratko uzme riječ 9. maja 2006. kako bi ispravio tvrdnju o jednom od savjetnika i eksperata koje je pozvala Bosna i Hercegovina, a koju je iznijela Srbija i Crna Gora tokom usmenog dokaznog postupka. Pismom od 9. maja 2006. zastupnik Srbije i Crne Gore prenio je stavove svoje Vlade o tome. Sud je 9. maja 2006. odlučio da, imajući u vidu posebne okolnosti ovog slučaja, dopusti pomoćniku zastupnika Bosne i Hercegovine da Sudu podnese veoma kratku izjavu o tvrdnji iznijetoj o njenom savjetniku.

62. Pismom od 3. maja 2006. zastupnik Bosne i Hercegovine obavijestio je Sud da je, prilikom iznošenja usmenog dokaznog postupka 2. marta 2006, načinjeno više grešaka u referencama i dostavio Sudu ispravke. Pismom od 8. maja 2006. zastupnik Srbije i Crne Gore zatražio je, „u svjetlu zakašnjelih ispravki Podnosioca tužbe, a u interesu ravnopravnosti strana u sporu“, da Sud prihvati tekst iz nacрта usmenog dokaznog postupka od 2. maja 2006, kojim Srbija i Crna Gora odgovara na jednu od ispravki koju je napravila Bosna i Hercegovina, ali koja je izostavljena iz konačne verzije njenog usmenog dokaznog postupka „što bi se uklopilo u raspored izlaganja [Srbije i Crne Gore]“. Pismom od 7. juna 2006. strane u sporu obaviještene su da je Sud uzeo u obzir kako objašnjenje zastupnika Bosne i Hercegovine tako i napomene koje je u odgovoru dao zastupnik Srbije i Crne Gore.

63. U januaru 2007. sudija Parra-Aranguren, koji je prisustvovao usmenoj raspravi u ovom sporu i učestvovao u jednom dijelu razmatranja, ali koji je zbog zdravstvenih razloga bio spriječen da učestvuje u kasnijoj fazi postupka, obavijestio je predsjednika Suda, u skladu s članom 24, stav 1, Statuta, da smatra da ne bi trebao učestvovati u donošenju odluke u ovom

sporu. Predsjednik je zauzeo stav da Sud treba uvažiti i prihvatiti stav sudije Parra-Arangurena i o tome je obavijestio Sud.

\*

64. U Tužbenom zahtjevu Bosna i Hercegovina je tražila slijedeće:

„U skladu s tim, a zadržavajući pravo na reviziju, dopunu ili izmjenu ovog Tužbenog zahtjeva, s rezervom podnošenja Sudu relevantnih dokaza i pravnih argumenata, Bosna i Hercegovina traži da Sud presudi i izjasni se o slijedećem:

(a) da je Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) prekršila i da i dalje krši svoje pravne obaveze prema narodu i državi Bosni i Hercegovini u skladu s članovima I, II (a), II (b), II (c), II (d), III (a), III (b), III (c), III (d), III (e), IV i V Konvencije o genocidu;

(b) da je Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) prekršila i da i dalje krši svoje pravne obaveze prema narodu i državi Bosni i Hercegovini na osnovu četiri Ženevske konvencije iz 1949, njihovog Dodatnog protokola I iz 1977, običajno međunarodno ratno pravo, uključujući Haške propise o kopnenom ratu iz 1907, kao i druge osnovne principe međunarodnog humanitarnog prava;

(c) da je Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) prekršila i da i dalje krši, u odnosu na građane Bosne i Hercegovine, odredbe 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26 i 28 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima;

(d) da je Jugoslavija (Srbija i Crna Gora), kršeći svoje obaveze prema općem i običajnom međunarodnom pravu, ubijala, strijeljala, ranjavala, silovala, pljačkala, mučila, kidnapirala, nelegalno zatvarala i istrebljivala građane Bosne i Hercegovine i da to i dalje čini;

(e) da je u takvom postupanju s građanima Bosne i Hercegovine, Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) prekršila i da i dalje krši zvanično preuzete



obaveze iz člana 1, stav 3, te članova 55 i 56 Povelje Ujedinjenih nacija;

(f) da je Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) koristila i da i dalje koristi silu i prijeti upotrebom sile protiv Bosne i Hercegovine, kršeći time član 2, stavove 1, 2, 3, 4, te član 33, stav 1, Povelje Ujedinjenih nacija;

(g) da je Jugoslavija (Srbija i Crna Gora), kršeći svoje obaveze prema općem i običajnom međunarodnom pravu, upotrijebila i da i dalje upotrebljava silu i prijeti upotrebom sile protiv Bosne i Hercegovine;

(h) da je Jugoslavija (Srbija i Crna Gora), kršeći svoje obaveze prema općem i običajnom međunarodnom pravu, narušila i da narušava suverenitet Bosne i Hercegovine:

- oružanim napadima na Bosnu i Hercegovinu iz zraka i s kopna,
- povredama bosanskog zračnog prostora,
- nastojanjima da direktno i indirektno vrši pritisak i zastrašivanje Vlade Bosne i Hercegovine;

(i) da se Jugoslavija (Srbija i Crna Gora), kršeći svoje obaveze prema općem i običajnom međunarodnom pravu, miješala i da se i dalje miješa u unutrašnje poslove Bosne i Hercegovine;

(j) da je Jugoslavija (Srbija i Crna Gora), regrutiranjem, obučavanjem, naoružavanjem, opremanjem, finansiranjem, snabdijevanjem i na druge načine ohrabrivanjem, podržavanjem, pomaganjem i rukovođenjem vojnim i paravojnim akcijama u Bosni i Hercegovini i protiv nje, sredstvima svojih agenata i surogata, prekršila i da krši svoje osnovne i ugovorne obaveze prema Bosni i Hercegovini, a posebno svoje osnovne i ugovorne obaveze iz člana 2, stav 4, Povelje Ujedinjenih nacija, kao i svoje obaveze prema općem i običajnom međunarodnom pravu;

(k) da, u skladu s gore navedenim okolnostima, Bosna i Hercegovina ima suvereno pravo da brani sebe i svoj narod u skladu s članom 51 Povelje Ujedinjenih nacija i običajnim međunarodnim pravom, uključujući i trenutnu nabavku naoružanja iz drugih država, vojnog materijala i opreme, kao i trupa;

(l) da, u skladu s gore navedenim okolnostima, Bosna i Hercegovina ima suvereno pravo, prema članu 51 Povelje Ujedinjenih nacija i običajnom međunarodnom pravu, zatražiti od svake države da joj odmah pritekne u pomoć, uključujući i vojna sredstva (oružje, vojna oprema i sredstva, vojne snage, itd.);

(m) da se Rezolucija Vijeća sigurnosti 713 (1991), kojom se uvodi embargo na oružje za bivšu Jugoslaviju, mora tumačiti na način kojim se ne ugrožava prirodno pravo na individualnu ili kolektivnu samoodbranu Bosne i Hercegovine, u skladu s odredbama člana 51 Povelje Ujedinjenih nacija i pravilima međunarodnog običajnog prava;

(n) da se sve kasnije rezolucije Vijeća sigurnosti koje se pozivaju na Rezoluciju 713 (1991), ili je potvrđuju, moraju tumačiti na način kojim se ne ugrožava prirodno pravo na individualnu i kolektivnu samoodbranu Bosne i Hercegovine, u skladu s odredbama člana 51 Povelje Ujedinjenih nacija i pravilima međunarodnog običajnog prava;

(o) da se Rezolucija Vijeća sigurnosti 713 (1991) i sve kasnije rezolucije Vijeća sigurnosti koje se na nju pozivaju ili je potvrđuju ne smiju tumačiti kao uvođenje embarga na oružje Bosni i Hercegovini, u skladu s odredbama člana 24, stav 1, i člana 51 Povelje Ujedinjenih nacija i u skladu s običajnom doktrinom *ultra vires*;

(p) da, shodno pravu na kolektivnu samoodbranu, priznatu članom 51 Povelje Ujedinjenih nacija, sve druge države potpisnice Povelje imaju pravo odmah priteći u pomoć Bosni i Hercegovini na njen zahtjev, kako bi je odmah snabdjeli oružjem, vojnom opremom i sredstvima, kao i oružanim snagama (vojnici, mornari, piloti, itd.);

(q) da Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) i njeni agenti i surogati imaju obavezu odmah prekinuti i obustaviti kršenje gore spomenutih pravnih obaveza, kao i da ima posebnu dužnost da odmah prekine i obustavi:

- sistematsku praksu tzv. „etničkog čišćenja“ građana i suverene teritorije Bosne i Hercegovine,
- ubijanje, strijeljanje, mučenje, silovanje, kidnapiranje, sakaćenje,

- ranjavanje, fizičko i mentalno zlostavljanje, kao i zatvaranje građana Bosne i Hercegovine,
- obijesno razaranje sela, mjesta, oblasti, gradova i vjerskih institucija u Bosni i Hercegovini,
  - bombardiranje civilnih naseljenih sredina u Bosni i Hercegovini, posebno prijestonice Sarajevo,
  - dalju opsadu civilnih naseljenih sredina u Bosni i Hercegovini, a posebno njenog glavnog grada Sarajeva,
  - izgladnjivanje civilnog stanovništva u Bosni i Hercegovini,
  - ometanje, uplitanje ili onemogućavanje međunarodne zajednice u dopremanju humanitarne pomoći građanima Bosne i Hercegovine,
  - sve oblike upotrebe sile, bilo direktne ili indirektna, otvorene ili prikrivene, protiv Bosne i Hercegovine, kao i sve prijetnje upotrebom sile protiv Bosne i Hercegovine,
  - svako kršenje suvereniteta, teritorijalnog integriteta ili političke neovisnosti Bosne i Hercegovine, uključujući svako miješanje, direktno ili indirektno, u unutrašnje poslove Bosne i Hercegovine,
  - podršku bilo koje vrste, uključujući osiguravanje obuke, oružja, municije, finansija, sredstava, pomoći, rukovođenjem ili bilo kojim drugim vidom podrške bilo kojem narodu, grupi, organizaciji, pokretu ili pojedincima koji su angažirani ili se planiraju angažirati u vojnim ili paravojnim akcijama u Bosni i Hercegovini ili protiv nje;

(r) da Jugoslavija (Srbija i Crna Gora), u svoje ime, ima obavezu isplatiti Bosni i Hercegovini i kao *parens patriae* za svoje građane reparacije za štetu pričinjenu ljudima i imovini, kao i bosanskoj privredi i životnoj sredini, nastaloj uslijed gore spomenutog kršenja međunarodnog prava, u iznosu koji Sud odredi. Bosna i Hercegovina zadržava pravo da upozna Sud s tačnom procjenom štete koju je prouzrokovala Jugoslavija (Srbija i Crna Gora).”

65. U pismenom postupku strane u sporu dostavile su slijedeće podneske:

*U ime Vlade Bosne i Hercegovine,*

u Tužbi:

„Na osnovu dokaza i pravnih argumenata iznijetih u ovoj tužbi, Republika Bosna i Hercegovina,

Zahtijeva od Međunarodnog suda pravde da presudi i izrekne:

1. Da je Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) direktno ili korištenjem svojih surogata prekršila i da krši Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida djelimičnim uništavanjem i nastojanjem da uništi u cijelosti nacionalne, etničke ili vjerske grupe, u okviru ali i izvan teritorije Republike Bosne i Hercegovine, posebno muslimansko stanovništvo, izvršavajući slijedeća djela:

- ubijanje pripadnika grupe,
- uzrokovanje teških tjelesnih ili psihičkih povreda pripadnicima grupe,
- namjerno podvrgavanje grupe uvjetima života sračunatim da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja,
- nametanje mjera koje imaju za cilj da spriječe rađanje unutar grupe;

2. Da je Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) prekršila i da krši Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida udruživanjem u cilju izvršenja genocida, saučesništva u genocidu, nastojanja da se izvrši genocid, kao i podsticanja na izvršenje genocida;

3. Da je Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) prekršila i da krši Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida pružanjem pomoći i podsticanjem pojedinaca i grupa koje učestvuju u djelima genocida;

4. Da je Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) prekršila i da krši Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina

genocida nesprečavanjem i nekažnjavanjem djela genocida;

5. Da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) mora odmah obustaviti gore spomenuto ponašanje i preduzeti hitne i efikasne korake kako bi se osiguralo potpuno usklađivanje njenih obaveza prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida;

6. Da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) mora izbrisati posljedice svojih međunarodnih nezakonitih postupaka i mora vratiti stanje koje je postojalo prije kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida;

7. Da je, kao posljedica međunarodne odgovornosti nastale zbog gore spomenutog kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) dužna platiti, u svoje ime i kao *parens patriae* za svoje građane, a da Republika Bosna i Hercegovina ima pravo primiti, punu nadoknadu za prouzrokovanu štetu i gubitke u iznosu koji će utvrditi Sud u kasnijoj fazi postupka u ovom sporu.

Republika Bosna i Hercegovina zadržava pravo da dopuni ili da izmijeni svoje podneske u okviru daljnjeg pismenog postupka.

Republika Bosna i Hercegovina, također, s dužnim poštovanjem Sudu, skreće pažnju na činjenicu da, u ovoj fazi, nije ponovila nekoliko zahtjeva koje je navela u svom Tužbenom zahtjevu pod formalnom pretpostavkom da je Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) prihvatila nadležnost ovog Suda u skladu s odredbama Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. U slučaju da Tužena strana preispita svoje prihvatanje nadležnosti Suda, u skladu s odredbama Konvencije – na šta ni u kom slučaju nema pravo – Vlada Bosne i Hercegovine zadržava pravo da se i ona pozove na sve ili na neke druge postojeće osnove za nadležnost, kao i da obnovi sve ili samo neke od svojih prethodnih podnesaka i zahtjeva.“

U Protutužbi<sup>3</sup>:

„Savezna republika Jugoslavija zahtijeva od Međunarodnog suda pravde da presudi i da izrekne:

1. Imajući u vidu da protiv muslimana i Hrvata nisu prekršene nikakve obaveze utvrđene Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948,

- zato što djela, za koja Podnosilac tužbe tvrdi da su izvršena, nisu uopće izvršena, ili ne u mjeri i na način kako to Podnosilac tužbe tvrdi, ili
- zato što su, i ukoliko su, određena djela izvršena u odsustvu bilo kakve namjere da se izvrši genocid i/ili
- zato što ta djela nisu bila specifično usmjerena protiv pripadnika jedne etničke ili vjerske grupe, odnosno nisu počinjena protiv pojedinaca iz jedinog razloga što pripadaju određenoj etničkoj ili vjerskoj grupi, te se, kao posljedica toga, ta djela ne mogu kvalificirati kao djela genocida ili druga djela zabranjena Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948; i/ili

2. Imajući u vidu da se djela koja navodi Podnosilac tužbe u svojim podnescima ne mogu pripisati Saveznoj republici Jugoslaviji,

- zato što ih nisu počinili organi Savezne republike Jugoslavije,
- zato što nisu počinjena na teritoriji Savezne republike Jugoslavije,
- zato što nisu počinjena po nalogu ili pod kontrolom organa Savezne republike Jugoslavije,
- zato što ne postoje druge osnove zasnovane na pravilima međunarodnog prava da se smatraju djelima Savezne republike Jugoslavije,

---

<sup>3</sup> Podnesci 3 do 6 odnose se na protuoptužbe koje su naknadno povučene (vidjeti paragrafe 26 i 27 gore u tekstu).

da Sud odbaci kao posljedicu toga sve tvrdnje Podnosioca tužbe i da

3. Bosna i Hercegovina je odgovorna za djela genocida izvršena nad Srbima u Bosni i Hercegovini, kao i za ostala kršenja obaveza utvrđenih Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948,

- zato što je podsticala izvršenje djela genocida „Islamskom deklaracijom“, a posebno stavom sadržanim u toj Deklaraciji da „ne može biti mira ili suživota između ‘islamskog vjerovanja’ i ‘neislamskih’ društvenih i političkih institucija“,
- zato što je podsticala djela genocida u novinskom listu muslimanske omladine „Novi vox“, posebno stihovima „patriotske pjesme“ koji glase:

„Mila majko, zasadiću vrbe,  
Na koje ćemo objesiti Srbe.  
Mila majko, naoštriću kame,  
Uskoro ćemo opet napuniti jame“;

- zato što je u novinama „*Zmaj od Bosne*“ podsticala djela genocida, a posebno rečenicom iz jednog novinskog članka objavljenom u njima da „svaki musliman mora odabrati jednog Srbina i zavjetovati se da će ga ubiti“;
- zato što su javni pozivi na likvidaciju Srba emitirani na radiju “Hajat”, što predstavlja podsticanje na izvršenje djela genocida;
- zato što su oružane snage Bosne i Hercegovine, kao i drugi organi Bosne i Hercegovine, izvršili djela genocida i druga djela zabranjena Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948, nad Srbima u Bosni i Hercegovini, kako je navedeno u poglavlju sedam Protutužbe;
- zato što Bosna i Hercegovina nije spriječila djela genocida nad Srbima na svojoj teritoriji i druga djela zabranjena Konvencijom

o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948, kako je navedeno u poglavlju sedam Protutužbe;

4. Bosna i Hercegovina ima obavezu da kazni osobe koje se smatraju odgovornim za djela genocida i druga djela zabranjena Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948;

5. Bosna i Hercegovina je dužna poduzeti neophodne mjere kako se spomenuta djela ne bi ponovila u budućnosti;

6. Bosna i Hercegovina je dužna ukloniti sve posljedice kršenja obaveza utvrđenih Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. i osigurati adekvatnu odštetu.“

*U ime Vlade Bosne i Hercegovine,*

u Replici:

„Podnosilac tužbe stoga ostaje pri svojim tvrdnjama predstavljenim ovom Sudu 14. aprila 1994. i ukratko ponavlja svoje podneske u cjelini. Bosna i Hercegovina zahtijeva od Međunarodnog suda pravde da presudi i da izrekne:

1. Da je Savezna republika Jugoslavija direktno ili korištenjem svojih surogata prekršila i da krši Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, djelimično uništavajući i nastojeći da uništi u cjelini nacionalne, etničke ili vjerske grupe u okviru, ali i izvan teritorije Bosne i Hercegovine, uključujući posebno muslimansko stanovništvo, slijedećim djelima:

- ubijanje pripadnika grupe;
- uzrokovanje teških tjelesnih ili psihičkih povreda pripadnicima grupe;
- namjerno podvrgavanje grupe uvjetima života sračunatim da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja;
- nametanje mjera koje imaju za cilj da spriječe rađanje unutar grupe;



2. Da je Savezna republika Jugoslavija prekršila i da krši Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida udruživanjem radi izvršenja genocida, saučesništvom u genocidu, nastojanjem da se izvrši genocid, kao i podsticanjem na izvršenje genocida;

3. Da je Savezna republika Jugoslavija prekršila i da krši Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida pružanjem pomoći i podsticanjem pojedinaca i grupa uključenih u djela genocida;

4. Da je Savezna republika Jugoslavija prekršila i da krši Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida nesprečavanjem i nekažnjavanjem djela genocida;

5. Da Savezna republika Jugoslavija mora odmah obustaviti gore navedeno ponašanje i preduzeti hitne i efikasne mjere kako bi se osiguralo potpuno provođenje njenih obaveza prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida;

6. Da Savezna republika Jugoslavija mora izbrisati posljedice svojih međunarodno nezakonitih postupaka i da mora vratiti stanje koje je postojalo prije kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida;

7. Da je, kao posljedica međunarodne odgovornosti nastale zbog gore navedenog kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Savezna republika Jugoslavija dužna platiti, a da Republika Bosna i Hercegovina ima pravo primiti, u svoje ime i kao *parens patriae* za svoje građane, punu nadoknadu za prouzrokovanu štetu i gubitke u iznosu koji će utvrditi Sud u kasnijoj fazi postupka u ovom sporu.

Republika Bosna i Hercegovina zadržava pravo da dopuni ili izmijeni svoje podneske u okviru daljnjeg postupka;

8. Po istom osnovu, zaključci Savezne republike Jugoslavije, koji se odnose na zaključke Bosne i Hercegovine, trebaju biti odbačeni.

9. Što se tiče protutužbenih zahtjeva Tužene strane, Podnosilac tužbe dolazi do slijedećeg zaključka. Ne postoji ni činjenični a niti pravni osnov za tezu da su izvršena djela genocida nad Srbima u Bosni i Hercegovini. Ne postoji ni činjenični a niti pravni osnov za tezu da su takva djela, ukoliko pretpostavimo da će biti utvrđena, bila izvršena pod odgovornošću Bosne i Hercegovine ili da se takva djela, ukoliko budu utvrđena, mogu pripisati Bosni i Hercegovini. Također, ne postoji ni činjenični a niti pravni osnov za tezu da je Bosna i Hercegovina prekršila neku od svojih obaveza prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Naprotiv, Bosna i Hercegovina je neprestano činila sve što je u okviru njenih mogućnosti da poštuje svoje obaveze koje proizlaze iz Konvencije i nastavit će to činiti;

10. Iz ovih razloga, Bosna i Hercegovina zahtijeva od Međunarodnog suda pravde da odbaci protutužbene zahtjeve koje je podnijela Tužena strana u svojoj Protutužbi od 23. jula 1997.“

*U ime Vlade Srbije i Crne Gore,*

u Odgovoru na Repliku<sup>4</sup>:

„Savezna republika Jugoslavija zahtijeva od Međunarodnog suda pravde da izrekne i da presudi:

1. Imajući u vidu da prema muslimanima i Hrvatima nisu prekršene nikakve obaveze predviđene Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948,

- a. zato što djela za koja Podnosilac tužbe tvrdi da su počinjena nisu uopće bila počinjena, odnosno ne u mjeri i na način kako to Podnosilac tužbe tvrdi, ili
- b. zato što su neka djela, ukoliko su bila izvršena, izvršena u odsustvu bilo kakve namjere da se izvrši genocid, i/ili

---

<sup>4</sup> Podnesci 3. do 6. odnose se na protutužbene zahtjeve koji su naknadno povučeni (vidjeti paragrafe 26 i 27 gore u tekstu).

c. zato što ta djela nisu bila specifično usmjerena protiv pripadnika jedne etničke ili vjerske grupe, odnosno nisu bila izvršena protiv pojedinaca iz jedinog razloga što pripadaju određenoj etničkoj ili vjerskoj grupi,

kao posljedica toga, ta se djela ne mogu kvalificirati kao djela genocida ili druga djela zabranjena Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948, i/ili

2. Imajući u vidu da se djela, koja navodi Podnosilac tužbe u svojim podnescima, ne mogu pripisati Saveznoj republici Jugoslaviji,

- zato što ih nisu izvršili organi Savezne republike Jugoslavije,
- zato što nisu bila počinjena na teritoriji Savezne republike Jugoslavije,
- zato što nisu bila počinjena po nalogu, odnosno pod kontrolom organa Savezne republike Jugoslavije,
- zato što ne postoje druge osnove zasnovane na pravilima međunarodnog prava da se oni smatraju djelima Savezne republike Jugoslavije,

da Sud stoga odbaci sve zahtjeve Podnosioca tužbe; i da

3. Bosna i Hercegovina je odgovorna za djela genocida izvršena nad Srbima u Bosni i Hercegovini, kao i za ostala kršenja obaveza utvrđenih Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948,

- zato što je „Islamskom deklaracijom“ podsticala djela genocida, a posebno stavom sadržanim u toj Deklaraciji da „ne može biti mira ili suživota između ‘islamskog vjerovanja’ i ‘neislamskih’ društvenih i političkih institucija“,

- zato što je u novinskom listu muslimanske omladine „Novi vox“ podsticala izvršenje djela genocida, posebno stihovima „patriotske pjesme“ koji glase:

“Mila majko, zasadit ću vrbe,  
Na koje ćemo objesiti Srbe.  
Mila majko, naoštrit ću kame,  
Uskoro ćemo opet napuniti jame”;

- zato što je u novinama „Zmaj od Bosne“ podsticala djela genocida, a posebno rečenicom iz jednog novinskog članka objavljenom u njima da „svaki Musliman mora odrediti jednog Srbina i zavjetovati se da će ga ubiti“;
- zato što su javni pozivi na egzekuciju Srba emitirani na radiju „Hajat“ što predstavlja podsticanje na izvršenje djela genocida;
- zato što su oružane snage Bosne i Hercegovine, kao i drugi organi Bosne i Hercegovine, izvršili djela genocida i druga djela zabranjena Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948 (nabrojana u članu III) nad Srbima u Bosni i Hercegovini, kako je navedeno u poglavlju sedam Protutužbe;
- zato što Bosna i Hercegovina nije spriječila djela genocida i druga djela zabranjena Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948 (nabrojana u članu III) nad Srbima na svojoj teritoriji, kako je navedeno u poglavlju sedam Protutužbe;

4. Bosna i Hercegovina ima obavezu da kazni osobe koje se smatraju odgovornim za djela genocida i druga djela zabranjena Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948;

5. Bosna i Hercegovina je dužna poduzeti neophodne mjere kako se spomenuta djela ne bi ponovila u budućnosti;

6. Bosna i Hercegovina je dužna ukloniti sve posljedice kršenja obaveza utvrđenih Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. i osigurati adekvatnu odštetu.“

66. Tokom usmenog postupka strane u sporu podnijele su slijedeće konačne podneske:

*U ime Vlade Bosne i Hercegovine,*

Na raspravi od 24. aprila 2006:

„Bosna i Hercegovina zahtijeva od Međunarodnog suda pravde da presudi i izrekne:

1. Da je Srbija i Crna Gora, preko svojih organa, odnosno tijela pod njenom kontrolom, prekršila svoje obaveze koje proizlaze iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida namjernim djelimičnim uništavanjem nesrpske nacionalne, etničke ili vjerske grupe u okviru, ali i izvan teritorije Bosne i Hercegovine, uključujući posebno muslimansko stanovništvo, slijedećim djelima:

- ubijanje pripadnika grupe,
- uzrokovanje teških tjelesnih ili psihičkih povreda pripadnicima grupe,
- namjerno podvrgavanje grupe uvjetima života sračunatim da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja,
- nametanje mjera koje imaju za cilj da spriječe rađanje unutar grupe,
- prisilno premještanje djece iz jedne grupe u drugu;

2. Pored toga:

- (i) da je Srbija i Crna Gora saučesništvom u genocidu prekršila svoje obaveze koje proizlaze iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, kako je definirano u paragrafu 1 gore u tekstu; i/ili
- (ii) da je Srbija i Crna Gora prekršila svoje obaveze koje proizlaze iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida pružanjem pomoći i podsticanjem pojedinaca, grupa i tijela koji su učestvovali u djelima genocida, kako je definirano u paragrafu 1 gore u tekstu;

3. Da je Srbija i Crna Gora prekršila svoje obaveze koje proizlaze iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida udruživanjem radi izvršenja genocida, kao i podsticanjem na izvršenje genocida, kako je definirano u paragrafu 1 gore u tekstu;

4. Da je Srbija i Crna Gora nesprečavanjem genocida prekršila svoje obaveze koje proizlaze iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida;

5. Da je Srbija i Crna Gora kršila i da krši svoje obaveze koje proizlaze iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida nekažnjavanjem i nastavljanjem nekažnjavanja djela genocida ili bilo kojih drugih djela zabranjenih Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, kao i neprebacivanjem i nastavljanjem da ne prebacuje pojedince optužene za genocid ili bilo koje drugo djelo zabranjeno ovom Konvencijom u Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju i da u potpunosti saraduje s ovim Tribunalom;

6. Da kršenje međunarodnog prava, koje je iznijeto u podnescima od 1 do 5, predstavlja nezakonita djela koja se pripisuju Srbiji i Crnoj Gori, što za sobom povlači međunarodnu odgovornost, te shodno tome:

- (a) da će Srbija i Crna Gora odmah poduzeti efikasne mjere za osiguravanje punog poštivanja obaveze da kazni djela genocida iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida ili bilo kojeg drugog djela zabranjenog ovom Konvencijom, te da prebaci pojedince optužene za genocid ili za neko drugo djelo zabranjeno ovom Konvencijom u Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju i da u potpunosti saraduje s ovim Tribunalom;
- (b) da Srbija i Crna Gora mora odmah ispraviti posljedice svojih međunarodno nezakonitih postupaka i da - kao posledicu međunarodne odgovornosti nastale za spomenuto kršenje Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida - Bosni i Hercegovini, koja ima pravo primiti, mora platiti, u svoje ime i kao *parens patriae* za svoje građane, punu odštetu za pričinjenu štetu i nanijete gubitke. Da, posebno, takva odšteta treba obuhvatiti svaku finansijski procjenjivu štetu koja se odnosi na:

(i) štetu pričinjenu fizičkim licima djelima taksativno navedenim u članu III Konvencije, uključujući nematerijalnu štetu koju su pretrpjele žrtve ili njihovi preživjeli nasljednici ili sukcesori, kao i članovi njihove porodice;

(ii) materijalnu štetu pričinjenu imovini fizičkih ili pravnih lica, javnoj ili privatnoj, djelima taksativno navedenim u članu III Konvencije;

(iii) materijalnu štetu, koju je pretrpjela Bosna i Hercegovina, vezanu za razumne troškove nastale u cilju otklanjanja, odnosno ublažavanja štete proistekle iz djela taksativno navedenih u članu III Konvencije;

(c) u slučaju da godinu dana po izricanju Presude Suda strane u sporu ne postignu dogovor o karakteru, obliku i iznosu odštete odlučit će Sud, zadržavajući pravo na naknadnu proceduru u tom cilju;

(d) da je Srbija i Crna Gora dužna pružiti konkretne garancije i jamstva da neće ponoviti nezakonita djela koja su predmet Tužbe, gdje će Sud utvrditi oblik takvih garancija i jamstava;

7. Da će se u slučaju neispunjavanja Naloga za određivanje privremenih mjera, koje je Sud izdao 8. aprila 1993. i 13. septembra 1993, smatrati da je Srbija i Crna Gora prekršila svoje međunarodne obaveze i imat će obavezu prema Bosni i Hercegovini da osigura simboličnu nadoknadu za to kršenje, čiji će iznos Sud utvrditi.“

*U ime Vlade Srbije i Crne Gore,*

Na raspravi od 9. maja 2006:

„Srbija i Crna Gora traži od Suda da presudi i izrekne:

- da ovaj Sud nema nadležnost zato što Tužena strana nije imala pristup Sudu u relevantnom momentu; ili, alternativno;

- da ovaj Sud nema nadležnost nad Tuženom stranom zato što Tužena strana nikada nije imala niti je stekla obavezu u odnosu na član IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida i zato što ne postoji nikakav drugi osnov na kome bi se mogla zasnivati nadležnost nad Tuženom stranom.

U slučaju da Sud utvrdi da postoji nadležnost, Srbija i Crna Gora zahtijeva od Suda da presudi i izrekne:

- da se zahtjevi iz paragrafa 1-6 podneska Bosne i Hercegovine, koji se odnose na navodno kršenje obaveza koje proizlaze iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, odbace kao neosnovani bilo po pravnoj bilo po činjeničnoj osnovi,
- da se ni u kom slučaju djela i/ili propusti za koje je navodno odgovorna Tužena strana ne mogu pripisati Tuženoj strani. Takvo bi pripisivanje nužno podrazumijevalo kršenje prava koje se primjenjuje u ovom postupku,
- bez obzira na gore navedene zahtjeve, da reparacija, koja bi u ovom postupku bila data državi Podnosiocu tužbe, u skladu s odgovarajućim tumačenjem Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, bude ograničena na izricanje deklarativne presude,
  - nadalje, bez obzira na gore navedeno, da pitanje pravne odgovornosti za navodno kršenje Naloga o određivanju privremenih mjera, koje je izdao Sud 8. aprila 1993. i 13. septembra 1993, ne potpada pod nadležnost Suda koji ne može osigurati adekvatne pravne lijekove državi Podnosiocu tužbe u kontekstu procedure spora, te kao posljedica toga zahtjev iz paragrafa 7 podnesaka Bosne i Hercegovine treba biti odbačen.“

\*

\*

\*



## II. Identifikacija Tužene strane

67. Sud treba najprije razmotriti pitanje identifikacije Tužene strane u ovom postupku. Nakon završetka usmene rasprave, pismom od 3. juna 2006, predsjednik Republike Srbije obavijestio je Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija da, nakon što je Narodna skupština Crne Gore usvojila Deklaraciju o nezavisnosti 3. juna 2006, „članstvo državne zajednice Srbija i Crna Gora u Ujedinjenim nacijama, uključujući sve organe i organizacije iz sistema Ujedinjenih nacija, nastavlja Republika Srbija, na osnovu člana 60 Ustavne povelje Srbije i Crne Gore“. On je, nadalje, naveo da „u Ujedinjenim nacijama treba ubuduće koristiti naziv ‘Republika Srbija’ umjesto naziva ‘Srbija i Crna Gora’“ i dodao da Republika Srbija „i dalje u potpunosti ostaje odgovorna za sva prava i obaveze državne zajednice Srbija i Crna Gora na osnovu Povelje Ujedinjenih nacija“.

68. Pismom od 16. juna 2006. ministar za vanjske poslove Republike Srbije obavijestio je, između ostalog, Generalnog sekretara da „Republika Srbija nastavlja ostvarivati svoja prava i poštivati obaveze koje proistječu iz međunarodnih ugovora koje je zaključila Srbija i Crna Gora“ i zahtijeva da se „umjesto Srbije i Crne Gore, Republika Srbija smatra članicom svih važećih međunarodnih sporazuma“. U pismu upućenom Generalnom sekretaru 30. juna 2006. ministar za vanjske poslove potvrdio je namjeru Republike Srbije da nastavi ostvarivati prava i poštivati obaveze koje proistječu iz međunarodnih ugovora koje je zaključila Srbija i Crna Gora. On je precizirao da „sve ugovorne obaveze koje je preuzela Srbija i Crna Gora i dalje važe u odnosu na Republiku Srbiju počevši od 3. juna 2006.“ i da „sve izjave, rezerve i notifikacije koje je dala Srbija i Crna Gora preuzima Republika Srbija, sve dok je drugačije ne obavijesti Generalni sekretar kao depozitar“.

69. Rezolucijom broj 60/264, Generalna skupština je 28. juna 2006. primila Republiku Crnu Goru (dalje u tekstu „Crna Gora“) za novu članicu Ujedinjenih nacija.

70. Pismima od 19. jula 2006. Registrar je zatražio od zastupnika Bosne i Hercegovine, zastupnika Srbije i Crne Gore i ministra za vanjske poslove Crne Gore da dostave Sudu stavove svojih Vlada o posljedicama koje se dovode u vezu s gore navedenim događajima u kontekstu ovog spora. Pismom od 26. jula 2006. zastupnik Srbije i Crne Gore objasnio je da, po

mišljenju njegove Vlade, „postoji kontinuitet između Srbije i Crne Gore i Republike Srbije (na osnovu člana 60 Ustavne povelje Srbije i Crne Gore)“. On je konstatirao da je subjekt, koji su činile Srbija i Crna Gora, „zamijenjen dvjema odvojenim državama, od kojih je jedna Srbija a druga Crna Gora“. U takvim okolnostima, njegova Vlada je mišljenja da „Podnosilac tužbe treba najprije zauzeti stav, a potom donijeti odluku da li želi ostati pri svojoj prvobitnoj optužbi koja obuhvata i Srbiju i Crnu Goru ili će izabrati drugačije“.

71. U pismu od 16. oktobra 2006, upućenom Registraru, zastupnik Bosne i Hercegovine pozvao se na pismo od 26. jula 2006, koje je uputio zastupnik Srbije i Crne Gore, i primijetio da su definiranje Srbije kao sljednika bivše Srbije i Crne Gore prihvatili i Crna Gora i međunarodna zajednica. On je, međutim, nadalje iznio, kako slijedi:

„Ovakvo prihvatanje nema i ne može imati nikakav efekt na primjenjivana pravila o državnoj odgovornosti. Očigledno je da se ona ne mogu mijenjati bilateralno ili retroaktivno. U vrijeme izvršenja genocida, kao i u vrijeme pokretanja ovog spora, Srbija i Crna Gora predstavljala je jedinstvenu državu. Prema tome, Bosna i Hercegovina smatra da su i Srbija i Crna Gora, zajedno i pojedinačno, odgovorne za nezakonito ponašanje koje predstavlja razlog za tužbu u ovom sporu.“

72. Pismom od 29. novembra 2006. glavni državni tužilac Crne Gore, pošto je naveo svoje svojstvo da postupa kao legalni predstavnik Republike Crne Gore, pozvao se na pismo zastupnika Bosne i Hercegovine od 16. oktobra 2006, citirano u prethodnom paragrafu, izražavajući mišljenje da su „i Srbija i Crna Gora, zajedno i pojedinačno, odgovorne za nezakonito ponašanje koje predstavlja razlog za tužbu u ovom sporu“. Glavni državni tužilac naveo je da se takav navod tiče odgovornosti prema međunarodnom pravu suverene države Crne Gore i da Crna Gora to smatra pokušajem da ona postane, na taj način, učesnik bez svoje saglasnosti „to jeste, da postane Tužena strana u ovom postupku“. Glavni državni tužilac skrenuo je pažnju na činjenicu da je nakon održavanja referenduma u Crnoj Gori, 21. maja 2006, Narodna skupština Crne Gore usvojila odluku o proglašenju nezavisnosti Republike Crne Gore. Po mišljenju glavnog državnog tužioca, Republika Crna Gora postala je „nezavisna država s punim međunarodnopravnim subjektivitetom u okviru svojih postojećih administrativnih granica“ i dodao:

„Pitanje međunarodnopravne sukcesije državne zajednice Srbija i Crna Gora regulirano je u članu 60 Ustavne povelje i, u skladu s tim članom, pravni nasljednik državne zajednice Srbija i Crna Gora je Republika Srbija koja je kao suverena država postala sljednik svih međunarodnih obaveza i nasljednik u međunarodnim organizacijama.“

Glavni državni tužilac zaključio je da u sporu pred Sudom „iz gore navedenih razloga, Republika Crna Gora ne može, dakle, imati svojstvo Tužene strane“.

73. Pismom od 11. decembra 2006. zastupnik Srbije pozvao se na pisma Podnosioca tužbe i Crne Gore, navedena u paragrafima 71 i 72 gore u tekstu, i primijetio da postoji „očigledna kontradikcija između stava Podnosioca tužbe, s jedne, i stava Crne Gore, s druge strane, u pogledu pitanja da li takav postupak može ili ne može proizvesti odluku koja bi rezultirala međunarodnom odgovornošću Crne Gore“ za nezakonito ponašanje na koje se poziva Podnosilac tužbe. Zastupnik je naveo da „Srbija smatra da ovo pitanje treba riješiti Sud“.

74. Sud primjećuje da su se činjenice i događaji na kojima se zasnivaju konačni podnesci Bosne i Hercegovine dogodili onda kada su Srbija i Crna Gora činile jedinstvenu državu.

75. Sud konstatira da je Srbija prihvatila „kontinuitet između Srbije i Crne Gore i Republike Srbije“ (paragraf 70 gore u tekstu) i da je preuzela odgovornost za „svoje obaveze koje proistječu iz međunarodnih ugovora koje je zaključila Srbija i Crna Gora“ (paragraf 68 gore u tekstu), uključujući tako i obaveze iz Konvencije o genocidu. Crna Gora, s druge strane, ne tvrdi da je sljednik Srbije i Crne Gore.

76. Sud podsjeća na osnovni princip da nijedna država ne može biti predmetom njegove nadležnosti bez pristanka; kao što je to Sud primijetio u slučaju *Određeno fosfatno zemljište u Nauru (Nauru protiv Australije)*, „nadležnost Suda zavisi od saglasnosti država te, prema tome, Sud ne može prisiliti neku državu da se pojavi pred njim...“ (*Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1992*, strana 260, paragraf 53). U Presudi od 11. jula 1996 (vidjeti paragraf 12 gore u tekstu), čiji će značaj biti kasnije objašnjen, Sud je smatrao da takva saglasnost, u cilju ovog spora, postoji od SRJ, koja je kasnije preimenovana u Srbiju i Crnu Goru, bez ikakve

promjene pravnog subjektiviteta. Jasno proizlazi iz događaja o kojima se govori u paragrafima od 67 do 69 gore u tekstu da Republika Crna Gora ne nastavlja pravni subjektivitet Srbije i Crne Gore; ona, stoga, ne može na toj osnovi steći status Tužene strane u ovom sporu. Iz pisma od 29. novembra 2006, koje je citirano u paragrafu 72 gore u tekstu, također je jasno da Crna Gora, u cilju ovog spora, nije dala saglasnost za nadležnost Suda nad njom. Nadalje, u pismu od 16. oktobra 2006. Podnosilac tužbe ne tvrdi da je Crna Gora i dalje strana u ovom sporu; Podnosilac tužbe samo naglašava svoje stavove o zajedničkoj i pojedinačnoj odgovornosti Srbije i Crne Gore.

77. Sud stoga konstatira da Republika Srbija ostaje Tužena strana u sporu i da je u vrijeme donošenja ove Presude zaista jedina Tužena strana. Prema tome, bilo kakvi zaključci koje Sud donese u operativnom dijelu ove Presude upućeni su na Srbiju.

78. Međutim, treba imati na umu da se bilo koja odgovornost za protekle događaje, koja bude utvrđena ovom Presudom, odnosila u datome trenutku na državu Srbiju i Crnu Goru.

79. Sud primjećuje da je Republika Crna Gora članica Konvencije o genocidu. Sve članice ove Konvencije preuzele su obaveze koje iz nje proistječu, posebno obavezu saradnje u cilju kažnjavanja počinitelaca genocida.

\*

\*           \*

### **III. Nadležnost Suda**

#### **(1) Uvod: Prigovor Srbije i Crne Gore na nadležnost**

80. Pored činjenice da je 1996. Sud donio Presudu o preliminarnim prigovorima na njegovu nadležnost (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996*

(II), strana 595, dalje u tekstu: Presuda iz 1996), te iako je ovaj slučaj došao u fazu usmene rasprave o meritumu, Inicijativom je pokrenuto jedno važno pitanje nadležnosti i od Suda je zatraženo da o tome donese odluku (vidjeti paragrafe od 26 do 28 gore u tekstu). Osnovu nadležnosti prema Podnosiocu tužbe, a potvrđenu od Suda Presudom iz 1996, predstavlja član IX Konvencije o genocidu. Socijalistička federativna republika Jugoslavija (dalje u tekstu: SFRJ) postala je članica te Konvencije 29. augusta 1950. Suštinski, centralno pitanje koje sada pokreće Tužena strana jeste da li je u vrijeme podnošenja Zahtjeva za pokretanje ovog postupka Tužena strana bila ili nije bila sljednik SFRJ. Tužena strana sada tvrdi da nije predstavljala državu sljednika i da, prema tome, u vrijeme pokretanja ovog postupka ne samo da nije bila članica Konvencije o genocidu već nije bila ni članica Statuta Suda na osnovu članstva u Ujedinjenim nacijama; te da, s obzirom da nije bila članica, nije imala ni pristup Sudu s posljedicom da Sud nije imao nadležnost *ratione personae* nad njom.

81. Ova je rasprava, u kontekstu ovog spora, prvi put pokrenuta „Inicijativom upućenom Sudu da po službenoj dužnosti preispita nadležnost nad Jugoslavijom“, koju je podnijela Tužena strana 4. maja 2001 (paragraf 26 gore u tekstu). Okolnosti koje leže u osnovi te Inicijative bit će detaljnije obrađene dalje u tekstu (paragrafi 88-99). Ukratko, situacija je bila takva da je 27. oktobra 2000. Tužena strana, pošto je tvrdila da je od raspada SFRJ 1992. bila sljednik te države i da je kao takva zadržala članstvo SFRJ u Ujedinjenim nacijama, podnijela „u svjetlu primjene Rezolucije Vijeća sigurnosti broj 777 (1992)“ zahtjev da bude primljena u Organizaciju kao nova članica, čime je, ustvari, odustala od svoje prethodne tvrdnje. Tužena strana tvrdila je da je 2000. postalo jasno da nije bila članica Ujedinjenih nacija u periodu od 1992. do 2000, te da nije bila članica Statuta na dan podnošenja Zahtjeva u vezi s ovim sporom, te da nije bila članica Konvencije o genocidu tog datuma. Tužena strana zaključila je da „Sud [nije imao] nadležnost *ratione personae* nad Tuženom stranom“. Ona je zatražila od Suda da „obustavi postupak vezan za meritum spora dok se ne donese odluka o ovoj Inicijativi“.

82. Pismom od 12. juna 2003. Registrar je, postupajući po instrukcijama Suda, obavijestio Tuženu stranu da Sud nije mogao postupati po zahtjevu, sadržanom u tom dokumentu, da se postupak obustavi dok se ne donese odluka o pitanjima nadležnosti koja se ovim dokumentom pokreću. Tužena strana ipak je obaviještena da Sud „neće donijeti presudu o meritumu u ovom sporu sve dok ne utvrdi svoju nadležnost“ i da „ukoliko Srbija i Crna

Gora želi Sudu prezentirati dodatne argumente o pitanjima nadležnosti, tokom usmene rasprave o meritumu, ona to može slobodno i učiniti“. Dakle, Tužena strana pokrenula je u smislu „proceduralnog pitanja“ upit da li je Tužena strana imala pristup Sudu na dan podnošenja Zahtjeva i svaka od strana u sporu je o tom pitanju uputila argumentaciju Sudu. Istovremeno, Podnosilac tužbe ipak smatra da se Sud ne bi mogao baviti ovim pitanjem, odnosno da ga Tužena strana nema pravo postavljati u ovoj fazi postupka. Ovakve tvrdnje bit će razmotrene dalje u tekstu.

83. Nakon toga, 15. decembra 2004, Sud je donio Presudu povodom osam sporova koje je Srbija i Crna Gora pokrenula protiv država članica NATO (sporovi o *Legalnosti upotrebe sile*). Zahtjevi za pokretanje postupka u tim sporovima podnijeti su 29. aprila 1999, dakle prije prijema Srbije i Crne Gore (tada poznate kao Savezna republika Jugoslavija) u Ujedinjene nacije 1. novembra 2000. U svakom od ovih pojedinačnih sporova, Sud je zauzeo stav da nema nadležnost razmotriti tvrdnje iz zahtjeva (vidjeti, naprimjer, *Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 2004*, strana 328, paragraf 129) zato što „Srbija i Crna Gora, u vrijeme pokretanja ovih postupaka, nije imala pristup Sudu ni prema paragrafu 1 niti prema paragrafu 2 člana 35 Statuta“ (*Ibid.*, strana 327, paragraf 127). Sud je smatrao, „uzimajući u obzir pravne posljedice novog razvoja događaja od 1. novembra 2000“, da „Srbija i Crna Gora nije bila članica Ujedinjenih nacija i, kao takva, ni članica Statuta Međunarodnog suda pravde u vrijeme podnošenja njenog zahtjeva...“ (*Ibid.*, strana 311, paragraf 79). U tim presudama nije donijet nikakav zaključak o tome da li je Tužena strana bila članica Konvencije o genocidu u datom vremenu.

84. Obje strane u sporu priznaju da svaka od ovih presuda ima snagu principa već presuđene pravne stvari u tom konkretnom slučaju za strane u sporu; međutim, one također priznaju da ove presude, s obzirom da nisu donijete u ovom sporu i da uključuju države koje nisu strane u ovom sporu, ne predstavljaju već presuđenu pravnu stvar za ciljeve ovog postupka. Međutim, imajući u vidu zaključke u sporovima o *Legalnosti upotrebe sile*, u pogledu statusa SRJ u odnosu na Ujedinjene nacije i Sud 1999, Tužena strana pozvala se na te odluke kako bi potkrijepila svoje tvrdnje u ovom sporu.

85. Bosna i Hercegovina je tražila da se Sud, u ovako kasnoj fazi postupka, treba uzdržati od razmatranja pitanja koja je Tužena strana

pokrenula u vezi sa statusom Srbije i Crne Gore u odnosu na član 35 Statuta, s jedne, i Konvencije o genocidu, s druge strane, zato što je ponašanje Tužene strane u ovom sporu dovelo do stvaranja svojevrsnog *forum prorogatum* ili jedne situacije zabrane poricanja prethodne tvrdnje, ili da to Tuženoj strani zabranjuje da u ovoj fazi postupka tvrdi da nije imala pristup Sudu u vrijeme pokretanja postupka; i da su pitanja koja je pokrenula Tužena strana već riješena Presudom iz 1996, koja ima autoritet već presuđene pravne stvari.

86. Kao posljedica „Inicijative“ Tužene strane (paragraf 81 gore u tekstu) i kasnije argumentacije koja se tiče „pitanja procedure“, pred Sudom se u osnovi nalazi prigovor Tužene strane na njegovu nadležnost koji je preliminaran, jer ako se prihvati, Sud neće pristupiti utvrđivanju merituma. Podnosilac tužbe je protiv toga da Sud i dalje razmatra osporavanje nadležnosti. Ova pitanja očigledno zahtijevaju da budu razmotrena kao preliminarne pitanja, te je iz tog razloga Sud naložio Registraru da stranama u sporu uputi pismo od 12. juna 2003, o kojemu se govori u paragrafu 82 gore u tekstu. Ovo je pismo imalo za cilj da prenese stranama u sporu da će Sud saslušati bilo koji argument koji bi mu eventualno bio predložen, a koji je pokrenut Inicijativom, ne indicirajući pritom šta bi mogla biti njeno odluka u vezi s takvim argumentima.

87. Da bi se pojasnila pozadina ovih pitanja, Sud će najprije ukratko razmotriti historijat odnosa između Tužene strane i Ujedinjenih nacija od raspada SFRJ 1992. do prijema Srbije i Crne Gore (koja se tada zvala Savezna Republika Jugoslavija) u Ujedinjene nacije 1. novembra 2000. Prethodne odluke Suda u ovom sporu, kao i u sporu *Zahtjev za reviziju*, ukratko su navedene gore u tekstu (paragrafi 4, 8, 12 i 31). One će biti detaljnije spomenute u nastavku teksta (paragrafi 105-113) u cilju (posebno) razmatranja tvrdnji Bosne i Hercegovine o pitanju autoriteta već presuđene pravne stvari.

\* \*

## **(2) Historijat statusa SRJ u odnosu na Ujedinjene nacije**

88. Početkom 1990-ih godina, SFRJ, koja je bila jedna od osnivača Ujedinjenih nacija i koju su činile Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, Srbija i Slovenija, počela se raspadati. Hrvatska i Slovenija su

istovremeno proglasile nezavisnost 25. juna 1991, nakon čega je to učinila Makedonija 17. septembra 1991. i Bosna i Hercegovina 6. marta 1992. Bosna i Hercegovina, Hrvatska i Slovenija primljene su u članstvo Ujedinjenih nacija 22. maja 1992, a Bivša Jugoslavenska Republika Makedonija 8. aprila 1993.

89. Učesnici zajedničke sjednice Skupštine SFRJ, Narodne skupštine Republike Srbije i Skupštine Republike Crne Gore 27. aprila 1992. usvojili su Deklaraciju gdje se u važnijim dijelovima navodi:

„ .....

1. Savezna republika Jugoslavija, nastavljajući državni, međunarodnopravni i politički subjektivitet Socijalističke federativne republike Jugoslavije, striktno će poštivati sve obaveze koje je preuzela SFR Jugoslavija na međunarodnom planu,

.....

ostajući vezana svim svojim obavezama prema međunarodnim organizacijama i institucijama čija je članica...” (dokument Ujedinjenih nacija A/46/915, Aneks II).

90. U jednoj zvaničnoj noti Stalne misije Jugoslavije pri Organizaciji ujedinjenih nacija od 27. aprila 1992, upućene Generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija, navodi se slijedeće:

„Skupština Socijalističke federativne republike Jugoslavije na sjednici održanoj 27. aprila 1992. proglasila je Ustav Savezne republike Jugoslavije. U skladu s Ustavom, na osnovu nastavljanja subjektiviteta Jugoslavije i legitimnih odluka Srbije i Crne Gore da nastave živjeti zajedno u Jugoslaviji, Socijalistička federativna republika Jugoslavija postaje Savezna republika Jugoslavija koja se sastoji iz Republike Srbije i Republike Crne Gore.

Striktno poštujući kontinuitet međunarodnog subjektiviteta Jugoslavije, Savezna republika Jugoslavija će nastaviti da izvršava sva prava data Socijalističkoj federativnoj republici Jugoslaviji i prihvatiti sve obaveze koje je SFRJ preuzela u međunarodnim odnosima,



uključujući njeno članstvo u svim međunarodnim organizacijama i učesće u međunarodnim ugovorima koje je ratificirala ili kojima je pristupila“ (dok. UN A/46/915, Aneks I).

91. Vijeće sigurnosti je 30. maja 1992. usvojilo Rezoluciju 757 (1992) u kojoj se, između ostalog, napominje da “tvrdnja Savezne republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora), po kojoj ona automatski osigurava kontinuitet bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije kao članice Organizacije ujedinjenih nacija, nije bila generalno prihvaćena”.

92. Vijeće sigurnosti je 19. septembra 1992. usvojilo Rezoluciju 777 (1992) koja glasi:

*„Vijeće sigurnosti,*

*Potvrđujući* svoju Rezoluciju 713 (1991) od 25. septembra 1991. i sve kasnije relevantne rezolucije,

*Smatrajući* da je država, prethodno poznata kao Socijalistička federativna republika Jugoslavija, prestala postojati,

*Podsjećajući* posebno na Rezoluciju 757 (1992) u kojoj se konstatira da „tvrdnja Savezne republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora), po kojoj ona automatski osigurava kontinuitet bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije kao člana Organizacije ujedinjenih nacija, nije bila generalno prihvaćena“,

*1. Smatra* da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) ne može automatski osigurati kontinuitet članstva bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije u Ujedinjenim nacijama; i stoga *preporučuje* Generalnoj skupštini da donese odluku da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) treba podnijeti zahtjev za pristupanje u članstvo Ujedinjenih nacija i da neće učestvovati u radu Generalne skupštine;

*2. Odlučuje* da razmotri ovo pitanje ponovo prije kraja glavnog dijela četrdeset i sedmog zasjedanja Generalne skupštine.“

Ova Rezolucija usvojena je sa 12 glasova za, nijednim glasom protiv, uz tri suzdržana glasa.

93. Generalna skupština je 22. septembra 1992. usvojila Rezoluciju 47/1, koja glasi:

*„Generalna skupština,*

*Primivši preporuku Vijeća sigurnosti od 19. septembra 1992, prema kojoj bi Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) trebala podnijeti zahtjev za članstvo u Ujedinjenim nacijama i da ne može učestvovati u radu Generalne skupštine,*

*1. Smatra da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) automatski ne može nastaviti (u kontinuitetu) ulogu države članice Organizacije ujedinjenih nacija umjesto bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije; i da shodno tome odlučuje da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) treba podnijeti zahtjev za članstvo u Ujedinjenim nacijama i da ne može učestvovati u radu Generalne skupštine;*

*2. Konstatira namjeru Vijeća sigurnosti da ponovo razmotri ovo pitanje prije kraja glavnog dijela četrdeset i sedmog zasjedanja Generalne skupštine.“*

Ova Rezolucija usvojena je sa 127 glasova za, 6 protiv i 26 suzdržanih.

94. Stalni predstavnici Bosne i Hercegovine i Hrvatske, 25. septembra 1992, uputili su pismo Generalnom sekretaru u kojem su, pozivajući se na Rezoluciju 777 (1992) Vijeća sigurnosti i Rezoluciju 47/1 Generalne skupštine, iznijeli slijedeći zajednički stav: „U ovom momentu neosporno je da Socijalistička federativna republika Jugoslavija nije više članica Ujedinjenih nacija. S druge strane, jasno je da Savezna republika Jugoslavija još uvijek nije članica.“ Zaključili su da „zastava koja se vije ispred Ujedinjenih nacija, kao i tabla s imenom ‘Jugoslavija’, ne predstavljaju više nikoga i ništa“ i zamolili su Generalnog sekretara da „im pruži pravno objašnjenje u vezi s gornjim pitanjima“ (Ujedinjene nacije dok. A/47/474).

95. Kao odgovor na to, zamjenik Glavnog sekretara i pravni savjetnik Ujedinjenih nacija uputio je 29. septembra 1992. pismo stalnim predstavnicima Bosne i Hercegovine i Hrvatske u kojem iznosi da je „razmotreno stanovište Sekretarijata Organizacije ujedinjenih nacija u vezi s praktičnim posljedicama usvajanja Rezolucije 47/1 Generalne skupštine“ slijedeće:

„Iako je Generalna skupština nesumnjivo konstatirala da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) ne može automatski nastaviti članstvo bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije u Ujedinjenim nacijama, kao i da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) treba podnijeti zahtjev za članstvo u Ujedinjenim nacijama, jedina praktična posljedica koju ima ova Rezolucija jeste da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) ne može *učestvovati* u radu Generalne skupštine. Jasno je, zbog toga, da predstavnici Savezne republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) više ne mogu *učestvovati* u radu Generalne skupštine i njenim pomoćnim organima niti na konferencijama i skupovima koje ona saziva.

S druge strane, Rezolucija nije niti okončala niti suspendirala *članstvo* Jugoslavije u Organizaciji. Prema tome, mjesto i pločica s nazivom države ostaju i dalje, ali u organima Generalne skupštine predstavnici Savezne republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) ne mogu sjediti iza oznake ‘Jugoslavija’. Misije Jugoslavije pri Ujedinjenim nacijama u sjedištu i uredima mogu nastaviti funkcionirati, primati i dostavljati dokumente. U sjedištu će Sekretarijat nastaviti isticati zastavu stare Jugoslavije s obzirom da je to posljednja zastava Jugoslavije koju je koristio Sekretarijat. Rezolucija ne oduzima pravo Jugoslaviji da učestvuje u radu organa osim Generalne skupštine. Prijemom u Ujedinjene nacije nove Jugoslavije, u skladu s članom 4 Povelje, okončat će se stanje stvoreno Rezolucijom 47/1“ (Ujedinjene nacije dok. A/47/485; kurziv preuzet iz originala).

96. Generalna skupština je 29. aprila 1993, po preporuci sadržanoj u Rezoluciji 821 (1993) Vijeća sigurnosti, sličnoj po sadržini Rezoluciji 777 (1992), usvojila Rezoluciju 47/229 u kojoj je donijela odluku da „Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) ne može učestvovati u radu Ekonomskog i socijalnog vijeća“.

97. U svojim presudama u sporovima koji se odnose na *Legalnost upotrebe sile* (paragraf 83 gore u tekstu), Sud je komentirao takav redoslijed događaja, konstatirajući da „svi ovi elementi pokazuju veoma veliku konfuziju i složenost situacije nastale unutar Ujedinjenih nacija oko pitanja pravnog statusa Savezne republike Jugoslavije u Organizaciji tokom ovog perioda“ (*Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 308, paragraf 73); Sud se prethodno, u jednom drugom kontekstu, pozvao na „položaj *sui generis* u kojemu se našla SRJ u pogledu Organizacije ujedinjenih nacija“ u periodu od 1992. do 2000 (*l. c.* citirajući *Izvještaj, Međunarodni sud pravde, 2003*, strana 31, paragraf 71).

98. Međutim, 2000. jedan novi slijed događaja stavio je kraj ovakvoj situaciji. Gospodin Koštunica je 24. septembra 2000. izabran za predsjednika SRJ. U tom svojstvu, 27. oktobra 2000, uputio je pismo Generalnom sekretaru tražeći prijem SRJ u članstvo Ujedinjenih nacija na slijedeći način:

„Nakon temeljnih demokratskih promjena koje su se dogodile u Saveznoj republici Jugoslaviji, imam čast, u svojstvu predsjednika, da zatražim prijem Savezne republike Jugoslavije u Organizaciju ujedinjenih nacija, kao nastavak *primjene Rezolucije 777 (1992) Vijeća sigurnosti*“ (Ujedinjene nacije, dok. A/55/528-S/2000/1043; kurziv upotrijebljen od Suda).

99. Postupajući u skladu s ovim zahtjevom za prijem SRJ u članstvo Ujedinjenih nacija, Vijeće sigurnosti je 31. oktobra 2000. „*preporučilo* Generalnoj skupštini da se Savezna republika Jugoslavija primi u članstvo Organizacije ujedinjenih nacija“ (Ujedinjene nacije, dok. S/RES/1326). Generalna skupština je 1. novembra 2000. Rezolucijom 55/12, „*primivši* preporuku Vijeća sigurnosti od 31. oktobra 2000.“ i „*razmotrivši* zahtjev za članstvo Savezne republike Jugoslavije“, odlučila da „primi Saveznu republiku Jugoslaviju u članstvo Organizacije ujedinjenih nacija“.

\* \* \*

### **(3) Odgovor Bosne i Hercegovine**

100. Sud će sada razmotriti odgovor Podnosioca tužbe na prigovor o nadležnosti koji je uputila Tužena strana, odnosno tvrdnju Bosne i

Hercegovine da Sud ne treba razmatrati pitanje o statusu Tužene strane u vrijeme podnošenja Prijedloga za pokretanje postupka, koje je Tužena strana pokrenula u svojoj Inicijativi (paragraf 81 gore u tekstu). Bosna i Hercegovina je kao prvo iznijela da je Tužena strana imala obavezu, već u stadiju postupka u vezi s preliminarnim prigovorima 1996, pokrenuti pitanje da li je SRJ (Srbija i Crna Gora) bila članica Ujedinjenih nacija i da, s obzirom da ona to nije učinila, princip već presuđene pravne stvari (*res judicata*), koji proizlazi iz Presude Suda iz 1996. povodom tih prigovora, onemogućava da se ponovo otvori to pitanje. Nadalje, Podnosilac tužbe iznosi argument da bi Sud, budući da je 1996. donio odluku da je nadležan u ovom sporu, prekršio princip *res judicata* ukoliko bi sada donio drugačiju odluku i da Sud ne može dovesti u pitanje autoritet svojih odluka sa svojstvom već presuđene pravne stvari.

101. Prva tvrdnja, vezana za navodne posljedice činjenice da Srbija, u fazi preliminarnih prigovora, nije pokrenula pitanje pristupa Sudu u skladu s članom 35, može se tretirati u sažetoj formi. Bosna i Hercegovina je iznijela argument da bi prihvatanje prigovora Tužene strane „značilo da Tužena strana, pošto je iznijela jedan ili više preliminarnih prigovora, još uvijek može pokrenuti nove prigovore na štetu efikasnosti pravde, nesmetanog toka postupka, a u ovom sporu i doktrine *res judicata*“. Međutim, treba napomenuti da, ukoliko se jedna strana u postupku opredijeli da pred Sudom ne pokreće pitanje nadležnosti putem procedure preliminarnih prigovora u skladu s članom 79 Pravila, toj strani nije nužno onemogućeno da pokrene to pitanje tokom postupka o meritumu spora. Kao što je Sud konstatirao u sporu *Avena i drugi meksički državljani (Meksiko protiv Sjedinjenih Američkih Država)*:

„Postoje zasigurno okolnosti u kojima se može smatrati da ona strana koja je propustila da ospori nadležnost može biti smatrana kao da je prihvatila tu nadležnost (*Žalba koja se odnosi na nadležnost Vijeća ICAO, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972, strana 52, paragraf 13*). Međutim, izvan te hipoteze, strana koja propusti da koristi proceduru iz člana 79 gubi bez sumnje pravo da traži obustavljanje postupka o meritumu, ali još uvijek može podnijeti takav prigovor zajedno s meritumom“ (*Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 29, paragraf 24*).

Taj prvi argument Bosne i Hercegovine treba se, dakle, shvatiti kao tvrdnja da je Tužena strana svojim ponašanjem u odnosu na spor, uključujući njen propust da pokrene pitanje primjene člana 35 Statuta putem preliminarnog

prigovora ili na drugi način u ranijoj fazi postupka, prihvatila nadležnost. Ovaj argument Bosne i Hercegovine treba posmatrati kao paralelu gore spomenutoj argumentaciji (paragraf 85), po kojoj je Tuženoj strani oduzeto pravo da od Suda zatraži da razmotri ovo pitanje - koliko zbog principa dobronamjernosti toliko zbog zabrane poricanja prethodne izjave ili primjene principa *allegans contraria nemo audietur*.

102. Sud smatra da nije neophodno da ovdje razmatra da li je ponašanje Tužene strane bilo takvo da bi se moglo smatrati kao prihvatanje nadležnosti Suda. Takvo prihvatanje, ukoliko se utvrdi, moglo bi biti od značaja za traženje postojanja saglasne nadležnosti, a posebno nadležnosti *ratione materiae* u skladu s članom IX Konvencije o genocidu, ali ne i za pitanje da li neka država ima sposobnost, u skladu sa Statutom, da bude strana u postupku pred Sudom.

Ovo drugo pitanje može se posmatrati kao pitanje koje prethodi pitanju nadležnosti *ratione personae*, odnosno kao konstitutivni element nadležnosti *ratione personae*. I u jednom i u drugom slučaju, za razliku od većine pitanja nadležnosti, ovdje se ne radi o saglasnosti strana: kao što je Sud konstatirao u sporovima koji se tiču *Legalnosti upotrebe sile*:

„treba praviti razliku između pitanja nadležnosti vezanog za saglasnost jedne strane i pitanja prava jedne strane da se pojavi pred Sudom u skladu s uvjetima iz Statuta, koje ne implicira jednu takvu saglasnost. Pitanje koje se postavlja je to da li je, po pitanju *prava*, Srbija i Crna Gora, u momentu kada je pokrenula postupak u ovim sporovima, imala svojstvo da se obrati Sudu kao strana u Statutu. Pošto je to pitanje nezavisno od stavova ili želja strana, čak i onda kada bi one postigle zajednički stav o tom pitanju, Sud ne bi morao prihvatiti taj stav kao nužno ispravan. Dakle, Sud mora ispitati to pitanje i doći do vlastitog zaključka nezavisno od saglasnosti strana u sporu, što ni na koji način nije nespojivo s principom po kojem je nadležnost Suda podređena jednoj takvoj saglasnosti“ (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije) Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 295, paragraf 36; kurziv preuzet iz originala*).

103. Iz ovoga slijedi da, bez obzira da li se može smatrati da je Tužena strana prihvatila nadležnost Suda u ovom sporu, takvo prihvatanje ni na koji

način ne onemogućava Sud da razmotri i donese odluku po gore postavljenom pitanju. Isto razmišljanje primjenjuje se i na argument po kojem Tuženoj strani nije dopušteno da u ovoj fazi pokreće to pitanje, odnosno da je ona u tome spriječena iz razloga principa zabrane poricanja prethodne izjave. Svi se takvi stavovi mogu, na kraju krajeva, svesti isključivo na pripisivanje Tuženoj strani implicitnog prihvatanja, odnosno pretpostavljene saglasnosti kada se radi o nadležnosti Suda; međutim, kao što je već gore izneseno, *ad hoc* saglasnost jedne strane u sporu razlikuje se od pitanja njene sposobnosti da bude strana u postupku pred ovim Sudom.

104. Međutim, druga teza koju je iznijela Bosna i Hercegovina je da se potvrdi da je, objektivno i nezavisno od bilo kakvih posljedica ponašanja Tužene strane, pitanje primjene člana 35 Statuta u ovom sporu već bilo riješeno kao princip već presuđene pravne stvari i da bi time, ukoliko bi Sud opovrgnuo svoju odluku o nadležnosti iz 1996, pogazio osnovna pravila prava. Da bi se procijenila validnost ove teze, Sud će prvo sagledati svoje prethodne odluke u ovom sporu u kojima se izjasnio o svojoj nadležnosti ili, još preciznije, o pitanju sposobnosti Srbije i Crne Gore da se može pojaviti pred Sudom.

\* \*

#### **(4) Relevantne prethodne odluke Suda**

105. Sud je u ovom sporu, 8. aprila 1993, izdao Nalog za određivanje određenih privremenih mjera. U tom Nalogu, Sud je ukratko razmotrio okolnosti raspada SFRJ, kao i tvrdnju Tužene strane (koja se tada zvala „Jugoslavija (Srbija i Crna Gora)“) o kontinuitetu s tom državom i proizlazeće pravo na nastavak članstva u Ujedinjenim nacijama. Napomenuto je da je „usvojeno rješenje“ u okviru Ujedinjenih nacija bilo „ne bez pravnih teškoća“, ali je zaključio da je „pitanje da li je ili nije Jugoslavija članica Ujedinjenih nacija, te kao takva i strana u Statutu Suda, pitanje koje Sud ne mora definitivno utvrditi u ovoj fazi postupka“ (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije (Srbija i Crna Gora)), Privremene mjere, Nalog od 8. aprila 1993,*

*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993*, strana 14, paragraf 18). Ovakav se zaključak djelimično zasnivao na stavu o djelovanju odredbe člana 35, stav 2, Statuta, koji je Sud privremeno zauzeo (*Ibid.*, paragraf 19). Nalog je sadržavao rezervu, koja se obično uključuje u naloge za izricanje privremenih mjera, „da odluka donijeta u ovom postupku ni na koji način ne prejudicira pitanje nadležnosti Suda da razmotri meritum spora... i da ostavlja netaknutim pravo Vlada Bosne i Hercegovine i Jugoslavije da iznesu argumente u pogledu [tog pitanja]“ (*Ibid.*, strana 23, paragraf 51). Prema tome, evidentno je da se ne javlja nikakvo pitanje o utjecaju principa već presuđene pravne stvari (*res judicata*) u odnosu na Nalog od 8. aprila 1993. Jedan drugi Nalog o privremenim mjerama izdat je 13. septembra 1993, ali nije sadržavo nijedan relevantan element vezan za ovo pitanje.

106. Tužena je strana 1995. pokrenula sedam preliminarnih prigovora (od kojih je jedan kasnije povučen); tri od tih prigovora pozivali su Sud da konstatira da nema nadležnost u ovom sporu. Međutim, nijedan od tih prigovora nije bio zasnovan na tezi po kojoj SRJ nije bila strana u Statutu u momentu podnošenja Tužbenog zahtjeva; ovdje se nije radilo o tezi formuliranoj u momentu postupka u vezi s preliminarnim prigovorima. U vrijeme tog postupka, SRJ je istrajavala u svojoj tvrdnji da nastavlja kontinuitet članstva bivše SFRJ u Ujedinjenim nacijama; i premda se takvoj tvrdnji protivio određeni broj država, stav koji su zauzeli različiti organi doveo je do „konfuznog i složenog stanja... u okviru Ujedinjenih nacija“ (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 308, paragraf 73). Nijedna od strana u sporu nije pokrenula to pitanje pred Sudom: s jedne strane, Bosna i Hercegovina kao Podnosilac tužbe, iako je osporavala da je SRJ članica Ujedinjenih nacija kao nastavljač SFRJ, tvrdila je pred ovim Sudom da je Srbija ipak strana u Statutu bilo u skladu s članom 35, stav 2, Statuta bilo na osnovu Deklaracije od 27. aprila 1992 (vidjeti paragrafe 89 i 90 gore u tekstu); s druge strane, za SRJ pokretanje ovog pitanja oslabilo bi njenu tvrdnju da nastavlja kontinuitet SFRJ kao osnove za nastavljanje članstva u Ujedinjenim nacijama.

107. Presudom iz 1996. Sud je odbacio preliminarne prigovore Tužene strane i zaključio da „ima nadležnost da razmatra ovaj spor na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida“ (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996, (II)*, strana 623, paragraf 47 (2)



(a)). Sud je također zaključio da je Zahtjev za pokretanje postupka prihvatljiv i naveo da „Sud sada može pristupiti razmatranju merituma spora...“ (*Ibid.*, strana 622, paragraf 46).

108. U međuvremenu, 24. aprila 2001, Srbija i Crna Gora (u to vrijeme Savezna republika Jugoslavija) podnijela je Prijedlog za pokretanje postupka kojim se zahtijeva revizija Presude iz 1996. o nadležnosti u ovom sporu, u skladu s članom 61 Statuta. Prema tom članu potrebno je da postoji „određena činjenica takve prirode da može biti odlučujući faktor, a koja je u vrijeme kada je donesena presuda bila nepoznata Sudu...“ U svom Zahtjevu SRJ je tvrdila da:

„Prijem SRJ u Organizaciju ujedinjenih nacija u svojstvu nove članice 1. novembra 2000, predstavlja svakako novu činjenicu...“

.....

Prijem SRJ, kao nove članice, u Organizaciju ujedinjenih nacija otklonio je nedoumice i bacio sasvim novo svjetlo na pitanje članstva SRJ u Ujedinjenim nacijama, te Statutu i Konvenciji o genocidu“ (*Zahtjev za reviziju, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2003*, strana 12, paragraf 18).

U suštini, tvrdnja SRJ bila je da je njen prijem u članstvo 2000. nužno podrazumijevao da nije bila članica Organizacije ujedinjenih nacija, pa prema tome, ni strana u Statutu 1993, kada je pokrenut postupak u ovom sporu i da stoga Sud nije imao nadležnost u ovom sporu.

109. Historija odnosa između SRJ i Organizacije ujedinjenih nacija, od raspada SFRJ 1991-1992. pa sve do prijema SRJ kao nove članice 2000, ukratko je opisana u paragrafima 88-99 gore u tekstu. Taj je odnos detaljno razmatran u više navrata, kako u kontekstu Prijedloga za reviziju, spomenutog u paragrafu 108, tako i u presudama Suda iz 2004. u sporovima koji se tiču *Legalnosti upotrebe sile*. U svojoj Presudi od 3. februara 2003, u vezi s Prijedlogom za reviziju, Sud je pažljivo proučio taj odnos; također je podsjetio na formulaciju iz svoje Presude iz 1996. u kojoj se Sud proglasio nadležnim. Sud je konstatirao da:

„SRJ tvrdi da su činjenice koje su postojale u vrijeme donošenja Presude iz 1996, a po otkrivanju kojih je nastao zahtjev za reviziju te presude bile „da SRJ *nije bila* strana u Statutu i ... *nije* bila u obavezi prema Konvenciji kao nastavljajući subjektiviteta bivše Jugoslavije“. SRJ iznosi argumentaciju da su te „činjenice“ bile „otkrivene“ njenim prijemom u Organizaciju ujedinjenih nacija 1. novembra 2000. i [Pismom pravnog savjetnika Ujedinjenih nacija] od 8. decembra 2000.

.....

U konačnoj verziji svoje argumentacije, SRJ tvrdi da su njen prijem u Ujedinjene nacije i pismo pravnog savjetnika od 8. decembra 2000. samo „otkrili“ dvije činjenice koje su postojale već 1996, ali koje nisu bile poznate u to vrijeme: da ona tada nije bila strana u Statutu Suda i da nije bila u obavezi prema Konvenciji o genocidu“ (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2003*, strana 30, paragrafi 66 i 69).

110. Sud nije smatrao da je prijem SRJ u članstvo samo po sebi „nova činjenica“ s obzirom da se to dogodilo nakon donošenja Presude čija se revizija zahtijevala (*Ibid.*, paragraf 68). Što se tiče argumentacije da su događaji 2000. „otkrili“ činjenice na kojima bi se mogao zasnivati prijedlog za reviziju, Sud se je izjasnio na slijedeći način:

„Iznoseći ovakvu argumentaciju, SRJ se ne oslanja na činjenice koje su postojale 1996. Ustvari, ona zasniva svoj Prijedlog za reviziju na pravnim posljedicama koje nastoji izvući iz činjenica koje su uslijedile nakon Presude za koju traži da bude revidirana. Te posljedice, čak i pod pretpostavkom da se utvrde, ne mogu se smatrati činjenicama u okviru značenja člana 61. Argumentacija SRJ se, prema tome, ne može prihvatiti“ (*Ibid.*, strane 30-31, paragraf 69).

111. Sud je, kao posljedica toga, zaključio da je Prijedlog za reviziju neprihvatljiv. Međutim, ono što je Sud istaknuo u sporovima koji se tiču *Legalnosti upotrebe sile*, nije učinio u svojoj Presudi povodom Prijedloga za reviziju:

„Sud je razmatrao „odlučujuće činjenice“ koje je navela Srbija i Crna Gora kao „činjenice koje su postojale 1996.“ u svrhu člana 61. Sud se, stoga, nije morao izjasniti o pitanju da li bi se „pravne posljedice“ zaista opravdano mogle izvesti iz kasnijih činjenica; drugim riječima, 1996. Sud nije pozvan da se izjasni da li je tačno da Srbija i Crna Gora nije bila članica Statuta, odnosno Konvencije o genocidu“ (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 2004*, strana 313, paragraf 87).

112. U jednom drugom paragrafu Presude iz 2003, povodom Prijedloga za reviziju Presude iz 1996, Sud je izjavio:

„Iz gore navedenog proizlazi da nije utvrđeno da se zahtjev SRJ zasniva na otkrivanju „činjenice“, koja je „prije donošenja presude bila nepoznata Sudu i Strani koja je tražila reviziju“. Sud je, stoga, zaključio da nije zadovoljen jedan od uvjeta za prihvatljivost Prijedloga za reviziju propisan članom 61, stav 1, Statuta“ (*Međunarodni sud pravde, Izveštaji 2003*, strana 31, paragraf 72).

U svojim odlukama iz 2004. u sporovima o *Legalnosti upotrebe sile*, Sud se vratio na ovaj zaključak:

„Sud je, dakle, jasno stavio do znanja svoj stav da se retroaktivno mijenjanje situacije, sadržano u novoj činjenici, ne može dogoditi 2000. i da uvjeti iz člana 61 nisu zadovoljeni. Ovo, međutim, ne podrazumijeva nikakav zaključak Suda u okviru postupka za reviziju u smislu utvrđivanja prirode situacije“ (*Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 2004*, strana 314, paragraf 89).

113. U cilju ovog spora jasno je, prema tome, da Presuda iz 2003, donijeta povodom Prijedloga za reviziju SRJ, iako obavezujuća za strane u sporu, konačna i bez prava na žalbu, nije sadržavala nikakav zaključak o pitanju je li ili nije ta država stvarno bila članica Ujedinjenih nacija 1993. Pitanje statusa SRJ 1993. nije dio pitanja povodom kojih je Sud izrekao Presudu odbacujući taj Prijedlog.

\* \*

## (5) Princip već presuđene pravne stvari

114. Sud će sada razmotriti princip već presuđene pravne stvari i njegovu primjenjivost na Presudu donesenu 1996. u ovom sporu. Podnosilac tužbe tvrdi da Presuda iz 1996, u kojoj Sud utvrđuje da ima nadležnost u skladu s Konvencijom o genocidu, “uživa autoritet već presuđene pravne stvari i da ne podliježe žalbi“, kao i da bi „svaka odluka kojom se Sud vraća na Presudu iz 1996 ... bila nespojiva i s principom već presuđene pravne stvari i s članovima 59, 60, i 61 Statuta“. Podnosilac tužbe smatra da, kao i u slučaju presuda o meritumu, „odluke Suda u vezi s nadležnošću predstavljaju princip već presuđene pravne stvari“. Podnosilac tužbe dalje konstatira da je, shodno članu 60 Statuta, Presuda Suda iz 1996. „konačna i bez prava na žalbu“, uz postojanje mogućnosti podnošenja zahtjeva za tumačenje i reviziju; kao i da je Sud u Presudi od 3. februara 2003. odbacio Prijedlog za reviziju SRJ. Tužena strana tvrdi da, kada se jednom potvrdi nadležnost, ona može biti osporena novim prigovorima; te smatra da ovo nije u suprotnosti s principom već presuđene pravne stvari, odnosno s tekstom člana 79 Pravila Suda. Tužena strana naglašava „pravo i obavezu Suda da postupi po službenoj dužnosti“ u cilju ispitivanja svoje nadležnosti, kako je to spomenuto u sporu *Žalba koja se tiče nadležnosti Vijeća ICAO (Indija protiv Pakistana)* (vidjeti paragraf 118 u nastavku teksta) i tvrdi da Sud ne može „odustati“ od tog prava zato što to pitanje nije pokrenuo u fazi preliminarnih prigovora.

115. Neslaganje strana u sporu o postojanju principa već presuđene pravne stvari ne postoji čak i onda kada ga one tumače različito u vezi s presudama kojima se odlučuje o pitanjima nadležnosti. Fundamentalni karakter tog principa proizlazi iz odredaba Statuta Suda i Povelje Ujedinjenih nacija. Osnovni karakter i cilj tog principa reflektiraju se u sudskoj praksi Suda. Taj princip znači da su odluke Suda ne samo obavezujuće za strane u sporu nego da su one i konačne u smislu da ih strane u sporu ne mogu ponovo otvarati kada je riječ o već odlučanim pitanjima, osim prema proceduri posebnog karaktera, specijalno utvrđenoj u te svrhe. Bez obzira na negativnu formulaciju, član 59 Statuta u suštini sadrži pozitivnu izreku da je odluka Suda obavezujuća za strane u sporu u pogledu presuđenog predmeta. Članom 60 Statuta predviđa se da je presuda konačna i bez prava na žalbu; članom 61 predviđa se mogućnost revizije presude sa striktnim suštinskim uvjetima i rokovima. Sud je naglasio takva ograničenja 2003. kada je konstatirao neprihvatljivost prijedloga Srbije i Crne Gore za reviziju Presude iz 1996. u

sporu *Prijedlog za reviziju (Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2003, strana 12, paragraf 17)*.

116. Dva cilja, jedan opći a drugi konkretan, nalaze se u osnovi principa već presuđene pravne stvari, kako na međunarodnom tako i na nacionalnom planu. Prvo, stabilnost pravnih odnosa iziskuje da se spor privede kraju. Funkcija Suda, prema članu 38 njegovog Statuta, jest da „odlučuje“, odnosno da okonča „one sporove koji su mu podnijeti“. Drugo, u interesu je svake strane u sporu da se pitanje koje je već presuđeno u korist te strane ponovo ne pokreće. U članu 60 Statuta propisuje se konačnost presude. Lišavanje jedne strane koristi od već donesene presude mora se generalno posmatrati kao kršenje principa kojima se regulira pravno rješavanje sporova.

117. Tužena je strana, međutim, sugerirala da se može praviti razlika između primjene principa već presuđene pravne stvari na presude o meritumu spora i na presude kojima se utvrđuje nadležnost Suda, kao odgovor na preliminarne prigovore; konkretno, Tužena strana tvrdi da „odluke o preliminarim prigovorima nemaju i ne mogu imati iste posljedice kao i odluke o meritumu“. Sud će, međutim, konstatirati da se odluka o pitanjima nadležnosti, shodno članu 36, stav 6, Statuta, donosi presudom i da se u članu 60 Statuta predviđa da je „presuda konačna i bez prava na žalbu“, bez pravljenja razlike između presuda o nadležnosti i prihvatljivosti i presuda o meritumu. U Presudi od 25. marta 1999, u vezi sa zahtjevom za tumačenjem Presude od 11. juna 1998, u sporu *Kopnena i pomorska granica između Kameruna i Nigerije*, Sud je izričito priznao da Presuda iz 1998, izrečena u vezi s više preliminarних prigovora o nadležnosti i prihvatljivosti, ima autoritet principa već presuđene pravne stvari, tako da Sud nije mogao razmatrati podnesak koji nije u skladu s tom Presudom (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1999 (I), Presuda*, strana 39, paragraf 16). Također, u Presudi od 3. februara 2003. u sporu *Prijedlog za reviziju*, Sud je, kada je počeo razmatrati da li su zadovoljeni uvjeti za otpočinjanje procedure revizije, predviđene članom 61 Statuta, nedvosmisleno prihvatio da jedna presuda o preliminarim prigovorima može biti predmetom prijedloga za reviziju - što je neophodno podrazumijevalo da Sud smatra da je takva presuda „konačna i bez prava na žalbu“. Nadalje, po tezi koju je iznijela Tužena strana, princip već presuđene pravne stvari ne zabranjuje da se stavlja u pitanje, nedefiniran broj puta, presuda koja odbacuje preliminarni prigovor, iako bi jedna presuda koja prihvata takav prigovor i kojom se spor zaključuje, bila po prirodi definitivna i neopoziva u pogledu tog spora.

118. Sud podsjeća da se, kao što je naveo u sporu *Žalba koja se tiče nadležnosti Vijeća ICAO (Indija protiv Pakistana)*, „mora uvijek utvrditi da li postoji nadležnost i mora se, po potrebi, ući u to pitanje po službenoj dužnosti” (*Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972*, strana 52, paragraf 13). Ta odluka u svom kontekstu (u sporu gdje nije postojalo pitanje ponovnog otvaranja prethodne odluke Suda) ne potvrđuje tvrdnju Tužene strane. To ne znači da odluke o nadležnosti ostaju podložne beskonačnom preispitivanju, niti da Sud može, po službenoj dužnosti ili na drugi način, ponovo otvarati pitanja o kojima je već odlučivao sa snagom autoriteta principa već presuđene pravne stvari. Tužena strana iznijela je argument da postoji princip da „međunarodni sud može razmatrati ili ponovo razmatrati pitanje nadležnosti u bilo kojoj fazi postupka“. U vezi s tim, ona se pozvala na *dictum* koji je upravo citiran iz spora *Žalba koja se tiče nadležnosti Vijeća ICAO (Indija protiv Pakistana)* i na spor *Krfski kanal (Velika Britanija protiv Albanije)*. Tačno je da je Sud, pošto je u prvoj fazi tog spora odbacio preliminarni prigovor Albanije na nadležnost i pošto je donio odluku o nastavku postupka o meritumu (*Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1947-1948*, strana 15), razmotrio i presudio u korist prigovora na nenadležnost, vezano naročito za pitanje da li Sud ima nadležnost da određuje odštetu (*Međunarodni sud pravde, Presuda, Izvještaji 1949*, strane 23-26; 171). U međuvremenu, Sud nije ponovo razmatrao presudu koju je donio, zato što su, u skladu s njom, strane u sporu zaključile sporazum kojim je Sudu posebno podneseno pitanje odštete. Kasnije osporavanje nadležnosti odnosilo se isključivo na obim nadležnosti prenijete tim zadnjim sporazumom.

119. Tužena strana pozvala se i na određene međunarodne konvencije i pravila drugih međunarodnih sudova. Tačno je da Evropski sud za ljudska prava može odbaciti, u bilo kojoj fazi postupka, neki prijedlog koji smatra neprihvatljivim, te da Međunarodni krivični sud može, u izuzetnim slučajevima, dopustiti da se osporava prihvatljivost nekog spora ili nadležnost Suda, nakon otpočinjanja suđenja. Međutim, ova specifična ovlaštenja, predviđena instrumentima u drugim sudovima, odgovaraju njihovim posebnim procedurama o prihvatljivosti koje nisu identične procedurama Suda u oblasti nadležnosti. Time se ne podržava mišljenje da postoji opći princip primjenjiv na Sud, čiji Statut ne samo da ne sadrži takvu odredbu već i ističe, u članu 60, princip autoriteta već presuđene pravne stvari bez izuzetka. Tužena strana je, također, navela određene slučajeve iz prakse Evropskog suda za ljudska prava, kao i arbitražnu odluku mješovitog njemačko-poljskog arbitražnog Tribunala (u sporu *von Tiedemann*); međutim, po mišljenju Suda, te odluke, bazirane

na specifičnim činjenicama i vezane za prirodu tih sudova, ne omogućavaju da se zaključi da postoji jedan princip dovoljno općeg karaktera i težine da ima primat nad jasnim odredbama Statuta Suda i principom autoriteta već presuđene pravne stvari.

120. Ovo, međutim, ne znači da - ukoliko neka strana u sporu smatra da su neki elementi izašli na vidjelo nakon donošenja odluke Suda, a koji pokazuju da su zaključci Suda možda zasnovani na netačnim ili nedovoljnim činjenicama - takva odluka mora ostati konačna ako je ona u očiglednoj suprotnosti s realnošću. Statutom se predviđa u takvom slučaju samo jedna procedura: procedura na osnovu člana 61, kojom se pruža mogućnost za reviziju jedne presude uz uvjete navedene u tom članu, koji moraju, u interesu stabilnosti pravnih odnosa, biti striktno primijenjeni. Kao što je navedeno gore u tekstu (paragraf 110), Prijedlog za reviziju Presude iz 1996, koji je podnijela SRJ, odbačen je zato što ne ispunjava uvjete iz člana 61. Budući da postoji samo ovakva mogućnost revizije, primjenjiv princip je princip *res judicata pro veritate habetur*, što znači da zaključci jedne presude moraju, za ciljeve konkretnog spora i između strana u sporu, biti smatrani kao tačni i da se ne mogu ponovo stavljati u pitanje zbog toga što kasniji događaji bacaju sumnju na njih.

\* \* \*

## **(6) Primjena principa već presuđene pravne stvari na Presudu iz 1996.**

121. U pogledu navedenih razmatranja, Sud će se ponovo vratiti na domet i značaj Presude iz 1996. Kada je riječ o pitanjima nadležnosti, ta se presuda u osnovi odnosila na pitanje da li se ona može donijeti na osnovu Konvencije o genocidu. Ona je posebno rješavala određena pitanja pokrenuta u vezi sa statusom Bosne i Hercegovine u odnosu na Konvenciju; što se tiče SRJ, u presudi se samo navodi slijedeće:

“Bivša Socijalistička federativna republika Jugoslavija... potpisala je Konvenciju o genocidu 11. decembra 1948. i deponirala svoj instrument o ratifikaciji, bez rezervi, 29. augusta 1950. U vrijeme proglašenja Savezne republike Jugoslavije, 27. aprila 1992, usvojena

je zvanična deklaracija u njeno ime sa slijedećim tekstom:

‘Savezna republika Jugoslavija, nastavljajući državni, međunarodnopravni i politički subjektivitet Socijalističke federativne republike Jugoslavije, striktno će poštivati sve obaveze koje je na međunarodnom planu preuzela Socijalistička federativna republika Jugoslavija.’

Namjera, koju je tako izrazila Jugoslavija, da je i dalje obavezuju međunarodni ugovori čija članica je bila bivša Jugoslavija, potvrđena je i zvaničnom Notom od 27. aprila 1992, koju je Stalna misija Jugoslavije pri Ujedinjenim nacijama uputila Generalnom sekretaru. Sud, nadalje, konstatira da nije sporno da je Jugoslavija bila članica Konvencije o genocidu. Dakle, Jugoslaviju su obavezivale odredbe ove Konvencije u momentu kada je podnijet Zahtjev u ovom sporu, 20. marta 1993” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1996 (II)*, strana 610, paragraf 17).

122. U Presudi iz 1996. ništa se nije govorilo o statusu SRJ u odnosu na Ujedinjene nacije ili o pitanju da li ona može učestvovati u postupku pred Sudom; iz gore navedenih razloga (paragraf 106), obje su se strane opredijelile da ne zahtijevaju odluku o ovim pitanjima. Sud, međutim, smatra da je neophodno naglasiti da je pitanje da li se neka država može obratiti Sudu na osnovu odredaba Statuta - bilo da se radi o sposobnosti strane u postupku bilo o aspektu nadležnosti *ratione personae* - prioritetno u odnosu na nadležnost *ratione materiae*, odnosno pitanja da li je ta država saglasna da Sud rješava konkretan spor koji je pred njim iznesen. To je, nadalje, pitanje koje je Sud dužan, po potrebi, pokrenuti i razmotriti po službenoj dužnosti i, u tom slučaju, nakon obavještanja strana u sporu. Dakle, ukoliko Sud smatra da u određenom sporu nisu zadovoljeni uvjeti koji se odnose na sposobnost strana da se pojave pred njim, iako su uvjeti nadležnosti *ratione materiae* zadovoljeni, Sud treba, čak i ako strane u sporu ne pokrenu to pitanje, presuditi da nisu ispunjeni prvi uvjeti, kao i zaključiti da, iz tog razloga, ne može imati nadležnost da odlučuje o meritumu.

123. Operativni dio presude Suda ima snagu principa već presudene pravne stvari. U operativnom dijelu Presude iz 1996, u paragrafu 47 (2) (a),



navodi se da je Sud utvrdio da “na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, ima nadležnost da odlučuje o sporu”. Ta je nadležnost, dakle, utvrđena uz punu težinu sudskog autoriteta Suda. Ako neka strana u sporu danas tvrdi da Sud, u vrijeme kada je donijeta Presuda iz 1996, nije je imao pravo razmatrati zato što se sada čini da se jedna od strana u sporu nije mogla obratiti Sudu iz razloga navedenog u prethodnom paragrafu, to predstavlja narušavanje autoriteta principa već presuđene pravne stvari. Na prvi pogled, dakle, Sud nema potrebu razmatrati prigovor na nadležnost koji Tužena strana iznosi na osnovu njene tvrdnje da 1993. nije imala svojstvo da se kao strana može pojaviti pred Sudom.

124. Međutim, Tužena strana je iznijela određen broj argumenata usmjerenih na to da pokažu da Presuda iz 1996. nije definitivna po ovom pitanju i Sud će sada razmotriti te argumente. Upravo citirani dio Presude iz 1996. svakako nije jedina odredba dispozitiva te Presude: kao što je Podnosilac tužbe već konstatirao, Sud je prvo sukcesivno odbacio konkretne preliminarne prigovore koje je pokrenula (a koje nije povukla) Tužena strana; Sud je zatim došao do zaključka citiranog u paragrafu 123 gore u tekstu; i konačno, Sud je odbacio određene dodatne osnove za nadležnost na koje se pozvao Podnosilac tužbe. Tužena strana smatra da, u svrhu primjene principa već presuđene pravne stvari na jednu presudu ove prirode - donesenu u vezi s preliminarim prigovorima - dio dispozitiva, koji bi se trebao uzeti u obzir i za koji se treba smatrati da ima autoritet principa već presuđene pravne stvari, jeste odluka kojom se odbacuju konkretni preliminarni prigovori, a ne ona koja “potvrđuje nadležnost vrlo široko”. Tužena strana skrenula je pažnju na odredbe člana 79, stav 7, Pravila Suda iz 1978, kojima se predviđa da se u jednoj presudi o preliminarim prigovorima Sud izjašnjava o svakom od njih i “prihvata..., odbacuje ga ili proglašava da prigovor, u okolnostima konkretnog slučaja, nema isključivo preliminarni karakter”. Tužena strana smatra, dakle, da u jednoj presudi o preliminarim prigovorima jedino dijelovi dispozitiva koji se odnose na te prigovore imaju autoritet principa već presuđene pravne stvari, što je, kako ona tvrdi, u skladu sa stavom da se novi prigovori mogu naknadno pokrenuti.

125. Međutim, Sud ne smatra da je svrha člana 79 Pravila Suda bila da se ograniči domet autoriteta principa već presuđene pravne stvari koji se vezuje za presudu o preliminarim prigovorima, niti se, u slučaju takve presude, takva snaga može nužno ograničiti na klauzule o dispozitivu kojima se konkretno odbacuju prigovori. Postoje brojni primjeri u sudskoj praksi

Suda o odlukama o preliminarnim prigovorima koje sadrže opću konstataciju da Sud ima nadležnost ili da je prijedlog prihvatljiv u zavisnosti od slučaja; i bilo bi pretjerano smatrati da sve ovo nužno predstavlja suvišne zaključke. Po mišljenju Suda, ako nastane neko pitanje vezano za širinu primjene principa već presuđene pravne stvari koje se vezuje za neku presudu, ono se, u svakom konkretnom slučaju, mora utvrditi uzimajući u obzir kontekst u kojem je donijeta ta presuda (naprimjer *Prijedlog za reviziju i tumačenje Presude od 24. februara 1982. u sporu koji se tiče epikontinentalnog pojasa (Tunis protiv Libijske Arapske Džamahirije)*, *Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1985*, strane 218-219, paragraf 48).

126. U tom cilju, u slučaju jedne konkretne presude, može biti potrebno da se napravi razlika, prvo, između pitanja koja su presuđena sa snagom principa već presuđene pravne stvari; drugo, perifernih, odnosno sporednih pitanja ili *obiter dicta*; i konačno, pitanja koja uopće nisu presuđena. Dakle, prijedlog za tumačenje neke presude, u skladu s članom 60 Statuta, može iziskivati da Sud riješi “razlike u mišljenjima [strana u sporu] u pogledu konkretnog pitanja o kojemu je ili nije odlučeno s obavezujućom snagom” (*Tumačenje Presuda br. 7 i 8 (fabrika u Čorzou)*, *Presuda broj 11, 1927, SSMP serija A, broj 13*, strane 11-12). Ukoliko, pak, neko pitanje nije riješeno, izričito ili implicitno, u tom slučaju ono nema snagu već presuđene pravne stvari; i može biti neophodno pročitati generalni zaključak, u svom kontekstu, da bi se utvrdilo da li on obuhvata to konkretno pitanje.

127. Dakle, činjenica da neka presuda može sadržavati, pored odbačenih konkretnih preliminarnih prigovora, zaključak da Sud “ima nadležnost” u sporu, nužno ne sprečava kasnije ispitivanje pitanja nadležnosti koja nastanu naknadno, a koja nisu bila riješena takvom presudom sa snagom već presuđene pravne stvari. Strane u sporu su se, u tom kontekstu, i jedna i druga, pozvale na odluke sukcesivno donijete u sporu *Krfski kanal*, što je Sud već razmotrio gore u tekstu (paragraf 118). Također treba spomenuti presude o meritumu u dva spora u vezi s *Nadležnošću za ribarenje (Velika Britanija protiv Islanda; Savezna Republika Njemačka protiv Islanda)* (*Izvještaji Međunarodnog suda pravde 1974*, strana 20, paragraf 42; strane 203-204, paragraf 74), u kojima se radilo o manje značajnim pitanjima nadležnosti bez obzira na izričit zaključak o nadležnosti u prethodnim presudama (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1973*, strana 22, paragraf 46; strana 66, paragraf 46). Čak i onda kada Sud, u jednoj preliminarnoj presudi, konkretno zadržava određena pitanja nadležnosti za kasnije odlučivanje, presuda ipak

može sadržavati zaključak da “Sud ima nadležnost” u tom sporu, s tim da taj zaključak podrazumijeva rezervu u vezi s pitanjima koja se rješavaju naknadno (vidjeti *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država), nadležnost i prihvatljivost, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1984*, strana 442, paragraf 113 (1) (c) i strane 425-426, paragraf 76; vidjeti također, u vezi s prigovorom o prihvatljivosti, *Pitanja tumačenja i primjene Montrealske konvencije iz 1971. kao posljedica avionskog incidenta kod Lokerbija (Libijska Arapska Džamahirija protiv Velike Britanije) (Libijska Arapska Džamahirija protiv Sjedinjenih Američkih Država), Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1998*, strana 29, paragraf 51 i strane 30-31, paragrafi 53 (2) (b) i 53 (3); strana 134, paragraf 50 i strana 156, paragrafi 53 (2) (b) i 53 (3)).

128. S druge strane, činjenica da se u ovim prethodnim slučajevima Sud bavio nadležnošću, pošto je već donio presudu o nadležnosti, ne potkrepljuje tvrdnju da takva presuda može biti ponovo otvorena u svakom momentu da bi bilo omogućeno ponovno razmatranje pitanja koja su već riješena sa snagom već presuđene pravne stvari. Suštinska razlika između slučajeva spomenutih u prethodnom paragrafu i ovog spora je u slijedećem: pitanja nadležnosti razmotrena u jednoj kasnoj fazi u tim sporovima bila su takva da odluka o njima nije mogla biti u suprotnosti sa zaključkom kojim se Sud proglasio nadležnim u prethodnoj presudi. U sporovima vezanim za *Nadležnost za ribarenje* pokrenuta pitanja odnosila su se na obim nadležnosti već utvrđene u principu sa snagom već presuđene pravne stvari; u sporu *Vojne i paravojne aktivnosti*, Sud je jasno izrekao u Presudi iz 1984. da njegov zaključak u prilog nadležnosti nije predstavljao definitivnu odluku kada je u pitanju tumačenje rezerve Sjedinjenih Američkih Država koju je sadržavala njihova izjava vezana za fakultativnu klauzulu. Nasuprot tome, ako bi bile prihvaćene, tvrdnje Tužene strane u ovom sporu bi efektivno preinačile Presudu iz 1996; što i jeste njihov cilj.

129. Tužena strana je tvrdila da pitanje da li je SRJ imala pristup Sudu, u skladu s članom 35 Statuta, ustvari nikada nije bilo riješeno u ovom sporu, tako da autoritet već presuđene pravne stvari uopće ne sprečava Sud da u ovoj fazi postupka ispita to pitanje. Tužena strana je skrenula pažnju na činjenicu da je Sud, u Presudama iz 2004. povodom sporova o *Legalnosti upotrebe sile*, konstatirao, u skladu s Presudom iz 1996, da “pitanje statusa Savezne republike Jugoslavije u odnosu na član 35 Statuta nije bilo pokrenuto i da Sud nije vidio nikakav razlog da ga razmotri” (vidjeti, naprimjer, *Legalnost upotrebe sile*

(*Srbija i Crna Gora protiv Belgije*), *Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 311, paragraf 82), kao i da “u svom izjašnjanju u okviru sporednih postupaka” u ovom konkretnom sporu Sud “nije donio nijedan definitivni stav o pitanju pravnog statusa Savezne republike Jugoslavije u odnosu na Povelju i Statut (*Ibid.*, strane 308-309, paragraf 74).

130. To, međutim, ne znači da tokom 1996. Sud nije bio svjestan činjenice da usvojeno rješenje u Ujedinjenim nacijama povodom pitanja kontinuiteta članstva SFRJ “nije bilo bez pravnih teškoća”, kao što je Sud konstatirao u svom Nalogu od 8. aprila 1993, kojim su se odredile privremene mjere u tom sporu (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993*, strana 14, paragraf 18; vidjeti gore, paragraf 105). U vrijeme postupka o preliminarnim prigovorima, koji se zaključio Presudom iz 1996, SRJ je tvrdila da je sljednik države SFRJ. Kao što je Sud naveo u svojim presudama u sporovima koji se odnose na *Legalnost upotrebe sile*:

“Srbija i Crna Gora se nije specifično izjasnila u svom Zahtjevu [iz 1993. u ovom sporu] da joj je Sud bio otvoren shodno članu 35, stav 1, Statuta Suda, ali je kasnije postalo jasno da je Podnosilac tužbe tvrdio da je članica Ujedinjenih nacija i, kao takva, u vrijeme podnošenja Zahtjeva, strana u Statutu Suda na osnovu člana 93, stav 1, Povelje... Ovaj je stav izričito naveden u Tužbi koju je podnijela Srbija i Crna Gora 4. januara 2000...” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 299, paragraf 47).

Pitanje da li je SRJ bila sljednik ili država sukcesor SFRJ spomenuto je u Tužbi Bosne i Hercegovine. Mišljenje Bosne i Hercegovine je bilo da, iako SRJ nije bila članica Ujedinjenih nacija, ona je ipak bila strana u Statutu kao država nasljednik SFRJ koja se izričito obavezala da će poštivati međunarodne obaveze koje je ugovorila SFRJ. Također je važno, kada se razmatra tekst Presude iz 1996, imati u vidu kontekst u kome je ona donijeta, posebno kada je riječ o stanju odnosa koji su tada postojali između Tužene strane i Ujedinjenih nacija, što je ponovno navedeno u paragrafima 88-99 gore u tekstu.

131. Spomenute “pravne teškoće” konačno su otklonjene kada je SRJ 2000, podnoseći zahtjev za članstvo u Ujedinjenim nacijama, odustala od prethodnog insistiranja da je ona sljednik SFRJ (paragraf 98 gore u tekstu).

Kao što je Sud zapazio u svojim Presudama iz 2004. u sporovima koji se odnose na *Legalnost upotrebe sile*:

“značaj ovog novog razvoja događaja u 2000. jeste u tome da je razjašnjena do tada nedefinirana pravna situacija u vezi sa statusom Savezne republike Jugoslavije u odnosu na Ujedinjene nacije. U tom je smislu situacija s kojom se sada suočava Sud u odnosu na Srbiju i Crnu Goru očevidno različita od one s kojom je bio suočen 1999. Da je u to vrijeme Sud morao definitivno utvrditi status Podnosioca tužbe u odnosu na Ujedinjene nacije, njegov zadatak davanja takvog određenja iskomplicirao bi se pravnom situacijom koja je bila obavijena velom neizvjesnosti u pogledu tog statusa. Međutim, s pozicije s koje sada Sud posmatra tu pravnu situaciju, a u svjetlu pravnih posljedica novog razvoja od 1. novembra 2000, Sud je došao do zaključka da Srbija i Crna Gora nije bila članica Ujedinjenih nacija i da, kao takva, nije bila država članica Statuta Međunarodnog suda pravde u vrijeme podnošenja njenog Prijedloga za pokretanje ovog postupka pred Sudom 29. aprila 1999” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strane 310-311, paragraf 79).

Kao što je Sud ovdje priznao, 1999 - čak i u još većoj mjeri 1996 - ni u kom slučaju nije bilo tako jasno kao što je to Sud utvrdio 2004, da Tužena strana nije bila članica Ujedinjenih nacija u odnosnom vremenskom periodu. Nedosljednosti pristupa raznih organa Ujedinjenih nacija jasno proizlaze iz dijelova citiranih u paragrafima 91-96 gore u tekstu.

132. Kao što je već konstatirano, pravne komplikacije u vezi s položajem Tužene strane u odnosu na Ujedinjene nacije nisu konkretno spomenute u Presudi iz 1996. Sud je konstatirao, kako se spominje u paragrafu 121 gore u tekstu, da je “Jugoslavija bila obavezana odredbama Konvencije [o genocidu] na dan podnošenja Zahtjeva u ovom sporu” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 610, paragraf 17) i zaključio da “na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida ima nadležnost da presudi o sporu” (*Ibid.*, strana 623, paragraf 47 (2) (a)). S obzirom da, kako se zapaža gore u tekstu, pitanje sposobnosti države da bude strana u postupku predstavlja pitanje koje ima primat u odnosu na nadležnost *ratione materiae* i pitanje koje Sud, po potrebi, mora pokrenuti po službenoj dužnosti (vidjeti paragraf 122 gore u tekstu), ovakav se zaključak mora interpretirati

kao da logično znači da je Sud, u to vrijeme, smatrao da je Tužena strana imala svojstvo da učestvuje u sporovima pred Sudom. Na toj osnovi, Sud je dalje izveo zaključak o svojoj nadležnosti, sa snagom već presuđene pravne stvari. Nije potrebno da, za ciljeve ovog postupka, Sud ulazi u to šta se nalazi u pozadini tog zaključka i da razmatra na kojoj je osnovi došao do njega. Bez obzira na to da li strane smatraju to pitanje kao pitanje “pristupa Sudu” ili kao pitanje “nadležnosti *ratione personae*”, ostaje činjenica da Sud ne bi bio u mogućnosti pristupiti utvrđivanju merituma osim ako Tužena strana nije imala sposobnost, u skladu sa Statutom, da bude strana u postupku pred Sudom.

133. Po mišljenju Suda, razmatranog u svom kontekstu, izričiti zaključak Presude iz 1996. da Sud ima, na osnovu člana IX Konvencije o genocidu, nadležnost *ratione materiae* u sporu, predstavlja nalaz koji je jedino dosljedan, i pravno i logički, s tezom da je, u odnosu na obje strane u sporu, imao nadležnost *ratione personae* u sveobuhvatnom smislu, odnosno, da je status svake od strana u sporu bio takav da su ispunjavale odredbe Statuta u pogledu sposobnosti država da budu strane pred Sudom. Što se tiče Bosne i Hercegovine, nije se postavljalo pitanje da li je ona bila strana u Statutu na dan podnošenja njenog prijedloga za pokretanje postupka; a u odnosu na Konvenciju, Sud je našao da ona “može ... postati članica Konvencije” od prijema u Ujedinjene nacije (*Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1996 (II)*, strana 611, paragraf 19), što je zapravo i bio slučaj. Što se tiče SRJ, Sud je presudio da je ona, “obavezana odredbama Konvencije”, to jeste, da je bila njena članica, “na dan podnošenja Zahtjeva” (*Ibid.*, strana 610, paragraf 17); u tom smislu, Sud je zapazio izjavu koju je dala SRJ 27. aprila 1992, navedenu u paragrafu 89 gore u tekstu, kojom SRJ “nastavljajući državni, međunarodnopravni i politički subjektivitet” SFRJ, izjavljuje da će ona “striktno poštivati” međunarodne obaveze SFRJ. Odluku Suda da ima nadležnost u skladu s Konvencijom o genocidu, stoga, treba tumačiti kao da implicitno podrazumijeva zaključak da su ispunjeni svi uvjeti u pogledu sposobnosti država da se pojave pred njim.

134. Tužena strana je sugerirala da se nalaz Suda u vezi s nadležnošću u okviru Presude iz 1996. zasniva isključivo na pretpostavci: pretpostavci kontinuiteta između SFRJ i SRJ. Skrenuta je pažnja na dijelove, već spomenute gore u tekstu (paragraf 129), u presudama u sporovima *Legalnost upotrebe sile*, u tom smislu da 1996. Sud nije vidio razlog da razmotri pitanje pristupa

i da u svojim izjašnjavanjima u okviru izvedenih postupaka nije donio nijedan definitivni stav o pitanju pravnog statusa Tužene strane.

135. Da SRJ ima sposobnost da se pojavi pred Sudom u skladu sa Statutom, predstavlja element u rezonovanju Presude iz 1996, koja se može - i mora - čitati u okviru nje kao stvar logičke konstrukcije. Taj element nije takav da se može u bilo kojem trenutku ponovo otvoriti i preispitati, iz već spomenutih razloga. Što se tiče dijelova Presuda iz 2004, na koje se oslanja Tužena strana, treba imati na umu činjenicu da se Sud tada nije preokupirao dometom autoriteta principa već presuđene pravne stvari vezano za Presudu iz 1996, jer se u svakom slučaju autoritet principa već presuđene pravne stvari nije mogao proširiti na postupke u sporovima između drugih strana koji su se u tom trenutku nalazili pred Sudom. Sudu je 2004. jedino odgovaralo da istraži da li je postojao, u nekom drugom sporu, izričito naveden zaključak koji bi mu mogao rasvijetliti predmet koji je imao pred sobom. Budući da nije postojao takav izričit zaključak, 2004. Sud nije morao, kao što to čini u ovom sporu, pristupiti razmatranju šta bi mogle predstavljati neizrečene osnove jedne presude, donijete u nekom drugom sporu, između drugih strana.

136. Sud, dakle, smatra da je Presuda iz 1996. sadržavala zaključak – bilo da je smatrano da se on odnosi na nadležnost *ratione personae* bilo da prethodi pitanjima nadležnosti - koji proistječe iz logičkog rezonovanja i koji se tiče pitanja sposobnosti SRJ da se pojavi pred Sudom u skladu sa Statutom. Autoritet principa već presuđene pravne stvari, vezan za tu presudu, proširuje se, dakle, na taj konkretni zaključak.

137. Međutim, Tužena strana iznosi argumentaciju, čak i ako je to slučaj, da:

“suštinska priroda pristupa kao preduvjeta za vršenje sudske funkcije Suda znači da se pozitivni zaključci o pristupu ne mogu smatrati konačnim i nepromjenjivim dok se ne donese konačna presuda u postupku, jer bi u protivnom bilo moguće da Sud donese svoju konačnu presudu u vezi s nekom stranom nad kojom ne može vršiti [svoju] sudsku funkciju. Drugim riječima, pravo pristupa je toliko fundamentalno da, do donošenja konačne presude, prevazilazi značaj principa već presuđene pravne stvari. Dakle, iako je u Presudi iz 1996. bio formuliran zaključak koji se odnosio na pravo pristupa, *quod non*,

taj zaključak ne bi trebao onemogućiti Sud da ponovo može preispitati ovo pitanje do kraja postupka.”

Sličan argument koji je iznijela Tužena strana zasniva se na principu da nadležnost Suda proizlazi iz jednog ugovora, odnosno Statuta Suda; Tužena strana sumnja da bi Statut dao bilo kakve efekte Presudi iz 1996, jer Tužena strana, kako ona tvrdi, nije bila članica Statuta. Savjetnik Tužene strane iznio je:

“Danas je poznato da 1996, kada je donijeta odluka o preliminarnim prigovorima, Tužena strana nije bila članica Statuta. Dakle, nije postojala nikakva osnova za nadležnost u to vrijeme; član 36, stav 6, te članovi 59 i 60 nisu predstavljali obavezujuću ugovornu odredbu kao mogući osnov za donošenje odluke o nadležnosti s efektima već presuđene pravne stvari.”

138. Po mišljenju Suda, ove se tvrdnje ne slažu s prirodom principa već presuđene pravne stvari. Po tom principu, kada Sud jednom donese odluku, bilo da se radi o meritumu spora koji se nalazi pred njim bilo o pitanju koje se tiče njegove nadležnosti, takva je odluka definitivna, kako za strane u sporu u odnosu na taj spor (član 59 Statuta) tako i za sam Sud u kontekstu tog spora. Bez obzira na to koliko je fundamentalno pitanje sposobnosti država da budu strane u sporovima pred Sudom, ono ostaje pitanje koje Sud treba utvrditi u skladu s članom 36, stav 6, Statuta i čim se donese potvrđan zaključak o nadležnosti s autoritetom već presuđene pravne stvari, nije ga moguće dovoditi u pitanje ili preispitivati, osim putem procedure revizije u skladu s članom 61 Statuta. Nemoguće je, dakle, *pravno*, da Sud može donijeti “svoju konačnu odluku u pogledu neke strane nad kojom ne može vršiti svoju sudsku funkciju”, zato što pitanje da li neka država jeste ili nije strana koja podliježe nadležnosti Suda predstavlja pitanje rezervirano za isključivu i autoritativnu odluku Suda.

139. Savjetnik Tužene strane također je utvrdio da bi, u okolnostima ovog spora, pozivanje na princip već presuđene pravne stvari imalo za posljedicu da bi “Sud obavljao svoje sudske funkcije prekomjerno svojim ovlastima i suprotno imperativnim propisima Statuta”. Međutim, o primjeni “imperativnih propisa Statuta” odlučuje Sud u svakom konkretnom sporu pred njim, i kada jednom Sud odredi da ima nadležnost sa snagom već presuđene pravne stvari, ne može biti prekomjerne ovlasti u svrhu tog spora, budući da



Sud prema Statutu ima isključivu nadležnost da se izjasni o takvim pitanjima. Za Sud već presuđena pravna stvar *pro veritate habetur*, kao i sudska istina u okviru konteksta nekog spora, onakva je kakvu je utvrdi Sud, uz rezervu odredaba Statuta koje se odnose na reviziju presuda. Priroda sudske funkcije i univerzalno priznata potreba za stabilnošću pravnih odnosa zahtijevaju da to bude tako.

\* \*

### **(7) Zaključak – potvrđivanje nadležnosti**

140. U skladu s ovim Sud je zaključio da princip već presuđene pravne stvari zabranjuje svako stavljanje u pitanje sadržaja Presude iz 1996, vezano za argument da Tužena strana, na dan podnošenja Zahtjeva za pokretanje sudskog postupka, nije bila država koja je u skladu sa Statutom imala svojstvo da se kao strana pojavi pred Sudom. Tužena strana također je tvrdila da Presuda iz 1996. nije imala snagu principa već presuđene pravne stvari (*res judicata*) u pogledu pitanja da li je SRJ u vrijeme pokretanja postupka bila strana ugovornica Konvencije o genocidu i pokušala pokazati da u to vrijeme ona nije bila i nije mogla imati svojstvo strane u postupku. Ipak, po mišljenju Suda, gore spomenuti razlozi po kojima bi se smatralo da Presuda iz 1996. jasno određuje, sa snagom principa *res judicata*, pitanje njene nadležnosti, isto se tako primjenjuje *a fortiori* i na predmet ove rasprave, budući da je Presuda iz 1996. po tom pitanju bila jasna, a da to nije bilo vezano za pitanje sposobnosti pojavljivanja pred Sudom. Stoga, Sud nije smatrao neophodnim da razmotri argument Podnosioca tužbe da Tužena strana nije u pravo vrijeme iznijela razloge koje sada iznosi da bi pokazala da nije bila strana ugovornica Konvencije o genocidu, čime bi se moglo postaviti pitanje zabrane stranama u sporu da poriču ono što su ranije same potvrdile ili što se odnosi na *forum prorogatum* (vidjeti paragrafe 85 i 101). Sud je, dakle, zaključio, kako je odlučeno i u Presudi iz 1996, da ima nadležnost, u skladu s članom IX Konvencije o genocidu, da presudi o sporu koji je pred njim pokrenut Tužbenim zahtjevom od 20. marta 1993. Iz naprijed navedenog proizlazi da Sud ne smatra neophodnim da razmatra pitanja koja su u velikoj mjeri isticale strane u sporu, a tiču se statusa Tužene strane, prema Povelji Ujedinjenih

nacija i Statuta Suda, u vrijeme podnošenja Tužbe, kao i njenim položajem u odnosu na Konvenciju o genocidu.

\*

141. U argumentima razmijenjenim pred Sudom, strane u sporu iznijele su pitanje da li se član 35, stav 1 i 2, Statuta podjednako odnosi na podnosioc tužbe i na tužene strane. S obzirom da se ovdje radi o tumačenju Statuta, na Sudu je da na to odgovori. Međutim, uzimajući u obzir zaključak, do kojega je Sud došao, u vezi s autoritetom principa već presuđene pravne stvari vezanog za njegovu odluku iz 1996, Sud u ovom trenutku ne smatra potrebnim da razmatra ovo pitanje.

\*

\* \*

#### **IV. Primjenjivo pravo: Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida**

##### **(1) Konvencija ukratko**

142. Ugovorne strane Konvencije, usvojene 9. decembra 1948, istakle su slijedeće razloge za prihvatanje Konvencije:

“Ugovorne strane,

“Smatrajući da je Generalna skupština Organizacije ujedinjenih nacija Rezolucijom 96 (I), od 11. decembra 1946, izjavila da je genocid zločin po međunarodnom pravu, protivan duhu i ciljevima Ujedinjenih nacija, te da ga civilizirani svijet osuđuje;

Prepoznajući da je u svim razdobljima historije genocid prouzrokovao velike gubitke čovječanstvu;

Uvjereni da je u cilju oslobađanja čovječanstva od takvog stravičnog zla neophodna međunarodna saradnja;

Usaglašavaju kako slijedi: ...”

143. U skladu s članom I “Ugovorne strane potvrđuju da je genocid, bilo da je izvršen u vrijeme mira ili rata, zločin po međunarodnom pravu, i obavezuju se da će ga spriječiti i kazniti”. Članom II genocid se definira na slijedeći način:

“U ovoj Konvenciji, pod genocidom se podrazumijeva bilo koje od slijedećih djela, počinjenih s namjerom da se, potpuno ili djelimično, uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva:

- (a) ubistvo pripadnika grupe;
- (b) uzrokovanje teških tjelesnih ili psihičkih povreda pripadnicima grupe;
- (c) namjerno podvrgavanje grupe uvjetima života sračunatim da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja;
- (d) nametanje mjera s ciljem sprečavanja rađanja unutar grupe;
- (e) prisilno premještanje djece iz jedne grupe u drugu.”

Član III određuje kako slijedi :

“Bit će kažnjenja slijedeća djela:

- (a) genocid;

- (b) udruživanje radi izvršenja genocida;
- (c) direktno i javno podsticanje na izvršenje genocida;
- (d) pokušaj izvršenja genocida;
- (e) saučesništvo u genocidu.”

144. Prema članu IV, osobe koje su počinile bilo koje od tih djela bit će kažnjene bilo da se radi o ustavno odgovornim u vlasti, javnim dužnosnicima ili fizičkim licima. Član V nalaže ugovornim stranama da donesu neophodne zakonodavne mjere da bi osigurale primjenu Konvencije i, naročito, da osiguraju efikasne krivične sankcije za osobe osuđene za genocid ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III. Član VI predviđa da će “osobama optuženim za genocid ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III suditi nadležni sud države na čijoj je teritoriji djelo počinjeno ili međunarodni krivični sud koji ima nadležnost u odnosu na ugovorne strane koje su prihvatile njegovu nadležnost”. Član VII propisuje ekstradiciju.

145. Prema članu VIII:

“Svaka ugovorna strana može se obratiti nadležnim organima Organizacije ujedinjenih nacija u cilju preduzimanja mjera koje, u skladu s Poveljom Ujedinjenih nacija, smatra adekvatnim za sprečavanje i suzbijanje djela genocida ili bilo kojeg od drugih djela taksativno navedenih u članu III.”

146. Član IX propisuje podnošenje određenih sporova Sudu:

“Sporovi između ugovornih strana koji se odnose na tumačenje, primjenu ili izvršenje ove Konvencije, uključujući i one koji se tiču odgovornosti jedne države za genocid ili za neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III, podnose se Međunarodnom sudu pravde, na zahtjev jedne od strana u sporu.”

Preostalih deset članova su završne odredbe koje se tiču pitanja o stranama ugovornicama Konvencije i njenim stupanjem na snagu.

147. Nadležnost suda u ovom sporu zasniva se isključivo na članu IX Konvencije. Svi ostali osnovi nadležnosti, na koje se poziva Podnosilac tužbe, odbačeni su u Presudi o nadležnosti iz 1996 (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strane 617-621, paragrafi 35-41). Iz toga proizlazi da Sud može odlučivati isključivo u sporovima na koje se odnosi navedena odredba. Strane u sporu nisu saglasne o tome da li je Sud definitivno donio stav u vezi s obimom i značenjem te odredbe u svojoj Presudi iz 1996; i ako nije, nisu saglasne o pitanjima nad kojima Sud ima nadležnost na osnovu te odredbe. Vezano za ta dva pitanja, Sud će se izjasniti u narednim odjeljcima svoje odluke. Sud nema ovlasti odlučivati o navodnim kršenjima drugih obaveza koje imaju strane u sporu prema međunarodnom pravu, a koje se ne mogu pripisati genocidu, naročito ako se radi o obavezama čiji je cilj zaštita ljudskih prava u oružanim sukobima. To se odnosi i na slučajeve navodnih kršenja obaveza na osnovu imperativnih normi ili obaveza koje se odnose na zaštitu osnovnih ljudskih vrijednosti, a koje se mogu primjenjivati prema svima.

148. Kao što je to činio i u drugim sporovima, Sud podsjeća na osnovnu razliku između postojećih obaveza s prinudnom snagom koje proistječu iz međunarodnog prava i samog postojanja jednog suda ili jednog tribunala koji ima nadležnost da rješava sporove u vezi s poštivanjem tih obaveza. Činjenica da takav sud ili tribunal ne postoji ne znači da ni obaveza ne postoji. Takve obaveze zadržavaju svoju vrijednost i pravnu snagu. Države su dužne ispunjavati svoje obaveze koje proistječu iz međunarodnog prava, naročito međunarodnog humanitarnog prava i one ostaju odgovorne za činjenja koja im se mogu pripisati a koja su suprotna međunarodnom pravu (naprimjer, spor u vezi s *Oružanim aktivnostima na teritoriji Konga (Novi Zahtjev: 2002) (Demokratska Republika Kongo protiv Ruande), nadležnost Suda i prihvatljivost zahtjeva, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2006, strane 52-53, paragraf 127*).

149. To što Sud zasniva svoju nadležnost na članu IX Konvencije i što su sporovi koji potpadaju pod tu nadležnost sporovi “koji se tiču tumačenja, primjene ili ispunjavanja” Konvencije, nema nužno za posljedicu da se jedino ova Konvencija mora uzeti u obzir. Da bi se utvrdilo, kako tvrdi Podnosilac tužbe, da je Tužena strana prekršila svoju obavezu iz Konvencije i da bi se utvrdile pravne posljedice takvog kršenja, u slučaju da je ono izvršeno, Sud će se pozvati ne samo na samu Konvenciju već i na pravila

općeg međunarodnog prava o tumačenju ugovora i odgovornosti država za međunarodna protupravna djela.

\* \*

## **(2) Odluka Suda iz 1996. o obimu i značenju člana IX**

150. Po mišljenju Podnosioca tužbe, Sud je 1996, u fazi preliminarnih prigovora odlučio da je nadležan da, u skladu s članom IX Konvencije, razmatra odgovornost Tužene države “za genocid ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III”, te da isti član navodi da to „ne isključuje nijedan oblik odgovornosti države”. To je pitanje, po mišljenju Suda, bilo razmatrano sa snagom principa već presuđene pravne stvari. Tužena strana podržava uže tumačenje Konvencije: nadležnost Suda ograničavala bi se na donošenje deklarativne presude koja se odnosi na kršenje dužnosti sprečavanja i kažnjavanja izvršenja genocida od pojedinaca.

151. Tužena strana prihvata da je prvo, šire tumačenje bilo “privilegirano od većine članova Suda u fazi preliminarnih prigovora” i citira slijedeći pasus iz Odluke:

“Sud sada prelazi na drugi prijedlog koji je iznijela Jugoslavija [potkrepljujući jedan od svojih preliminarnih prigovora] u vezi s vrstom državne odgovornosti koju predviđa član IX Konvencije. Po Jugoslaviji, taj član obuhvata samo odgovornost koja proizlazi iz neispunjavanja obaveza o sprečavanju i kažnjavanju, kako je predviđeno članovima V, VI i VII; dok bi, međutim, odgovornost jedne države za djela genocida, koja je izvršila sama država, bila isključena iz okvira primjene Konvencije.

*Sud će konstatirati da pozivanje na član IX o “odgovornosti države za genocid ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III” ne isključuje nijedan oblik državne odgovornosti.*

*Odgovornost jedne države za postupke njenih organa isto tako nije isključena članom IV Konvencije, koji obuhvata izvršenje djela genocida od “vladara” ili “javnih dužnosnika”.*

U svjetlu gore navedenog, Sud smatra da mora odbaciti peti preliminarni prigovor Jugoslavije. Nadalje će uočiti da je dovoljno jasno iz samog teksta tog prigovora da se strane ne slažu ne samo u pogledu činjenica iz ovog spora, njihovog pripisivanja i primjenjivosti odredaba Konvencije o genocidu na njih već se, osim toga, ne slažu u odnosu na značenje i pravni domet nekoliko od tih odredaba, uključujući član IX. Za Sud, dakle, ne postoji nikakva sumnja da među njima postoji spor u pogledu “tumačenja, primjene ili izvršenja... Konvencije, uključujući... odgovornost države za genocid...”, prema formulaciji koja se koristi u toj zadnjoj odredbi (vidjeti: *Primjenjivost obaveze arbitriranja u skladu s Odjeljkom 21 Sporazuma od 26. juna 1947. vezano za sjedište Organizacije ujedinjenih nacija, Savjetodavno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1988*, strane 27-32) (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strane 616-617, paragrafi 32-33; kurziv dodat tekstu iz 1996).

Podnosilac tužbe posebno se oslanja na rečenice iz paragrafa 32 naglašene kurzivom u navedenom citatu. Tužena strana iznosi da je:

“Ovakvo izražavanje mišljenja karakteristično je po svojoj sažetosti i zavisi od odbacivanja preliminarnog prigovora zasnovanog na postojanju ili spora vezanog za tumačenje Konvencije o genocidu. Tumačenje usvojeno privremeno od Suda ne oslanja se na bilo koju suštinsku referencu vezanu za pripremljene radove na Konvenciji.

U takvim okolnostima ne postoji niti jedan principijelan razlog niti obrazloženje sa smislom koji indiciraju da pitanje tumačenja više nije otvoreno.”

Navodeći da se Sud izjasnio o tom pitanju 1996. i bio izričit, Podnosilac tužbe također iznosi da će ova faza procedure:

“pružiti još jednu priliku Sudu da presudi o tom značajnom pitanju, ne samo zbog strana u sporu već u interesu budućih generacija koje ne trebaju strahovati da će države imati imunitet u pogledu odgovornosti za djela genocida.”

152. Sud je već ranije razmotrio pitanje utjecaja principa već presuđene pravne stvari (*res judicata*), sadržanog u Presudi od 1996, te naveo da se ne može ponovo vraćati na pitanja o kojima je odlučivao na takvim osnovama. Bilo da pitanje koje sada pokreće Tužena strana spada ili ne spada u tu kategoriju, Sud konstatira da se posljednji dio paragrafa 33, citiranog gore u tekstu, mora smatrati kao indikacija da su “značenje i pravni domet” člana IX i ostale odredbe Konvencije i dalje sporni. “Postoji” naročito spor po pitanju da li se ugovorne strane mogu smatrati odgovornima, u skladu s Konvencijom, samo za kršenje obaveza da preduzmu zakonske mjere i krivično gone ili ekstradiraju izvršioce genocida ili da li se te obaveze proširuju i na obavezu zabrane činjenja genocida i drugih djela taksativno navedenih u članu III. Takav spor “postoji” i prepušta se Sudu da ga riješi u fazi odlučivanja o meritumu. U takvim okolnostima, a imajući u vidu stav koji su zauzele strane u sporu, Sud će u ovoj fazi utvrditi da li se obaveze strana prema Konvenciji proširuju i na to. Dakle, Sud će odlučiti o “značenju i pravnom dometu” više odredaba Konvencije, uključujući i član IX koji govori o “odgovornosti države za genocid ili bilo koje drugo djelo taksativno navedeno u članu III”.

\* \*

### **(3) Odluka Suda iz 1996. o teritorijalnom obimu Konvencije**

153. Drugo pitanje, vezano za snagu principa već presuđene pravne stvari Presude od 1996, tiče se teritorijalnih ograničenja, ukoliko ih ima, u vezi s obavezom država članica da spriječe i kazne genocid. U obrazloženju jednog od preliminarnih prigovora, Tužena strana iznijela je argument da nije imala nadležnost nad teritorijom Podnosioca tužbe u relevantnom vremenskom periodu. U posljednjoj rečenici navođenja razloga za odbacivanje takve argumentacije, Sud kaže slijedeće: “Sud konstatira da obaveza svake države da sprečava i kažnjava zločin genocida nije teritorijalno ograničena Konvencijom” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 616, paragraf 31).

154. Podnosilac tužbe je mišljenja da je Sud u toj rečenici presudio da se obaveza primjenjuje bez teritorijalnog ograničenja. Sud ne iznosi, na jedan



tako afirmativan način, takvu obavezu. Sud ne kaže da je obaveza “teritorijalno neograničena Konvencijom”. Nadalje, prethodno u tom paragrafu, Sud je citirao član VI (o obavezi svake države na čijoj je teritoriji djelo počinjeno da krivično goni izvršioce) kao “jedinu odredbu relevantnu” za teritorijalne “probleme” koji se odnose na primjenu Konvencije. Citiranu rečenicu, dakle, treba tumačiti tako da se odnosi na obavezu navedenu u članu I. Sud nije 1996. presudio o teritorijalnom obimu svake pojedinačne obaveze koja proizlazi iz Konvencije. Prema tome, Sud se treba još izjasniti o tom pitanju, koje nije bilo razmatrano s autoritetom principa već presuđene pravne stvari.

\* \*

#### **(4) Konvencijom nametnute obaveze ugovornim stranama**

155. Podnosilac tužbe, prema riječima svog zastupnika, tvrdi da “(se) ovaj spor odnosi na državnu odgovornost; naš je cilj da se utvrde odgovornosti države koja je, preko svog rukovodstva i organa, počinila najbrutalnija kršenja jednog od najsvetijih instrumenata međunarodnog prava”. Podnosilac tužbe naveo je da je, po njegovom mišljenju, Konvencijom o genocidu “stvoren univerzalan i ugovorno baziran koncept državne odgovornosti” i “da se, zapravo, u ovom postupku radi o državnoj odgovornosti za genocid”. Podnosilac tužbe se, u tom smislu, oslanja na član IX Konvencije kojim se, kako ističe, “državama veoma eksplicitno nameće neposredna odgovornost da ne izvrše genocid, odnosno ne pružaju pomoć u izvršenju genocida”. Što se tiče obaveze sprečavanja, u skladu s članom I, kršenje te obaveze, prema Podnosiocu tužbe, „utvrđeno“ je - može se reći „ubačeno“ - činjenicom da je [Tužena strana] *sama* odgovorna za izvršeni genocid;... država koja izvrši genocid nije ispunila svoju obavezu o njegovom sprečavanju” (kurziv iz originala). Nakon što je naveo kršenje člana I, Podnosilac tužbe je nastavio svoju argumentaciju navodeći da Tužena strana krši svoje obaveze na osnovu člana III... na koje izričito upućuje član IX, kršenja koja se nalaze u osnovi ovog spora. Ovom bitnom odredbom utvrđuju se obaveze čije kršenje povlači odgovornost država ugovornica”. Prema tvrdnji Podnosioca tužbe proizlazi da Sud, na osnovu člana IX, ima nadležnost za navodna kršenja tih obaveza, koja je izvršila država ugovornica.

156. Nasuprot tome, Tužena strana tvrdi da:

“Konvencija o genocidu ne povlači odgovornost država za djela genocida kao takva. Dužnosti propisane Konvencijom odnose se na ‘sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida’ kada takav zločin vrše pojedinci; odredbe članova V i VI [koje se odnose na izvršenje i usvajanje jasnih zakonskih mjera]... vrlo su jasne po tom pitanju.”

Tužena strana iznosi da Sud, dakle, nema nadležnost *ratione materiae* na osnovu člana IX i nastavlja:

“Ove odredbe [članovi I, V, VI i IX] ne povlače odgovornost jedne ugovorne strane kao takve za djela genocida, već [samo] odgovornost za nesprečavanje ili nekažnjavanje djela genocida koje su izvršili pojedinci u okviru njene teritorije ili... njene kontrole.”

Po mišljenju Tužene strane isključivi pravni lijek za takav propust bila bi deklarativna presuda.

157. Kao sporednu argumentaciju Tužena strana također navodi:

“Da bi jedna država bila odgovorna na osnovu Konvencije o genocidu, moraju se najprije utvrditi činjenice. Kako genocid predstavlja zločin, to se isključivo može utvrditi u skladu s pravilima krivičnog prava, prema kojima individualna odgovornost predstavlja prvi uvjet koji treba zadovoljiti. Država može imati odgovornost jedino ako se, izvan svake sumnje, utvrdi postojanje genocida. Pored toga, mora se pokazati da osoba koja je izvršila genocid može uključiti odgovornost države...”

(Ovakav argument zatim spominje pitanje kršenja obaveze sprečavanja i kažnjavanja, koje će se razmotriti kasnije u ovoj Presudi.)

158. Tužena strana, pored toga, iznijela je ono što je nazvala „alternativni argumenti koji se tiču isključivo državne odgovornosti za kršenje članova II i III”. Ti argumenti iznose pitanje potrebnih uvjeta, naročito uvjet namjere i uvjet pripisivanja. Prilikom iznošenja tih argumenata, savjetnik Tužene strane ponovio je osnovne zaključke o kojima se govori gore u tekstu

da “Konvencija ni na koji način ne sugerira da Država sama može izvršiti genocid”.

159. Sud ističe da među stranama u sporu ne postoji neslaganje vezano za činjenicu da član IX uključuje sporove koji se odnose na “odgovornost jedne države” i među njima one koji, kada se odnose na tumačenje, primjenu ili ispunjavanje Konvencije, mogu biti predloženi Sudu, te da iz toga proizlazi da određene odredbe Konvencije nameću državama obaveze čije kršenje može povući njihovu odgovornost. Članovi V, VI i VII zahtijevaju zakonodavne mjere, posebno propisivanje djelatovnih krivičnih sankcija za osobe krive za genocid i druga djela taksativno navedena u članu III, kao i krivično gonjenje i ekstradiciju navodnih počinitelja. Budući da takve odredbe koje propisuju kažnjavanje zločina genocida imaju i zastrašujući, a time i preventivni učinak odnosno cilj, može se smatrati da se njihovom primjenom zadovoljava obaveza o sprečavanju zločina genocida kako se iznosi u članu I i navodi u nazivu Konvencije. Isto tako, taj član može u prilog glavne teze Tužene strane biti prihvaćen kao upozoravajući, uvodni ili svrsishodan, te kao preambula specifičnim obavezama. Preostala specifična odredba, član VIII, koja se odnosi na intervenciju nadležnih organa Ujedinjenih nacija, može se posmatrati kao kompletiranje sistema za podršku kako prevenciji tako i suzbijanju zločina genocida, u ovom slučaju na političkom nivou, a ne kao pitanje pravne odgovornosti.

160. Sud primjećuje da obaveze koje Konvencija nameće stranama zavise od uobičajenog značenja odredbi Konvencije iščitanih u njihovom kontekstu i u svjetlu cilja i svrhe ovog instrumenta. U cilju potvrđivanja značenja koje proizlazi iz tog postupka, odnosno otklanjanja nejasnoća ili neodređenosti, ili očigledno apsurdnog i nerazumnog rezultata, može se pozvati na dopunska sredstva tumačenja kao što su pripremni radovi na Konvenciji ili okolnosti pod kojima je ona zaključena. Generalno je prihvaćeno da ovakvi stavovi, preuzeti iz članova 31 i 32 Bečke konvencije o pravu ugovora, čine dio međunarodnog običajnog prava: vidjeti *Pravne posljedice podizanja zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji, Savjetodavno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 174, paragraf 94; *Avena i drugi meksički državljani (Meksiko protiv Sjedinjenih Američkih Država), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 48, paragraf 83; *La Grand (Njemačka protiv Sjedinjenih Američkih Država), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaj, 2001*, strana 501, paragraf 99; i *Suverenitet nad Pulau Ligitan i Pulau Sipadan (Indonezija protiv Malezije), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2002*, strana 645, paragraf 37 i drugi sporovi koji se spominju u tim odlukama.

161. Da bi utvrdio obaveze ugovornih strana prema Konvenciji o genocidu, Sud će razmotriti odredbu člana I Konvencije. U njoj su sadržane dvije teze. Prva je afirmacija da genocid predstavlja zločin po međunarodnom pravu. Tu afirmaciju treba čitati zajedno s deklaracijom da genocid predstavlja zločin prema međunarodnom pravu, koju je dvije godine ranije jednoglasno usvojila Generalna skupština u Rezoluciji 96 (I), a koja se spominje u Preambuli Konvencije (paragraf 142 gore u tekstu). Kao što je to Sud naglasio 1951, ova afirmacija potvrđuje zahtjeve međunarodnog običajnog prava:

„Izvori Konvencije pokazuju kako je namjera Ujedinjenih nacija bila da osude i kazne genocid kao ‘zločin prema međunarodnom pravu’, što uključuje poricanje prava na postojanje cijelih grupa stanovništva, poricanje koje povređuje savjest čovječanstva i dovodi do velikih gubitaka čovječanstva, što je suprotno kako moralnom pravu tako i duhu i ciljevima Ujedinjenih nacija (Rezolucija 96 (I) Generalne skupštine od 11. decembra 1946). Prva posljedica takvog koncepta je da su principi koji se nalaze u osnovi Konvencije principi koje priznaju civilizirani narodi kao obavezujuće za države, čak i bez ikakve konvencionalne obaveze. Druga posljedica je univerzalni karakter kako osude genocida tako i saradnje koja je neophodna ‘u cilju oslobađanja čovječanstva od takve stravične pošasti’ (preambula Konvencije)...

Ciljevi takve Konvencije moraju se također razmotriti. Konvencija je očigledno usvojena iz čisto humanih<sup>5</sup> i civilizacijskih razloga. Teško je i zamisliti jednu konvenciju koja bi mogla imati ovakav dvostruki karakter u većoj mjeri, jer je njen cilj, s jedne strane, da se zaštiti samo postojanje određenih grupa ljudi, a s druge, da se potvrde i prihvate elementarni principi morala“ (*Rezerve na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Savjetodavno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1951, strana 23*).

Dalje, u navedenom mišljenju, Sud se poziva na “moralne i humanitarne principe koji predstavljaju njenu osnovu” (*Ibid.*, strana 24). U prethodnim fazama ovog spora, Sud je već podsjetio na Rezoluciju 96 (I) (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993, strana 23; vidjeti također strane 348 i 440*) i citirao

---

<sup>5</sup> U engleskoj verziji teksta Presude koristi se izraz “humanitarian”, a u francuskoj “humain”. Izraz “humanitarian je vjerovatno, propust tehničke prirode.

izjavu iz 1951 (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 616), tako je Sud, u svojoj Presudi od 3. februara 1996, paragraf 64, ponovo potvrdio izjavu iz 1951. i 1996. u sporu o *Oružanim aktivnostima na teritoriji Konga (Novi prijedlog 2002) (Demokratska Republika Kongo protiv Ruande)*, kada je dodao da norma kojom se zabranjuje genocid čini nesumnjivo imperativnu normu međunarodnog prava (*jus cogens*).

162. Takve karakterizacije zabrane genocida i cilja Konvencije značajne su za tumačenje druge teze iznijete u članu I - obavezivanje ugovornih strana da spriječe i kazne zločin genocida, a posebno u ovom kontekstu obaveze sprečavanja. Značajno je više karakteristika takvog obavezivanja. Uobičajeno značenje riječi "obavezivanje" je davanje formalnog obećanja, obavezivanje, vezivanje ili davanje zakletve ili obećanja, pristajanje, prihvatanje neke obaveze. To je riječ koja se redovno koristi u ugovorima kojima se utvrđuju obaveze strana ugovornica (vidjeti, naprimjer, Međunarodnu konvenciju o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (7. mart 1966), član 2, stav 1; ili Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (16. decembar 1966), član 2, stav 1, i član 3, naročito). Ona nema samo opominjući karakter i ne ograničava se na izražavanje jedne svrhe. Takvo je obavezivanje bezrezervno (pitanje koje će kasnije biti razmatrano u vezi s obimom obaveze sprečavanja); i ne treba ga čitati samo kao jednostavan uvod u odredbe koje kasnije izričito iznose zakonodavne mjere, krivično gonjenje i ekstradiciju. Takve karakteristike idu u prilog zaključku da se članom I, posebno obavezom o sprečavanju, formuliranom u tom članu, stvaraju obaveze različite od onih koje se nalaze u članovima koji slijede. Čisto humanitarna i civilizacijska svrha Konvencije, također, podupire takav zaključak.

163. Taj zaključak potvrđuju dva aspekta pripremnog rada na Konvenciji, kao i okolnosti pod kojima je ona zaključena, uzimajući u obzir i navode člana 32 Bečke konvencije. Kada je 1947. Generalna skupština Ujedinjenih nacija od Ekonomskog i socijalnog vijeća zatražila da podnese izvještaj i izradi nacrt Konvencije o genocidu i dostavi ga Trećem zasjedanju Skupštine, ona je izjavila da „genocid predstavlja međunarodni zločin koji obuhvata nacionalnu i međunarodnu odgovornost za pojedince i države“ (A/REZ/180(II)). Dvostrukost tih odgovornosti treba sagledati i u još dvije srodne rezolucije usvojene istog datuma, upućene novoosnovanoj Komisiji za međunarodno pravo (dalje u tekstu „KMP“): prva Rezolucija o formuliranju nirnberških principa odnosila se na prava (Princip V) i dužnosti pojedinaca, dok se druga odnosila na nacrt Deklaracije o pravima i dužnostima država (A/

REZ/177 i A/REZ/178 (II)). Dvostrukost tih odgovornosti razmatrana je dalje u ovoj Presudi (paragrafi 173-174).

164. Druga karakteristika priprema izrade nacрта jasno pokazuje operativni i nepreambularni karakter člana I. Preambule nacрта Konvencije, koju je izradio *ad hoc* Komitet o genocidu za Treće zasjedanje Generalne skupštine i koji je razmatrao Šesti komitet Generalne skupštine, dijelom glasi:

„Visoke strane ugovornice

.....

Uvjerene da je međunarodna saradnja neophodna za sprečavanje i kažnjavanje genocida,

*Saglasne su spriječiti i kazniti ovaj zločin kako se predviđa u nastavku teksta.”*

Prvi bi član predviđao da “genocid predstavlja zločin po međunarodnom pravu, bez obzira da li je počinjen u miru ili ratu” (Izvještaj *Ad hoc* Komiteta o genocidu, od 5. aprila do 10. maja 1948, Ujedinjene nacije, *Zvanični zapisnici Ekonomskog i socijalnog vijeća, Sedmo zasjedanje, dodatak broj 6, dok. E/794, strane 2 i 18*).

Belgija je smatrala da obavezi u pogledu sprečavanja i kažnjavanja treba dati dodatnu efikasnost tako što će se nalaziti u operativnom dijelu Konvencije, a ne u preambuli i predložila Šestom komitetu Generalne skupštine član I na slijedeći način: „Visoke strane ugovornice obavezuju se da će sprečavati i kažnjavati zločin genocida“ (dok. UN A/K.6/217). Holandija je zatim predložila novi tekst člana I kombiniranjem nacрта *Ad hoc* komiteta i belgijskog prijedloga sa slijedećim izmjenama: “Visoke strane ugovornice ponovo potvrđuju da genocid predstavlja zločin prema međunarodnom pravu, u pogledu kojeg se obavezuju da će ga sprečavati i kažnjavati, u skladu sa slijedećim članovima” (dokumenti UN A/C.6/220; Ujedinjene nacije, *Zvanični zapisnici Generalne skupštine, Treće zasjedanje, Dio I, Šesti komitet, Skraćeni zapisnici sa 68. sjednice, strana 45*). Predstavnik Danske je smatrao da bi formulacija člana I trebala biti efektivnija i predložio brisanje završne rečenice “u skladu sa slijedećim članovima” (*Ibid.*, strana 47). Predstavnik Holandije

saglasio se sa takvim prijedlogom (*Ibid.*, strane 49-50). Nakon što je odbačen prijedlog SSSR-a da se briše član I, s 36 glasova za i 8 protiv, uz 5 suzdržanih, kao i prijedlog da se pojedini njegovi dijelovi prebace u preambulu, s 40 glasova naspram 8, i nakon što je ubačen prijedlog dijela rečenice „bez obzira da li je počinjen u miru ili ratu“, s 30 za naspram 7 glasova protiv, uz 6 suzdržanih, usvojen je izmijenjeni i dopunjeni tekst člana I s 37 glasova za, naspram 3 protiv i 2 suzdržana glasa (*Ibid.*, strane 51 i 53).

165. Prema Sudu, ove dvije izmjene - premještanje obaveze iz Preambule u prvi operativni član i povlačenje povezujuće klauzule (“u skladu sa slijedećim članovima”) - potvrđuju da se članom I uvode različite obaveze, preko i iznad onih uvedenih drugim članovima Konvencije. Posebno, Ugovorne strane imaju direktnu obavezu sprečavanja genocida.

166. Sud je, nadalje, razmatrao da li su strane, na osnovu Konvencije, u obavezi da one same ne izvrše genocid. Pri tome treba napomenuti da takva obaveza nije izričito sadržana u samim odredbama Konvencije. Podnosilac tužbe, međutim, kao svoj glavni argument navodi da takva obaveza proizlazi iz člana IX, koji Sudu daje nadležnost za sporove „uključujući sporove koji se tiču odgovornosti jedne države za genocid ili bilo koje drugo djelo taksativno navedeno u članu III“. Budući da je član IX u osnovi odredba o nadležnosti, Sud smatra da treba najprije utvrditi da li suštinska obaveza država da ne izvrše genocid može proisteći iz drugih odredaba Konvencije. Prema članu I države ugovornice imaju obavezu spriječiti izvršenje svakog takvog djela koje se kvalificira kao „zločin prema međunarodnom pravu“. Ovaj član ne iziskuje *expressis verbis* da se same države uzdržavaju od izvršenja genocida. Međutim, po mišljenju Suda, imajući u vidu ustanovljeni cilj Konvencije, svrha člana I je zabrana državama da izvrše genocid. Takva zabrana proizlazi, prvo, iz činjenice da ovaj član svrstava genocid u “zločin prema međunarodnom pravu”: prihvatanjem takve kvalifikacije, države članice logično se obavezuju da neće izvršiti tako kvalificirano djelo. Drugo, ovo slijedi i iz jasno date obaveze sprečavanja izvršenja djela genocida. Ovakva obaveza nameće državama ugovornicama, *inter alia*, da iskoriste sve mogućnosti koje su im na raspolaganju, u okolnostima koje će biti konkretnije navedene kasnije u ovoj Presudi, da spriječe osobe ili grupe koje nisu neposredno pod njihovom vlašću da izvrše djela genocida ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III. Bilo bi paradoksalno da državama, koje su bile u obavezi spriječiti izvršenje genocida od osoba nad kojima imaju određen utjecaj, u mjeri u kojoj je to u njihovoj moći, ne bude zabranjeno da one same izvrše takva djela preko svojih organa ili osoba nad kojima imaju takvu blisku kontrolu

da se njihovo ponašanje može pripisati toj državi u skladu s međunarodnim pravom. U najkraćem, obaveza sprečavanja genocida nužno podrazumijeva i zabranu izvršenja genocida.

167. Sud, dakle, zaključuje da su države ugovornice Konvencije dužne da ne izvrše genocid putem postupaka svojih organa ili osoba ili grupa čiji se postupci mogu njima pripisati. Takav se zaključak, također, mora odnositi na druga djela taksativno navedena u članu III. Takva se djela nalaze, kao i genocid, na listi djela zabranjenih članom III. Ona se spominju zajedno s genocidom u članu IX a da nisu svrstana u “kažnjiva”; može se smatrati da je realizacija “čisto humanitarnog i civilizacijskog cilja” Konvencije olakšana činjenicom da države podliježu čitavoj seriji obaveza kojima se upotpunjuje njihova obaveza sprečavanja genocida. Tačno je da se koncepti korišteni u tačkama (b) do (e) člana III, a posebno koncept “saučesništva”, odnose na dobro poznate kategorije krivičnog prava i, kao takvi, čine se posebno dobro prilagođenim za sprovođenje krivičnih sankcija protiv pojedinaca. Međutim, ne bi bilo u skladu s ciljem i svrhom Konvencije osporavati da međunarodna odgovornost jedne države - iako je ona po svom karakteru potpuno različita od krivične odgovornosti - može nastati jednim od takvih djela, osim samog genocida, taksativno navedenih u članu III.

168. Zaključak da Konvencija na taj način obavezuje strane ugovornice da ne izvrše genocid i druga djela taksativno navedena u članu III, potvrđen je jednom neuobičajenom formulacijom člana IX. Da nije te neuobičajene karakteristike i dodatka riječi “ispunjavanje” u odredbi kojom se Sudu daje nadležnost za sporove koji se tiču „tumačenja“ i „primjene“ Konvencije (dodatak koji se ne čini značajnim u ovom sporu), član IX bi predstavljao uobičajenu odredbu o rješavanju sporova.

169. Neuobičajena karakteristika člana IX je dio rečenice „uključujući sporove koji se odnose na odgovornost države za genocid ili bilo koje drugo djelo taksativno navedeno u članu III“. Čini se da riječ „uključujući“ namjerava potvrditi da sporovi, koji se tiču odgovornosti ugovornih strana za genocid i druga djela taksativno navedena u članu III, čine dio šire grupe sporova vezanih za tumačenje, primjenu ili ispunjavanje Konvencije. Odgovornost jedne strane za genocid i druga djela taksativno navedena u članu III nastaje njenim neispunjavanjem obaveza predviđenih drugim odredbama Konvencije, a posebno u ovom kontekstu, člana III, koji se čita zajedno s članovima I i II. Prema engleskoj verziji teksta Konvencije, propisana odgovornost je odgovornost za “genocid” (na francuskom jeziku, “odgovornost... u oblasti



genocida”), a ne samo odgovornost “za nesprečavanje ili nekažnjavanje genocida”. Ovakva konkretna odredba u cjelini potvrđuje da se strane ugovornice mogu smatrati odgovornima za genocid ili svako drugo djelo taksativno navedeno u članu III Konvencije.

\*

170. Sud će sada razmotriti tri argumenta koja je iznijela Tužena strana a koji mogu biti viđeni kao suprotnost s tezom da Konvencija nameće dužnost stranama ugovornicama da ne vrše genocid i druga djela koja se taksativno navode u članu III. Prvi je argument, kao stvar općeg principa, da međunarodno pravo ne poznaje krivičnu odgovornost države i da se Konvencijom o genocidu ne predviđa sredstvo za uvođenje takve krivične odgovornosti. Kada se radi o principu, Tužena strana skreće pažnju da je Komisija za međunarodno pravo, pripremajući konačni nacrt svojih članova o državnoj odgovornosti, odbacila koncept međunarodnog zločina - što predstavlja odluku koja odražava izrazito negativne reakcije više država na takav koncept. Podnosilac tužbe prihvata da opće međunarodno pravo ne priznaje krivičnu odgovornost država. U vezi s ovim konkretnim pitanjem, Podnosilac tužbe tvrdi da obaveza za koju Tužena strana može biti odgovorna u slučaju kršenja u postupku po članu IX, jednostavno predstavlja obavezu prema međunarodnom pravu, u ovom slučaju odredaba Konvencije. Sud zapaža da su obaveze, o kojim se radi u ovom sporu a proizlaze iz propisa Konvencije, kao i odgovornosti država koje bi nastale kršenjem takvih obaveza, predstavljaju obaveze i odgovornosti koje proizlaze iz međunarodnog prava i nisu krivičnog karaktera. Stoga se ovakav argument ne može prihvatiti.

171. Drugi argument Tužene strane je da je karakter Konvencije takav da se iz nje isključuje državna odgovornost za genocid i druga taksativno navedena djela. Konvencija je, kaže se, standardna međunarodna krivičnopravna konvencija koja se, u osnovi, fokusira na krivično gonjenje i kažnjavanje pojedinaca, a ne na odgovornost država. Stavljanjem naglaska u Konvenciji na obaveze i odgovornosti pojedinaca isključuje se bilo kakva mogućnost da države budu odgovorne u slučaju kršenja obaveza sadržanih u članu III. Posebno se ističe da takva mogućnost ne može opstati zbog činjenice da su u članu III navedene sankcije (primjenjive na pojedince) obaveze kažnjavanja osoba prema članu IV, kao i onih iz člana V da se preduzmu potrebne zakonodavne mjere koje predviđaju efikasno kažnjavanje osoba osuđenih za genocid, te odredaba iz člana VI koje predviđaju da će osobe optužene za genocid biti privedene pravdi i onima iz člana VII koje zahtijevaju mjere ekstradicije.

172. Sud je svjestan činjenice da čuvena rečenica iz Nirnberške presude: “zločine protiv međunarodnog prava vrše ljudi a ne apstraktni subjekti...” (Presuda Međunarodnog vojnog tribunala, Suđenje glavnim ratnim zločincima, 1947, *Zvanični dokumenti*, tom I, strana 235) može biti spomenuta u prilog tezi da jedino pojedinci mogu kršiti obaveze predviđene članom III. Međutim, Sud konstatira da je taj Tribunal odgovarao na argumentaciju da se “međunarodno pravo bavi postupcima suverenih država i da ne predviđa kažnjavanje pojedinaca” (*Ibid.*, strana 234), te da su tako isključivo države odgovorne po međunarodnom pravu. Tribunal je odbacio takvu argumentaciju sljedećim riječima: “Prihvaćeno je, već odavno, da međunarodno pravo nameće dužnosti i odgovornosti pojedincima” (*Ibid.*, strana 234; tekst Presude na engleskom jeziku sadrži isto tako i rečenicu “kao i državama”).

173. Sud zapaža da ta dvojakost vezana za odgovornost i dalje predstavlja konstantno obilježje međunarodnog prava. Ovo se obilježje reflektira u članu 25, stav 4, Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, koji su do sada prihvatile 104 države: “Nijedna odredba u ovom Statutu, koja se odnosi na individualnu krivičnu odgovornost, neće utjecati na odgovornost država prema međunarodnom pravu.” Sud također konstatira da Odredbe Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država za međunarodno protupravna djela (Aneks Rezolucije Generalne skupštine broj 56/83 od 12. decembra 2001), a koje će biti spomenute dalje u tekstu kao “Odredbe KMP o odgovornosti države”, u članu 58 afirmiraju drugu stranu istog pitanja: “Ovi članovi ne utječu ni na jedno pitanje individualne odgovornosti u skladu s međunarodnim pravom bilo koje osobe koja postupa u ime neke države.” U Komentaru ove odredbe Komisija je kazala slijedeće:

“Kada zločine protiv međunarodnog prava vrše državni dužnosnici, često će se događati da je sama država odgovorna za takva djela, odnosno za njihovo nesprečavanje ili nekažnjavanje. U nekim slučajevima, naročito slučajevima agresije, država će, po samoj definiciji, biti umiješana. Čak i u tom slučaju, pitanje individualne odgovornosti u načelu je odvojeno od pitanja državne odgovornosti. Država nije oslobođena svoje vlastite odgovornosti za međunarodno protupravno ponašanje činjenicom da je krivično gonila i kaznila državne dužnosnike kao izvršioce” (Izvještaj KMP, 2001, A/56/10, Komentar KMP o nacrtu Odredaba o odgovornosti države za međunarodno protupravna djela, komentari na član 58, stav 3).

Komisija je citirala član 25, stav 4, Rimskog statuta i zaključila slijedeće:

“Član 58... jasno pokazuje da se odredbe ne bave pitanjem individualne odgovornosti prema međunarodnom pravu bilo koje osobe koja postupa u ime države. Termin “individualna odgovornost” poprimio je prihvatljivo značenje u svjetlu Rimskog statuta i drugih instrumenata; odnosi se na odgovornost pojedinaca, uključujući državne dužnosnike, u skladu s određenim pravilima međunarodnog prava koji se primjenjuju na izvršenje genocida, ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti.”

174. Sud ne vidi ništa u formulaciji niti u strukturi odredaba Konvencije koje se odnose na individualnu krivičnu odgovornost, a što bi moglo izmijeniti značenje člana I, zajedno s tačkama (a) do (e) člana III, u mjeri u kojoj te odredbe nameću državama obaveze koje se razlikuju od obaveza za koje Konvencija zahtijeva od država da ih nametnu pojedincima. Uostalom, na osnovu činjenice da se članovi V, VI i VII fokusiraju na pojedince, ne znači samo po sebi da strane ugovornice ne podliježu obavezama neizvršenja genocida i drugih djela taksativno navedenih u članu III.

175. Treći i konačni argument Tužene strane protiv teze da Konvencija obavezuje strane ugovornice na neizvršenje genocida zasniva se na pripremnom radu na Konvenciji, a posebno na njenom članu IX. Sud je već koristio dio tog rada kako bi potvrdio operativni značaj obaveze iz člana I (vidjeti paragrafe 164 i 165 gore u tekstu), što predstavlja tumačenje koje je već dato na osnovu odredaba Konvencije, njenog konteksta i cilja.

176. Tužena strana, tvrdeći da je Konvencija, i posebno član IX, nejasna, ističe da historijat izrade Konvencije u Šestom komitetu Generalne skupštine pokazuje da “nije bilo riječi o neposrednoj odgovornosti države za djela genocida”. Tužena strana tvrdi da se odgovornost države odnosi na “ključne odredbe” članova IV-VI: u Konvenciji je riječ o krivičnoj odgovornosti pojedinaca praćenoj građanskom odgovornošću država za sprečavanje i kažnjavanje. Ovakav argument protiv bilo kakve šire odgovornosti ugovornih strana zasniva se na zapisnicima diskusija vođenih u Šestom komitetu i potkrepljuje ga, kako se tvrdi, odbijanje amandmana Ujedinjenog Kraljevstva na one dijelove koji su postali članovi IV i VI. Da

je bio usvojen prvi amandman, član IV, koji govori o kažnjavanju pojedinaca koji vrše genocid ili bilo koje djelo taksativno navedeno u članu III, bio bi proširen slijedećom dodatnom rečenicom: “[Djela genocida] izvršena od ili u ime država ili vlada predstavljaju kršenje ove Konvencije” (A/C.6/236 i ispravka 1). Taj amandman nije prošao (Ujedinjene nacije, *Službeni dokumenti Generalne skupštine, Treće zasjedanje, Dio I, Šesti komitet, Skraćeni zapisnici sa 96. sjednice*, strana 355). Ono što je kasnije postalo član VI bilo bi zamijenjeno odredbom kojom se daje nadležnost Sudu ukoliko se utvrdi da djelo genocida predstavlja djelo države ili vlade ili njenih organa. Ujedinjeno Kraljevstvo je, odgovarajući na primjedbe da je prijedlog bespredmetan (jer bi značio vraćanje na već donijetu odluku), povuklo taj amandman u korist zajedničkog amandmana teksta koji je kasnije postao član IX, a koji su podnijele Ujedinjeno Kraljevstvo i Belgija (*Ibid.*, 100. sjednica, strana 394). Govoreći o tom zajedničkom amandmanu, delegat Ujedinjenog Kraljevstva je priznao da je debata jasno pokazala odluku Komiteta da želi ograničiti tekst sadašnjeg člana VI na odgovornost pojedinaca (*Ibid.*, 100. sjednica, strana 430). Predloženi amandman Ujedinjenog Kraljevstva i Belgije tekstu bi dodao slijedeće riječi: “uključujući sporove koji se tiču odgovornosti jedne države za sva djela taksativno navedena u članovima II i IV [kako je tada glasilo nacrt teksta Konvencije].” Delegat Ujedinjenog Kraljevstva objasnio je da se radi o građanskoj a ne krivičnoj odgovornosti (*Ibid.*, 103. sjednica, strana 440). Prijedlog da se brišu te riječi je propao i ta je odredba usvojena (*Ibid.*, 104. sjednica, strana 447), uz izmjene stilskeg karaktera koje je izvršio redakcijski odbor.

177. U kasnijoj fazi, prijedlog Belgije, Ujedinjenog Kraljevstva i Sjedinjenih Američkih Država, koji je trebao zamijeniti sporni izraz riječima “uključujući sporove koji prostječu iz optužbi jedne ugovorne strane da je izvršen zločin genocida ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III, u okviru nadležnosti neke druge ugovorne strane”, predsjednik Šestog komiteta ocijenio je kao mijenjanje suštine i Komitet nije usvojio taj prijedlog (za šta je bila potrebna dvotrećinska većina) radi ponovnog razmatranja (A/C.6/305). Predsjednik Komiteta obrazložio je svoju odluku kako slijedi, na što nije data nikakva primjedba:

“U članu IX predviđeno je da će Međunarodnom sudu pravde biti podneseni, između ostalog, sporovi koji se tiču odgovornosti jedne države za genocid ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III, a nakon zajedničkog amandmana, ne bi se radilo o sporovima koji se

odnose na odgovornost države, već onima koji proistječu iz optužbe po kojoj je zločin izvršen na teritoriji jedne od država ugovornica” (Ujedinjene nacije, *Zvanični zapisnici Generalne skupštine, Treće zasjedanje, Dio I, Šesti komitet, Skraćeni zapisnici sa 131. sjednice*, strana 690).

Do tog momenta rasprave u Šestom komitetu bilo je jasno da se isključivo pojedinci mogu smatrati krivično odgovornim za genocid, u skladu s nacrtom Konvencije. Predsjednik Komiteta je očigledno smatrao da član IX, takav kakav je, upravo izmijenjen, predviđa odgovornost države za genocid.

178. Po mišljenju Suda, mogu se izvesti dva zaključka iz upravo razmotrenog historijata izrade nacrtu Konvencije. Prvo, da se tu većinom radilo o prijedlozima u prilog krivične odgovornosti država, ali da ti prijedlozi nisu bili usvojeni. Drugo, usvojeni amandman vezan za član IX govori o nadležnosti u pogledu odgovornosti države *u apsolutnom smislu*. Prema tome, historijat izrade Konvencije čini se da potkrepljuje zaključak do kojeg je Sud došao u paragrafu 167 gore u tekstu.

179. Shodno tome, razmotrivši različite argumente, Sud je utvrdio da se Konvencijom strane ugovornice obavezuju na neizvršavanje genocida i drugih djela taksativno navedenih u članu III, preko svojih organa, osoba ili grupa, čije im se ponašanje pripisuje. Dakle, ako neki organ države ili osoba ili grupa čiji se postupci legalno pripisuju toj državi izvrši jedno od zabranjenih djela članom III Konvencije, nastaje međunarodna odgovornost te države.

\* \*

### **(5) Pitanje da li Sud može zaključiti da je jedna država izvršila genocid u odsustvu prethodne presude za genocid koju je protiv pojedinca izrekao nadležni sud**

180. Da bi se neka država smatrala odgovornom zato što je prekršila svoju obavezu nečinjenja genocida, Sud nalazi da se mora dokazati da je izvršen genocid kako je definiran u Konvenciji. To se također odnosi i na udruživanje u cilju izvršenja genocida u smislu člana III, tačka (b), saučesništvo iz člana III, tačka (e) i kako je izloženo dalje u tekstu (paragraf 431) obavezu

sprečavanja genocida. Tužena strana pokrenula je pitanje da li je neophodno, u pravnom smislu, da bi Sud mogao utvrditi kako je to od njega traženo, da je došlo do odgovornosti jedne države za djelo genocida ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III, da je jedan drugi sud ili tribunal koji ima nadležnost u krivičnim predmetima utvrdio izvršenje genocida. Tužena strana smatra da uvjet *sine qua non* za utvrđivanje državne odgovornosti jeste prethodno utvrđivanje, u skladu s pravilima krivičnog prava, individualne odgovornosti počinioca, koja bi mogla uključiti odgovornost države.

181. Različitost postupaka i ovlaštenja koja ima ovaj Sud, u odnosu na sudove i tribunale koji sude pojedincima za izvršena krivična djela, sami po sebi ne predstavljaju pravnu zapreku da Sud samostalno utvrdi kako je genocid, odnosno bilo koje djelo taksativno navedeno u članu III, izvršeno. Prema svom Statutu, Sud ima ovlaštenje da postupa u ovakvim slučajevima i da primjenjuje standard dokaza koji odgovara optužbama za najteža djela (paragrafi 209-210 u nastavku teksta). Pozivajući se na odredbe same Konvencije, Sud je već ranije zaključio da je, prema članu IX, nadležan utvrđivati odgovornost države za genocid ili druga djela navedena u članu III, koja su izvršili njeni organi, pojedinci ili grupe, a koja joj se mogu staviti na teret.

182. Drugačije tumačenje značilo bi da u Konvenciji ne postoje pravni lijekovi, u slučajevima koje je moguće zamisliti: kao slučaj gdje su vođe određene države navodno izvršile genocid na toj teritoriji, ali im nije suđeno jer su, naprimjer, i dalje na vlasti i kontroliraju policiju, tužilaštva i sudove, a ne postoji ni međunarodni krivični tribunal nadležan za navodno izvršena djela, ili ako naprimjer odgovorna država priznaje kršenje. Imajući to u vidu, Sud zaključuje da, prema Konvenciji, može postojati odgovornost države za genocid i saučesništvo u genocidu, a da za taj ili sličan zločin nije osuđen niti jedan pojedinac.

\* \*

## **(6) Moguće teritorijalne granice obaveza**

183. Suštinske obaveze koje proistječu iz članova I i III nisu, kako izgleda, teritorijalno ograničene. One se primjenjuju na državu bilo gdje da ona djeluje ili može djelovati da bi ispunila obaveze o kojima je riječ. Pravni i

činjenični obim te sposobnosti razmatran je u odnosu na obaveze sprečavanja zločina genocida u odjeljku Presude posvećenom toj obavezi (vidjeti paragraf 430 dalje u tekstu). Značajan relevantan uvjet u pogledu obaveze uzdržavanja od izvršenja genocida i drugih djela taksativno navedenih u članu III predviđa se pravilima o pripisivanju (paragraf 379 i slijedeći u nastavku teksta).

184. Obaveza krivičnog gonjenja predviđena članom VI je, nasuprot tome, predmet izričitog teritorijalnog ograničenja. Suđenje osobama optuženim za genocid vrši se pred nadležnim tribunalom države na čijoj je teritoriji i izvršen (vidjeti paragraf 442 dalje u tekstu) ili pred nekim međunarodnim krivičnim tribunalom koji ima nadležnost za to (paragraf 443 i slijedeći u nastavku teksta).

\* \*

### **(7) Zahtjev Podnosioca tužbe u vezi s navodno izvršenim genocidom izvan njegove teritorije nad nedržavljanima**

185. U svojim konačnim podnescima, Podnosilac tužbe traži od Suda da presudi o djelima genocida i drugim protupravnim djelima koja je navodno izvršila Tužena strana nad “nesrbima” izvan njegove teritorije (kao i u okviru nje). Budući da se takav zahtjev odnosi na nebosanske žrtve, to bi moglo pokrenuti pitanja o pravnom interesu ili položaju Podnosioca tužbe u odnosu na takva pitanja, kao i na karakter *jus cogens* relevantnih normi, te karakter *erga omnes* relevantnih obaveza. Iz razloga detaljnije objašnjenih u paragrafima 368 i 369 u nastavku teksta, neće biti potrebno da se Sud bavi tim pravnim pitanjima.

\* \*

186. Sud zapaža da se genocid, onako kako je definiran u članu II Konvencije, sastoji od “djela” i “namjere”. Nedvojbeno je da slijedeća djela

“(a) ubijanje pripadnika grupe;

- (b) uzrokovanje teških tjelesnih ili psihičkih povreda pripadnicima grupe;
- (c) namjerno podvrgavanje grupe takvim uvjetima života sračunatih da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja;
- (d) nametanje mjera kojima je cilj spriječiti rađanje unutar grupe i
- (e) prisilno premještanje djece iz jedne grupe u drugu” -

same od sebe uključuju mentalne elemente. “Ubijanje” mora biti namjerno, isto kao i “uzrokovanje teških tjelesnih ili psihičkih povreda”. U članu II, tačke (c) i (d), ti mentalni elementi proizlaze eksplicitno iz izraza “namjerno” i “s ciljem” i implicitno iz riječi “podvrgavanje” i “mjere”. Isto tako, prisilno premještanje također podrazumijeva djela s namjerom, voljom. Ta djela, kako ih je tretirala KMP, po svojoj su prirodi svjesna, namjerna ili voljna (Komentar člana 17, Nacrt Zakona o zločinima protiv mira i sigurnosti čovječanstva, Izvještaj KMP 1996, *Godišnjak Komisije za međunarodno pravo*, 1996, tom II, Dio drugi, strana 44, paragraf 5).

187. Ovim mentalnim elementima član II dodaje i jedan drugi. Potrebno je da se utvrdi “namjera da se uništi, u cjelini ili djelimično... (zaštićena) grupa kao takva”. Nije dovoljno utvrditi, naprimjer, u smislu odredbe iz tačke (a), da su izvršena smišljena protupravna ubistva pripadnika grupe. Dodatno se mora utvrditi postojanje namjere, koja je definirana na vrlo precizan način. Uvijek se traži posebna ili specifična namjera, ili *dolus specialis*; u ovoj presudi ova će namjera najčešće biti označena kao specifična namjera (*dolus specialis*). Nije dovoljno da su pripadnici grupe meta napada iz razloga pripadnosti toj grupi, odnosno, iz razloga diskriminatorne namjere počinio djela. Potrebno je, nadalje, da djela navedena u članu II moraju biti izvršena s namjerom da se uništi grupa kao takva, u cijelosti ili djelimično. Riječi “kao takva” naglašavaju namjeru da se uništi zaštićena grupa.

188. Specifičnost namjere i kriteriji koji je razlikuju jasno se pojavljuju kada se genocid posmatra u kontekstu drugih, s njim povezanih krivičnih djela, prije svega zločina protiv čovječnosti i progona, a što je Pretresno vijeće Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (u nastavku teksta “MKTBJ” ili “Tribunal”) naznačilo u predmetu *Kupreškić i drugi*:

“zahtjev *mens rea* za progon veći je od onog koji se traži za obične zločine protiv čovječnosti, a manji od onog za genocid. U ovom kontekstu Pretresno vijeće želi naglasiti da progon kao zločin protiv čovječnosti pripada istom *genusu* kao i genocid. I progon i genocid su djela usmjerena protiv osoba koje



pripadaju određenoj grupi i koje su ciljane upravo zbog te pripadnosti. Za obje kategorije bitna je diskriminatorska namjera: napad na osobe zbog njihovih etničkih, rasnih ili vjerskih karakteristika (u slučaju progona i zbog političkih uvjerenja). Dok u slučaju progona diskriminatorska namjera može imati više nehumanih oblika i manifestirati se u većem broju radnji uključujući i ubistva, u slučaju genocida ta se namjera mora poklapati s namjerom uništenja, u cijelosti ili djelimično, grupe kojoj žrtve genocida pripadaju. Prema tome, može se reći, sa stanovišta *mens rea*, da je genocid ekstreman i najnehumaniji oblik progona. Drugačije rečeno, kada progon eskalira u ekstremni oblik namjernog i voljnog izvršenja djela čija je namjena uništenje jedne grupe u cijelosti ili djelimično, može se smatrati da progon čini genocid” (IT-95-16-T, Presuda, 14. januar 2000, paragraf 636).

189. Također, specifična se namjera mora razlikovati od drugih razloga ili motiva koje izvršilac može imati. Potrebno je s najvećom pažnjom zaključiti, polazeći od činjenica, dovoljno jasnu manifestaciju takve namjere.

\* \* \*

### **(9) Namjera i “etničko čišćenje”**

190. Izraz “etničko čišćenje” korišten je vrlo često za događaje u Bosni i Hercegovini koji su predmet razmatranja u ovom sporu; vidjeti, naprimjer, Rezoluciju Vijeća sigurnosti broj 787 (1992), paragraf 2, preambulu Rezolucije 827 (1993) i Izvještaj koji je kao aneks IV dodat Konačnom izvještaju Komisije eksperata Ujedinjenih nacija (S/1994/674/Add.2) (u daljnjem tekstu: Izvještaj Komisije eksperata). U preambuli Rezolucije Generalne skupštine 47/121 govori se kako se “gnusna politika ‘etničkog čišćenja’, koja je oblik genocida” provodi u Bosni i Hercegovini. Na ovome mjestu bilo bi potrebno razmotriti pravni značaj koji ovaj termin može imati. U praksi se termin koristio, u odnosu na specifično područje ili teritoriju, u smislu “stvaranja etnički homogenog područja upotrebom sile ili zastrašivanjem s ciljem uklanjanja s tog područja osoba koje su pripadnici određenih grupa” (S/35374 (1993), paragraf 55, Privremeni izvještaj Komisije eksperata). Navedeni pojam nije uključen u Konvenciju o genocidu; ali treba navesti kako prijedlog iz nacrtu Konvencije – da se u nju uvedu i “mjere čiji

je cilj da se pripadnici određene grupe natjeraju da napuste svoje domove kako bi izbjegli prijetnje kasnijih okrutnosti” – nije prihvaćen (A/C.6/234). Ovo bi se, u smislu Konvencije, moglo smatrati samo oblikom genocida ukoliko odgovara ili spada u jednu od kategorija djela zabranjenih članom II Konvencije. Niti namjera, kao pitanje politike stvaranja “etnički homogenog” područja, niti operacije koje mogu biti poduzete kako bi se sprovela takva politika, ne mogu se, *kao takve*, označiti terminom genocid: namjera koja karakterizira genocid ima za cilj “uništenje, u cijelosti ili djelimično” određene grupe, a deportacija ili raseljavanje pripadnika određene grupe, čak i kada se vrši prisilno, ne znači nužno i uništenje te grupe, niti je uništenje automatska posljedica raseljavanja. Ipak, nije moguće izvesti zaključak da radnje opisane kao “etničko čišćenje” ne mogu nikako predstavljati genocid, naročito ako se te radnje mogu okarakterizirati kao, naprimjer, “namjerno podvrgavanje grupe uvjetima života koji bi trebali dovesti do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja”, kršeći odredbu iz tačke (c) člana II Konvencije, uz rezervu da je to djelo izvršeno s neophodnom specifičnom namjerom (*dolus specialis*), odnosno s ciljem uništenja te grupe, a ne samo istjerivanja iz date regije. Kao što je to zapazio MKTBJ, “postoje značajne sličnosti između politike genocida i politike poznate kao ‘etničko čišćenje’” (*Krstić*, IT-98-33-T, Presuda Pretresnog vijeća, 2. august 2001, paragraf 562), ali ostaje da se “mora napraviti jasna razlika između fizičkog uništenja i pukog razbijanja grupe. Protjerivanje cijele grupe ili dijela grupe samo po sebi ne čini genocid” (*Stakić*, IT-97-24-T, Presuda Pretresnog vijeća, 31. juli 2003, paragraf 519). Drugačije rečeno, da li određena operacija okarakterizirana kao “etničko čišćenje” predstavlja genocid – zavisi od toga jesu li ili nisu u tim radnjama sadržana obilježja djela iz člana II Konvencije o genocidu, kao i od postojanja namjere da se uništi grupa kao takva. Ustvari, u kontekstu Konvencije, pojam “etničko čišćenje” nema nikakav pravni značaj. Međutim, jasno je da se djela označena kao “etničko čišćenje” mogu događati paralelno s djelima zabranjenim članom II Konvencije i mogu biti važna kao indikativna za postojanje specifične namjere (*dolus specialis*) koja je u korijenu navedenih djela.

\* \*

## (10) Definicija zaštićene grupe

191. Ispitujući činjenice predložene Sudu, a kojima Podnosilac tužbe dokazuje da je genocid izvršen, neophodno je razmotriti pitanje identiteta grupe za koju se može smatrati da je nad njom izvršen genocid. Sud će nadalje ispitati Zahtjev s aspekta uvjeta iz člana II Konvencije o genocidu po kojima zabranjena djela, da bi bila sastavni dio genocida, moraju biti “izvršena s namjerom da se uništi, potpuno ili djelimično, jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva”. Strane u sporu nisu se složile o određenim aspektima definicije “grupe”. Podnosilac tužbe u svom konačnom podnesku spominje “nesrpsku nacionalnu, etničku ili vjersku grupu u okviru, ali ne i isključivo, teritorije Bosne i Hercegovine, uključujući posebno muslimansko stanovništvo” (paragraf 66 gore u tekstu). Dakle, Podnosilac tužbe upotrebljava negativan pristup definiciji te grupe. Tužena strana vidi dva pravna problema kod takve formulacije:

„Prvo, ciljana grupa nije dovoljno dobro definirana kao takva jer, prema navodu Podnosioca tužbe, tu grupu čine nesrbi, dakle, mješavina svih onih koji žive u Bosni i Hercegovini osim Srba ili, konkretnije, muslimansko stanovništvo, koje predstavlja samo dio nesrpskog stanovništva. Drugo, namjera da se uništi odnosila bi se samo na dio nesrpskog stanovništva, ali je Podnosilac tužbe propustio precizirati koji je dio te grupe bio ciljan.“

Pored tih pitanja negativne definicije grupe i njenih geografskih ograničenja (ili njihove odsutnosti), strane u sporu također su razmotrile pitanje izbora između subjektivnog i objektivnog pristupa definiciji. Strane u sporu se, u osnovi, slažu da međunarodna sudska praksa prihvata kombinirani subjektivno-objektivni pristup. Ovo pitanje ni u kom slučaju nije značajno za činjenice iz ovog spora i Sud ga više neće razmatrati.

192. Iako je Podnosilac tužbe koristio negativan pristup definiciji zaštićene grupe, on citira suštinski, i skoro isključivo, muslimane iz Bosne kao ciljnu grupu. Tužena strana, naprimjer, konstatira da Podnosilac tužbe u svojoj usmenoj argumentaciji u vezi sa seksualnim nasiljem u Srebrenici i Sarajevu nije spomenuo Hrvate, kao ni druge grupe, uključujući “Jevreje, Rome i Jugoslavene”. Podnosilac tužbe, međutim, zadržava negativan

pristup definiciji grupe u svojim finalnim podnescima i Sud, stoga, to treba razmotriti.

193. Sud najprije podsjeća da je suština namjere da se uništi, u cijelosti ili djelimično, zaštićena grupa kao takva. Ta grupa mora pokazivati osobne pozitivne karakteristike - nacionalne, etničke, rasne ili vjerske – a ne odsustvo takvih karakteristika. Namjera se mora također odnositi na grupu “kao takvu”. To znači da zločin mora biti inspiriran namjerom da se uništi skupina ljudi koja ima poseban grupni identitet. Ono što je važno je to što te osobe jesu, a ne ono što nisu. Etimologija riječi genocid – uništavanje jedne grupe - također implicira pozitivnu definiciju; i Raphael Lemkin je objasnio da je on obrazovao riječ<sup>6</sup> od grčke riječi *genos* što znači rasa ili pleme i dodao nastavak “cid” od latinske riječi *caedere* što znači ubiti (*Vladavina Sila osovine u okupiranoj Evropi* (1944), strana 79). Ova je riječ 1945. korištena u Nirnberškoj optužnici u kojoj se navodi da su optuženi „vršili smišljen i sistematski genocid, odnosno, istrebljenje rasnih i nacionalnih grupa... u cilju uništavanja određenih rasa i slojeva ljudi, kao i nacionalnih, rasnih ili vjerskih grupa...” (Optužnica, Suđenje glavnim ratnim zločincima pred Međunarodnim vojnim tribunalom, *Zvanični dokumenti*, Tom I, strane 46 i 47). Kao što Sud objašnjava u nastavku teksta (paragraf 198), kada je dio grupe ciljan, taj dio grupe mora biti dovoljno važan da bi njegovo uništenje utjecalo na grupu u cijelosti. Pored toga, svako od djela pobrojanih u članu II zahtijeva da zabranjena djela budu uperena protiv pripadnika te „grupe“.

194. Historijat izrade Konvencije potvrđuje da se mora koristiti pozitivna definicija. Generalna skupština u Rezoluciji 96 (I), citiranoj u preambuli Konvencije, stavila je genocid kao “odbijanje prava na postojanje cijelih ljudskih grupa” nasuprot homicida, odnosno „odbijanje prava na postojanje jednoj individui“. Urednici Konvencije također su veoma vodili računa o pozitivnoj identifikaciji grupa s konkretnim raspoznavajućim karakteristikama prilikom odlučivanja koje će grupe biti uključene, a koje će (poput političkih grupa) biti isključene iz polja primjene Konvencije. Sud se u istom smislu izjasnio 1951. kada je deklarirao da je cilj Konvencije očuvanje „samog postojanja određenih ljudskih grupa“ (*Rezerve na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Savjetodavno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1951*, strana 23). Takva interpretacija genocida pretpostavlja da je grupa identificirana na pozitivan način. Odbijanje prijedloga da se u Konvenciju uključe političke grupe i kulturocid također

---

6 Misli se na riječ *genocid* – napomena Izdavača.

pokazuje da su redaktori vodili računa da na pozitivan način definiraju grupe sa specifičnim, raspoznavajućim, dobro utvrđenim, a po nekima i nepromjenjivim karakteristikama, što neće biti slučaj s negativno definiranim grupama.

195. Sud zapaža da je Žalbeno vijeće MKTBJ u slučaju *Stakić* (MT-97-24-A, Presuda, 22. mart 2006, paragrafi 20-28) također došlo do zaključka da grupa mora biti pozitivno definirana, u osnovi iz istih razloga koje je naveo i Sud.

196. U skladu s tim, Sud zaključuje da se treba baviti ovim pitanjem polazeći od principa da grupa mora, u pravu, biti pozitivno definirana, a ne negativno kao „nesrpsko“ stanovništvo. Podnosilac tužbe je, u veoma ograničenom obimu, govorio o nesrpskim stanovnicima Bosne i Hercegovine koji nisu bosanski muslimani - naprimjer Hrvatima. Zbog toga će Sud ispitati činjenice u ovom predmetu, polazeći od principa da će možda moći zaključiti da je genocid izvršen, ukoliko utvrdi postojanje namjere da se unište bosanski muslimani kao grupa, u cjelini ili djelimično.

197. Strane u sporu također su se bavile konkretnim pitanjem koje se tiče utjecaja geografskih kriterija na pozitivnu identifikaciju grupe. Ovo se pitanje posebno odnosi na zločine počinjene u i oko Srebrenice u julu 1995, kao i pitanje da li je, u tim okolnostima, zadovoljena definicija genocida iz člana II kada je riječ o uvjetu postojanja namjere uništenja „grupe“ „u cijelosti ili djelimično“. Ovo se pitanje javlja zbog jednog ključnog zaključka u slučaju *Krstić*. U tom slučaju, Pretresno vijeće je „konačno utvrdilo da su ubistva i nanošenje teških povreda fizičkom ili psihičkom integritetu izvršeni s namjerom da se ubiju svi vojnospodobni bosanski muslimanski muškarci koji su bili u Srebrenici“ (IT-98-33, Presuda, 2. august 2001, paragraf 546). Ti muškarci bili su sistematski ciljani, kao civili ili vojnici (*Ibid.*). Sud će kasnije (paragrafi 278-297) razmatrati činjenice vezane za tu situaciju. U ovom momentu, Sud će razmatrati pitanje kako treba definirati „grupu“ sa stanovišta prava u teritorijalnom pogledu i sa stanovišta drugih aspekata.

198. U pogledu pitanja prava, kada se radi o određivanju “dijela” jedne “grupe” u smislu odredbe člana II, Sud ukazuje na tri važna pojma. Na prvome mjestu, namjera mora biti uništenje najmanje jednog bitnog dijela određene grupe. To je zahtjev koji proizlazi iz same prirode zločina genocida: kako je svrha i cilj Konvencije sprečavanje namjernog uništenja grupa, ciljani

dio grupe mora biti dovoljno važan da bi njen nestanak imao utjecaj na grupu u cjelini. Taj uvjet u pogledu suštinskog svojstva dijela grupe potkrijepljen je pravnom praksom MKTBJ-a i Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu, kao i komentarom KMP-a koji se odnosi na odredbe iz nacrtu Zakona o zločinima protiv mira i sigurnosti čovječanstva (vidjeti naprimjer, *Krstić*, IT-98-33-A, Presuda Žalbenog vijeća, 19. april 2004, paragrafi 8-11 i slučajevi *Kayishema*, *Byilishema* i *Semanza*, koji se u njoj spominju; kao i *Godišnjak Komisije za međunarodno pravo*, 1996, Tom II, Drugi dio, strana 45, paragraf 8 Komentara člana 17).

199. Drugo, Sud zapaža da je široko prihvaćeno mišljenje da je moguće zaključiti da je genocid izvršen i u slučaju kada postoji namjera uništenja grupe unutar geografski ograničenog područja. Prema riječima KMP, “namjera ne mora nužno biti potpuni nestanak grupe, u cijelom svijetu” (*Ibid.*). U razmatranje se uzima područje aktivnosti i kontrole izvršioca. Prema navodima Žalbenog vijeća MKTBJ, kao što priznaje i Tužena strana, mogućnosti koje imaju izvršiocu su značajan element (*Krstić*, IT-98-33-A, Presuda, 19. april 2004, paragraf 13). Navedeni kriterij mogućnosti mora se cijeliti u odnosu na prvi faktor, koji je osnovni, a to je suštinski karakter. Može se dogoditi da mogućnosti koje imaju navodni izvršiocu budu toliko ograničene da taj kriterij ne bude ispunjen. Sud primjećuje da je Sudsko vijeće MKTBJ ukazalo da je važno pokazati oprez kako ovakav pristup ne bi iskrivio definiciju genocida (*Stakić*, IT-97-24-T, Presuda, 31. juli 2003, paragraf 523). Tužena strana, bez osporavanja ovog kriterija, ipak tvrdi da ograničavanje u ovom pitanju ide protiv postojanja specifične namjere (*dolus specialis*) na nacionalnom nivou, na nivou države, nasuprot lokalnom nivou - argument koji se, po mišljenju Suda, odnosi na pripisivanje, a ne na uvjet da jedna „grupa“ bude ciljana.

200. Treći predloženi kriterij je više kvalitativni nego kvantitativni. Žalbeno vijeće je u predmetu *Krstić* ovo pitanje obrazložilo slijedećim, pažljivo biranim riječima:

“Broj ciljanih pojedinaca trebao bi biti posmatran u apsolutnim terminima, ali isto tako i u odnosu na veličinu cijele grupe. Osim brojčane važnosti ciljanog dijela grupe korisno je razmotriti i važnost tog dijela unutar grupe u cjelini. Ako je određeni dio grupe tipičan za cijelu grupu ili je bitan za njeno preživljavanje, može se zaključiti da se taj dio može smatrati bitnim u smislu odredaba člana 4 [Statuta, koji u cijelosti glasi kao i član II Konvencije]”

(IT-98-33-A, Presuda, 19. april 2004, paragraf 12; fusnota izostavljena).

Ovaj zahtjev “grupe” ne zavisi uvijek od kriterija bitnosti, iako predstavlja neophodnu početnu osnovu. Iz mišljenja Suda proizlazi da kvalitativna procjena nije dovoljna. Žalbeno vijeće u predmetu *Krstić* iznijelo je identično mišljenje.

201. Gore spomenuta lista kriterija nije ograničena, ali, kao što je upravo rečeno, kriterij suštinskog karaktera je ključan. Ti su kriteriji, u osnovi, isti oni koje navodi Žalbeno vijeće u slučaju *Krstić*, mada Sud daje prvom kriteriju prioritet. Mnogo toga će zavisiti od ocjene Suda kada se radi o tim i svim drugim relevantnim faktorima u svakom konkretnom sporu.

\*

\* \*

## **V. Pitanja dokazivanja: teret dokazivanja, standard dokazivanja, metode dokazivanja**

202. Osvrćući se na činjenice iz ovoga spora, Sud mora konstatirati da je mnoge navode o činjenicama, koje je iznio Podnosilac tužbe, Tužena strana osporila, mada su se tokom postupka mišljenja strana u sporu približila oko pojedinih pitanja. Sporenja se tiču činjenica, naprimjer, o broju silovanja koja su Srbi izvršili nad bosanskim muslimanima ili o svakodnevnim odnosima između vlasti u Beogradu i onih na Palama, kao i zaključcima koji se iz toga mogu izvući, odnosno procjenama koje se mogu načiniti u vezi s činjenicama – naprimjer vezano za postojanje ili odsustvo potrebne specifične namjere (*dolus specialis*) ili pripisivanja postupaka organa Republike Srpske i raznih paravojnih grupa Tuženoj strani. Navodi također obuhvataju širok spektar aktivnosti koje se tiču brojnih zajednica i pojedinaca na širokom području i u dugom vremenskom periodu. O njima su brojni pojedinci i organi već mnogo puta govorili, zvanično i nezvanično. Strane u sporu oslonile su se na mnoga od tih svjedočenja u pismenom postupku ili usmenoj argumentaciji.

203. Prema tome, prije nego što pristupi ocjeni navodnih činjenica na kojima se zasniva Tužba u ovome sporu, Sud će u ovom dijelu prvo razmotriti teret dokazivanja, standard dokazivanja i metode dokazivanja.

204. Što se tiče tereta dokazivanja, generalno je utvrđeno da Podnosilac tužbe mora dokazati postavljeni zahtjev i da strana u sporu koja tvrdi neku činjenicu mora je i dokazati; kao što je to Sud zapazio u sporu *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)*, “na strani je u postupku da nastoji dokazati neku činjenicu za koju je veže teret dokazivanja” (*Nadležnost i prihvatljivost, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1984*, strana 437, paragraf 101). Iako Podnosilac tužbe općenito prihvata takav pristup, on tvrdi da se, u određenim slučajevima, teret dokazivanja mora prebaciti Tuženoj strani, imajući u vidu odbijanje Tužene strane da podnese integralan tekst određenih dokumenata, naročito u vezi s pripisivanjem navodnih djela genocida.

205. Problem se odnosi, posebno, na “preuređene” dijelove dokumenata Vrhovnog vijeća odbrane Tužene strane koji su bili zatamnjeni kako bi bili nečitljivi. Prema navodima zamjenika zastupnika Tužene strane, ti su dokumenti, odlukom Vrhovnog vijeća odbrane, klasificirani kao vojna tajna, a povjerljivom odlukom Vijeća ministara Srbije i Crne Gore proglašeni su pitanjima od interesa za nacionalnu sigurnost. Podnosilac tužbe tvrdi da Sud treba donijeti vlastite zaključke na osnovu toga što je Tužena strana odbila da dostavi kopije integralnog teksta tih dokumenata. On se poziva na ovlaštenje Suda, prethodno spomenuto (paragraf 44 gore u tekstu), da zahtijeva dostavljanje dokumenata u skladu s članom 49 Statuta kojim se predviđa da će se “svako odbijanje formalno konstatirati”. U drugome krugu iznošenja usmene argumentacije, pomoćnik zastupnika Podnosioca tužbe naveo je da:

“Srbiji i Crnoj Gori ne bi trebalo dopustiti da odgovori na naše citiranje preuređenih dokumenata, ukoliko Podnosiocu tužbe i Sudu istovremeno ne dostavi kompletne nepreuređene verzije svih stenografskih izvještaja, kao i svih zapisnika VVO-a<sup>7</sup>. U protivnom, Srbija i Crna Gora bila bi u velikoj prednosti u odnosu na Bosnu i Hercegovinu kada se radi o dokumentima koji su, očigledno, a ne samo u očima Tužene strane, direktno relevantni za dobijanje ili gubljenje ovoga spora. Mi izričito, gospođu predsjedavajuća, zahtijevamo da Sud naloži Tuženoj strani da tako postupi.” (Kurziv preuzet iz originala.)

206. U vezi s ovim pitanjem, Sud ističe da Podnosilac tužbe raspolaže obimnom dokumentacijom i drugim dokazima, naročito onima iz lahko dostupnih spisa MKTBJ. To se koristilo u velikoj mjeri. U mjesecu koji je

---

<sup>7</sup> VVO – Vrhovno vijeće odbrane - napomena Izdavača.



prethodio usmenoj raspravi, Podnosilac tužbe je Sudu dostavio pažljivo odabrane dokumente od mnogih koji su bili dostupni u MKTBJ. Podnosilac tužbe pozvao je generala Sir Richarda Dannatta, koji je, oslanjajući se na određeni broj tih dokumenata, svjedočio o povezanosti vlasti Savezne republike Jugoslavije i Republike Srpske, te o pitanju kontrole i komandiranja. Premda Sud nije prihvatio nijedan zahtjev Podnosioca tužbe da se dostave nepreuređene kopije dokumenata, nije propustio zabilježiti prijedlog Podnosioca tužbe da je Sud slobodan iz toga izvući vlastite zaključke.

207. Vežano za krajnje pitanje tereta dokazivanja, Podnosilac tužbe tvrdi da Sud treba izvući zaključke, naročito u pogledu specifične namjere (*dolus specialis*), na osnovu utvrđenih činjenica, odnosno iz onoga što Podnosilac tužbe naziva „organizirani skup djela“, koja „govore sama za sebe“. Sud će razmotriti to pitanje kasnije u ovoj Presudi (paragrafi 370-376 u nastavku teksta).

208. Strane u sporu također nemaju isto mišljenje o drugom pitanju, odnosno standardu dokazivanja. Podnosilac tužbe, naglašavajući da ovo pitanje nije krivičnopravno pitanje, kaže da je primjenjivi standard standard

jačeg dokaza ili hipoteza koja je najvjerojatnija, u mjeri u kojoj navodi predstavljaju kršenje ugovornih obaveza. Po mišljenju Tužene strane, ovaj postupak „tiče se najozbiljnijih pitanja državne odgovornosti i... izuzetno teških optužbi protiv jedne države, što zahtijeva adekvatan stepen tačnosti. Dokazi trebaju biti takvi da ne ostavljaju nikakav prostor za razumnu sumnju“.

209. Sud je odavno prihvatio da navodi iskazani protiv jedne države, koji podrazumijevaju izuzetno teške optužbe, moraju biti dokazani na osnovu elemenata koji imaju punu dokaznu snagu (naprimjer, *Krfski kanal (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Albanije), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1949*, strana 17). Sud traži da bude potpuno uvjeren da su navodi iz ovog postupka, o tome da je izvršen zločin genocida ili druga djela taksativno navedena u članu III, jasno utvrđeni. Isti se standard primjenjuje i na dokaz o pripisivanju takvih djela.

210. U vezi s tvrdnjom Podnosioca tužbe da je Tužena strana prekršila svoje obaveze u pogledu sprečavanja genocida, kao i kažnjavanja i isporučivanja osoba optuženih za genocid, Sud zahtijeva dokaze visokog stepena tačnosti primjerene ozbiljnosti optužbe.

211. Sud će se sada osvrnuti na treće pitanje - metod dokazivanja. Strane u sporu dostavile su Sudu široku paletu materijala iz različitih izvora. To je uključivalo izvještaje, rezolucije i zaključke raznih organa Ujedinjenih nacija, uključujući Generalnog sekretara, Generalnu skupštinu, Vijeće sigurnosti i Komisiju eksperata Vijeća sigurnosti, kao i Komisiju za ljudska prava, Potkomisiju za sprečavanje diskriminacije i zaštitu manjina i Specijalnog izvjestioca za ljudska prava na prostoru bivše Jugoslavije; dokumente drugih međuvladinih organizacija, kao što su Konferencija o evropskoj sigurnosti i saradnji; dokumente, dokaze i odluke MKTBJ-a; publikacije vlada; dokumente nevladinih organizacija; izvještaje medija, članke i knjige. Strane u sporu su isto tako pozvale i svjedoke, eksperte i svjedoke-eksperte (paragrafi 57-58 gore u tekstu).

212. Sud mora sam utvrditi pravno relevantne činjenice za koje Podnosilac tužbe tvrdi da ih je Tužena strana prekršila. Ovaj spor ima, međutim, neuobičajen karakter. Mnogi od navoda koji su iznijeti pred ovaj Sud već su bili predmet procesa i odluka MKTBJ-a. Sud će razmotriti njihov značaj kasnije u ovom odjeljku Presude.

213. Ocjena koju donosi Sud, kojom se daje težina određenom segmentu dokaza, može dovesti do toga da Sud odbaci taj konkretan dokaz kao nesiguran ili da ga smatra vjerovatnim, kao što proizlazi iz prakse koja je, naprimjer, primijenjena u sporu o *Diplomatsko-konzularnom osoblju Sjedinjenih Američkih Država u Teheranu, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1980*, strane 9-10, paragrafi 11-13; zatim u sporu *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država), Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986*, strane 39-41, paragrafi 59-73; i *Oružane aktivnosti na teritoriji Konga (Demokratska Republika Kongo protiv Ugande), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2005*, strane 200-201, paragrafi 57-61. U najnovijem sporu koji je pred njim, Sud je izjavio sljedeće:

“Sud će se pažljivo ophoditi prema dokaznim elementima posebno pripremljenim za ovaj spor, kao i prema onima koji potječu samo iz jednog izvora. Prednost će dati informacijama dostavljenim u vrijeme događaja od osoba koje su imale direktna saznanja. Sud će posvetiti posebnu pažnju pouzdanim dokazima ili ponašanjima nepovoljnim za državu koju predstavlja onaj od koga dolaze

takvi dokazi (*Vojne i paravojne aktivnosti Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)*, *Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986*, strana 41, paragraf 64). Sud će također dati težinu dokazima koje prije ove parnice nisu osporile nepristrasne osobe u pogledu tačnosti onoga što sadržavaju. Nadalje, Sud konstatira da dokazi pribavljeni ispitivanjem direktno uključenih osoba, koje su sudije vični ispitivanju i iskusni u procjenjivanju velike količine faktografskih podataka od kojih su neki tehničke prirode kasnije unakrsno ispitivali, zaslužuju posebnu pažnju. Sud će tako na adekvatan način razmotriti Izvještaj Porterove komisije koja je na ovakav način prikupljala dokaze. Sud nadalje konstatira da od njegovog objavljivanja nije bilo osporavanja kredibiliteta ovog Izvještaja koji su prihvatile obje strane u sporu” (*Oružane aktivnosti na teritoriji Konga (Demokratska Republika Kongo protiv Ugande)*, *Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2005*, strana 35, paragraf 61. Vidjeti također paragrafe 78- 79, 114 i 237-242).

214. Ovakav se način primjenjuje isto tako na metode utvrđivanja činjenica MKTBJ-a, zato što su “dokazi pribavljeni od direktno uključenih osoba” provjereni unakrsnim ispitivanjem i njihov kredibilitet nije naknadno osporen. Strane u sporu dostavile su Sudu obimnu dokumentaciju koja potječe iz procesa Tribunala - optužnice Tužioca, razne prethodne odluke sudija i Pretresnih vijeća, usmene i pisane dokaze, odluke Pretresnih vijeća o krivici ili nevinosti optuženih, osuđujuće presude donesene nakon sporazuma o navodima Tužbe i odluke Žalbenog vijeća.

215. Na kraju usmenog postupka, strane u sporu došle su do široke saglasnosti o važnosti materijala MKTBJ-a. Podnosilac tužbe cijelo je vrijeme pridavao, i još uvijek pridaje, veliku težinu tom materijalu. U pismenoj fazi postupka, Tužena strana osporila je pouzdanost zaključaka Tribunala, kao i adekvatnost pravnog okvira u kojemu se Tribunal izjašnjavao, te procedure i neutralnost Tribunala. U fazi usmenog postupka, stav Tužene strane suštinski se promijenio. Prema riječima zastupnika Tužene strane, ona se sada oslanja na sudsku praksu Tribunala i “zapravo” se Tužena strana distancirala od mišljenja o Tribunalu koja je iznijela u Odgovoru na repliku. Zastupnik je, međutim, pažljivo napravio razliku između različitih kategorija dokumenata:

“Ne smatramo da cjelokupan materijal Tribunala za bivšu Jugoslaviju ima istu relevantnost, odnosno dokaznu vrijednost.

Prvenstveno smo se oslonili na presude Pretresnih i Žalbenih vijeća Tribunala, imajući u vidu da se samo presudama kredibilno utvrđuju činjenice o izvršenim zločinima.”

On zatim ističe da Tribunal do sada, s izuzetkom Srebrenice, nije smatrao da je izvršen genocid ni u jednoj od situacija koje je citirao Podnosilac tužbe. Također je skrenuo pažnju na kritike koje je već uputio savjetnik Tužene strane u vezi s relevantnom presudom generalu Krstiću, koji je proglašen krivim za pomaganje i podsticanje genocida u Srebrenici.

216. Sud je upućen na mjere i odluke donijete u raznim fazama procesa MKTBJ:

- (1) odluke tužioca da se uključe ili ne uključe određene izmjene u jednu optužnicu;
- (2) odluke sudije o eviziji optužnice u cilju njenog potvrđivanja i izdavanja ili neizdavanja naloga za uhićenje;
- (3) u slučaju neizvršavanja takvog naloga, odluku Pretresnog vijeća (sastavljenog od trojice sudija) radi izdavanja međunarodnog naloga za uhićenje, pod uvjetom da se Vijeće uvjerilo da postoji osnovana sumnja da je optuženi počinio sve ili neke od zločina koji mu se stavljaju na teret;
- (4) odluke Pretresnog vijeća o prijedlogu optuženog za oslobađanje podnesenog na kraju dijela procesa u kojem optužba iznosi svoje argumente;
- (5) presude Pretresnog vijeća nakon završetka jednog postupka;
- (6) osuđujuće presude Pretresnog vijeća nakon prihvatanja krivice.

Sud je, također, bio upućen na određene odluke Žalbenog vijeća.

217. Sud će postepeno razmatrati navedene faze. Podnosilac tužbe dao je određenu težinu optužnicama koje je podigao tužilac. Međutim, tvrdnje koje je tužilac iznio u optužnicama samo su navodi koje je iznijela jedna strana u sporu. Oni trebaju biti još razmatrani u okviru različitih, prethodno

navedenih faza. Tužilac može donijeti odluku da povuče optužbe za genocid ili se one mogu odbaciti na suđenju. Dakle, opća je teza da ne treba dati veliku težinu činjenici da se jedan navod nalazi u optužnici. Ono što, međutim, može biti od značaja jeste odluka tužioca, bilo na početku bilo kao izmjena i dopuna optužnice, da ne uključi ili da isključi optužbu za genocid.

218. Druga i treća faza, koje se odnose na potvrđivanje optužnice, pitanja naloga za uhićenje i tačke optužnice, predstavljaju odgovornost sudija (jednog u drugoj fazi i trojice u trećoj fazi), a ne tužioca, te se u trećoj fazi mogu pozivati svjedoci, ali, u načelu, optuženi nije uključen u to. Štaviše, osnovi odluke u drugoj fazi proizlaze iz činjenice da je *prima facie* slučaj utvrđen, a u trećoj da su prisutni odgovarajući osnovi koji navode na vjerovanje da optuženi jeste izvršio zločine za koje je optužen.

219. U četvrtoj fazi optuženi ima ulogu – koja se tiče prijedloga za oslobađanje koji podnosi odbrana na kraju faze procesa iznošenja argumentacije tužioca, kao i nakon što je odbrana imala mogućnost da unakrsno ispita svjedoke tužioca, pozivajući se na to da “ne postoje dokazi koji bi potkrijepili osuđujuću presudu”. U ovoj fazi postupka, standard za donošenje odluke nije to da Vijeće koje odlučuje o činjenicama *bude* uvjereno izvan svake osnovane sumnje na osnovu dokaza tužioca (ako se oni prihvate), već da bi Vijeće *moglo* to biti (*Jelisić*, IT-95-10-A, Presuda Žalbenog vijeća, 5. juli 2001, paragraf 37). Značaj tako umanjenog standarda za potrebe ovog spora javlja se u jednom slučaju na koji se oslanja Podnosilac tužbe. Pretresno vijeće je u augustu 2005. u slučaju *Krajišnik* odbacilo prijedlog za obustavu sudskog gonjenja koje je podnijela odbrana optuženog, koji se teretio za genocid i druge zločine (IT-00-39-T, transkript od 19. augusta 2005, strane 17112-17132). Međutim, nakon cijelog procesa, optuženi nije proglašen krivim za genocid niti za saučesništvo u genocidu. Iako je utvrđen *actus reus* genocida, specifična namjera (*dolus specialis*) nije (Presuda Pretresnog vijeća, 27. septembar 2006, paragrafi 867-869). S obzirom da sudija, odnosno Vijeće ne donosi konačne zaključke u bilo kojoj od opisane četiri faze, Sud ne smatra da može dati težinu tim odlukama. Standard dokazivanja koji Sud traži u ovom sporu ne bi time bio zadovoljen.

220. Procese Tribunala u petoj fazi, koja dovodi do presude Pretresnog vijeća po okončanju cjelokupnog procesa pretresa, potrebno je uporediti s prethodnim fazama. Procedure pomoću kojih Tribunal dolazi do konačnih zaključaka su rigorozne. Optuženi su po pretpostavci nevini dok se ne dokaže

krivica izvan svake osnovane sumnje. Oni imaju pravo na pobrojane minimalne garancije (preuzete iz Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima), uključujući pravo na branioca, da ispituju svjedoke protiv sebe, da osiguraju ispitivanje svjedoka u svoju korist, kao i da ne budu prisiljavani da svjedoče protiv sebe ili da priznaju krivicu. Tribunal raspolaže potrebnim ovlaštenjima da od država članica Ujedinjenih nacija zahtijeva da sarađuju s njim, između ostalog, prilikom sakupljanja svjedočenja i podnošenja dokaza. Optuženima se pruža obilje prepretresnih dokaza prije otvaranja procesa, uključujući materijale koje je prikupilo Tužilaštvo i koji podupiru optužnicu, relevantne iskaze svjedoka i prepretresne sažetke dokaza protiv njih. Tužilac, također, treba predočiti optuženom sve dokazne elemente koji su takve prirode da ga mogu opravdati i staviti mu na raspolaganje, u elektronskoj formi, prikupljene relevantne materijale koje Tužilac posjeduje.

221. U praksi, koja se sada proteže na preko deset godina, suđenja mnogim značajnim vojnim ili političkim ličnostima za navodne zločine počinjene u dugom vremenskom periodu, skopčana sa složenim optužbama, obično traju mjesecima, čak godinama, i mogu uključiti na hiljade dokumenata, kao i brojne svjedoke. Pretresno vijeće može prihvatiti bilo koji relevantni dokaz koji ima dokaznu vrijednost. Vijeće je dužno obrazložiti svoju odluku u pisanoj formi, a sudije mogu priložiti individualna i izdvojena mišljenja.

222. Svaka strana ima pravo uložiti žalbu na presudu Pretresnog vijeća Žalbenom vijeću, na osnovu pravne greške koja dovodi u pitanje valjanost odluke ili na osnovu činjenične greške koja može dovesti do uskraćivanja pravde. Žalbeno vijeće sastavljeno od pet sudija ne razmatra ponovo dokazne elemente, ali ima ovlaštenje da razmotri dodatne dokaze ukoliko smatra da su ti dokazi, koji nisu bili raspoloživi u toku procesa, relevantni i kredibilni i da bi mogli biti presudni faktor na suđenju. Ono treba, također, dati razložno mišljenje u pisanoj formi, na koje se može iznijeti individualno ili izdvojeno mišljenje u prilogu.

223. Imajući u vidu gore spomenuto, Sud zaključuje da, u načelu, treba prihvatiti kao veoma uvjerljive relevantne zaključke o činjenicama do kojih je došao Tribunal tokom postupka, osim, naravno, ako one nisu bile osporene po žalbi. Iz istih razloga, treba dati adekvatnu težinu svakoj procjeni Tribunala zasnovanoj na tako utvrđenim činjenicama koje se tiču, naprimjer, postojanja potrebne namjere.

224. Preostalo je da se razmotri šesta faza, tj. faza donošenja optužujućih presuda po priznanju krivice. Taj proces uključuje izjavu o prihvaćenim činjenicama i optužujuću presudu. Bez obzira na priznanje krivice, Pretresno vijeće mora se uvjeriti da su zločin i učešće optuženog utvrđeni na osnovu dovoljnih činjenica. Također, ono se mora uvjeriti da je priznavanje krivice optuženog učinjeno dobrovoljno, s poznavanjem činjenica i na neopoziv način. Kao posljedica toga, Sud može, kada je to potrebno, dati odgovarajuću težinu iznesenim činjenicama i optužujućoj presudi.

\*

225. Sud će sada formulirati opća zapažanja o dokaznim elementima koji su mu podnijeti. Neki od tih elemenata dostavljeni su da bi se dokazalo da je neka konkretna izjava data i da, dakle, postoji mogućnost pozivanja na njen sadržaj. U mnogim takvim slučajevima, autentičnost ili istinitost dokumenta nije u pitanju, ali jeste vrijednost koja mu se može dati. To je često slučaj, naprimjer, sa zvaničnim dokumentima, kao što su zapisnici skupštinskih tijela, budžet i završni računi. Isti je slučaj i s izjavama zabilježenih u to vrijeme na audio ili video traci ili s dokaznim elementima koje je zabilježio MKTBJ.

226. U pojedinim slučajevima, sadržaj tih iskaza predstavlja ono što njihov autor zna o činjenici koju treba utvrditi ili ocijeniti. U nekim drugim, radi se o iskazu koji možda daje mišljenje ili viđenje događaja pošto su se oni dogodili; dok se u nekim slučajevima iskaz zasniva na neposrednim saznanjima, međutim, ona mogu biti iz druge ruke („rekla-kazala“). Ustvari, strane u sporu rijetko se nisu slagale oko vjerodostojnosti takvog materijala, već oko toga da li je on tačno prezentiran (naprimjer, da su citirani dijelovi izašli iz konteksta), kao i oko težine ili značaja koje im treba dati.

227. Sud je također zamoljen da se pozove na određeni broj izvještaja zvaničnih ili nezavisnih tijela u kojima se opisuju događaji o kojima je riječ. Njihova vrijednost, između ostalog, zavisi od: (1) izvora dokaznog elementa (naprimjer, da li je izvor pristrasan ili neutralan), (2) načina na koji je dobijen (npr. anonimni napis u štampi ili proizvod brižljivog sudskog ili sličnog postupka) i (3) prirode ili karaktera dokaza (kao što su izjave protiv interesa, prihvaćenih ili neosporavanih činjenica).

228. Poseban primjer predstavlja sveobuhvatni Izvještaj “Pad Srebrenice”, koji je Generalni sekretar Ujedinjenih nacija podnio Generalnoj skupštini u novembru 1999 (dok. UN A/54/549). Izvještaj je pripremljen na zahtjev Generalne skupštine i obuhvatio je događaje od kada je Vijeće sigurnosti uspostavilo “zaštićenu zonu” 16. aprila 1993 (Rezolucija Vijeća sigurnosti broj 819 (1993)) i prihvatilo Dejtonski sporazum 15. decembra 1995. Države članice i ostali zainteresirani podstaknuti su da pruže odgovarajuće informacije. Generalni sekretar je, nekoliko godina poslije događaja, bio u veoma dobroj poziciji da pripremi sveobuhvatan izvještaj, kao što pokazuje slijedeći dio iz opisa načina njegovog pripremanja:

„Ovaj je Izvještaj pripremljen na osnovu istraživanja arhiva u okviru sistema Ujedinjenih nacija, kao i na osnovu razgovora s pojedincima koji su, na različite načine, učestvovali u tim događajima ili imali dublja saznanja o njima. U interesu jasnijeg razumijevanja tih događaja, odlučio sam, kao vanredni korak, osigurati uvid u informacije iz povjerljivih spisa Ujedinjenih nacija od interesa za javnost. Pored toga, želio bih izraziti svoju osobnu zahvalnost državama članicama, organizacijama i pojedincima koji su pružili informacije za ovaj Izvještaj. Spisak osoba s kojima je obavljen razgovor u vezi s navedenim nalazi se u prilogu, kao aneks 1. Iako je taj spisak dovoljno širok, vremenska, budžetska i druga ograničenja onemogućila su razgovor s mnogim drugim pojedincima koji bi bili u stanju rasvijetliti mnoge aspekte ovog pitanja. U većini slučajeva, razgovori su vođeni anonimno, kako bi sagovornici dali što iskreniji iskaz. Također sam ispoštovao zahtjev pojedinaca koji su pružili informacije za ovaj Izvještaj pod uvjetom da se njihova imena ne spominju“ (A/54/549, paragraf 8).

229. Poglavlju pod naslovom “Pad Srebrenice 6-11. juli 1995.” prethodi slijedeći tekst:

„Ujedinjene nacije do sada nisu javno objavile sve detalje napada izvršenog na Srebrenicu u periodu od 6. do 11. jula 1995. Iskaz koji slijedi rekonstruiran je uglavnom iz Izvještaja koje su, u to vrijeme, dali Holandski bataljon i vojni posmatrači UN-a. Te izvještaje kompletirale su informacije sadržane u završnom izvještaju misije Holandskog bataljona koji je prezentirala Holandija, od oktobra 1995, kao i informacijama iz bošnjačkih, bosanskosrpskih i međunarodnih izvora. U cilju nezavisnog razmatranja informacija iz raznih sekundarnih izvora, objavljenim u posljednje četiri



godine, kao i radi potkrepljivanja ključnih informacija sadržanih u holandskom završnom izvještaju, tokom pripremanja ovog izvještaja obavljani su razgovori s više učesnika koji su u to vrijeme bili u Srebrenici ili su bili uključeni u donošenje odluka na visokom nivou u okviru komandnog lanca UN-a“ (A/54/549, Glava VII, strana 61).

Uvodne napomene za slijedeće poglavlje “Posljedice pada Srebrenice: 12-20. juli 1995.” predstavljaju izvore na slijedeći način:

„U slijedećem dijelu pokušat ćemo opisati, na odgovarajući narativan način, kako je, po kratkome postupku, ubijeno na hiljade muškaraca i dječaka i sahranjeno u masovne grobnice u samo nekoliko dana, dok je međunarodna zajednica pokušavala pregovarati o pristupu njima. Tu pokazujemo da su dokazni elementi o stravičnim ubistvima, koja su se dogodila, progresivno otkriveni, ali i suviše kasno da bi se spriječila tragedija koja se događala. Pojednostosti o ovoj tragediji postepeno su 1995. ispričali oni koji su preživjeli masovna strijeljanja i počeli govoriti o užasima kojima su bili svjedoci; kasnije su satelitski snimci potvrdili njihova svjedočenja.

Prvi zvanični Izvještaj Ujedinjenih nacija koji je nagovijestio mogućnost masovnih egzekucija bio je Izvještaj Specijalnog izvjestioca Komisije za ljudska prava od 22. augusta 1995 (E/CN4/1996/9). Uslijedili su izvještaji od 30. augusta (S/1995/755) i od 27. novembra 1995 (S/1995/988), koje je Generalni sekretar podnio Vijeću sigurnosti u skladu s Rezolucijom 1010 (1995). Ti su izvještaji sadržavali informacije dobijene kako iz vladinih tako i nevladinih organizacija, kao i informacije koje su se pojavile u međunarodnoj i domaćoj štampi. Međutim, krajem 1995, Međunarodnom krivičnom tribunalu za bivšu Jugoslaviju nije bio odobren pristup na to područje radi potkrepljivanja sudsko-medicinskim dokazima navoda o masovnim strijeljanjima.

U januaru 1996, Tribunal je prvi put dobio pristup mjestima gdje su izvršeni zločini. Detaljan opis njihovih konstatacija objavljen je u julu 1996. tokom podnesaka predatih u skladu s članom 60 Pravila procedure Tribunala, u slučaju protiv Ratka Mladića i Radovana Karadžića. Od tada do danas, Tribunalu je bilo omogućeno da obavi daljnja istraživanja na područjima za koja se navodi da su mjesta izvršenja strijeljanja i gdje se navodno nalaze primarne i sekundarne masovne grobnice. Na osnovu naučnih dokaza pribavljenih tokom tih istraživanja, Tribunal je sada mogao dalje potkrijepiti

veliki dio svjedočenja onih koji su preživjeli te masakre. Tribunal je 30. oktobra 1998. podigao optužnicu protiv Radislava Krstića, komandanta Drinskog korpusa VRS, za navodnu umiješanost u te masakre. Tekst optužnice predstavlja sažeti prikaz informacija do kojih se došlo do danas, a vezanih za mjesta gdje su izvršena masovna strijeljanja i datume njihovog izvršenja.

Gore spomenuti izvori informacija, zajedno s nekim dodatnim povjerljivim informacijama, dostavljenim tokom pripreme ovog Izvještaja, predstavljaju osnovu iskaza koja slijedi. U onim slučajevima gdje bi otkrivanje izvora potencijalno ugrozilo nastavak rada Tribunala, izvori namjerno nisu navedeni“ (*Ibid.*, poglavlje VIII, strana 78).

230. Pažnja s kojom je Izvještaj pripreman, različitost njegovih izvora, kao i neovisnost onih koji su bili zaduženi za njegovo pripremanje, daju mu značajan autoritet. Kao što će biti navedeno kasnije u ovoj Presudi, ovaj je Izvještaj značajno pomogao Sudu.

\*

\*            \*

## **VI. Činjenice na koje se pozvao Podnosilac tužbe u odnosu na član II**

### **(1) Kontekst**

231. U ovom slučaju, pred Sudom se nalazi spor između dviju suverenih država, nastalih na dijelu teritorije bivše države poznate kao Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija, u vezi s primjenom i poštivanjem međunarodne konvencije čije su one članice - Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Zadatak Suda je da se bavi pravnim tvrdnjama i optužbama vezanim za činjenice koje je iznijela Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore; protuoptužbe koje je prethodno u postupku iznijela Srbija i Crna Gora protiv Bosne i Hercegovine su povučene.

232. Nakon smrti predsjednika Tita, 4. maja 1980, uspostavljeno je rotirajuće predsjedništvo, u skladu s Ustavom SFRJ iz 1974. Poslije skoro deset godina ekonomske krize i jačanja nacionalizma u republikama, kao i rastuće tenzije između različitih etničkih i nacionalnih grupa, SFRJ se počela

raspadati. Slovenija i Hrvatska su proglasile nezavisnost 25. juna 1991, nakon čega je to učinila i Makedonija 17. septembra 1991 (Slovenija i Makedonija nisu obuhvaćene ovim postupkom; Hrvatska je podnijela Sudu posebnu Tužbu protiv Srbije i Crne Gore koja se još uvijek razmatra u okviru Opće liste). Uoči rata u Bosni i Hercegovini, prema posljednjem popisu stanovništva (31. mart 1991), oko 44 posto stanovništva zemlje izjašnjavalo se kao Muslimani, oko 31 posto kao Srbi, a nekih 10 posto kao Hrvati (*Krajišnik*, MT-00-39-T i 40-T, Presuda Pretresnog vijeća, 27. septembar 2006, paragraf 15).

233. Rezolucijom o „suverenitetu“, usvojenoj 14. oktobra 1991, Parlament Bosne i Hercegovine proglasio je nezavisnost te Republike. U to vrijeme validnost te Rezolucije osporavala je srpska zajednica u Bosni i Hercegovini (Mišljenje broj 1 Arbitražne komisije Konferencije o Jugoslaviji (Badinterova komisija), strana 3). Srpski poslanici bosanskog Parlamenta 24. oktobra 1991. proglasili su odvojenu Skupštinu srpskog naroda / Skupštinu srpskog naroda Bosne i Hercegovine. Republika srpskog naroda Bosne i Hercegovine (preimenovana u Republiku Srpsku 12. augusta 1992) proglašena je 9. januara 1992, uz odredbu da će proglašenje stupiti na snagu nakon međunarodnog priznanja Republike Bosne i Hercegovine. Ustav Republike srpskog naroda Bosne i Hercegovine usvojen je 28. februara 1992. Republika srpskog naroda Bosne i Hercegovine (kasnije Republika Srpska) nije bila i nije priznata na međunarodnom planu kao država; ona je, međutim, uživala određenu nezavisnost *de facto*.

234. Referendum o pitanju nezavisnosti u Bosni i Hercegovini održan je 29. februara i 1. marta 1992. Bosna i Hercegovina je zvanično proglasila svoju nezavisnost 6. marta 1992. S efektom od 7. aprila 1992, Evropska zajednica je priznala Bosnu i Hercegovinu. Sjedinjene Američke Države priznale su Bosnu i Hercegovinu 7. aprila 1992. Ustav Savezne republike Jugoslavije, koja se sastojala od Republike Srbije i Republike Crne Gore, usvojen je 27. aprila 1992. Kao što je objašnjeno gore u tekstu (paragraf 67), Crna Gora proglasila je nezavisnost 3. juna 2006. Sve tri države primljene su u članstvo Ujedinjenih nacija: Bosna i Hercegovina 22. maja 1992; Srbija i Crna Gora pod nazivom “Savezna republika Jugoslavija” 1. novembra 2000. i Republika Crna Gora 28. juna 2006.

\*

\*

## (2) Subjekti obuhvaćeni događajima koji su predmet Tužbe

235. Sada je potrebno definirati institucije, organizacije ili grupe koje su bile učesnice u tragičnim događajima koji su se spremali u Bosni i Hercegovini. Od nezavisnih suverenih država nastalih raspadom SFRJ, dvije su obuhvaćene ovim postupkom: s jedne strane, SRJ (koja će se kasnije zvati Srbija i Crna Gora), u čiji su sastav ulazile dvije konstitutivne republike Srbija i Crna Gora; i s druge strane, Republika Bosna i Hercegovina. U vrijeme kada je ova druga država proglasila svoju nezavisnost (15. oktobra 1991), već je bila proglašena nezavisnost druga dva subjekta: u Hrvatskoj, Republika srpska krajina 26. aprila 1991. i Republika srpskog naroda Bosne i Hercegovine, kasnije nazvana Republika Srpska, 9. januara 1992 (paragraf 233 gore u tekstu). Republika Srpska nikada nije dobila međunarodno priznanje kao suverena država, ali je *de facto* imala kontrolu nad značajnom teritorijom i uživala lojalnost velikog broja bosanskih Srba.

236. Obje strane priznaju da je bilo više subjekata na nižem nivou čije su aktivnosti predstavljale dio faktičkih pitanja u ovom sporu, iako se ne slažu oko značaja tih aktivnosti. Od vojnih i paravojnih formacija koje su učestvovala u neprijateljstvima, u aprilu 1992. postojalo je pet vrsta oružanih formacija u Bosni: prvo, Jugoslavenska narodna armija (JNA), koja će kasnije postati Vojska Jugoslavije (VJ); drugo, dobrovoljačke snage podržane od JNA i kasnije VJ, kao i Ministarstva za unutrašnje poslove (MUP) SRJ; treće, općinske jedinice Teritorijalne odbrane bosanskih Srba (TO) i četvrto, policijske snage Ministarstva za unutrašnje poslove bosanskih Srba. MUP Republike Srpske imao je pod kontrolom policiju i službe sigurnosti i djelovao, prema navodima Podnosioca tužbe, u bliskoj saradnji i koordinaciji s MUP-om SRJ. Bosanska vlada je, na osnovu bivše Teritorijalne odbrane Republike, 15. aprila 1992. formirala vojne snage, Armiju Republike Bosne i Hercegovine (ARBiH), spajanjem više nezvaničnih snaga, uključujući više paravojnih odbrambenih grupa, kao što su Zelene beretke, te Patriotska liga, kao vojno krilo muslimanske Stranke demokratske akcije. Sud se ne oslanja na dokazne elemente koji sugeriraju postojanje muslimanskih organizacija uključenih u sukob, kao što su strani mudžahedini, jer povlačenjem protuoptužbi Tužene strane aktivnosti tih tijela nisu predmet konkretnih tvrdnji koje se nalaze pred Sudom.

237. Podnosilac tužbe navodi da su postojale bliske veze između Vlade Tužene strane i vlasti Republike Srpske, političkog i finansijskog karaktera, kao i u vezi s upravljanjem i kontrolom nad vojskom Republike Srpske (VRS). Što se tiče političkih simpatija Tužene strane prema bosanskim Srbima, Sud konstatira da to nije u suprotnosti s bilo kojim pravnim pravilom. Međutim, Podnosilac tužbe iznosi argumentaciju da je Tužena strana, pod plaštom zaštite srpskog stanovništva Bosne i Hercegovine, ustvari koncipirala i s njima dijelila viziju o „Velikoj Srbiji“, za čije je ostvarenje osiguravala podršku osobama i grupama odgovornim za aktivnosti koje po navodima Podnosioca tužbe predstavljaju djela genocida koji je predmet Tužbe. Podnosilac tužbe bazira ovu tvrdnju, prije svega, na „strateškim ciljevima“ koje je iznio predsjednik Karadžić na 16. sjednici Skupštine SRJ<sup>8</sup> 12. maja 1992. i koji su kasnije objavljeni u *Službenom listu* Republike Srpske (paragraf 371), te na ponašanju koje su konstantno imale srpske vojne i paravojne snage prema nesrbima Bosne što, kako se sugerira, pokazuje ukupnu specifičnu namjeru (*dolus specialis*). Takve će aktivnosti biti razmotrene dalje u tekstu.

238. Što se tiče odnosa između armija SRJ i Republike Srpske, Jugoslavenska narodna armija (JNA) SFRJ, tokom većeg dijela postojanja SFRJ, predstavljala je, ustvari, saveznu vojsku koju su činili vojnici iz svih konstitutivnih republika Federacije, bez obzira na različite etničke i vjerske grupe. Međutim, Podnosilac tužbe tvrdi da su, čak i prije raspada SFRJ, poduzimane mjere da se od JNA napravi jedna efektivna srpska vojska. Sud konstatira da su 8. maja 1992. svi vojnici JNA, koji nisu bili iz Bosne, povučeni iz Bosne i Hercegovine. Međutim, vojnici JNA, bosanski Srbi, koji su služili u Bosni i Hercegovini transformirani su ili pripojeni Vojsci Republike Srpske (VRS), koja je formirana 12. maja 1992. ili Teritorijalnoj odbrani VRS. Pored toga, vojnici, bosanski Srbi koji su služili u jedinicama JNA u drugim dijelovima zemlje, prebačeni su u Bosnu i Hercegovinu i zatim pripojeni VRS. Preostale snage JNA transformirane su u Vojsku Jugoslavije (VJ) i postale su vojska Savezne republike Jugoslavije. Vijeće sigurnosti je 15. maja 1992, Rezolucijom broj 752, zatražilo da se jedinice JNA u Bosni i Hercegovini „povuku ili da se stave pod kontrolu Vlade Bosne i Hercegovine ili raspuste i razoružaju“. Jugoslavenska vojska zvanično se povukla iz Bosne i Hercegovine 19. maja. Podnosilac tužbe tvrdi da je, počevši od 1993, Trideseti kadrovski centar VJ u Beogradu „upravljao“ nad 1800 oficira VRS; to znači, da pitanja njihovih plaća, unapređenja, penzija, nije rješavala Republika Srpska već vojska Tužene strane. Prema Tuženoj strani, značaj te

<sup>8</sup> Riječ je o kardinalnoj materijalnoj pogrešci: ne radi se o Skupštini SRJ, već o Skupštini srpskog naroda u Bosni i Hercegovini – napomena Izdavača.

činjenice Podnosilac tužbe preuveličava: VRS je imala oko 14.000 oficira i samo je jedan mali dio njih prolazio kroz Trideseti kadrovski centar; i taj je Centar davao samo određen stepen pomoći VRS-u. Podnosilac tužbe tvrdi da su svi oficiri VRS ostali pripadnici Vojske SRJ - da se samo promijenio naziv; po Tuženoj strani, nema dokaza za ovu posljednju optužbu. Sud, međutim, poziva na kompletan opis ovog procesa u Presudi Pretresnog vijeća MKTBJ u slučaju *Tadić* od 17. maja 1997, paragrafi 113-117 (MT-94-1-T), koju citira Podnosilac tužbe, a koja uglavnom potkrepljuje iskaz Podnosioca tužbe. Što se tiče Tužene strane, ona ne negira činjenicu o tim događajima, ali insistira na tome da su to bile normalne reakcije na opasnost od građanskog rata, kao i da nije postojao unaprijed smišljeni plan iza toga.

239. Sud, također, nadalje konstatira da Podnosilac tužbe tvrdi da je Tužena strana naoružavala i opremala VRS. Podnosilac tužbe tvrdi da je JNA, kada se zvanično povukla 19. maja 1992, ostavila svu svoju vojnu opremu koju je zatim preuzela VRS. Ova je tvrdnja potkrijepljena Izvještajem Generalnog sekretara od 3. decembra 1992, u kojem on zaključuje da „iako se JNA potpuno povukla iz Bosne i Hercegovine, njeni bivši pripadnici iz redova bosanskih Srba ostavljeni su zajedno s opremom i uspostavili Vojsku „Srpske Republike“ (A/47/747, paragraf 11). Podnosilac tužbe također smatra da je Beograd aktivno snabdijevao VRS oružjem i opremom tokom cijelog rata u Bosni i Hercegovini. Na osnovu dokaza iznijetih pred MKTBJ, Podnosilac tužbe tvrdi da je do 90 procenata materijalnih potreba VRS osiguravao Beograd. General Dannatt, jedan od stručnjaka kojeg je pozvao Podnosilac tužbe (paragraf 57 gore u tekstu), svjedočio je o tome da, prema „pregledu potrošnje“, koji je dao general Mladić na sjednici Skupštine bosanskih Srba 16. aprila 1995, 42,2 % zaliha pješadijske municije VRS naslijeđeno je od bivše JNA, a 47% potreba VRS osigurani su od VJ. Sa svoje strane, Tužena strana generalno poriče da je snabdijevala i opremala VRS, ali tvrdi da, čak i da je to bio slučaj, takva je pomoć „uobičajena i predstavlja aspekt brojnih ugovora o međusobnoj pomoći, kako bilateralnih tako i regionalnih“. Tužena strana dodaje da je čak pitanje javne tajne da su oružane snage Bosne i Hercegovine primale vanjsku pomoć iz prijateljskih izvora. Međutim, jedan od svjedoka kojeg je pozvala Tužena strana, gospodin Vladimir Lukić, koji je bio predsjednik Vlade Republike Srpske od 20. januara 1993. do 18. augusta 1994, svjedočio je da se Vojska Republike Srpske snabdijevala iz raznih izvora, »uključujući Saveznu republiku Jugoslaviju, ali ne ograničavajući se samo na nju“, te je izjavio da je Republika Srpska „uglavnom plaćala za vojni materijal i opremu koju je pribavljala“ državama koje su je snabdijevale.

240. Što se tiče efektivnih veza između dviju vlada u finansijskoj sferi, Podnosilac tužbe smatra da su se privrede SRJ, Republike Srpske i Republike srpske krajine integrirale stvaranjem jedinstvenog privrednog subjekta, što je omogućavalo Vladi SRJ da, pored vlastite vojske, finansira i vojske dva preostala subjekta. Podnosilac tužbe navodi da su Narodne banke Republike Srpske i Republike srpske krajine bile stavljene pod direktnu kontrolu Narodne banke Jugoslavije u Beogradu i da su joj bile direktno podređene. Nacionalni budžet SRJ u velikoj se mjeri finansirao putem primarne emisije Nacionalne banke Jugoslavije, koja je imala reputaciju da je u potpunosti pod državnom kontrolom, odnosno da su njene finansije dolazile do novca upisivanjem kreditnih linija u budžetu SRJ na ime JNA. Isti je slučaj bio i s budžetima Republike Srpske i Republike srpske krajine koje, prema Podnosiocu tužbe, praktično nisu imale nezavisne izvore prihoda; Tužena strana tvrdi da je prihod dolazio iz raznih izvora, ali obim prihoda nije posebno precizirala. Narodna banka Jugoslavije stavila je na raspolaganje sredstva (80% od onih raspoloživih iz primarne emisije) za „specijalne namjene“, odnosno „da bi se izbjegli negativni efekti rata na privredu Srpske republike Bosne i Hercegovine“. Tužena strana negira da je SRJ finansirala budžetski deficit Republike Srpske, ali nije dostavila dokaze koji pokazuju kako je on finansiran. Pored toga, Tužena strana ističe da je svako izvršeno finansiranje bilo isključivo na osnovu kredita koje je trebalo otplatiti i da je to bilo sasvim normalno, posebno imajući u vidu ekonomsku izolaciju SRJ, Republike Srpske i Republike srpske krajine; ona je također podsjetila da bi sva primljena finansijska sredstva bivala pod isključivom kontrolom primaoca, Republike Srpske ili Republike srpske krajine.

241. Sud smatra da je utvrđeno da je Tužena strana na taj način stavljala svoju značajnu vojnu i finansijsku podršku na raspolaganje Republici Srpskoj, te da je odlučila uskratiti tu podršku, a to bi tada u velikoj mjeri ograničilo mogućnosti koje su vlastima Republike Srpske stajale na raspolaganju.

\* \*

### (3) Ispitivanje činjeničnih dokaza: Uvod

242. Sud će sada ispitati činjenice koje iznosi Podnosilac tužbe, kako bi utvrdio, prvo, da li su se zločini koje navodi dogodili; drugo, da li takvi zločini, ukoliko se dokažu, spadaju u okvir člana II Konvencije o genocidu, odnosno da li činjenice potvrđuju postojanje namjere kod počinitelja tih zločina da potpuno ili djelimično unište određenu grupu (*dolus specialis*). Grupa koja je uzeta u obzir je, iz gore spomenutih razloga (paragrafi 191-196), grupa bosanskih muslimana; iako je Podnosilac tužbe iznio dokaze za koje se kaže da se odnose na širu grupu Bosanaca nesrpske nacionalnosti, bosanski muslimani predstavljali su toliko značajan dio ove šire grupe tako da ovi dokazni elementi izgledaju kao da imaju jednaku dokaznu vrijednost što se tiče činjenica, u odnosu na restriktivnu grupu. Sud će, također, razmotriti činjenice koje se iznose u okviru pitanja da li postoji uvjerljiv i dosljedan dokaz o postojanju modela zločina, kako to tvrdi Podnosilac tužbe, što bi predstavljalo dokaz *dolus specialis* u odnosu na Tuženu stranu. Za ovu svrhu nije potrebno ispitivati svaki pojedinačni događaj koji je Podnosilac tužbe iznio, niti je potrebno praviti iscrpnu listu optužbi; Sud smatra da je dovoljno ispitati one činjenice koje bi rasvijetlile pitanje namjere ili dale primjere djela za koje Podnosilac tužbe tvrdi da su izvršena nad članovima grupe i koja su sistematskog karaktera, iz čega bi se onda moglo zaključiti postojanje specifične namjere (*dolus specialis*).

243. Sud će ispitati dokazne elemente slijedeći kategorije zabranjenih djela navedene u članu II Konvencije o genocidu. Međutim, priroda događaja koje treba opisati je takva da postoji značajno preklapanje između tih kategorija: tako, naprimjer, uvjete života u logorima u kojima su pripadnici zaštićene grupe zatočeni, Podnosilac tužbe predstavio je kao kršenje člana II, tačka (c), Konvencije (namjerno podvrgavanje destruktivnim uvjetima života), ali s obzirom da su brojni zatvorenici iz logora, usljed posljedica tih uvjeta, umrli ili su tamo ubijeni, logore treba spominjati i u skladu s tačkom (a) (ubijanje pripadnika zaštićene grupe).

244. U dokaznom materijalu podnijetom Sudu i u onom na koji se poziva MKTBJ, često se govori o akcijama „Srba“ ili „srpskih snaga“, a još uvijek nije jasno kakav su odnos protagonisti imali s Tuženom stranom. U nekim se slučajevima, naprimjer, tvrdi da je JNA imala ulogu *de jure* organa Tužene strane; u drugim slučajevima čini se jasnim da su učesnici bili



bosanski Srbi, bez povezanosti *de jure* s Tuženom stranom, a čija se djela, kako se tvrdi, pripisuju Tuženoj strani na drugim osnovama. Nadalje, kao što je konstatirano i u paragrafu 238 gore u tekstu, proizlazi da su se trupe JNA, čiji su pripadnici po porijeklu bili bosanski Srbi, integrirale u VJ ili su joj se pripojile. U sadašnjoj fazi ove Presude, Sud se još ne bavi pitanjem pripisivanja Tuženoj strani opisanih zločina; on će zbog toga koristiti izraze „Srbi“ i „srpske snage“ čisto deskriptivno, bez štete po status koji se eventualno kasnije pokaže da su oni imali u odnosu na svaki pojedinačni događaj. Kada se poziva na dokumente MKTBJ ili navode Podnosioca tužbe ili na usmene argumente Podnosioca tužbe, Sud će koristiti terminologiju upotrijebljenu u originalu.

\* \*

#### **(4) Član II (a): Ubijanje pripadnika zaštićene grupe**

245. Član II (a) Konvencije odnosi se na ubijanje pripadnika zaštićene grupe. Sud će prvo ispitati dokaze o ubistvima pripadnika zaštićene grupe u glavnim regijama Bosne i u raznim zatočeničkim logorima i utvrditi da li postoje dokazi o specifičnoj namjeri (*dolus specialis*) u jednom ili u više takvih slučajeva. Sud će potom razmotriti, u okviru ovog podnaslova, dokazne elemente o masakrima koji su se dogodili u Srebrenici u julu 1995.

#### **Sarajevo**

246. Sud primjećuje da je Podnosilac tužbe više puta ukazao na ubistva do kojih je došlo zbog granatiranja i snajperske vatre u Sarajevu. Podnosilac tužbe naveo je Peti periodični izvještaj Specijalnog izvjestioca Ujedinjenih nacija kao potvrdu navoda da su između 1992. i 1993. muslimanski civili ubijani u Sarajevu, djelimično kao rezultat stalnog granatiranja koje su vršile snage bosanskih Srba. Specijalni izvjestilac naveo je da je 9. i 10. novembra 1993. dvanaestoro ljudi ubijeno u minobacačkim napadima (E/CN.4/1994/47, 17. novembar 1992, strana 4, paragraf 14). U svom periodičnom Izvještaju od 5. jula 1995, Specijalni izvjestilac konstatirao je da su od kraja februara 1995. mnogi civili ubijeni snajperskom vatrom snaga bosanskih Srba i da je “ukupno 41 civil ubijen... u Sarajevu tokom maja 1995, po navodima jednog lokalnog izvora” (Izvještaj od 5. jula 1995, paragraf 69). U Izvještaju se također konstatira da su snage bosanskih Srba krajem juna i početkom jula

1995. vršile neselektivno granatiranje i raketiranje Sarajeva, usljed čega je poginuo veliki broj civila (Izveštaj od 5. jula 1995, paragraf 70).

247. Izveštaj Komisije eksperata daje detaljan opis borbi i opsade Sarajeva. Komisija je procijenila da je u gradu Sarajevu tokom opsade ubijeno ili nestalo skoro 10.000 osoba (Izveštaj Komisije eksperata, Tom II, Aneks VI, strana 8). Prema procjenama iznijetim u Izveštaju, koji je Tužilaštvo MKTBJ dostavilo u slučaju *Galić* (MT-98-29-T, Presuda Pretresnog vijeća, 5. decembar 2003, paragrafi 578-579), mjesečno je u prosjeku broj ubijenih civila pao od 105, od septembra do decembra 1992, na oko 64 u 1993. i na oko 28 u prvih šest mjeseci 1994.

248. Pretresno vijeće MKTBJ je, u Presudi od 5. decembra 2003. u slučaju *Galić*, ispitalo određene događaje koji su se dogodili na području Sarajeva, kao što je granatiranje tržnice Markale 5. februara 1994. u kojem je poginulo 60 osoba. Većina u Pretresnom vijeću smatrala je da su “u periodu koji Optužnica obuhvata, civili u oblastima Sarajeva koje je držala Vojska BiH bili izloženi direktnim ili neselektivnim napadima s teritorije pod kontrolom Sarajevsko-romanijskog korpusa i da je zbog toga na stotine civila bilo ubijeno, a hiljade drugih povrijeđeno» (*Galić*, MT-98-29-T, Presuda, 5. decembar 2003, paragraf 591); Pretresno vijeće je, nadalje, zaključilo da “u kratkim crtama, ... snage SRK su tokom perioda obuhvaćenog Optužnicom izvršile svaki od zločina navedenih u Optužnici - zločin terora, napadi na civile, ubistva i nehumana djela» (*Ibid.*, paragraf 600).

249. U vezi s navedenim, Tužena strana iznosi opće stanovište da u građanskom ratu nije uvijek moguće razlikovati vojnike i civile. Ona ne poriče da su zločini počinjeni tokom opsade Sarajeva, zločini “koji bi se sa sigurnošću mogli okvalificirati kao ratni zločini, a neki čak i kao zločini protiv čovječnosti», ali ona ne prihvata da je postojala strategija uzimanja civila za metu.

## **Podrinje**

### **(a) Zvornik**

250. Podnosilac tužbe iznio je niz navoda o ubistvima koja su se dogodila u Podrinju. Oslanjajući se na Izveštaj Komisije eksperata, Podnosilac tužbe tvrdi da je najmanje 2.500 muslimana stradalo u Zvorniku od aprila do maja 1992. Sud konstatira da su nalazi iz Izveštaja Komisije eksperata

zasnovani na pojedinačnim izjavama svjedoka i jednog dokumenta State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država, broj 94-11, s kojega je skinuta oznaka povjerljivosti (Tom V, Aneks X, paragraf 387; Tom IV, Aneks VIII, strana 342 i paragraf 2884; Tom I, Aneks III.A, paragraf 578). Pored toga, tokom usmene rasprave prikazan je i videosnimak o masakrima u Zvorniku (izvodi iz dokumentarnog filma britanske radiodifuzne korporacije BBC “Smrt Jugoslavije”). Što se tiče konkretnih slučajeva, Podnosilac tužbe tvrdi da su srpski vojnici ubili 36 muslimana i da su loše postupali s 27 muslimanske djece u lokalnoj bolnici u Zvorniku u drugoj polovini maja 1992.

251. Tužena strana osporava ove navode i tvrdi da su sva tri izvora, koja je Podnosilac tužbe koristio, zasnovana na iskazu jednoga svjedoka. Ona smatra da se tri izvještaja, koja je Podnosilac tužbe citirao, ne mogu koristiti kao dokaz pred Sudom. Tužena strana dostavila je izjavu jednog svjedoka koju je dao pred istražnim sudijom u Zvorniku, tvrdeći da se navodni masakr u lokalnoj bolnici u Zvorniku nikada nije dogodio. Sud zapaža da nijedna optužnica koju je podigao Ured tužioca MKTBJ-a nije spomenula taj navodni masakr u bolnici u Zvorniku.

### **(b) Logori**

#### **(i) Logor Sušica**

252. Podnosilac tužbe nadalje iznosi tvrdnje o ubistvima počinjenim u zatočeničkim logorima u području Podrinja. Izvještaj Komisije eksperata uključuje izjavu bivšeg čuvara u logoru Sušica koji je osobno bio svjedok ubijanja 3.000 muslimana (Tom IV, Aneks VIII, strana 334) i likvidacije posljednjih 200 preživjelih zatočenika (Tom I, Aneks IV, strane 31-32). U postupku pred MKTBJ, komandant logora, Dragan Nikolić, priznao je krivicu za ubistvo devetero zatočenika nesrpske nacionalnosti, a prema Osuđujućoj presudi od 18. decembra 2003. “optuženi je proganjao muslimane i ostale zatočenike nesrpske nacionalnosti izlažući ih ubistvima, silovanjima i torturi kao što je to precizirano u Optužnici” (*Nikolić*, IT-94-2-S, paragraf 67).

#### **(ii) Logor Kaznenopopravni dom u Foči**

253. U Izvještaju Komisije eksperata dalje se spominju brojna ubistva u logoru u Kaznenopopravnom domu u Foči (KP dom Foča). Eksperti su procijenili da se u toku dva mjeseca broj zatvorenika u logoru smanjio sa

570 na 130 (Tom IV, Aneks VIII, strana 129). State Department Sjedinjenih Američkih Država prenio je izjavu jednog svjedoka koji je prisustvovao redovnim likvidacijama u julu 1992. i koji je naveo postojanje masovnih grobnica u logoru KP dom.

254. U svojoj Presudi u slučaju *Krnojelac* Pretresno vijeće MKTBJ-a donijelo je slijedeće zaključke o više ubistava izvršenih u ovom logoru:

“Pretresno vijeće je uvjereno, izvan svake osnovane sumnje, da su sve osobe koje se nalaze na listi „C“ optužnice, osim troje od njih, ubijene u KP domu. Pretresno vijeće je uvjereno da su ubistva ovih osoba dio jednog obrasca događaja u KP domu tokom juna i jula 1992. i da je jedino razumno objašnjenje za nestanak ovih osoba njihova smrt, kao rezultat djela ili propusta, izvršenih u KP domu, sa željenom namjerom (za kvalifikaciju ubistva)” (IT-97-25-T, Presuda, 15. mart 2002, paragraf 330).

### **(iii) Logor Batković**

255. Što se tiče zatočeničkog logora Batković, Podnosilac tužbe tvrdi da je mnogo zatvorenika umrlo u ovom logoru usljed lošeg postupanja srpskih stražara. Izvještaj Komisije eksperata navodi jednu izjavu svjedoka prema kojoj je postojala masovna grobnica smještena u blizini zatočeničkog logora Batković. Najmanje je 15 tijela ukopano pored jedne štale, a zatvorenici nisu znali identitet pokopanih, niti okolnosti pod kojima je došlo do njihove smrti (Izvještaj Komisije eksperata, Tom V, Aneks X, strana 9). U Izvještaju se nadalje ističe da:

“učinjeno loše postupanje je bilo takvog stepena nasilja da su mnogi zatvorenici preminuli. Jedan je čovjek izjavio da je, tokom svoga boravka od sredine jula do sredine augusta, 13 zatvorenika umrlo zbog batinanja kojem su bili izloženi. Jedan drugi zatvorenik preminuo je jer je imao gangrenu koja nije bila liječena. Petero ljudi je možda preminulo od gladi. Navodno je 20 zatvorenika umrlo prije septembra” (Tom IV, Aneks VIII, strana 63).

State Department Sjedinjenih Američkih Država u depeši od 19. aprila 1993. naveo je ubistva izvršena u logoru Batković. Prema jednom svjedoku, nekoliko je muškaraca preminulo zbog loših uvjeta i batinanja u logoru (depeša Sjedinjenih Američkih Država, 19. april 1993, Tom 4, broj 30, strana 538).

256. S druge strane, Tužena je strana istakla da je Specijalni izvjestilac Ujedinjenih nacija, kada je posjetio zatvorenički logor Batković, utvrdio: “Zatvorenici se nisu žalili na loše postupanje i, generalno, dobrog su zdravlja” (Izveštaj od 17. novembra 1992, paragraf 29). Međutim, Podnosilac tužbe tvrdi da “nema sumnje da je logor, pokazan gospodinu Mazowieckom, bio logor ‘za pokazivanje’”.

## **Prijedor**

### **(a) Kozarac i Hambarine**

257. Što se tiče područja općine Prijedor, Podnosilac tužbe je poseban naglasak stavio na granatiranje i napade na Kozarac, 20 km istočno od Prijedora, i na Hambarine, maja 1992. Podnosilac tužbe tvrdi da su nakon granatiranja srpske snage ubijale ljude u njihovim domovima, a da su one koji su se predali odvodili na fudbalski stadion Kozarac, gdje su neki, uzeti nasumice, bili ubijeni. U Izveštaju Komisije eksperata (Tom I, Aneks III, strane 154-155) navodi se slijedeće:

“Napad na Kozarac trajao je tri dana i primorao je mnoge mještane sela da bježe u šumu dok su vojnici pucali na ‘sve što se kreće’. Preživjeli su procijenili da je, u tom periodu, najmanje 2.000 mještana sela ubijeno. Odbrana mještana pala je 26. maja...”

Srbi su tada navodno objavili da mještani imaju 10 minuta da dođu na mjesni fudbalski stadion. Međutim, mnogi ljudi ubijeni su iz vatrenog oružja u svojim kućama prije nego što su i imali priliku da ih napuste. Jedan je svjedok izjavio da se nekoliko hiljada ljudi pokušalo predati noseći bijele zastave, ali da je na njih otvorena vatra iz tri srpska tenka, pri čemu su mnogi od njih ubijeni.”

Tužena strana tvrdi da je broj ubistava pretjeran i da se “25. i 26. maja u Kozarcu vodila teška borba i prirodno bi trebalo zaključiti da je među žrtvama bilo muslimanskih boraca”.

258. Što se tiče sela Hambarine, u Izveštaju Komisije eksperata (Tom I, strana 39) navodi se slijedeće:

“Nakon incidenta u kome je jedna manja grupa srpskih [srbijskih] vojnika ubijena pucanjem iz vatrenog oružja pod nejasnim okolnostima, selu Hambarine je upućen ultimatum da preda policajca koji je živio na mjestu gdje se pucnjava dogodila. Kako se to nije dogodilo, Hambarine su 23. maja 1992. tokom nekoliko sati bile izložene bombardiranju iz artiljerijskog oruđa. Granate su ispaljivane s aerodroma Urije, neposredno izvan grada Prijedora. Kada je bombardiranje prestalo, selo je opkolila pješadija, uključujući i paravojne jedinice, koje su tražile stanovnike sela u svakoj kući. Hambarine su 1991. imale 2.499 stanovnika.

U Izvještaju Specijalnog izvjestioca od 17. novembra 1992. navodi se slijedeće:

“Od 23. do 25. maja muslimanskom selu Hambarine, koje se nalazi 5 km južno od Prijedora, upućen je ultimatum: sve se oružje mora predati do 11.00 sati prije podne. Tada je, tvrdeći da je na srpsku patrolu pucano, teška artiljerija otpočela granatiranje sela i pojavili su se tenkovi koji su pucali na kuće. Mještani su pobjegli u Prijedor. Svjedoci su izjavili da je mnogo ljudi ubijeno, čak 1.000” (Periodični izvještaj od 17. novembra 1992, strana 8, paragraf 17 (c)).

Tužena strana navodi, citirajući optužnicu u slučaju *Stakić* da je “samo 11 žrtava identificirano” i da je, prema tome, nemoguće da je ukupan broj žrtava u selu Hambarine bio “čak 1.000”.

259. U Izvještaju Komisije eksperata kaže se da je 26, 27. i 28. maja muslimansko selo Kozarac bilo izloženo napadima teške srpske artiljerije. Zatim se konstatira: “Stanovništvo, čiji se broj procjenjivao na 15.000, prema izjavama nekih svjedoka, pretrpjelo je gubitak od najmanje 5.000 ljudi, od kojih je većina likvidirana po kratkome postupku” (Izvještaj Komisije eksperata, Tom IV, tačka 4).

260. Podnosilac tužbe također je tvrdio da su ubistva pripadnika zaštićene grupe izvršena i u samom Prijedoru. Izvještaj Komisije eksperata, kao i Specijalni izvjestilac Ujedinjenih nacija, prikupili su pojedinačne izjave svjedoka o nekoliko slučajeva ubistava u gradu Prijedoru (Izvještaj Komisije eksperata, Tom I, Aneks V, strana 54 i slijedeća). Posebno je Specijalni izvjestilac dobio svjedočenja “iz mnogih pouzdanih izvora” da je u Prijedoru 29. maja 1992. ubijeno 200 ljudi (Izvještaj od 17. novembra 1992, paragraf 17).

261. U slučaju *Stakić*, Pretresno vijeće MKTBJ utvrdilo je da je “mnogo ljudi ubijeno tokom napada vojske bosanskih Srba na većinska muslimanska bosanska sela i gradove širom općine Prijedor i da je u više slučajeva izvršen masakr nad muslimanima”, kao i da je “izvan svake osnovane sumnje dokazano postojanje sveobuhvatnog obrasca zločina izvršenih nad muslimanima u općini Prijedor 1992” (IT-97-24-T, Presuda, 31. juli 2003, paragrafi 544 i 546). Osim toga, u slučaju *Brđanin*, Pretresno vijeće uvjerilo se da je “najmanje 80 civila bosanskih muslimana ubijeno kada je vojska i policija bosanskih Srba ušla u sela na području Kozarca” (IT-99-36, Presuda, 1. septembar 2004, paragraf 403).

## **(b) Logori**

### **(i) Logor Omarska**

262. Što se tiče zatočeničkih logora na području Prijedora, Podnosilac tužbe je istakao da je logor Omarska bio “bez sumnje najsuroviji logor u Bosni i Hercegovini”. U Izvještaju Komisije eksperata navode se izjave sedam svjedoka koji su prijavili između 1.000 i 3.000 slučajeva ubistava (Tom IV, Aneks VIII, strana 222). U Izvještaju se konstatira slijedeće:

“neki zatvorenici procjenjuju da je, u prosjeku, bilo možda od 10 do 15 tijela koji su bili izloženi na travi svakoga jutra, kada su prvi zatvorenici odlazili po svoju dnevnu porciju hrane. Ali tijela mrtvaca primijećena su, također, i na nekim drugim mjestima i u drugim momentima. Neki su zatvorenici, u prostorijama gdje su bili zatočeni, preminuli zbog rana ili nekih drugih uzroka. Stalno suočeni sa smrću i patnjama drugih zatvorenika, nikome nije bilo moguće da u bilo kojem trenutku zaboravi situaciju u kojoj se nalazio; uzimajući u obzir dužinu vremenskog perioda u kojem se logor Omarska koristio, broj zatvorenika zatočenih na otvorenome i tvrdnje da su tijela mrtvaca tamo izlagana skoro svakoga jutra.”

U Izvještaju Komisije eksperata zaključuje se da “sve raspoložive informacije... izgleda navode na zaključak da je (Omarska) bila, prije svega, jedan logor smrti” (Tom I, Aneks V, strana 80). Generalni sekretar Ujedinjenih nacija

također je primio izvještaje iz Kanade, Austrije i Sjedinjenih Američkih Država koje sadrže izjave svjedoka o ubistvima u logoru Omarska.

263. U Presudi Pretresnog vijeća u slučaju *Tadić*, MKTBJ je došao do slijedećih zaključaka vezanih za Omarsku: “Logor Omarska je, bez sumnje, najpoznatiji (od logora), onaj gdje su vladali najužasniji uvjeti” (IT-94-1-T, Presuda, 7. maj 1997, paragraf 155). Pretresno vijeće je saslušalo 30 svjedoka koji su preživjeli sistematska zlostavljanja pretrpljena u logoru Omarska. Po svim iskazima, uvjeti u logoru bili su užasavajući; ubistva i mučenje su bili česti” (*Ibid.*, paragraf 157). Pretresno vijeće je u Presudi *Stakić* utvrdilo da je “preko stotinu ljudi ubijeno u logoru Omarska krajem jula 1992.” i da su:

“negdje krajem jula 1992, 44 čovjeka izvedena iz Omarske i ukrcana u autobus. Rečeno im je da će biti razmijenjeni u pravcu Bosanske Krupe; nikada više nisu ponovo viđeni. Prilikom ekshumacije jame Lisac pronađeno je 56 tijela: većina njih ubijena je iz vatrenog oružja” (IT-97-24-T, Presuda, 31. juli 2003, paragrafi 208 i 210).

Najmanje 120 ljudi, zatočenih u logoru Omarska, bilo je ubijeno nakon što su odvezeni autobusom.

“Tijela nekih odvezenih autobusom kasnije su pronađena u Hrastovoj Glavici i identificirana. Veliki broj tijela, njih 126, pronađeno je u ovom sektoru udaljenom oko 30 kilometara od Prijedora. U 121 od tih slučajeva forenzičari su utvrdili da su uzrok smrti rane nanijete iz vatrenog oružja” (*Ibid.*, paragraf 212).

264. U slučaju *Brđanin*, Pretresno vijeće, u Presudi od 1. septembra 2004, smatra da je u periodu od 28. maja do 6. augusta ogroman broj ljudi ubijen u logoru Omarska. Pretresno vijeće nadalje detaljno navodi da je “krajem maja 1992. osnovan logor u Omarskoj, gdje je, kako ukazuju dokazni elementi, bilo zatočeno nekoliko stotina civila bosanskih muslimana i bosanskih Hrvata s područja Prijedora i gdje su vršene masovne likvidacije” (IT-99-36-T, Presuda Pretresnog vijeća, 1. septembar 2004, paragraf 441). “Pretresno vijeće nije u mogućnosti tačno identificirati sve zatočenike ubijene u logoru Omarska. Međutim, ono je izvan svake osnovane sumnje uvjereno da su najmanje 94 osobe ubijene, uključujući i one osobe koje su nestale” (*Ibid.*, paragraf 448).



## **(ii) Logor Keraterm**

265. Drugi zatočenički logor u području Prijedora bio je logor Keraterm, gdje su, prema Podnosiocu tužbe, također vršena ubistva pripadnika zaštićene grupe. Više saglasnih iskaza, koji potvrđuju da su u sobi broj 3 logora Keraterm izvršene masovne egzekucije ujutro 25. jula 1992, dostavljeni su Sudu. Ovo uključuje i depešu State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država i pismo stalnog predstavnika Austrije pri Ujedinjenim nacijama od 5. marta 1993, koji su upućeni Generalnom sekretaru. U Izvještaju Komisije eksperata citiraju se izjave tri različita svjedoka, da je u Keratermu tokom tri mjeseca svaki dan ubijano po deset zatvorenika (Tom IV, paragraf 1932; vidjeti također i Tom I, Aneks V, paragraf 445).

266. Pretresno vijeće MKTBJ u slučaju *Sikirica i ostali*, koji se odnosi na komandanta logora Keraterm, utvrdilo je da je između 160 i 200 muškaraca ubijeno ili ranjeno u masakru u sali poznatoj pod imenom Soba broj 3 (IT-95-8-S, Osuđujuća presuda, 13. novembar 2001, paragraf 103). Prema toj Presudi, Sikirica je sam priznao da postoje značajni dokazi “o ubistvima i ubijanjem ostalih imenovanih pojedinaca u Keratermu u periodu kada je tamo obavljao svoju dužnost”. Postojali su i dokazi da su “drugi ubijani zbog svog statusa i položaja u društvu, te zbog svoje pripadnosti određenoj etničkoj grupi ili nacionalnosti” (*Ibid.*, paragraf 122). U slučaju *Stakić*, Pretresno vijeće je utvrdilo da su “od 30. aprila 1992. do 30. septembra 1992... u logorima Omarska, Keraterm i Trnopolje često vršena ubistva” (IT-97-24-T, Presuda, 31. juli 2003, paragraf 544).

## **(iii) Logor Trnopolje**

267. Podnosilac tužbe nadalje tvrdi da postoje uvjerljivi dokazi za ubistva u logoru Trnopolje, kao i pojedini svjedoci očevici koji potvrđuju međusobne iskaze. Izvještaj Komisije eksperata utvrdio je da je “u Trnopolju režim bio daleko bolji nego u Omarskoj i Keratermu, ali da su svi zatočenički bili podvrgnuti zlostavljanju i loše hranjeni. Silovanja, batinanja i ostali oblici mučenja, pa čak i ubistva, nisu bili rijetkost” (Izvještaj Komisije eksperata, Tom IV, Aneks V, strana 10).

“Period u početku je bio najgori u Trnopolju s najvećim brojem ubistava, silovanja i drugih oblika maltretiranja i mučenja...

Osobe ubijane u logoru obično su ubrzo nakon toga uklanjali zatočenici logora kojima su Srbi naredili da ukopaju leševe...

Čak i da logor Trnopolje nije bio logor smrti, poput logora Omarska ili logora Keraterm, kvalifikacija ‘koncentracioni logor’ ipak je opravdana za logor Trnopolje zbog režima koji je u njemu vladao” (Izveštaj Komisije eksperata, Tom I, Aneks V, strane od 88 do 90).

268. Što se tiče broja ubistava u Trnopolju, MKTBJ je razmatrao period između 25. maja i 30. septembra 1992, koji predstavlja relevantan period za slučaj *Stakić* (IT-97-24-T, Presuda Sudskog vijeća, 31. juli 2003, paragrafi 226 i 227). Sudsko vijeće je došlo do zaključka da su “ubistva bila česta u logorima Omarska, Keraterm i Trnopolje, kao i u drugim zatočeničkim centrima” (*Ibid.*, paragraf 544). U Presudi u slučaju *Brđanin*, Sudsko vijeće je utvrdilo da su u periodu od 28. maja do oktobra 1992.

“izvršena brojna ubistva u logoru Trnopolje. Mnogi su zatočenici umrli od posljedica batinanja koja su sprovodili čuvari. Ostale su čuvari ubijali iz pušaka. Sudsko vijeće je također (utvrdilo) da je najmanje 20 zatočenika izvedeno iz logora i ubijeno izvan logora” (IT-99-36-T, Presuda, 1. septembar 2004, paragraf 450).

269. U odgovoru na tvrdnje o ubistvima u zatočeničkim logorima u području Prijedora, Tužena strana dovodi u pitanje broj žrtava, ali ne i činjenicu da su se ubistva i dogodila. Ona tvrdi da su ubistva u Prijedoru “vršena sporadično i protiv pojedinaca koji nisu predstavljali značajan dio grupe”. Ona je potom ukazala da MKTBJ nije okvalificirao djela počinjena u regionu Prijedora kao genocid.

## **Banja Luka**

### **(i) Logor Manjača**

270. Podnosilac tužbe nadalje tvrdi da su ubistva bila česta i u logoru Manjača u Banjoj Luci. Sud konstatira da su brojni iskazi svjedoka o ubistvima sadržani u Izveštaju Komisije eksperata (Tom IV, paragrafi 370-376), a masovna grobnica s 540 tijela “vjerovatno” zatvorenika iz Manjače

spominje se u Izvještaju koji je podnio Manfred Nowak, ekspert Ujedinjenih nacija za nestale osobe:

“U septembru 1995. otkrivene su masovne grobnice pored Krasulje u sjeverozapadnoj Bosni i Hercegovini. Vlada je ekshumirala 540 tijela osoba koje su vjerovatno bile zatočene u koncentracionom logoru Manjača 1992. U januaru 1996. otkrivena je masovna grobnica s 27 tijela bosanskih muslimana pored Sanskoga Mosta; žrtve su, prema kazivanju, ubijene jula 1992. tokom prebacivanja iz Sanskoga Mosta u koncentracioni logor Manjača (kod Banje Luke)” (E/CN.4/1996/36 od 4. marta 1996, paragraf 52).

## **Brčko**

### **(i) Logor Luka**

271. Podnosilac tužbe tvrdi da je vršeno ubijanje pripadnika zaštićene grupe i u logoru Luka i u Brčkom. Izvještaj Komisije eksperata potvrđuje ove navode. Jedan je svjedok izjavio da su “strijeljanja često vršena u 4 sata ujutro. Svjedok procjenjuje da je tokom prve sedmice njegovog boravka u Luci više od 2.000 muškaraca bilo ubijeno i bačeno u rijeku Savu” (Izvještaj Komisije eksperata Tom IV, Aneks VIII, strana 93). U Izvještaju se nadalje potvrđuje da su se “ubistva i mučenja očigledno događala svakodnevno” (*Ibid.*, strana 96) i da je prijavljeno da

“su tijela mrtvih zatočenika ili onih koji su bili na samrti često odnošena na smetljište logora ili su prenošena iza zatvorskih hangara. Od ostalih zatočenika zahtijevalo se da prenose te leševe. Ponekada su zatvorenici, koji su prenosili tijela, bili ubijani dok su ta tijela nosili na smetljište. Mrtvi su također odnošeni i bacani u blizini srpske policijske stanice koja se nalazila u ulici Majevička brigada u Brčkom” (*Ibid.*).

Ove zaključke potkrepljuju dokazi o masovnoj grobnici pronađenoj pored te lokacije (Izvještaj Komisije eksperata, Tom IV, Aneks VIII, strana 101 i depeša State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država).

272. U slučaju *Jelisić*, osam od trinaest ubistava za koje je optuženi proglašen krivim, izvršena su u logoru Luka, a pet je izvršeno u policijskoj

stanici Brčko (IT-95-10-T, Presuda Sudskog vijeća, 14. decembar 1999, paragrafi 37-38). Sudsko vijeće je nadalje smatralo da “iako Sudsko vijeće nije u poziciji da utvrdi tačan broj žrtava, koje se pripisuju Goranu Jelisiću za vremenski period iz Optužnice, ono konstatira da je, u ovom slučaju, materijalni element zločina genocida utvrđen” (*Ibid.*, paragraf 65).

273. U Odluci po Prijedlogu za donošenje oslobađajuće presude u slučaju *Milošević*, Sudsko vijeće je utvrdilo da su maja i juna 1992. mnogi muslimani bili zatočeni u logoru Luka i da su oni bili svjedoci mnogih ubistava (IT-02-54-T, Odluka o prijedlogu za donošenje oslobađajuće presude, 16. juni 2004, paragrafi 159 i 160-168); izjavljeno je da su “uvjeti u logoru Luka, u kojima su se zatočenici nalazili, i postupanje prema njima bili užasni i uključivali su redovna batinanja, silovanja i ubijanja” (*Ibid.*, paragraf 159). “U logoru Luka... jedan je svjedok lično prenio između 12 do 15 tijela i vidio oko 100 tijela mrtvacu koja su bila naslagana kao drva za ogrjev; svakoga dana kamion hladnjača za meso iz lokalnog preduzeća Bimeks u Brčkom bi dolazio da odnosi leševe” (*Ibid.*, paragraf 161).

274. Sud konstatira da Presuda Sudskog vijeća u slučaju *Brđanin* od 1. septembra 2004. sadrži opći zaključak o ubistvima civila u logorima i u općinama: Banjoj Luci, Prijedoru, Sanskom Mostu, Ključu, Kotor-Varoši, Bosanskom Novom. Sud je zaključio slijedeće:

„U cjelini, Sudsko vijeće je uvjeren, izvan svake osnovane sumnje, da su, uzimajući u obzir sve događaje opisane u ovom odjeljku Presude, snage bosanskih Srba ubile najmanje 1669 bosanskih muslimana i bosanskih Hrvata, od kojih niko nije bio borac“ (IT-99-36-T, Presuda, 1. septembar 2004, paragraf 465).

U rezolucijama i Vijeća sigurnosti i Generalne skupštine, donijetim u vrijeme događaja, osuđuje se ubijanje civila u vezi s etničkim čišćenjem ili se izražava alarmantnost zbog izvještaja o masovnim ubistvima (Rezolucija Vijeća sigurnosti broj 819 (1993), preambula, paragrafi 6-7; Rezolucija Generalne skupštine, broj 48/153 (1993), paragrafi 5-6; Rezolucija Generalne skupštine broj 49/196 (1994), paragraf 6).

275. Sud nadalje zapaža da se određeni događaji osuđuju u nekoliko rezolucija. U ovim se rezolucijama, između ostalog, osuđuju „snage bosanskih Srba zbog njihove kontinuirane ofanzive na sigurnosnu zonu Goražde zbog

čega je veliki broj civila izgubio život“ (Rezolucija Vijeća sigurnosti broj 913 (1994), Preambula, paragraf 5); osuđuju etničko čišćenje koje je „izvršeno u Banjoj Luci, Bijeljini i u drugim oblastima Republike Bosne i Hercegovine koje se nalaze pod kontrolom snaga bosanskih Srba“ (Rezolucija Vijeća sigurnosti broj 941 (1994), paragraf 2); izražavaju zabrinutost zbog „teškog kršenja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava u Srebrenici i njenoj okolini, te u područjima Banje Luke i Sanskoga Mosta, uključujući i informacije o izvršenim masakrima“ (Rezolucija Vijeća sigurnosti broj 1019 (1995), Preambula, paragraf 2); i osuđuje „sveobuhvatno granatiranje civila u sigurnosnim zonama Sarajeva, Tuzle, Bihaća i Goražda, kao i to da su snage bosanskih i hrvatskih Srba upotrebljavale kasetne bombe na civilne ciljeve“ (Rezolucija Generalne skupštine broj 50/193 (1995) paragraf 5).

276. Na osnovu gore iznijetih činjenica, Sud nalazi da je utvrđeno na osnovu nepobitnih dokaznih elemenata da su se, tokom sukoba, vršila masovna ubistva u određenim područjima i zatočeničkim logorima širom teritorije Bosne i Hercegovine. Osim toga, iznijeti dokazni elementi ukazuju da su žrtve bile u velikoj većini pripadnici zaštićene grupe, što sugerira da su one mogle biti sistematski birane kao cilj za uništavanje. Sud smatra da, dok je Tužena strana osporavala istinitost određenih tvrdnji i broj žrtava ili motive izvršilaca, kao i okolnosti pod kojima su ubistva vršena i njihove pravne kvalifikacije, ona, zapravo, nikada nije osporavala činjenicu da su pripadnici zaštićene grupe bili zaista ubijani u Bosni i Hercegovini. Sud, u vezi s tim, smatra da je utvrđeno, na osnovu zaključnih dokaznih elemenata, da su se događala masovna ubistva pripadnika zaštićene grupe i da su, prema tome, ispunjeni zahtjevi u pogledu materijalnog elementa, kako je definirano u članu II (a) Konvencije. U ovoj fazi razmatranja Sud nije u obavezi navesti listu izvršenih ubistava, niti na definitivni način utvrditi ukupan broj žrtava.

277. Sud, međutim, nije uvjeren, na osnovu dokaza koje ima pred sobom, da je neosporno utvrđeno da su počinioci vršili masovna ubistva pripadnika zaštićene grupe sa specifičnom namjerom (*dolus specialis*) radi potpunog ili djelimičnog uništavanja grupe kao takve. Sud je pažljivo ispitao krivične postupke koje vodi MKTBJ i presude njegovih Vijeća, koje su gore citirane, i primjećuje da ni za jednog od osuđenih nije utvrđeno da je djelovao sa specifičnom namjerom (*dolus specialis*). Gore navedena ubistva mogu predstavljati ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, ali Sud nema nadležnost da to utvrđuje. U vršenju svoje nadležnosti prema Konvenciji o genocidu, Sud nalazi da Podnosilac tužbe nije utvrdio da ubistva predstavljaju

djela genocida zabranjena Konvencijom. Što se tiče tvrdnje Podnosioca tužbe da se iz sveukupnog modela po kojemu su se vršila djela tokom sukoba može izvući zaključak o postojanju specifične namjere (*dolus specialis*), ispitivanje ovoga mora se odgoditi dok Sud ne razmotri sva ostala navodna djela genocida (kršenje člana II, tačke od (b) do (e)) (vidjeti paragraf 370 u nastavku teksta).

\* \*

## (5) Masakr u Srebrenici

278. Zločini počinjeni u i oko Srebrenice nisu nigdje bolje rezimirani kao u prvom paragrafu Presude Sudskog vijeća u predmetu *Krstić*:

„Događaji vezani za zauzimanje Srebrenice, ‘sigurnosne zone’ Ujedinjenih nacija (UN) u Bosni i Hercegovni, koje su izvršili bosanski Srbi jula 1995, postali su poznati širom svijeta. Uprkos Rezoluciji Vijeća sigurnosti UN, u kojoj se kaže da ova enklava mora biti „bez oružanih napada ili bilo kojeg drugog neprijateljskog djelovanja“, jedinice Vojske bosanskih Srba (VRS) otpočele su napad i zauzele taj grad. U toku nekoliko dana, oko 25.000 bosanskih muslimana, većinom žena, djece i starih ljudi, koji su živjeli na ovom području, bili su primorani iseliti se i, u atmosferi terora, snage bosanskih Srba su ih ubacile u prenatrpane autobuse i prevezle ih preko linija sukoba na teritoriju koju su držali bosanski muslimani. Muškarci Srebrenice, vojnosposobni bosanski muslimani, doživjeli su drugu sudbinu. Na hiljade njih, koji su pokušali pobjeći s ovoga područja, bili su zarobljeni, zatočeni u neljudskim uvjetima i potom pogubljeni. Više od 7.000 ljudi nikada više nije viđeno“ (IT-98-33-T, Presuda, 2. august 2001, paragraf 1; fusnote izostavljene).

Iako Tužena strana osporava broj mrtvih, ona u suštini ne dovodi u pitanje same činjenice. Ono što ona dovodi u pitanje je da li je postojala specifična namjera (*dolus specialis*) i da li se djela koja su predmet Tužbe mogu pripisati njoj. Ona također skreće pažnju na napade koje je vršila bosanska vojska iz Srebrenice i na činjenicu da ova enklava nikada nije bila demilitarizirana. Po mišljenju Tužene strane vojna akcija koju su poduzeli bosanski Srbi predstavljala je osvetu i u okviru rata čiji je cilj teritorij.

279. Podnosilac tužbe tvrdi da je planiranje završnog napada na Srebrenicu moralo biti pripremano neko duže vrijeme prije jula 1995. On se poziva na Izvještaj od 4. jula 1994. koji je sačinio komandant Bratunačke brigade. On je istakao „krajnji cilj“ VRS: “cjelokupno srpsko Podrinje. Enklave Srebrenica, Žepa i Goražde moraju biti vojno poražene.“ U Izvještaju se dalje navodi:

„Mi i dalje moramo naoružavati, obučavati, disciplinirati i pripremati Vojsku RS za izvršavanje ove ključne misije – protjerivanje muslimana iz enklave Srebrenica. Neće biti povlačenja kada se dođe do enklave Srebrenica, moramo napredovati. Život neprijatelja mora se učiniti nepodnošljivim, a njegov privremeni boravak u enklavi nemogućim tako da je on počne masovno napuštati, što je prije moguće, uviđajući da tu ne može preživjeti.“

Sudsko vijeće je u predmetu *Blagojević* spomenulo svjedočenja u kojima se kazuje da je nekoliko „članova Bratunačke brigade 1994. izjavilo da se, po njima, ovdje nije radilo o naredbi. Svjedočenje drugih svjedoka i dokumentarni dokazi pokazuju da se zapravo radilo o provedbi jedne strategije“ (IT-02-60-T, Presuda Sudskog vijeća, 17. januar 2005, paragraf 104; fusnote izostavljene). Podnosilac tužbe smatra da se „krajnji cilj“, koji je ovdje opisan, sadržavao u tome da se stvori „cjelokupno srpsko Podrinje“, u skladu s namjerom da se uspostavi srpski region na 50 km zapadno od rijeke Drine, koji je utvrđen na jednom sastanku elite političkog i državnog rukovodstva Jugoslavije održanom u aprilu ili maju 1991. Sud uočava da cilj naveden u Izvještaju, poput Strateških ciljeva iz 1992, ne predviđa uništenje muslimana u Srebrenici, već njihov odlazak. Vijeće tom Izvještaju nije dalo nikakav poseban značaj.

280. Podnosilac tužbe, kao i Sudsko vijeće, ukazuju na sastanak od 17. marta 1995.<sup>9</sup> između komandanta Zaštitnih snaga Ujedinjenih nacija (UNPROFOR) i generala Mladića, na kome je general Mladić izrazio nezadovoljstvo zbog sistema sigurnosne zone i najavio da će možda pokrenuti vojnu akciju protiv istočnih enklava. On je, međutim, dao garancije za sigurnost stanovništva bosanskih muslimana u tim enklavama. Slijedećeg dana, 8. marta 1995, predsjednik Karadžić je izdao Direktivu broj 7 koja se odnosi na nove

<sup>9</sup> Međunarodni sud pravde napravio je pogrešku u datumu budući da je sastanak između komandanta UNPROFOR- a i generala Mladića održan 7. marta 1995. Izvor: „Izvještaj Generalnog sekretara UN prema Rezoluciji 53/35 (1998) od 30. novembra 1998. Izvještaj o Srebrenici“ – napomena Izdavača.

operacije, koju također citira Sudsko vijeće i Podnosilac tužbe: “‘Planirane i dobro osmišljene borbene operacije’ trebalo je da stvore ‘nepodnošljivu situaciju potpune nesigurnosti bez nade za daljnji opstanak ili život stanovnika obiju enklava’“. U slučaju *Blagojević* Sudsko vijeće dalje navodi:

„Razdvajanje enklava Srebrenice i Žepe bio je zadatak Drinskog korpusa. Kao rezultat ove naredbe, general Ratko Mladić je izdao 31. marta 1995. Direktivu za daljnje operacije, Direktiva broj 7/1, kojom je preciziran zadatak Drinskog korpusa“ (*Ibid.*, strane 38-39, paragraf 106).

281. Savjetnik Podnosioca tužbe, u vezi s prvom od tih naredbi, postavio je slijedeće pitanje: „Koja bi mogla biti jasnija ilustracija genocidne namjere (*dolus specialis*) vlasti na Palama o uništavanju?“ Kao i u slučaju Izvještaja iz jula 1994, Sud zapaža da bi protjerivanjem stanovnika bio ostvaren cilj ove operacije. Takvo je zapažanje potkrijepljeno i u zaključku Žalbenog vijeća u predmetu *Krstić*, u kojem se navodi da su naredbe bile „nedovoljno jasne“ da bi se utvrdila specifična namjera (*dolus specialis*) članova Glavnog štaba koji su ih izdavali.

„Štaviše, Pretresno vijeće nije čak utvrdilo ni da su oni koji su izdali Direktivu broj 7 i 7/1 imali genocidnu namjeru, zaključujući umjesto toga da se genocidni plan iskristalizirao u kasnijoj fazi“ (IT-98-33-A, Presuda, 19. april 2004, paragraf 90).

282. Holandski bataljon (*Dutchbat*) bio je raspoređen u sigurnosnoj zoni Srebrenice. U tom području on je januara 1995. brojao oko 600 ljudi. U februaru i tokom proljeća, VRS nije dopuštala povratak holandskim vojnicima koji su otišli na dopust, što je rezultiralo padom njihovog broja za najmanje 150 ljudi, te je ograničavala kretanje međunarodnim konvojima za dostavljanje pomoći i snabdijevanje Srebrenice i ostalih enklava. Procjena je bila da bi u drugoj polovini juna bez novog snabdijevanja oko polovina stanovništva Srebrenice ostala bez hrane.

283. Komandant Drinskog korpusa je 2. jula izdao naredbu za borbene operacije; njegov deklarirani cilj za Srebrenicu bio je da se suzi „enklava na svoje gradsko jezgro“. Napad je otpočeo 6. jula eksplozijom raketa pored glavnog štaba „*Duchbata*“ u Potočarima. Zbog lošeg vremena 7. i 8. juli bili su relativno mirni, ali je oko 9. jula granatiranje pojačano. Srebrenica je bila



pod vatrom do 11. jula, kada je pala, nakon što je VRS zauzela posmatračke punktove holandskih snaga. Suprotno očekivanjima VRS, Armija Bosne i Hercegovine pružila je veoma mali otpor (*Blagojević*, IT-02-60-T, Presuda Pretresnog vijeća, 17. januar 2005, paragraf 125). U Izvještaju Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija citira se analiza koju su dali vojni posmatrači Ujedinjenih nacija popodne 9. jula u kojoj se zaključuje slijedeće:

„Ofanziva Vojske Republike Srpske trajat će dok ona ne ostvari svoj cilj. Ovi ciljevi mogu biti i širi s obzirom da odgovor Ujedinjenih nacija skoro ne postoji i da je VRS u poziciji da zauzme enklavu ukoliko to želi”. Dokumenti koji su kasnije pribavljeni iz srpskih izvora čini se da potkrepljuju ovu ocjenu. Ovi dokumenti ukazuju da su ciljevi srpskog napada na Srebrenicu u početku bili ograničeni. Tek pošto su neočekivanom lahkoćom napredovali, Srbi su onda odlučili zauzeti cijelu enklavu. Visoki srpski dužnosnici, civilni i vojni, iz zone Srebrenice izjavili su isto, dodajući u toku razgovora s jednim visokim zvaničnikom Ujedinjenih nacija da su odlučili napredovati sve do grada Srebrenice kada su ocijenili da UNPROFOR ne želi niti je u stanju da ih zaustavi“ (Ujedinjene nacije, A/54/549, paragraf 264).

U skladu s ovim zaključkom, Vijeće u slučaju *Blagojević* navodi slijedeće:

„Kako je operacija napredovala tako se mijenjao i njen vojni cilj od ‘sužavanja enklave na gradsko područje’ (koji je naveden u naredbi Drinskog korupsa od 2. jula) do zauzimanja grada Srebrenice i cijele enklave. Sudsko vijeće nije dobilo nijedan direktan dokaz o tačnom trenutku kada je došlo do promjene ovog vojnog cilja. Dokazi ukazuju da je predsjednik Karadžić bio ‘informiran o uspješnim borbenim operacijama oko Srebrenice... koje su im omogućile da okupiraju sam grad Srebrenicu’ 9. jula. Prema Miroslavu Deronjiću, predsjedniku Izvršnog vijeća općine Bratunac, predsjednik Karadžić mu je 9. jula rekao da postoje dvije opcije vezane za te operacije, od kojih je jedna bila potpuno zauzimanje Srebrenice. Kasnije istoga dana, 9. jula, predsjednik Karadžić ‘složio se s nastavkom operacija za zauzimanje Srebrenice’. Informacija o promjeni cilja operacije „Krivaja 95“ stigla je do jedinica na terenu 11. jula ujutro; a sredinom popodneva naredba o ulasku u Srebrenicu stigla je do IKM Bratunačke brigade, koja se nalazila u Pribićevcu, kao i do pukovnika Blagojevića. Miroslav Deronjić je posjetio IKM Bratunačke brigade u Pribićevcu 11. jula. On je kratko razgovarao s pukovnikom Blagojevićem o operaciji Srebrenica. Prema Miroslavu Deronjiću, VRS je upravo bila primila

naredbu za ulazak u grad Srebrenicu“ (IT-02-60-T, Presuda Pretresnog vijeća, 17. januar 2005, paragraf 130).

284. Vijeće potom daje prikaz stravičnih posljedica pada Srebrenice. Četa Holandskog bataljona *Dutchbat* počela je 11. jula usmjeravanjem izbjeglica u sjedište UNPROFOR-a u Potočarima, za koje su smatrali da je za njih to jedino sigurno mjesto. Nisu sve izbjeglice krenule prema Potočarima; mnogi muškarci, bosanski muslimani, otišli su u šumu. Uskoro je VRS počela granatirati i ubijati izbjeglice uprkos pokušajima da se pronađe siguran put za Potočare gdje je, prema navodima MKTBJ, ponovo nastao haos:

„Tokom 11. jula gomila ispred baze UNPROFOR-a povećavala se prilikom priliva hiljada ljudi. Krajem dana, između 20.000 do 30.000 bosanskih muslimana bilo je u okolini tog područja, a nekih 4.000 do 5.000 izbjeglica se nalazilo u samoj bazi UNPROFOR-a.

(b) Uvjeti u Potočarima

Higijenski uvjeti u samim Potočarima potpuno su se pogoršali. Mnoge izbjeglice koje su tražile sklonište u glavnom štabu UNPROFOR-a bile su ranjene. Medicinska pomoć pružana je u mjeri u kojoj je to bilo moguće; međutim, bila je ogromna nestašica medicinskog materijala. Zbog toga što je VRS prethodnih mjeseci sprečavala prolazak konvoja za pomoć, u štabu Holandskog bataljona jedva da je bilo svježe hrane. Izvan kompleksa bilo je nešto tekuće vode. U periodu od 11. do 13. jula 1995. temperatura je bila veoma visoka, dostižući 35 stepeni Celzijusa, a postojeći mali kapacitet vode nije bio dovoljan za 20.000 do 30.000 izbjeglica koje su se nalazile izvan baze UNPROFOR-a“ (*Ibid.*, paragrafi 146-147).

Tribunal opširno razmatra ova pitanja i daje detalje o određenim naporima bosanskih Srba i srpskih vlasti, odnosno lokalne Skupštine Općine, Bratunačke brigade i Drinskog korpusa, kao i Visokog komesara UN za izbjeglice za pružanje pomoći bosanskomuslimanskim izbjeglicama (*Ibid.*, paragraf 148).

285. Prema Izvještaju Generalnog sekretara iz 1999, 10. jula, u 22.45 sati, izaslanik Specijalnog predstavnika Generalnog sekretara u Beogradu pozvao je telefonom Specijalnog predstavnika, i rekao da se vidio s predsjednikom Miloševićem koji mu je odgovorio da se od njega ne može

mного očekivati jer ga „bosanski Srbi ne slušaju“ (A/54/549, paragraf 292). U 15.00 sati slijedećeg dana predsjednik je pozvao Specijalnog predstavnika i, prema istom Izvještaju, „rekao da su vojnici Holandskog bataljona u zonama koje drže Srbi zadržali svoje oružje i opremu, te da imaju slobodu kretanja. To nije bilo tačno“ (*Ibid.*, paragraf 307). Otprilike 20 minuta ranije, dva aviona NATO-a bacila su bombe na vozila za koje se smatralo da su srpska vozila koja su se iz pravca juga kretala prema gradu. U Izvještaju Generalnog sekretara navodi se reakcija VRS:

„Odmah nakon ove prve bliske zračne podrške NATO-a, VRS je poslala radiovezom poruku Holandskom bataljonu. Oni su zaprijetili da će granatirati grad i bazu gdje se počelo okupljati na hiljade stanovnika, te da će ubiti vojnike Holandskog bataljona koje su držali kao taoce, ukoliko NATO nastavi s upotrebom svojih zračnih snaga. Specijalni predstavnik Generalnog sekretara podsjetio je da je tada primio telefonski poziv od holandskog ministra odbrane koji je tražio priekid akcije bliske zračne podrške, jer su srpski vojnici na terenu bili isuviše blizu holandskih trupa i njihova bi sigurnost bila ugrožena. Specijalni predstavnik je smatrao da nema drugog izbora nego da iziđe ususret tom zahtjevu“ (*Ibid.*, paragraf 306).

286. Pretresno vijeće je u predmetu *Blagojević* utvrdilo da je 11. jula u 20.00 sati održan sastanak između holandskog pukovnika, generala Mladića i drugih osoba. Prvi je rekao da je došao pregovarati o povlačenju izbjeglica i zatražiti za njih hranu i lijekove. Tražio je garancije da se stanovništvu bosanskih muslimana i Holandskom bataljonu dopusti povlačenje iz te regije. General Mladić je rekao da civilno stanovništvo nije meta njegovih akcija i da cilj tog sastanka treba biti postizanje dogovora. On je tada rekao: „Vi možete svi da odete, svi da ostanete ili da svi umrete ovdje... Možemo postići dogovor da se sve ovo okonča i da se pitanja civilnog stanovništva, vaših vojnika i muslimanske vojske riješe na miran način“ (*Blagojević*, IT-02-60-T, Presuda Pretresnog vijeća, 17. januar 2005, paragrafi 150-152). Kasnije te noći, na sastanku koji je počeo u 23.00 sata, na kome je bio prisutan i predstavnik zajednice bosanskih muslimana, general Mladić je rekao slijedeće:

„Kao prvo, vi trebate položiti svoje oružje i ja garantiram da će svi oni koji polože svoje oružje ostati u životu. Dajem vam svoju riječ, kao čovjek i kao general, da ću iskoristiti svoj utjecaj da pomognem nevinom muslimanskom stanovništvu koje nije meta borbenih operacija koje vrši VRS... Da bih donio odluku, kao čovjek i komandant, trebam imati jasan stav vaših predstavnika

o tome da li želite ostati u životu... opstati ili nestati. Spreman sam ovdje sutra u 10.00 sati primiti delegaciju zvaničnika muslimanske strane s kojima mogu razgovarati o izbavljenju vašeg naroda iz... bivše enklave Srebrenica... Nesibe (predstavnik muslimana), budućnost tvog naroda je u tvojim rukama i ne samo na ovoj teritoriji... Dovedi ljude koji mogu osigurati predaju oružja i spasi svoj narod od uništenja.“

Pretresno vijeće smatra, na osnovu riječi generala Mladića, da on nije bio svjestan činjenice da su muškarci, bosanski muslimani, u koloni napustili enklavu Srebrenice.

General Mladić je također izjavio da će osigurati vozila za prijevoz bosanskih muslimana iz Potočara. Bosanski muslimani i bosanski Srbi nisu bili u ravnopravnom položaju i Nesib Mandžić je smatrao da je njegovo prisustvo bilo potrebno samo kao paravan za međunarodnu javnost. Nesib Mandžić je osjećao da mu general Mladić prijeti. Nije bilo naznaka da će se sutradan nešto dogoditi“ (*Ibid.*, paragrafi 156-158).

287. Treći sastanak održan je slijedećeg jutra, 12. jula. Tribunal u predmetu *Blagojević* navodi slijedeći iskaz:

„Pošto su se predstavnici bosanskih muslimana predstavili, general Mladić je izjavio:

‘Ja hoću da vam pomognem, ali hoću apsolutnu saradnju civilnog stanovništva, jer je vaša vojska poražena. Nema potebe da vaš narod, vaši muževi, vaša braća ili susjedi budu ubijeni... Kao što sam rekao ovom gospodinu prošle noći, vi možete ili da opstanete u životu ili da nestanete. Za vaš opstanak, zahtijevam da svi vaši ljudi koji su pod oružjem, čak i oni koji su počinili zločine nad našim narodom, a mnogi su ih počinili, predaju svoje oružje VRS... Možete da birate da ostanete ili da odete. Ukoliko želite otići, možete ići gdje god to želite. Kada se izvrši predaja oružja, svaki pojedinac otići će tamo gdje kaže da želi otići. Jedina stvar je da je potrebno osigurati neophodno gorivo. Možete da za to platite ukoliko imate sredstava. Ukoliko niste u stanju platiti, UNPROFOR bi trebao dovesti četiri ili pet kamiona tankera kako bi se kamioni mogli napuniti gorivom...’

Ćamila Omanović (koja je bila član muslimanske delegacije) protumačila je da to znači da će, ukoliko stanovništvo bosanskih muslimana ode, ono biti spašeno, ali ukoliko ostane, ono će umrijeti. General Mladić nije dao jasan odgovor da li će se osigurati siguran transport civilnog stanovništva

iz enklave. On je izjavio da će se izvršiti detaljna provjera muškaraca bosanskih muslimana od 16 do 65 godina starosti u cilju otkrivanja ratnih zločinaca i potvrdio da će nakon te provjere muškarci biti vraćeni u enklavu. To je bio prvi put da se spomenulo razdvajanje muškaraca od ostalog stanovništva. Predstavnici bosanskih muslimana imali su utisak da je ‘sve bilo unaprijed pripremljeno, da je postojao tim ljudi koji je zajedno i na organiziran način radio‘ i da je ‘Mladić upravljao organizacijom’.

Treći sastanak u hotelu Fontana završen je uz dogovor da će VRS transportirati civilno stanovništvo bosanskih muslimana izvan enklave na teritoriju koju drži Armija BiH, uz pomoć UNPROFOR-a, koji treba osigurati da se transport sprovede uz prihvatljive uvjete (*Ibid.*, paragrafi 160-161).“

Sud konstatira da izjave date na sastanku proizlaze iz transkripta videosnimka iz tog vremena.

288. Počevši od 12. jula, VRS i MUP Republike Srpske razdvajali su muškarce od 16 do 60 ili 70 godina starosti od njihovih porodica. Muškarci, bosanski muslimani, usmjeravani su na razne lokacije, ali većina je bila upućivana u jednu određenu kuću („Bijelu kuću“) nedaleko od štaba UNPROFOR-a u Potočarima gdje su bili ispitivani. Tokom popodneva 12. jula veliki broj autobusa i drugih vozila, određeni broj iz Srbije, pristigli su u Potočare. Samo je ženama, djeci i starima bilo dopušteno da uđu u autobuse koji su vozili prema teritoriji koju je držala Armija Bosne i Hercegovine. Na početku su vozila Holandskog bataljona pokušavala pratiti konvoje, ali je to VRS uskoro zaustavila i ubrzo nakon toga ukrala između 16 i 18 džipova Holandskog bataljona, kao i oko 100 komada malokalibarskog oružja, tako da je daljnja pratnja bila nemoguća. Mnogi muškarci, bosanski muslimani iz Srebrenice i njene okoline, uključujući i one koji su pokušali pobjeći kroz šumu, bili su pritvoreni i ubijeni.

289. Treba, također, spomenuti i djelovanja određenih paravojskih jedinica, Crvene beretke i Škorpioni, za koje Podnosilac tužbe tvrdi da su učestvovali u događajima u i oko Srebrenice. Podnosilac tužbe dostavio je Sudu određene dokumente za koje se tvrdi da dokazuju da su Škorpioni zaista bili upućeni u sektor Trnovo i da su tamo boravili u relevantnom vremenskom periodu. Tužena strana iznijela je sumnju u vjerodostojnost ovih dokumenata (koji su bili fotokopije presretnutih komunikacija, a ne originali), a da ih nije nikada zvanično negirala. Nije osporena ni činjenica o premještanju

Škorpiona u Trnovo. Tokom usmene rasprave Podnosilac tužbe prezentirao je videomaterijal u kojem se prikazuje pogubljenje šest bosanskih muslimana u Trnovu koje su izvršile paravojne snage jula 1995.

290. Pretresna vijeća, u predmetima *Krstić* i *Blagojević*, zaključila su da su snage bosanskih Srba ubile preko 7.000 muškaraca bosanskih muslimana nakon zauzimanja Srebrenice jula 1995 (*Krstić*, IT-98-33-T, Presuda, 2. august 2001, paragrafi 426-427 i *Blagojević*, IT-02-60-T, Presuda, 17. januar 2005, paragraf 643). Shodno tome, ona su zaključila da je utvrđen materijalni element ubistva prema članu II (a) Konvencije. Oba su vijeća, također, zaključila da djela snaga bosanskih Srba predstavljaju materijalni element nanošenja teških tjelesnih ili psihičkih povreda, kako je definirano u članu II (b) Konvencije – kako onima koji su očekivali pogubljenje tako i ostalima koji su bili od njih razdvojeni, u smislu njihovog prisilnog raseljavanja i gubitka koji su preživjeli sami pretrpjeli (*Krstić*, *Ibid.*, paragraf 543, i *Blagojević*, *Ibid.*, paragrafi 644-654).

291. Sud je potpuno uvjeren da su se u masakru u Srebrenici dogodila i ubistva u smislu člana II (a) Konvencije i da su izvršena djela nanošenja teških tjelesnih ili psihičkih povreda u smislu njenog člana II (b). Slijedeća tri aspekta odluka MKTBJ, koje se tiču Srebrenice, zahtijevaju detaljnije ispitivanje – specifična namjera (*dolus specialis*), datum kada je namjera uspostavljena i definicija „grupe“ u smislu člana II. Četvrto pitanje koje se nije direktno nalazilo pred MKTBJ, ali s kojim se Sud mora baviti, jest eventualna umiješanost Tužene strane u tim djelima.

292. Pretresno vijeće je, u predmetu *Krstić*, rasvijetlilo pitanje namjere. U svojim zaključcima, ono se uvjerilo u postojanje namjere na osnovu dokaza koji su mu stavljeni na raspolaganje. Pod naslovom „Plan o egzekuciji muškaraca, bosanskih muslimana, iz Srebrenice“, Vijeće „zaključuje da su nakon zauzimanja Srebrenice u julu 1995, bosanski Srbi osmislili i sproveli plan egzekucije što je moguće većeg broja vojnosposobnih muškaraca, bosanskih muslimana, koji su se nalazili u enklavi“ (IT-98-33-T, Presuda, 2. august 2001, paragraf 87). Sve egzekucije, po Presudi Suda, „sistematski su bile usmjerene na vojnosposobne muškarce, bosanske muslimane, bez obzira da li su to bili civili ili vojnici“ (*Ibid.*, paragraf 546). Iako je, možda, „u početku VRS predviđala egzekuciju samo muškaraca vojnika..., dokazi pokazuju, međutim, da je u jednom trenutku donijeta odluka da se zarobljavaju i ubijaju svi muškarci, bosanski muslimani, bez razlike. Nije učinjen nikakav napor da se napravi razlika između vojnika

i civila“ (*Ibid.*, paragraf 547). Pod naslovom „Namjera uništenja grupe“, Vijeće je razmotrilo podneske i dokumente strana u sporu, zaključujući da bi se ono „trebalo pridržavati one kvalifikacije genocida koja uključuje samo ona djela počinjena s *ciljem* uništenja jedne cijele grupe ili jednog njenog dijela“ (*Ibid.*, paragraf 571; kurziv preuzet iz originala). Djela genocida ne podrazumijevaju obavezno predumišljaj i namjera (da se uništi jedna grupa) može postati traženi cilj tek u toku operacije (*Ibid.*, paragraf 572).

„Dokazi predstavljeni u ovom slučaju pokazali su da su ubijanja bila planirana: broj i priroda uključenih snaga, standardizirani šifrirani jezik koji su koristile jedinice u prenošenju informacija o ubijanjima, obim egzekucija, identičnost primijenjenih metoda kod ubijanja, ukazuju da je bila donijeta odluka o likvidaciji svih vojnosposobnih muškaraca, bosanskih muslimana.

Sudsko vijeće nije moglo utvrditi tačan datum kada je donesena odluka o likvidaciji svih vojnosposobnih muškaraca. Osim toga, ono ne može utvrditi da li su ubistva izvršena u Potočarima 12. i 13. jula 1995. predstavljala dio plana o likvidaciji svih vojnosposobnih muškaraca. Uprkos tome, Sudsko vijeće je uvjereno da su masovne egzekucije i druga izvršena ubijanja, počevši od 13. jula, predstavljali integralni dio ovoga plana“ (*Ibid.*, paragrafi 572-573; vidjeti i paragrafe od 591 do 598).

293. Sud je već citirao (paragraf 281) pasos iz Presude Žalbenog vijeća u predmetu *Krstić*, odbijajući pokušaj Tužioca da se osloni na direktive izdate ranije tokom mjeseca jula, što bi podsjetilo na dokaze koji se odnose na promjenu plana koji je donijela VRS u toku operacije, čiji je cilj bio potpuno zauzimanje enklave. Žalbeno vijeće je također odbacilo žalbu generala Krstića na zaključak da je u Srebrenici izvršen genocid. Ono je smatralo da Sudsko vijeće ima pravo zaključiti da bi uništavanje tako velikog broja muškaraca, jedne petine od ukupnog stanovništva Srebrenice, „neminovno dovelo do fizičkog nestanka bosanskih muslimana, stanovnika Srebrenice“ (IT-98-33-A, Presuda Žalbenog vijeća, 19. april 2004, paragrafi 28-33); i da Sudsko vijeće, kao najbolji procjenitelj dokaza predstavljenih u sudskom postupku, ima pravo zaključiti da dokaz o prebacivanju žena i djece potkrepljuje njegov zaključak da su pripadnici Glavnog štaba VRS namjeravali uništiti bosanske muslimane u Srebrenici. Žalbeno vijeće je zaključilo ovaj dio svoje Presude na slijedeći način:

„Rigorozni uvjeti koji moraju biti ispunjeni da bi se mogla izreći jedna odluka o krivici za genocid pokazuju težinu ovog zločina. Težina zločina genocida odražava se u striktnim zahtjevima. Ovi uvjeti – dokazi o specifičnoj namjeri, koje je teško pronaći – te prikazivanje da je postojao cilj da se grupa u cjelini ili njen suštinski dio uništi – otklanjaju rizik da se osude za ovakav zločin izriču olahko. Međutim, kada se ovi uvjeti ispune, pravo ne smije bježati od toga da se tako izvršen zločin nazove pravim imenom. Nastojeći eliminirati dio bosanskih Muslimana, snage bosanskih Srba izvršile su genocid. Njihov je cilj bilo uništenje četrdeset hiljada bosanskih muslimana koji su živjeli u Srebrenici, grupe koja je simbolizirala bosanske muslimane u cjelini. Oni su od svih muškaraca muslimana koji su bili zatvoreni, kako vojnika tako i civila, starih i mladih, oduzimali njihove osobne stvari i osobna dokumenta, te ih namjerno i metodično ubijali, isključivo po osnovu njihovog identiteta. Snage bosanskih Srba bile su svjesne, kada su krenule u ovaj genocidni poduhvat, da će zlo koje su izazvale nastaviti proganjati bosanske muslimane. Žalbeno vijeće jasno potvrđuje da pravo izričito osuđuje nanesene teške i trajne povrede i masakr u Srebrenici naziva pravim imenom: genocid. Oni koji su odgovorni nosit će ovaj žig srama i on će služiti kao upozorenje onima koji bi eventualno u budućnosti razmišljali da izvrše ovakvo gnusno djelo.

Zaključujući da su članovi Glavnog štaba VRS namjeravali uništiti bosanske muslimane u Srebrenici, Sudsko vijeće nije odstupilo od pravnih zahtjeva predviđenih za genocid. Žalba odbrane u vezi s ovim pitanjem se odbacuje“ (*Ibid.*, paragrafi 37-38).

294. Vezano za mišljenje koje zastupa Podnosilac tužbe, Pretresno vijeće u slučaju *Blagojević* odlučilo je da je specifična namjera (*dolus specialis*) postojala prije 12. ili 13. jula, perioda koje je Vijeće izabralo u slučaju *Krstić*. Sud je već skrenuo pažnju na konstataciju Vijeća da je u jednom datom trenutku (Vijeće nije moglo utvrditi „tačan moment“) vojni cilj u Srebrenici promijenjen, od „smanjivanja enklave na gradsko područje“ (kako je navedeno u naredbi Drinskog korpusa od 2. jula 1995. koja se više puta spominje kao „Operacija Krivaja 95“) do preuzimanja grada Srebrenice i enklave u cjelini. Nadalje u Presudi, pod nazivom „Zaključci: da li je genocid izvršen?“, Vijeće se poziva na dokument od 2. jula:



„Pretresno vijeće je uvjerenom da su sva kriminalna djela koja su počinile snage bosanskih Srba predstavljala dio jednog jedinstvenog plana da se izvrši genocid nad bosanskim muslimanima u Srebrenici, što se vidi i u dokumentu „Operacija Krivaja 95“, čiji je krajnji cilj bio da se uništi enklava, a, prema tome, i zajednica bosanskih Muslimana koja tamo živi“ (*Blagojević*, IT-02-60-T, Presuda, 17. januar 2005, paragraf 674).

Vijeće nastavlja dalje pozivajući se samo na događaje – masakre i prisilno prebacivanje žena i djece – nakon pada Srebrenice, što se dogodilo nakon promjene vojnog cilja 9. ili 10. jula. Zaključak u vezi s namjerom ide u istome smjeru:

„Pretresno vijeće nema nikakvu sumnju da su sva ova djela predstavljala jedinstvenu operaciju izvršenu u namjeri da se uništi stanovništvo bosanskih muslimana Srebrenice. Pretresno vijeće zaključuje da snage bosanskih Srba ne samo da su znale da će kombiniranjem ubistava muškaraca uz prisilno premještanje žena, djece i starih neizbježno dovesti do fizičkog nestanka bosanskog muslimanskog stanovništva već su jasno namjeravale da putem tih djela fizički unište ovu grupu“ (*Ibid.*, paragraf 677). (Vidjeti slično, sve osim prve stavke liste iz paragrafa 786.)

295. Zaključak je Suda, pojačan presudama Pretresnih vijeća u slučajevima *Krstić* i *Blagojević*, da postojanje neophodne namjere nije utvrđeno sve do promjene vojnog cilja i nakon zauzimanja Srebrenice, oko 12. ili 13. jula. Ovo može biti značajno za sprovođenje obaveza Tužene strane prema Konvenciji (paragraf 423 dalje u tekstu). Sud nema razloga odstupiti od zaključka Tribunala po kojem je neophodna specifična namjera (*dolus specialis*) bila utvrđena i da nije bila utvrđena do tog vremena.

296. Sud će sada razmatrati zahtjev iz člana II prema kojemu mora postojati namjera da se potpuno ili djelimično uništi zaštićena „grupa“. On podsjeća na svoj raniji pravni iskaz, a posebno na tri elementa koji su u njemu razmatrani: „suštinski“ karakter (primarni uvjet), relevantni geografski faktori i s time povezana mogućnost koja stoji na raspolaganju počinocima, kao i simbolični ili kvalitativni faktori (paragrafi 197-201). Nadalje, Sud podsjeća na ocjenu koju je ranije dao u Presudi o uvjerljivosti zaključaka MKTBJ u vezi s činjenicama i na njegovu ocjenu tih činjenica (paragraf 223). U svjetlu toga, on se vraća na zaključke iz predmeta *Krstić* (IT-98-33-T, Presuda Pretresnog

vijeća, 2. august 2001, paragrafi 551-599 i IT-98-33-A, Presuda Žalbenog vijeća, 19. april 2004, paragrafi 6-22) u kojima je Žalbeno vijeće potvrdilo zaključke Pretresnog vijeća u slijedećem smislu:

„U ovom slučaju, pošto je identificiralo zaštićenu grupu kao nacionalnu grupu bosanskih muslimana, Pretresno vijeće je zaključilo da su bosanski muslimani Srebrenice ili bosanski muslimani istočne Bosne predstavljali dio koji je bio meta Glavnog štaba VRS i Radislava Krstića. Ovaj se zaključak slaže s gore u tekstu navedenim smjernicama. Stanovništvo bosanskih muslimana u Srebrenici, prije nego što su je zauzele snage VRS 1995, brojalo je oko četrdeset hiljada ljudi. Taj broj obuhvata ne samo muslimane, stanovnike općine Srebrenica, već i mnoge muslimane izbjeglice iz regije. Iako je tada ovo stanovništvo predstavljalo samo mali procent od ukupnog broja muslimanskog stanovništva Bosne i Hercegovine, ne treba umanjiti značaj muslimanske zajednice Srebrenice“ (IT-98-33-A, Presuda, 19. april 2004, paragraf 15; fusnote izostavljene).

Sud ne vidi nikakav razlog da se ne složi s podudarnim zaključcima Pretresnog i Žalbenog vijeća.

297. Sud zaključuje da su djela počinjena u Srebrenici, koja potpadaju pod član II (a) i (b) Konvencije, izvršena sa specifičnom namjerom da se djelimično uništi grupa muslimana Bosne i Hercegovine kao takva; i shodno tome, da ona predstavljaju djela genocida koji su izvršili pripadnici VRS u Srebrenici i u njenoj okolini počevši od 13. jula 1995.

\* \*

#### **(6) Član II (b): Uzrokovanje teških tjelesnih ili psihičkih povreda pripadnicima zaštićene grupe**

298. Podnosilac tužbe tvrdi da su, pored masovnih ubistava, nesrpskom stanovništvu Bosne i Hercegovine sistematski nanošene teške povrede. Podnosilac tužbe u ovu kategoriju djela genocida uključuje praksu terora nad nesrpskim stanovništvom, nanošenje bola, kao i zlostavljanje i sistematsko ponižavanje. Pored toga, Podnosilac tužbe poseban naglasak stavlja na pitanje sistematskog silovanja muslimanskih žena kao djela genocida izvršenog nad muslimanima u Bosni tokom sukoba.

299. Tužena strana ne osporava da, kao pitanje pravne kvalifikacije, zločin silovanja može predstavljati djelo genocida kojim se nanose teške tjelesne i psihičke povrede. Ona osporava, međutim, da su silovanja na teritoriji Bosne i Hercegovine predstavljala dio genocida koji bi u njoj bio izvršen. Tužena strana, oslanjajući se na Izvještaj Komisije eksperata, tvrdi da silovanja i djela seksualnog nasilja izvršena tokom sukoba nisu predstavljala dio genocida, već da su ih činile sve strane u sukobu, bez specifične namjere (*dolus specialis*).

300. Sud zapaža da nema razilaženja među stranama u sporu u ocjeni da bi silovanje i seksualno nasilje moglo predstavljati djelo genocida, ukoliko bi ih pratila specifična namjera da se uništi zaštićena grupa. On konstatira, također, da je Međunarodni krivični tribunal za Ruandu (MKTR) u svojoj Presudi od 2. septembra 1998. u predmetu *Akayesu*, vezano za djela silovanja i seksualnog nasilja kao djela genocida, izjavio slijedeće:

„Zaista, silovanje i seksualno nasilje zasigurno predstavljaju nanošenje teških tjelesnih i psihičkih povreda žrtavama i, prema mišljenju Vijeća, to je jedan od najgorih načina da se žrtva povrijedi s obzirom da je ona dvostruka: u pogledu svog fizičkog i u pogledu svog psihičkog integriteta“ (MKTR-96-4-T, Presuda Pretresnog vijeća, 2. septembar 1998, paragraf 731).

MKTBJ je u svojoj prvostepenoj Presudi od 31. jula 2003. u slučaju *Stakić* smatrao:

„Smatra se da nanošenje teških tjelesnih i psihičkih povreda (iz stava (b) Člana 4 (2) Statuta MKTBJ) označava, između ostalog, djela mučenja, nehumanog i ponižavajućeg postupanja, seksualnog zlostavljanja, uključujući silovanje, ispitivanja uz batinanje, prijetnje smrću i povrede koje ugrožavaju zdravlje ili dovode do izobličavanja ili rana. Nanižete povrede ne moraju biti trajne i nepovratne“ (IT-97-24-T, Presuda Pretresnog vijeća, 31. juli 2003, paragraf 516).

301. Pored toga, Sud konstatira da su rezolucije Vijeća sigurnosti i Generalne skupštine, donesene u vrijeme ovih događaja, izričite kada govore o seksualnom nasilju. Ove rezolucije zasnivaju se na izvještajima podnijetim Generalnoj skupštini i Vijeću sigurnosti, kao što su izvještaji Generalnog

sekretara, Komisije eksperata, Specijalnog izvjestioca za ljudska prava Tadeusza Mazowieckog i raznih agencija Ujedinjenih nacija iz ove oblasti. Generalna skupština je posebno ukazala na „izuzetnu patnju žrtava silovanja i seksualnih zlostavljanja“ (Generalna skupština, Rezolucija A/RES/48/143 (1993), četrnaesta tačka preambule; Rezolucija Generalne skupštine 50/192 (1995), paragraf 8). U svojoj Rezoluciji 48/143 (1993), Generalna skupština je izjavila da je bila:

„*zgrožena zbog stalnih i dokumentiranih izvještaja o rasprostranjenoj praksi silovanja i zlostavljanja žena i djece u područjima ratnih sukoba u bivšoj Jugoslaviji, a posebno zbog toga što su srpske snage to sistematski činile nad muslimanskim ženama i djecom Bosne i Hercegovine*“ (Preambula, paragraf 4).

302. U nekoliko rezolucija Vijeća sigurnosti izražava se zabrinutost zbog „masovnog, organiziranog i sistematskog zatočenja i silovanja žena“, posebno muslimanskih žena u Bosni i Hercegovini (Rezolucije Vijeća sigurnosti: 798 (1992), preambula, paragraf 2; Rezolucija 820 (1993), preambula, paragraf 6; Rezolucija 827 (1993), preambula, paragraf 3). Što se tiče nanošenja drugih oblika teških povreda, u Rezoluciji Vijeća sigurnosti 1034 (1995) najoštrije se osuđuju:

„*kršenja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava, koja su izvršili bosanski Srbi i paravojne snage u zonama Srebrenice, Žepe, Banje Luke i Sanskog Mosta, kako je opisano u Izvještaju Generalnog sekretara od 27. novembra 1995. koji pokazuje da postoji konzistentan obrazac likvidacije – ubistva po kratkom postupku, silovanja, masovna protjerivanja, samovoljna zatočenja, prinudni rad i nestanci ljudi širokih razmjera*“ (paragraf 2).

Vijeće sigurnosti nadalje spominje „*upornu i sistematsku kampanju terora*“ u Banjoj Luci, Bijeljini i drugim područjima pod kontrolom snaga bosanskih Srba (Rezolucija Vijeća sigurnosti 941 (1994), preambula, paragraf 4). Također je izražena zabrinutost zbog izvještaja o masovnim ubistvima, nezakonitom pritvaranju i prinudnom radu, silovanjima i deportiranju civila u Banjoj Luci i Sanskome Mostu (Rezolucija Vijeća sigurnosti: 1019 (1995), preambula, paragraf 2).

303. Generalna skupština, također, osuđuje konkretna kršenja uključujući mučenje, prebijanje, silovanje, nestanke, uništavanje kuća, kao i druga djela ili prijetnje nasiljem koji imaju za cilj primoravanje pojedinaca da napuste svoje domove (Rezolucija Generalne skupštine: 47/147 (1992), paragraf 4; vidjeti i Rezoluciju Generalne skupštine: 49/10 (1994), preambula, paragraf 14 i Rezoluciju Generalne skupštine: 50/193 (1995), paragraf 2).

304. Sud će sada ispitati specifične tvrdnje Podnosioca tužbe u vezi s raznim lokacijama i logorima za koje se tvrdilo da su bili mjesta gdje su vršena djela kojima su nanošene „tjelesne ili psihičke povrede“ u smislu značenja Konvencije. Što se tiče događaja u Srebrenici, Sud je već zaključio da je utvrđeno da su tamo takva djela izvršena (paragraf 291 gore u tekstu).

## **Podrinje**

### **(a) Zvornik**

305. Što se tiče regije Podrinja, Podnosilac tužbe je istakao da su u događajima u Zvorniku vršena djela i zloupotrebe kojima su se nanosile teške tjelesne ili psihičke povrede. Sudu je posebno dostavljen Izvještaj o događajima u Zvorniku koji se zasniva na izjavama očevidaca i na opsežnom istraživanju (Hannes Tretter *et al.*, „Operacije ‘etničkog čišćenja’ u gradu Zvorniku, na sjeveroistoku Bosne, od aprila do juna 1992“, Izvještaj Instituta Ludwig Boltzmann za ljudska prava (1994), strana 48). U Izvještaju Instituta Ludwig Boltzmann govori se o politici terora, prisilnog raseljavanja, mučenja i silovanja prilikom zauzimanja Zvornika aprila-juna 1992. U Izvještaju Komisije eksperata navodi se 35 dostavljenih prijava o silovanju u zoni Zvornika maja 1992 (Tom V, Aneks IX, strana 54).

### **(b) Foča**

306. Druga djela kojima se nanose teške tjelesne i psihičke povrede bila su vršena i u općini Foča. Podnosilac tužbe, pozivajući se na Presudu u slučaju *Kunarac i ostali* (IT-96-23-T i IT-96-23/1-T, Presuda Pretresnog vijeća, 22. februar 2001, paragrafi 574 i 592), posebno tvrdi da su vojnici ili policajci bosanskih Srba silovali u više navrata jedan veliki broj žena u Foči.

## **(c) Logori**

### **(i) Logor Batković**

307. Podnosilac tužbe nadalje tvrdi da su u logoru Batković zatvorenici često bili izloženi batinanju i maltretiranju. U Izvještaju Komisije eksperata navodi se izjava jednog svjedoka prema kojoj su „zatvorenici bili primoravani na međusobni seksualni odnos, a ponekad i sa stražarima“. U Izvještaju se nadalje navodi: „Izvještaji o učestalosti batinanja kreću se od jednom u toku dana do batinanja 10 puta na dan“ (Izvještaj Komisije eksperata, Tom IV, Aneks VIII, strana 62, paragraf 469). U pojedinačnim iskazima svjedoka prijavljenih Komisiji eksperata (Izvještaj Komisije eksperata, Tom IV, Aneks VIII, strane 62-63 i Aneks X, strana 9) iznose se svjedočenja iz druge ruke da su se batinanja događala i da su zatvorenici živjeli u užasnim uvjetima. Međutim, kao što je već ranije konstatirano (paragraf 256), u periodičnom Izvještaju Specijalnog izvjestioca gospodina Mazowieckoga od 17. novembra 1992. kaže se da su „zatvorenici... izgledali dobrog zdravlja“ (strana 13); ali prema Podnosiocu tužbe njemu je pokazan „model“ logora i, prema tome, njegov je utisak netačan. U depeši State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država od 19. aprila 1993 (Tom 4, broj 16) tvrdi se da su u logoru Batković zatvorenici bili često izloženi batinama i maltretiranju. U depeši se posebno bilježe izjave svjedoka prema kojima su: “oni i ostali zatvorenici, u više prilika, bili primoravani da se svuku i da vrše bludne radnje među sobom ili s nekim stražarima.“

### **(ii) Logor Sušica**

308. Prema Podnosiocu tužbe, silovanja i fizičko napastvovanje vršeni su i u logoru Sušica; on je istakao da je u postupku pred MTBJ, u „ispitivanju Optužnice shodno Pravilu 61“ i u „Osuđujućoj presudi u slučaju *Nikolić*“, optuženi priznao da su mnoge muslimanske žene bile silovane i izložene nehumanom fizičkom i verbalnom maltretiranju u logoru i na mjestima izvan njega (*Nikolić*, MT-94-2-T, Osuđujuća presuda, 18. decembar 2003, paragrafi 87-90), te da je u istome logoru bilo mučeno i nekoliko muškaraca.

### **(iii) Logor Kaznenopopravni dom u Foči**

309. Što se tiče logora u Kaznenopopravnom domu u Foči, Podnosilac tužbe tvrdi da su tamo vršena batinanja, silovanja zatočenica i mučenja. Podnosilac tužbe uglavnom zasniva ove tvrdnje na Izvještaju Komisije

eksperata i na depeši State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država. Komisija eksperata bazirala je svoje zaključke na informacijama iz Izvještaja Organizacije *Helsinki Watch*. Jedan je svjedok izjavio da su neki zatvorenici bili izloženi batinama u KP domu u Foči (Izvještaj Komisije eksperata, Tom IV, strane 128-132); slični iskazi sadržani su i u depeši State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država. Jedan je svjedok izjavio slijedeće:

„Oni koji su vodili centar ulivali su strah zatvorenima muslimanima tako što su izdvajali određene zatvorenike da bi ih premlaćivali. Sa svog prozora u sobi 13, svjedok je vidio da su zatvorenici redovno bili odvođeni u jednu zgradu gdje su ih tukli. Ta je zgrada bila dovoljno blizu njega da čuje jauke onih koji su bili izloženi batinama“ (Depeša State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država, 19. april 1993, broj 16, strana 262).

310. Pretresno vijeće MKTBJ u Presudi u slučaju *Kunarac*, od 22. februara 2001, opisalo je izjave nekolicine svjedoka u kojima se govori o lošim i brutalnim uvjetima života u KP domu u Foči. One izgleda potvrđuju da su muškarci i žene muslimani iz općina Foča, Gacko i Kalinovik bili hapšeni, grupirani, razdvajani jedni od drugih i zatvarani ili zatočeni u nekoliko zatočeničkih centara kao što je KP dom u Foči, gdje su neki od njih bili ubijani, silovani ili izlagani surovom batinanju (*Kunarac i ostali*, IT-96-23-T i IT-96-23/1-T, Presuda Pretresnog vijeća, 22. februar 2001).

## **Prijedor**

### **(a) Općina**

311. Najveći dio tvrdnji o zlostavljanjima, za koje je Podnosilac tužbe izjavio da su se dogodila u Prijedoru, razmotren je u odjeljku ove Presude koji se tiče logora koji su se nalazili u Prijedoru. Međutim, u Izvještaju Komisije eksperata spominje se devetočlana porodica čiji su članovi pronađeni mrtvi u Staroj Rijeci u Prijedoru, a koji su očigledno bili mučeni (Tom V, Aneks X, strana 41). Pretresno vijeće MKTBJ u svojoj Presudi u predmetu *Tadić* utvrdilo je slijedeće činjenice o napadu izvršenom na dva sela u području Kozarca, Jaskići i Sivci:

“Oba sela napadnuta su 14. juna 1992. Mještani sela Sivci ujutro su čuli pucnjavu koja se približavala i ubrzo nakon toga srpski

tenkovi i srpski vojnici ušli su u selo... Tu su ih natjerali da trče duž puta, sa sklopljenim šakama na potiljku, prema sabirnom punktu u dvorištu jedne od kuća. Usput su ih više puta tjerali da stanu, legnu na put i dok su tako ležali, vojnici su ih batinali i udarali nogama, dok ih opet nisu natjerali da ustanu i dalje trčećim korakom prijeđu određenu razdaljinu, te bi se isti ritual ponavljao... Na takav se način postupalo u selu Sivci sa oko 350 muškaraca, uglavnom muslimana, uključujući i nekoliko Hrvata.

Po dolasku na sabirno mjesto, premlaćeni i u mnogim slučajevima obliveni krvlju, neki su muškarci bili prozivani i ispitivani o drugima, te su bili ponovo izloženi prijetnjama i batinama. Uskoro su stigli autobusi, ukupno pet, i muškarci su, ponovo sa sklopljenim šakama na potiljku, bili primorani trčati do njih i sabiti se u njima. Potom su ih odvezli do logora Keraterm.

Iskustvo stanovnika manjega sela Jaskići, koje je brojalo samo 11 kuća, od 14. juna 1992. je u neku ruku slično, ali praćeno ubijanjem mještana. Kao i Sivci, i selo Jaskići je nakon napada na Kozarac prihvatilo izbjeglice, ali su do 14. juna 1992. mnoge od tih izbjeglica otišle u druga sela. U popodnevnim satima 14. juna 1992. čula se puščana paljba i srpski su vojnici stigli u Jaskiće i naredili muškarcima da napuste svoje kuće i izađu na seoski put sa sklopljenim šakama na potiljku; tamo su ih natjerali da legnu pa su ih surovo tukli” (IT-94-1-T, Presuda, 7. maj 1997, paragrafi 346-348).

## **(b) Logori**

### **(i) Logor Omarska**

312. Kao što je gore konstatirano u vezi s ubistvima (paragraf 262), Podnosilac tužbe je bio u mogućnosti iznijeti obimne i uvjerljive dokaze o fizičkim zlostavljanjima kojima su nanošene teške tjelesne povrede u logoru Omarska. Izvještaj Komisije eksperata sadrži iskaze svjedoka o “Bijeloj kući”, koja se koristila za fizička zlostavljanja, silovanja, mučenja i, povremeno, za ubijanja, te o “Crvenoj kući”, koja se koristila za egzekucije (Tom IV, Aneks VIII, strane 207- 222). Ovi iskazi o sadističkim metodama ubijanja potvrđeni su i u podnescima Sjedinjenih Američkih Država upućenim Generalnom sekretaru. Kao najuvjerljiviji i najpouzdaniji izvor dokaza može se smatrati



činjenični dio Mišljenja i Presuda MKTBJ u slučaju *Tadić* (IT-94-1-T, Presuda Pretresnog vijeća, 7. maj 1997). Oslanjajući se na izjave 30 svjedoka, u Presudi Pretresnog vijeća u slučaju *Tadić* utvrđeni su nalazi u vezi sa saslušavanjem, batinanjem, silovanjem kao i mučenjem i ponižavanjem zatvorenika muslimana u logoru Omarska (posebno: *Ibid.*, paragrafi 155-158 i 163-167). Pretresno vijeće se, izvan svake osnovane sumnje, uvjerilo u činjenicu da je Tadić loše postupao i tukao nekoliko žrtava i da su im nanijete trajne povrede, kao i da je on primorao jednog zatvorenika da seksualno osakati drugog zatvorenika (*Ibid.*, paragrafi 194-206). Nalaze o lošem postupanju, mučenju, silovanju i seksualnom nasilju u logoru Omarska utvrdio je MKTBJ i u drugim slučajevima; posebno, Presuda Pretresnog vijeća, 2. novembar 2001. u slučaju *Kvočka i drugi* (IT-98-30/1-T, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 21-50 i 98-108) - koja je potvrđena u žalbenom postupku, Presuda Pretresnog vijeća, 1. septembar 2004. u slučaju *Brđanin* (IT-99-36-T, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 515-517) i Presuda Pretresnog vijeća, 31. juli 2003. u slučaju *Stakić* (IT-97-24-T, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 229-336).

## (ii) Logor Keraterm

313. Podnosilac tužbe je također ukazao na dokaze o batinanjima i silovanjima u logoru Keraterm. Iskazi nekoliko svjedoka navedeni su u Izvještaju Komisije eksperata (Tom IV, Aneks VIII, strane 225, 231, 233, 238) i potkrijepljeni su u iskazima svjedoka o kojima je izvijestila Stalna misija Austrije pri Ujedinjenim nacijama i organizacija Helsinki Watch. Pažnju Suda privuklo je nekoliko presuda MKTBJ koje također dokazuju da su u ovom logoru vršena teška fizička zlostavljanja, silovanja, kao i seksualno nasilje. U Presudi Pretresnog vijeća od 1. septembra 2004. u slučaju *Brđanin* utvrđeno je slijedeće:

“U logoru Keraterm, zatočenike su po dolasku tukli... Batinanje je vršeno drvenim motkama, bejzbol palicama, električnim kablovima i policijskim pendrecima...

U nekim slučajevima batinanje je bilo toliko okrutno da je dovodilo do teških tjelesnih povreda i smrti. Batinanje i ponižavanje često se vršilo u prisustvu drugih zatočenika. U logoru Keraterm žene zatočenice bile su silovane” (IT-99-36-T, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 851-852).

Pretno vijeće je u svojoj Presudi od 31. jula 2003. u slučaju *Stakić* utvrdilo da su:

“zatočenici u logoru Keraterm bili izloženi užasnim zlostavljanjima. Dokazi pokazuju da su mnogi zatočenici u logoru Keraterm bili izloženi svakodnevnom batinanju. Do sredine jula većinom su ih tukli noću. Nakon dolaska zatočenika iz Brda, oko 20. jula 1992, godine “pravila” više nije bilo, pa su se batinanja vršila i danju i noću. Zatočenike su tukli stražari i ostali koji su dolazili u logor, kao i neki uniformirani vojnici. Batinanja se nisu vršila u sobama jer stražari nisu ulazili u sobe - ljudi su generalno bili prozivani i danju i noću radi batinanja” (IT-97-24-T, Presuda Pretnog vijeća, paragraf 237).

Vijeće je također utvrdilo da postoje uvjerljivi dokazi o novim slučajevima prebijanja i silovanja koji su vršeni u logoru Keraterm (*Ibid.*, paragrafi 238-241).

Pretno vijeće, u slučaju *Kvočka i drugi*, zaključilo je da su zatočenici u logoru Keraterm, pored „užasnih“ općih uvjeta života, bili izloženi i „nemilosrdnim batinama“, a „žene su bile silovane“ (IT-98-30/1-T, Presuda Pretnog vijeća, 2. novembar 2001, paragraf 114).

### **(iii) Logor Trnopolje**

314. Sudu su, pored toga, predstavljeni dokazi da su se batinanja i silovanja događala i u logoru Trnopolje. Silovanje koje je izvršeno nad 30-40 zatvorenika 6. juna 1992. spominje se i u Izvještaju Komisije eksperata (Tom IV, Aneks VIII, strane 251-253) i u publikaciji State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država. U slučaju *Tadić* Pretno vijeće MKTBJ je zaključilo da su se batinanja događala u logoru Trnopolje i da „zbog toga što je u ovome logoru bio smješten najveći broj žena i djevojaka, bilo je više slučajeva silovanja nego u bilo kojem drugom logoru“ (IT-94-1-T, Presuda, 7. maj 1997, paragrafi 172-177, (paragraf 175)). Ovi zaključci o batinanju i silovanju potvrđeni su i u drugim presudama MKTBJ, kao što je Presuda Pretnog vijeća u slučaju *Stakić* gdje je zaključeno da:

“iako su razmjere zlostavljanja u logoru Trnopolje bile manje nego one u logoru Omarska, loše postupanje je bilo uobičajeno. Srpski vojnici

koristili su bejzbol palice, gvozdene šipke, kundake od pušaka, kao i svoje šake i noge ili bilo šta drugo što im je bilo pri ruci da bi tukli zatočenike. Pojedinci koji su izvođeni napolje radi ispitivanja često bi se vraćali s modricama i povredama“ (IT-97-24-T, Presuda Pretresnog vijeća, 31. juli 2003, paragraf 242);

i da se Pretresno vijeće, nakon saslušane izjave svjedoka žrtve, uvjerilo, izvan svake osnovane sumnje, „da su se silovanja zaista događala u logoru Trnopolje“ (*Ibid.*, paragraf 244). Slični zaključci iznijeti su i u Presudi Pretresnog vijeća u slučaju *Brđanin* (IT-99-36-T, 1. septembar 2004, paragrafi 513-514 i 854-857).

## **Banja Luka**

### **(i) Logor Manjača**

315. Što se tiče logora Manjača u Banjoj Luci, Podnosilac tužbe tvrdi da su se u tom logoru događala batinanja, mučenja i silovanja. Podnosilac tužbe uglavnom se oslanja na svjedoke citirane u Izvještaju Komisije eksperata (Tom IV, Aneks VIII, strane 50-54). Ovaj je dokaz potkrijepljen svjedočenjem bivšeg zatvorenika na Zajedničkom saslušanju pred *Select Committee on Intelligence* Senata Sjedinjenih Američkih Država, od 9. augusta 1995, i iskazom svjedoka koji se spominje u Tužbi Podnosioca tužbe (Depeša State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država, 2. novembar 1992, strana 806). Pretresno vijeće je u svojoj Odluci, povodom Prijedloga za donošenje Oslobođajuće presude od 16. juna 2004, u slučaju *Milošević*, ponovo navelo izjavu svjedoka koji je svjedočio o slijedećem:

„U logoru Manjača vojna policija ih je tukla motkama, kablovima, palicama ili nekim drugim sličnim predmetima. Muškarci su bili razmješteni u male, prazne štale prenatrpene ljudima i u kojima nije bilo nikakvih sanitarija. Dok su bili u logoru, zatočenici nisu dobijali dovoljno hrane ni vode. Glave su im bile obrijane, a tokom saslušavanja su ih surovo tukli“ (IT-02-54-T, Odluka povodom Prijedloga za donošenje oslobođajuće presude, 16. juni 2004, paragraf 178).

316. Podnosilac tužbe poziva se na Izvještaj Komisije eksperata koji sadrži prijave da se u logoru Manjača nalazio određeni broj žena i da su one tokom svoga zatočenja bile „više puta silovane“. Muški muslimanski

zatvorenici također su bili primoravani da siluju zatvorenice (Izveštaj Komisije eksperata, Tom IV, Aneks VIII, strane 53 i 54). Tužena strana ističe da je u Presudi Pretresnog vijeća u slučaju *Brđanin* konstatirano da nisu iznijeti dokazi da su zatočenici u Manjači bili izloženi „djelima seksualnog ponižavanja“.

## **Brčko**

### **(i) Logor Luka**

317. Podnosilac tužbe tvrdi da su se u logoru Luka (Brčko) događala mučenja, silovanja i batinanja. Izveštaj Komisije eksperata sadrži više iskaza svjedoka, uključujući dokaze o lokalnom stražaru koji je bio prisiljen na silovanje (Tom IV, Aneks VIII, strane 93-97). Više izvora potvrdilo je iskaz o silovanjima (depeša State Departmenta Sjedinjenih Američkih Država, 19. april 1993). Sud posebno konstatira zaključke Pretresnog vijeća MKTBJ u slučaju *Češić*, u vezi s djelima izvršenim u logoru Luka. U svome sporazumu o navodima Tužbe optuženi je priznao nekoliko ozbiljnih incidenata, kao što je batinanje i primoravanje dva brata muslimana na međusobni seksualni odnos (IT-95-10/1-S, Osuđujuća presuda, 11. mart 2004, paragrafi 8-17). Ovi su nalazi potvrđeni izjavama svjedoka i proglašenjem krivice u slučaju *Jelisić*.

318. Tužena strana ne osporava da je u logorima u Bosni i Hercegovini „bilo povreda humanitarnog prava i, u većini slučajeva, povreda ratnog prava“, ali uvjerava da uvjeti u svim logorima nisu bili onakvi kakvim ih je opisao Podnosilac tužbe. Ona je izjavila da je dokazano „postojanje ozbiljnih zločina, počinjenih u jednoj posebno složenoj situaciji, u građanskom i bratoubilačkom ratu“, ali ne i neophodna specifična namjera (*dolus specialis*).

\*

319. Pošto je pažljivo ispitao predočene dokaze i primio na znanje one koji su predstavljeni MKTBJ-u, Sud smatra da je na osnovu potpuno nepobitnih dokaza utvrđeno da su pripadnici zaštićene grupe, tokom sukoba, a posebno u zatočeničkim logorima, bile sistematske žrtve masovnog lošeg postupanja, batinanja, silovanja i mučenja čime su nanošene teške tjelesne

povrede i duševna bol. Na taj je način ispunjen neophodan uvjet koji se tiče materijalnog elementa, kako je definirano u Članu II (b) Konvencije. Sud, međutim, zaključuje, na osnovu dokaza koje ima pred sobom, da nije nepobitno utvrđeno da su ovi zločini, mada se i oni mogu podvesti pod ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, izvršeni sa specifičnom namjerom (*dolus specialis*) da se, potpuno ili djelimično, uništi zaštićena grupa, a što je potrebno da bi se zaključilo da je izvršen genocid.

\* \*

### **(7) Član II (c): Namjerno podvrgavanje grupe uvjetima života sračunatim da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja**

320. Član II (c) Konvencije o genocidu tiče se namjernog podvrgavanja grupe uvjetima života sračunatim da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja. Pod ovim podnaslovom Podnosilac tužbe prvo ukazuje na navodnu politiku snaga bosanskih Srba koja se zasnivala na opkoljavanju civila zaštićene grupe u selima, gradovima ili cijelim regionima, a potom na granatiranje tih područja i prekidanje cjelokupnog snabdijevanja u cilju izgladnjivanja stanovništva. Drugo, Podnosilac tužbe tvrdi da su snage bosanskih Srba pokušale izvršiti deportaciju i protjerati zaštićenu grupu iz područja koje su te snage okupirale. Na kraju, Podnosilac tužbe tvrdi da su snage bosanskih Srba pokušale izbrisati sve tragove kulture zaštićene grupe uništavanjem historijskih, vjerskih i kulturnih dobara.

321. Tužena strana objašnjava da su se događaji na koje se poziva Podnosilac tužbe dogodili u kontekstu rata koji je pogodio cijelo stanovništvo, bez obzira na njegovo porijeklo. Po njenom mišljenju, „očigledno je da se u bilo kojem oružanom sukobu uvjeti života civilnog stanovništva pogoršavaju“. Tužena strana smatra da, imajući u vidu građanski rat u Bosni i Hercegovini, koji je stvorio nehumane uvjete života za cijelo stanovništvo na teritoriji te države, „nije moguće govoriti o namjernom podvrgavanju samo grupe muslimana ili samo grupe nesrba uvjetima života koji mogu dovesti do njihovog uništenja“.

322. Sud će sa svoje strane ispitati dokaze koji se tiču ove tri grupe optužbi koje je iznio Podnosilac tužbe: opkoljavanje, granatiranje i izgladnjivanje;

deportacija i protjerivanje; uništavanje historijskih, vjerskih i kulturnih dobara. On će, također, pristupiti razmatranju iznijetih dokaza o uvjetima života u zatočeničkim logorima, o kojima se već gore u tekstu opširno govorilo (paragrafi 252-256, 262-273, 307-310 i 312-318).

## **Opkoljavanje, granatiranje i izgladnjivanje**

323. Glavni događaj na koji se poziva Podnosilac tužbe u vezi s ovim pitanjem je opsada Sarajeva koju su izvršile snage bosanskih Srba. Oružani sukob izbio je u Sarajevu početkom aprila 1992, nakon što je Evropska zajednica priznala Bosnu i Hercegovinu kao nezavisnu državu. Komisija eksperata procijenila je da je, između aprila 1992. i 28. februara 1994, 56.000 osoba ranjeno, pored onih koji su ubijeni ili su nestali u ovom gradu (paragraf 247 gore u tekstu) (Izveštaj Komisije eksperata, Tom II, Aneks VI, strana 8). Komisija je nadalje procijenila da je „u periodu opsade, prosječno dnevno bilo oko 329 napada granatama čiji se broj povećao na 3.777 na dan 22. jula 1993“ (*Ibid.*). U svome Izveštaju od 28. augusta 1992, Specijalni izvjestilac je konstatirao slijedeće:

„Grad se redovno granatira... Snajperisti ubijaju nedužne civile...

Civilno stanovništvo živi u permanentnom stanju straha, napuštajući svoje domove i skloništa samo kada je to nužno... Javni sistemi za snabdijevanje električnom energijom i vodom više ne funkcioniraju. Hrana i ostale osnovne životne namirnice su rijetkost i zavise od snabdijevanja zračnim putem koje organizira UNHCR, a koje štiti UNPROFOR“ (Izveštaj od 28. augusta 1992, paragrafi 17-18).

324. Sud konstatira da je u rezolucijama, usvojenim 16. aprila i 6. maja 1993, Vijeće sigurnosti proglasilo Sarajevo, zajedno s Tuzlom, Žepom, Goraždem, Bihaćem i Srebrenicom „sigurnosnim zonama“ koje bi trebale biti pošteđene bilo kakvog oružanog napada ili bilo kojeg drugog neprijateljskog djelovanja i koje bi u potpunosti bile dostupne UNPROFOR-u i međunarodnim humanitarnim organizacijama (Rezolucije broj 819 od 16. aprila 1993. i broj 824 od 6. maja 1993). Međutim, strane u sukobu nisu poštivale ove rezolucije. U Izveštaju od 26. augusta 1993, Specijalni izvjestilac konstatirao je da:

„Od maja 1993. snabdijevanje strujom, vodom i gasom u Sarajevu je skoro prestalo... u velikoj su mjeri namjerno nanošena oštećenja na instalacijama za njihovo snabdijevanje, prema mišljenju inženjera Zaštitnih snaga Ujedinjenih nacija koji su ih pokušavali sanirati. I bosanski Srbi i vladine snage pucali su na osoblje koje je vršilo opravke...“ (Izveštaj od 26. augusta 1993, paragraf 6).

On je dalje našao da su „snage bosanskih Srba i bosanskih Hrvata, a ponekad i vladine snage, opstruirale ili napadale“ konvoje s hranom i gorivom UNHCR-a (Izveštaj od 26. augusta 1993, paragraf 15). Komisija eksperata je, također, našla da se „blokada humanitarne pomoći koristila kao važno sredstvo u okviru opsade“ (Izveštaj Komisije eksperata, Aneks VI, strana 17). Prema Specijalnom izvjestiocu, bombardiranje i snajperska vatra, čiji je cilj bilo civilno stanovništvo, nastavljeni su, pa čak i intenzivirani u toku 1994. i 1995 (Izveštaj od 4. novembra 1994, paragrafi 27-28; Izveštaj od 16. januara 1995, paragraf 13; Izveštaj od 5. jula 1995, paragrafi 67-70). Specijalni izvjestilac konstatirao je slijedeće:

„Sve su strane krive za korištenje vojnih snaga protiv civilnog stanovništva i humanitarnih operacija u Sarajevu. Međutim, ne može se izgubiti iz vida činjenica da glavna odgovornost leži na snagama (bosanskih Srba), jer su one usvojile taktiku držanja grada pod opsadom“ (Izveštaj od 17. novembra 1992, paragraf 42).

325. Sud konstatira da je u slučaju *Galić*, Pretresno vijeće MKTBJ utvrdilo da su srpske snage (SRK) upravljale kampanjom granatiranja i snajperskog gađanja civilnog stanovništva Sarajeva (*Galić*, IT-98-29-T, Presuda od 5. decembra 2003, paragraf 583). On je

„uvjeren na osnovu dokaza iz dokumentacije s ovoga suđenja da su civili u područjima Sarajeva, koje je držala Armija BiH, bili izloženi direktnim ili neselektivnim napadima s teritorije pod kontrolom SRK..., te da je zbog toga najmanje više stotina civila bilo ubijeno, a na hiljade povrijeđeno“ (*Ibid.*, paragraf 591).

Ove je zaključke naknadno potvrdilo i Žalbena vijeće (*Galić*, IT-98-29-A, Presuda od 30. novembra 2006, paragrafi 107-109). MKTBJ je, također, utvrdio da je granata koja je pogodila pijacu Markale 5. februara 1994, pri čemu je 60

osoba ubijeno a preko 140 povrijeđeno, izvršeno s linija bosanskih Srba i da je namjerno bilo usmjereno na civile (*Ibid.*, paragrafi 333 i 335 i *Galić*, IT-98-29-T, Presuda Pretresnog vijeća od 5. decembra 2003, paragraf 496).

326. Tužena strana iznosi argumentaciju da u sigurnosnim zonama, koje je proglasilo Vijeće sigurnosti, Bosanska vojska nije bila u potpunosti razoružana. Naprimjer, prema svjedočenju koje je u slučaju *Galić* dao zamjenik komandanta korpusa bosanske vojske, koji je pokrivaio područje Sarajeva, bosanska vojska je u Sarajevu razmjestila 45.000 vojnika. Tužena strana je, također, ukazala na daljnje svjedočenje u ovom slučaju u smislu da su neki vojnici bosanske vojske nosili civilnu odjeću i da je bosanska vojska koristila civilne objekte za svoje baze i za pozicioniranje svojih tenkova i artiljerije na javnim mjestima. Pored toga, Tužena strana nalazi da je u knjizi *Borba za mir* general Rose smatrao da je vojna oprema postavljena u blizini civila, naprimjer, na prostoru bolnice u Sarajevu, te da su „Bosanci očigledno izabrali ovu lokaciju s namjerom da privuku paljbu Srba u nadi da će pokolj koji će nastati još više okrenuti međunarodnu podršku u njihovu korist“ (Michael Rose, *Borba za mir*, London, 1998, strana 254).

327. Podnosilac tužbe, također, ukazuje na dokaze o opsadi drugih gradova u Bosni i Hercegovini. Naprimjer, što se tiče Goražda, Specijalni izvjestilac je utvrdio da je enklava bila granatirana i da je konvojima dva mjeseca bilo uskraćeno da dopremaju humanitarnu pomoć. Iako se hrana bacala iz aviona, to nije bilo dovoljno (Izvještaj od 5. maja 1992, paragraf 42). U kasnijem Izvještaju, Specijalni izvjestilac je konstatirao da je u proljeće 1994. grad bio izložen vojnoj ofanzivi snaga bosanskih Srba, pri čemu su ciljani civilni objekti, uključujući bolnicu, te da je snabdijevanje vodom bilo prekinuto (Izvještaj od 10. juna 1994, paragrafi 7-12). Humanitarni konvoji bili su izloženi neprijatnostima, uključujući zatočenje osoblja UNPROFOR-a i krađu opreme (Izvještaj od 19. maja 1994, paragraf 17 i slijedeći). Sličan model ponašanja bio je i u Bihaću, Tuzli, Cerskoj i Maglaju (Bihać: Izvještaj Specijalnog izvjestioca od 28. augusta 1992, paragraf 20; Izvještaj Generalnog sekretara u skladu s Rezolucijom broj 959 (1994), paragraf 17; Izvještaj Specijalnog izvjestioca od 16. januara 1995, paragraf 12; Tuzla: Izvještaj Generalnog sekretara u skladu s Rezolucijama broj 844 (1993), 836 (1993) i 776 (1992), paragrafi 2-4; Izvještaj Specijalnog izvjestioca od 5. jula 1995; Cerska: Izvještaj Specijalnog izvjestioca od 5. maja 1993, paragrafi 8-17; Maglaj: Izvještaj Specijalnog izvjestioca od 17. novembra 1993, paragraf 93).



328. Sud smatra da su skoro svi događaji koje je Podnosilac tužbe spomenuo utvrđeni na osnovu raspoloživih dokaza. On uzima u obzir tvrdnju da je bosanska vojska možda isprovocirala napade snaga bosanskih Srba na civilna područja, ali ne smatra da to, čak i ako je tačno, može predstavljati bilo kakvo opravdanje za napade na civilna područja. Na osnovu pažljivog ispitivanja dokaza koje su strane u sporu podnijele, Sud donosi zaključak da su srpske snage u Sarajevu i drugim gradovima namjerno ciljale na civilne pripadnike zaštićene grupe. Međutim, ostavljajući po strani pitanje da li takva djela u principu mogu spadati u obim člana II, tačka (c) Konvencije, Sud ne nalazi dovoljno dokaza da su navodna djela vršena sa specifičnom namjerom da se potpuno ili djelimično uništi zaštićena grupa. Naprimjer, u slučaju *Galić*, MKTBJ je utvrdio da su:

„napadi na civile bili brojni, ali ne stalno toliko intenzivni da bi se govorilo o pokušaju SRK da potpuno uništi ili čak da dovede do smanjenja civilnog stanovništva putem istrošenosti... jedini razuman zaključak u svjetlu dokaza s ovog suđenja je da je osnovna svrha kampanje bila da se kod civilnog stanovništva izazove stanje ekstremnog straha“ (*Galić*, IT-98-29-T, Presuda Pretresnog vijeća, 5. decembar 2003, paragraf 593).

Ovi zaključci nisu poništeni presudom Žalbenog vijeća od 30. novembra 2006 (*Galić*, IT-98-29-A, Presuda: vidjeti, naprimjer, paragrafe 107-109, 335 i 386-390). Specijalni izvijestilac Komisije Ujedinjenih nacija za ljudska prava bio je mišljenja da “opsada, uključujući granatiranje naseljenih mjesta i prekidanje snabdijevanja hranom i ostalim neophodnim namirnicama, predstavlja još jednu taktiku koja se koristila da bi se muslimani i etnički Hrvati primorali na bjekstvo” (Izveštaj od 28. augusta 1992, paragraf 17). Sud, prema tome, nalazi da nije neosporno utvrđeno da su djela činjena sa specifičnom namjerom (*dolus specialis*) da se potpuno ili djelimično uništi zaštićena grupa.

## **Deportacija i protjerivanje**

329. Podnosilac tužbe tvrdi da su se deportacije i protjerivanja vršili sistematski širom Bosne i Hercegovine. U vezi s Banjom Lukom, Specijalni izvijestilac je konstatirao da je od kraja novembra 1993. “došlo do oštrog povećanja oduzimanja vlasništva nad stanovima jer su stanari muslimani i Hrvati bili iz njih izbacivani po kratkom postupku” i da je “osnovana neka

vrsta agencije za stanove... koja je birala smještaj za srpske raseljene osobe koje su pristizale, izbacivala stanare muslimane i Hrvate i vjerovatno primala nadoknadu za svoje usluge u vidu imovine koja je ostala iza onih koji su bili izbačeni (Izvještaj od 21. februara 1994, paragraf 8). U Izvještaju od 21. aprila 1995, koji je posvećen situaciji u Banjoj Luci, Specijalni izvjestilac je zapazio da je od početka rata došlo do smanjenja lokalnog muslimanskog stanovništva za 90 procenata (Izvještaj od 21. aprila 1995, paragraf 4). On je konstatirao da su obaveza prinudnog rada koju su nametnule *de facto* vlasti u Banjoj Luci, kao i “brutalnost postojeće kampanje nasilja” doveli do toga da su “praktično naveli sve one koji nisu bili Srbi da traže da napuste područje Banje Luke” (Izvještaj od 21. aprila 1995, paragraf 24). Oni koji su napuštali Banju Luku trebali su platiti taksu i u pisanoj formi, bez nadoknade, odreći se prava na svoj dom (Izvještaj od 21. aprila 1995, paragraf 26). Raseljavanje je “veoma često bilo jako dobro organizirano, uključujući i prijevoz ljudi autobusima do hrvatske granice, te je obuhvatalo veliki broj ljudi (Izvještaj od 4. novembra 1994, paragraf 23). Prema Specijalnom izvjestiocu, “samo je u jednom danu sredinom juna 1994, nekih 460 muslimana i Hrvata bilo raseljeno” (*Ibid.*).

330. Što se tiče Bijeljine, Specijalni izvjestilac je zapazio da je između sredine juna i 17. septembra 1994. oko 4.700 nesrpskog stanovništva raseljeno iz područja Bijeljine i Janje. On je konstatirao da su mnogi raseljeni “bilo da su bili primorani bilo da su sami odlučili otići, bili izloženi napastvovanju i potkradanju od snaga bosanskih Srba koji su organizirali raseljavanje” (Izvještaj od 4. novembra 1994, paragraf 21). Ove izvještaje potvrdile su i nevladine organizacije na osnovu izjava svjedoka prikupljenih na terenu (Amnesty International, “Bosna i Hercegovina: Živjeti za taj dan - prisilna protjerivanja iz Bijeljine i Janje”, decembar 1994, strana 2).

331. Što se tiče Zvornika, Komisija eksperata, oslanjajući se na studiju koju je izvršio Institut za ljudska prava Ludwig Boltzmann, a koja se zasniva na analizi 500 intervjuja pojedinaca koji su pobjegli iz tog područja, zaključila je da je vršena sistematska kampanja prisilne deportacije (Izvještaj Komisije eksperata, Tom I, Aneks IV, strane 55 i slijedeća). U studiji se zapazilo da se na lične karte bosanskih muslimana stavljao zvanični pečat kojim se navodila promjena mjesta boravka u zamjenu za prenošenje njihove imovine na “agenciju za razmjenu kuća”, što je predstavljalo preduvjet da se može napustiti grad (Institut za ljudska prava Ludwig Boltzmann, „Operacije etničkog čišćenja’ u sjeveroistočnom bosanskom gradu Zvorniku od aprila do juna 1992“, strane 28 i 29). Prema ovoj studiji, prisilne deportacije bosanskih

muslimana počele su u maju/junu 1992. autobusima do Malog Zvornika, a odatle do bosanskog grada Tuzle ili do Subotice na srpsko-mađarskoj granici (*Ibid.*, strane 28 i 35-36). Izvještaj Specijalnog izvjestioca od 10. februara 1993. potvrđuje ovaj iskaz, navodeći da je deportiranim osobama iz Zvornika “naređeno, nekima i pod prijetnjom oružjem, da uđu u autobuse i kamione, a kasnije i u vozove”, da su im dati jugoslavenski pasoši i da su potom transportirani do mađarske granice da bi tamo bili prihvaćeni kao izbjeglice (Izvještaj od 10. februara 1993, paragraf 99).

332. Prema Pretresnom vijeću MKTBJ u svojoj reviziji Optužnice u slučajevima protiv *Karadžića* i *Mladića*, “na hiljade civila je bilo nezakonito protjerano ili deportirano u druga mjesta unutar i izvan Republike Bosne i Hercegovine” i “rezultat tih protjerivanja je bila djelimična ili potpuna eliminacija muslimana i bosanskih Hrvata iz nekih područja Bosne i Hercegovine koja su se nalazila pod kontrolom bosanskih Srba”. Vijeće je nadalje izjavilo da: “U općinama Prijedor, Foča, Vlasenica, Brčko i Bosanski Šamac, da se spomenu samo neke od njih, nekada većinsko nesrpsko stanovništvo je sistematski istrijebljeno ili protjerano primjenom sile ili zastrašivanjem (*Karadžić i Mladić*, IT-95-5-R61 i IT-95-18-R61, Revizija Optužnice u skladu s Pravilom 61 Pravila procedure i podnošenja dokaza od 11. jula 1996, paragraf 16).

333. Tužena strana iznosi argumentaciju da je raseljavanje stanovništva možda bilo neophodno u skladu s obavezama utvrđenim u članovima 17 i 49, stav 2, Ženevske konvencije o zaštiti civila u vrijeme rata, naprimjer, ukoliko sigurnost stanovništva ili neodložni vojni razlozi to zahtijevaju. Ona dodaje da je raseljavanje stanovništva uvijek predstavljalo način za rješavanje određenih sukoba između suprotstavljenih strana i ukazuje na brojne primjere prisilnog raseljavanja stanovništva u historiji zbog oružanog sukoba. Tužena strana također objašnjava da se samo istjerivanje neke grupe ne može okarakterizirati kao genocid, već da se, prema Presudi MKTBJ u slučaju *Stakić*, “mora napraviti jasna razlika između fizičkog uništavanja i pukog raspada grupe”, te da “protjerivanje grupe ili dijela grupe samo po sebi nije dovoljno za genocid” (*Stakić*, IT-97-24-T, Presuda Pretresnog vijeća, 31. juli 2003, paragraf 519).

334. Sud smatra da postoje uvjerljivi i nepobitni dokazi da su se u Bosni i Hercegovini vršile deportacije i protjerivanja pripadnika zaštićene grupe. U vezi s argumentacijom Tužene strane da se u vrijeme rata takve

deportacije ili protjerivanja mogu opravdati prema Ženevskoj konvenciji ili da mogu predstavljati jedan normalan način rješavanja sukoba, Sud bi našao da nijedno takvo opravdanje ne bi moglo biti prihvatljivo u smislu dokaza o specifičnoj namjeri (*dolus specialis*). Međutim, čak i ako se pretpostavi da se deportacije i protjerivanja mogu okarakterizirati da spadaju u okvir člana II, tačka (c) Konvencije o genocidu, Sud na osnovu iznijetih dokaza ne može zaključiti da je nepobitno utvrđeno da su takve deportacije i protjerivanja bili praćeni namjerom da se potpuno ili djelimično uništi zaštićena grupa (vidjeti paragraf 190 gore u tekstu).

### **Uništavanje historijskih, vjerskih i kulturnih dobara**

335. Podnosilac tužbe tvrdi da su tokom sukoba u Bosni i Hercegovini srpske snage učestvovala u namjernom uništavanju historijskih, vjerskih i kulturnih dobara zaštićene grupe u “pokušaju da se izbrišu tragovi njihovog postojanja”.

336. U slučaju *Tadić*, MKTBJ je utvrdio da su “nesrpski kulturni i vjerski simboli širom regiona bili meta uništavanja” u području Banje Luke (*Tadić*, IT-94-1-T, Presuda Pretresnog vijeća, 7. maj 1997, paragraf 149). Nadalje, prilikom revizije optužnica Karadžića i Mladića, Pretresno vijeće je izjavilo da su:

“Širom teritorije Bosne i Hercegovine koja se nalazila pod njihovom kontrolom, snage bosanskih Srba... uništavale, gotovo sistematski, muslimansko i katoličko kulturno naslijeđe, a posebno sakralne objekte. Prema procjenama iznijetim na saslušanju svjedoka eksperta, dr. Kaisera, ukupno 1.123 džamije, 504 katoličke crkve i pet sinagoga je uništeno ili oštećeno, najvećim dijelom, u odsustvu vojnih aktivnosti ili nakon prijekida tih aktivnosti.

To je bio slučaj i s uništavanjem cjelokupnog islamskog i katoličkog naslijeđa na području Banje Luke, demografski s većinskim srpskim stanovništvom, a najbliže područje borbenih djelovanja bilo je udaljeno nekoliko desetina kilometara: džamije i katoličke crkve bile su potpuno uništene. Neke su džamije uništene eksplozivom, a ostaci su potom svađeni sa zemljom, dok je materijal od ruševina bacan na javnu deponiju smeća kako bi se uklonio svaki trag muslimanskog prisustva.

Pored crkava i džamija i drugi vjerski i kulturni simboli poput mezarja i manastira bili su meta napada” (*Karadžić i Mladić*, Revizija Optužnice u skladu s Pravilom 61 Pravila procedure i podnošenja dokaza, 11. juli 1996, paragraf 15).

U slučaju *Brđanin*, Pretresno vijeće je “izvan svake osnovane sumnje uvjereno da su snage bosanskih Srba namjerno nanosile štetu muslimanskim i katoličkim vjerskim objektima i institucijama u odnosnim općinama” (*Brđanin*, IT-99-36-T, Presuda, 1. septembar 2004, paragrafi 640 i 658). Na osnovu nalaza, koji se tiču broja incidenata u raznim područjima Bosne i Hercegovine, Pretresno vijeće je zaključilo da je “kampanja uništavanja institucija posvećenih vjeri sprovedena cijelo vrijeme trajanja sukoba”, ali da je ona “intenzivirana u ljeto 1992.” i da ovaj kratki period u kome su nanijete značajne štete “pokazuje da su razaranja bila ciljno usmjerena, kontrolirana i namjerna” (*Ibid.*, paragrafi 642-657). Naprimjer, Pretresno vijeće je utvrdilo da su snage bosanskih Srba minirale gradsku džamiju u Bosanskoj Krupi u aprilu 1992, da su snage bosanskih Srba uništile dvije džamije u Bosanskom Petrovcu u julu 1992. i da su džamije u mjestima Staro Šipovo, Bešnjevo i Pljeva uništene 7. augusta 1992 (*Ibid.*, paragrafi 644, 647 i 656).

337. Komisija eksperata je, također, utvrdila da su snage bosanskih Srba uništavale vjerske spomenike, posebno džamije i crkve (Izvještaj Komisije eksperata, Tom I, Aneks IV, strane 5, 9, 21. i slijedeća). U Izvještaju o regiji Prijedora, Komisija je utvrdila da je najmanje pet džamija i njima pripadajućih objekata u gradu Prijedoru uništeno i konstatirala je tvrdnje da je svih 16 džamija na području Kozarca uništeno, kao i da u regiji Prijedor nijedna džamija i nijedan drugi muslimanski vjerski objekat nije ostao neoštećen (Izvještaj Komisije eksperata, Tom I, Aneks V, strana 106). U Izvještaju se konstatiralo da ti objekti “navodno nisu bili oskrnavljeni, oštećeni ili uništeni u vojne svrhe, niti zbog posljedica vojnih operacija kao takvih”, već da je uništavanje “bilo rezultat kasnijih posebnih operacija miniranja” (*Ibid.*).

338. Specijalni izvjestilac je utvrdio da je u toku sukoba “mnogo džamija, crkava i ostalih vjerskih spomenika, uključujući mezarja i manastire, bilo uništeno ili oskrnavljeno” (Izvještaj od 17. novembra 1992, paragraf 26). On je posebno istakao “sistematsko uništavanje i oskrnavljivanje džamija i katoličkih crkava u područjima koja se trenutno nalaze ili su se ranije nalazila pod kontrolom (bosanskih Srba)” (Izvještaj od 17. novembra 1992, paragraf 26).

339. Bosna i Hercegovna je pozvala kao eksperta gospodina Andrasa Riedlmayera, koji je vršio terensko istraživanje uništavanja kulturnog naslijeđa u 19 općina u Bosni i Hercegovini za potrebe tužioca MKTBJ u slučaju *Milošević* i koji se nakon toga bavio proučavanjem sedam novih općina za potrebe druga dva slučaja pred MKTBJ (“Uništavanje kulturnog naslijeđa u Bosni i Hercegovini, od 1992 do 1996: Poslijeratna studija odabranih općina”, *Milošević*, IT-02-54-T, Dokazni materijal P486). U svom izvještaju, pripremljenom za slučaj *Milošević*, gospodin Riedlmayer je dokumentirao 392 lokacije, od čega je 60 procenata ispitao sam, dok se za ostalih 40 procenata njegove ocjene zasnivaju na fotografijama i informacijama pribavljenim iz drugih izvora ocijenjenih kao pouzdani i gdje je postojala prateća dokumentacija (Izvještaj Riedlmayer, strana 5).

340. U Izvještaju, koji je izradio gospodin Riedlmayer, utvrđeno je da je od 277 pregledanih džamija svaka bila oštećena, a njih 136 su bile skoro potpuno uništene (Izvještaj Riedlmayer, strane 9 i 10). U Izvještaju je utvrđeno slijedeće:

“Oštećenja na ovim spomenicima očigledno su nastala kao posljedica napada direktno usmjerenih na njih, a ne uslijed sporednih efekata borbi. Dokazi o ovome obuhvataju tragove oštećenja od eksplozija koji ukazuju da je eksploziv postavljan u unutrašnjost džamija ili u stepeništa minareta; mnoge su džamije bile spaljene. U određenom broju gradova, uključujući Bijeljину, Janju (općina Bijeljina), Foču, Banju Luku, Sanski Most, Zvornik, kao i u ostalim gradovima, rušenje džamija vršeno je dok se to područje nalazilo pod kontrolom srpskih snaga, u vrijeme kada nije bilo nikakvih vojnih akcija u neposrednoj blizini” (*Ibid.*, strana 11).

U Izvještaju je također utvrđeno da su nakon uništavanja džamija:

“ostaci (džamija) do kraja rušeni i da su ta mjesta srušavana sa zemljom uz pomoć teške mehanizacije, a da je sav građevinski materijal uklanjan s odnosnog mjesta... Posebno dobro dokumentirani slučajevi ove prakse uključuju rušenje i srušavanje sa zemljom 5 džamija u gradu Bijeljini; 2 džamije u mjestu Janja (u općini Bijeljina); 12 džamija i 4 turbeta u Banjoj Luci; i 3 džamije u gradu Brčkom” (*Ibid.*, strana 12).

Konačno, u Izvještaju se konstatira da su se mjesta na kojima su džamije srušene “pretvarala u smetlišta, autobusne stanice, parkirališta, automehaničarske radnje ili buvlje pijace” (*Ibid.*, strana 14), naprimjer, na mjestu gdje se nalazila Zamlaz džamija u Zvorniku podignut je stambeno-poslovni blok, a na mjestu srušene Divič džamije izgrađena je nova srpska pravoslavna crkva (*Ibid.*, strana 14).

341. Izvještaj gospodina Riedlmayera, njegovo svjedočenje pred Sudom i drugi izvori koji to potvrđuju detaljno opisuju uništavanje kulturnog i vjerskog naslijeđa zaštićene grupe na brojnim lokacijama u Bosni i Hercegovini. Naprimjer, prema dokazu iznijetom pred Sudom, 12 od 14 džamija u Mostaru je uništeno ili oštećeno, a korištenje munara kao mete pokazuje da je razaranje ili nanošenje štete vršeno namjerno (Vijeće Evrope, *Informativni izvještaj: Uništavanje kulturnog naslijeđa u ratu, u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini*, Parlamentarna skupština dokument broj 6756 od 2. februara 1993, paragrafi 129 i 155). U Foči su srpske snage navodno uništile 14 gradskih historijskih džamija. U Banjoj Luci su srpske snage uništile svih 16 džamija, uključujući dvije najveće džamije u ovom gradu, Ferhadija džamiju (izgrađenu 1578) i Arnaudija džamiju (podignutu 1587) (State Department Sjedinjenih Američkih Država, Biro za javne poslove, Depeša, 26. juli 1993, Tom 4, broj 30, strane 547 i 548; “Ratni zločini u Bosni i Hercegovini: Obustava vatre UN neće pomoći Banjoj Luci”, organizacija Human Rights Watch/Helsinki Watch, juni 1994, Tom 6, broj 8, strane 15 i 16; Centar za humanitarno pravo, Izvještaj u cilju skretanja pažnje, broj 14, august 1994, strane 143-144).

342. Sud konstatira da su tokom rata u Bosni i Hercegovini i arhive i biblioteke bile isto tako izložene napadima. Institut za orijentalne studije u Sarajevu je izgorio nakon što je bombardiran zapaljivom municijom 17. maja 1992, pri čemu je izgubljeno 200.000 dokumenata, uključujući i zbirku od preko 5.000 islamskih rukopisa (Izvještaj Riedlmayer, strana 8; Vijeće Evrope, Parlamentarna skupština; Drugi informativni izvještaj o ratnim štetama nanijetim kulturnom naslijeđu u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini, dokument broj 6869 od 17. juna 1993, strana 11, Aneks 38). Nacionalna biblioteka Bosne i Hercegovine je bombardirana 25. augusta 1992. i procjenjuje se da je uništeno 1,5 miliona tomova knjiga (Izvještaj Riedlmayer, strana 19). Sud zapaža da, iako Tužena strana smatra da se ne može sa sigurnošću reći ko je granatirao ove institucije, postoje dokazi da su i Institut za orijentalne studije u Sarajevu i Nacionalna biblioteka bombardirani sa srpskih položaja.

343. Sud konstatira da je u unakrsnom ispitivanju gospodina Riedlmayera, savjetnik Tužene strane ukazao da općine koje su obuhvaćene Izvještajem gospodina Riedlmayera pokrivaju samo 25 procenata teritorije Bosne i Hercegovine. Savjetnik Tužene strane također dovodi u pitanje metodologiju kojom se gospodin Riedlmayer koristio prilikom sačinjavanja Izvještaja. Međutim, pošto je detaljno ispitao Izvještaj gospodina Riedlmayera i pošto je saslušao njegovo svjedočenje, Sud smatra da zaključci gospodina Riedlmayera predstavljaju zaista uvjerljiv dokaz o uništavanju historijskog, kulturnog i vjerskog naslijeđa u Bosni i Hercegovni, čak iako je ono sprovedeno na ograničenom geografskom području.

344. U svjetlu gore navedenog, Sud smatra da postoje nepobitni dokazi o namjernom uništavanju historijskog, kulturnog i vjerskog naslijeđa zaštićene grupe tokom perioda o kome je riječ. Sud je primio na znanje podnesak Podnosioca tužbe da je uništavanje ovog naslijeđa predstavljalo “bitan dio politike etničkog čišćenja” i da je to bio “pokušaj da se izbrišu tragovi samog postojanja” bosanskih muslimana. Međutim, po mišljenju Suda, uništavanje historijskog, kulturnog i vjerskog naslijeđa ne može predstavljati namjerno nametanje uvjeta života sračunatih da se izvrši fizičko uništenje grupe. Mada takvo uništavanje može biti veoma značajno, pošto je usmjereno na eliminaciju svih tragova kulturnog ili vjerskog prisustva jedne grupe, a suprotno drugim pravnim normama, ono ne spada u kategorije djela genocida navedenih u članu II Konvencije. U vezi s tim, Sud zapaža da je, prilikom razmatranja nacrtu teksta Konvencije, Šesti komitet Generalne skupštine odlučio da ne uključi kulturocid u listu kažnjivih djela. Štaviše, Komisija za međunarodno pravo je naknadno potvrdila ovaj pristup, izjavljujući da:

“Kako je jasno pokazano u pripremnom radu na Konvenciji... uništavanje koje je u pitanju predstavlja materijalno uništavanje grupe bilo fizičkim bilo biološkim sredstvima, a ne uništavanje nacionalnog, jezičkog, vjerskog, kulturnog ili nekog drugog identiteta određene grupe” (Izvještaj Komisije za međunarodno pravo o radu njenog Četrdeset osmog zasjedanja, *Godišnjak Komisije za međunarodno pravo 1996*, Tom II, Dio drugi, strane 45-46, paragraf 12).

Osim toga, MKTBJ je zauzeo slično gledište u slučaju *Krstić*, smatrajući da se čak i u međunarodnom običajnom pravu, “uprkos najnovijim razvojem”, definicija djela genocida ograničava na ona kojima se nastoji izvršiti



fizičko ili biološko uništavanje jedne grupe (*Krstić*, IT-98-33-T, Presuda Pretresnog vijeća, 2. august 2001, paragraf 580). Sud zaključuje da se uništavanje historijskog, vjerskog i kulturnog naslijeđa ne može smatrati genocidnim djelom u smislu značenja člana II Konvencije o genocidu. Istovremeno, on također potvrđuje zaključak do kojega se došlo u slučaju *Krstić* da “tamo gdje postoji fizičko ili biološko uništavanje postoje često i istovremeni napadi na kulturna i vjerska dobra i simbole ciljane grupe, napadi koji se legitimno mogu smatrati dokazom o namjeri da se grupa fizički uništi” (*Ibid.*).

## **Logori**

345. Sud konstatira da je Podnosilac tužbe podnio značajne dokaze o uvjetima života u zatočeničkim logorima i veliki dio tih dokaza je već razmotren u odjeljcima u vezi s članom II (*a*) i (*b*). Sud će ukratko ispitati dokaze koje je podnio Podnosilac tužbe, a koji se posebno odnose na uvjete života u najvećim logorima.

### **(a) Podrinje**

#### **(i) Logor Sušica**

346. U Osuđujućoj presudi u slučaju Dragana Nikolića, komandanta logora Sušica, MKTBJ je utvrdio da je on izlagao zatočenike nehumanim uvjetima života tako što im je uskraćivao hranu, vodu, medicinsku njegu, spavanje i pristup sanitarijama (*Nikolić*, IT-94-2-S, Osuđujuća presuda, 18. decembar 2003, paragraf 69).

#### **(ii) Kaznenopopravni dom u Foči**

347. U slučaju *Krnojelac*, Pretresno vijeće MKTBJ je došlo do slijedećih zaključaka o uvjetima u logoru:

“Nesrpski zatočenici primoravani su podnositi surove i neadekvatne uvjete života tokom zatočenja u KP domu, zbog čega veliki broj pojedinaca ima trajne fizičke i psihološke probleme. Nesrbi su bili zatvoreni u sobama ili u samicama cijelo vrijeme, osim za vrijeme obroka i radnih dužnosti, i držani su u prenatrpanim sobama čak i onda kada zatvorski kapaciteti nisu bili sasvim ispunjeni. Zbog prenatrpanosti, nije svako imao krevet pa čak ni madrac, a

nije bilo ni dovoljno prekrivača. Higijenski su uvjeti bili loši. Pristup kadama ili tuševima, bez tople vode, bio je, u najboljem slučaju, neredovan. Nije bilo dovoljno proizvoda i pribora za higijenu. U prostorijama u kojima su držane osobe nesrpske nacionalnosti grijanje je tokom oštre zime 1992. bilo slabo. Grijalice namjerno nisu bile postavljene u ove prostorije, slomljena stakla na prozorima se nisu mijenjala, a odjeća koja se pravila od ćebadi da bi se zatočenici zaštitili od hladnoće je oduzimana. Porcije hrane, koje su zatočenici nesrpske nacionalnosti dobijali, bile su toliko male da su oni gladovali što je dovodilo do velikog gubitka tjelesne težine, kao i do drugih zdravstvenih problema. Nakon aprila 1992. nije im više bilo dopušteno primati posjete tako da nisu mogli dopunjavati svoje oskudne obroke hrane i higijenski pribor” (*Krnojelac*, IT-97-25-T, Presuda, 15. mart 2002, paragraf 440).

**(b) Prijedor**

**(i) Logor Omarska**

348. U Presudi Pretresnog vijeća u slučaju *Kvočka i ostali*, Pretresno vijeće MKTBJ je dalo slijedeći opis loših uvjeta života u logoru Omarska na osnovu izjava zatočenika:

“Zatočenici su držani u nehumanim uvjetima i u logoru je vladala atmosfera ekstremnog psihičkog i fizičkog nasilja. Zastrašivanje, iznuđivanje, batinanje i mučenje bili su uobičajena praksa. Dolazak novih zatočenika, saslušavanje, vrijeme za obrok i korištenje sanitarija pružali su novu šansu za zlostavljanje. Ljudi sa strane dolazili su u logor i bilo im je dopušteno da napadaju zatvorenike nasumice i koga su htjeli...

.....

Pretresno vijeće nalazi da su zatočenici dobijali hranu lošeg kvaliteta koja je često bila pokvarena, ili se nije mogla jesti, zbog visoke temperature i sporadičnih isključenja električne energije tokom ljeta 1992. Količine hrane bile su krajnje nedovoljne. U svjedočenjima bivši zatočenici su izjavljivali da su patili od velike gladi u ovom logoru: za vrijeme boravka u Omarskoj većina zatočenika je izgubila od 25 do 35 kilograma tjelesne težine; neki su izgubili i znatno više” (*Kvočka*

*i ostali*, IT-98-30/1-T Presuda Pretresnog vijeća, 2. novembar 2001, paragrafi 45 i 55).

## **(ii) Logor Keraterm**

349. U Presudi u slučaju *Stakić*, Pretresno vijeće daje slijedeći opis uvjeta u logoru Keraterm koji se zasniva na iskazima više svjedoka:

„Zatočenici su spavali na drvenim platformama koje se koriste za prijevoz robe ili na golom betonu u velikoj prostoriji magacina. Prostor je bio skučen i ljudi su često morali spavati jedni preko drugih. Juna 1992. u Sobi 1, koja je prema izjavama svjedoka bila nešto veća od Sudnice broj 2 ovog Tribunala (98,6 m<sup>2</sup>), nalazilo se 320 ljudi i njihov se broj povećavao. Zatočenici su dobijali jedan obrok dnevno, a sastojao se od dvije male kriške hljeba i neke vrste gulaša. Porcije nisu bile dovoljne za zatočenike. Iako su im porodice svaki dan pokušavale dostaviti hranu i odjeću, rijetko su u tome uspijevale. Zatočenici su ih mogli vidjeti kako dolaze do logora i kako odlaze praznih ruku, tako da je najvjerojatnije neko na kapijama logora uzimao hranu i sprečavao da se ona uruči zatvorenicima“ (*Stakić*, IT-97-24-T, Presuda Pretresnog vijeća, 31. juli 2003, paragraf 163).

## **(iii) Logor Trnopolje**

350. Što se tiče logora Trnopolje, u Presudi Pretresnog vijeća u slučaju *Stakić*, uvjeti u ovom logoru opisani su na slijedeći način, pri čemu je konstatirano da su oni bili nešto malo bolji nego u Omarskoj i Keratermu:

„Zatočenici su dobijali hranu najmanje jednom dnevno i, tokom određenog vremena, njihove su im porodice mogle donositi hranu. Međutim, količina hrane bila je nedovoljna i zatočenici su često bili gladni. Pored toga, nedostajalo je vode, a sanitarije su bile neadekvatne. Većina zatočenika spavala je napolju. Neki su pravili improvizirane zaklone... od deka i plastičnih vreća. Iako nesumnjivo neadekvatni, uvjeti u logoru Trnopolje nisu bili tako strašni kao oni u logorima Omarska i Keraterm“ (*Ibid.*, paragraf 190).

### **(c) Banja Luka**

#### **Logor Manjača**

351. Prema Pretresnom vijeću MKTBJ u Osuđujućoj presudi u slučaju *Plavšić*:

„Sanitarni uvjeti u Manjači su bili ‘strašni... nehumani i izrazito surovi’: koncept higijene nije postojao. Temperatura u unutrašnjosti objekta je bila niska, zatočenici su spavali na betonskom podu. Nuždu su vršili u samom tom prostoru ili tokom noći u kofu postavljenu pored vrata ćelije. Nije bilo dovoljno vode, a i ono malo vode koju su im davali bila je zagađena. U toku prva tri mjeseca pritvora Adila Draganovića, Manjača je bila ‘logor gladi’, a i kada je bilo malo hrane, bila je veoma lošeg kvaliteta. Zatočenici su dnevno dobijali dva mala obroka koja su se obično sastojala od pola šolje toplog čaja, koji je prije ličio na toplu vodu i male tanke kriške ‘prozirnog’ hljeba. Na dvije i po hiljade ljudi koji su se tamo nalazili dolazilo je samo 90 vekni hljeba, pri čemu se svaka vekna dijelila na 20 ili 40 komada. Većina zatočenika izgubila je između 20 i 30 kilograma tjelesne težine tokom zatočenja u Manjači. Svjedok vjeruje da bi, da nije došao Međunarodni komitet crvenoga križa i Visoki komesarijat UN za izbjeglice, zatočenici umrli od gladi” (*Plavšić*, IT-00-39-S i 40/1-S, Osuđujuća presuda, 27. februar 2003, paragraf 48).

### **(d) Bosanski Šamac**

352. U presudi u slučaju *Simić*, Pretresno vijeće je utvrdilo slijedeće:

„Zatočenici koji su bili zatvoreni u zatočeničkim centrima u Bosanskom Šamcu držani su u nehumanim uvjetima. Zatvorenici su bili izloženi ponižavanju i omalovažavanju. Primoravanje da pjevaju četničke pjesme i verbalno zlostavljanje nazivanjem „ustaša” ili „balija” predstavljali su oblike takvih zlostavljanja i ponižavanja zatočenika. Oni nisu imali dovoljno prostora, hrane, a ni vode. Trpjeli su zbog nehigijenskih uvjeta i nisu imali odgovarajući pristup medicinskoj njezi. Ovi užasni zatočenički uvjeti, okrutno i nehumano postupanje batinanjem i djelima torture bili su uzrok ozbiljnih fizičkih patnji, čime su se ugrožavale same osnove ljudskog dostojanstva... Ovo je činjeno zbog toga što su zatočenici bili nesrpske nacionalnosti” (*Simić*, IT-95-9-T, Presuda, 17. oktobar 2003, paragraf 773).

353. Tužena strana ne osporava da se u logorima u Bosni i Hercegovini kršilo humanitarno pravo i, u većini slučajeva, i ratno pravo. Međutim, ona konstatira da, iako je jedan broj zatočeničkih logora kojima su upravljali Srbi u Bosni i Hercegovini bio predmetom istrage i suđenja pred MKTBJ, nije bila donesena niti jedna presuda za genocid vezano za krivična djela koja su tamo mogla biti izvršena. Posebno u vezi s logorom Manjača, Tužena strana ukazuje da je Specijalni izaslanik Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija posjetio taj logor 1992. i da je utvrdio da se njime upravlja na korektan način, kao i da je jedna muslimanska humanitarna organizacija posjetila logor i utvrdila da su “materijalni uvjeti bili veoma loši, posebno što se tiče higijene, ali da nije bilo nikakvih znakova lošeg postupanja ili egzekucije zatvorenika”.

354. Na osnovu elemenata stavljenih na uvid, Sud smatra da postoje nepobitni i uvjerljivi dokazi da su zatočnici u logorima bili izloženi užasnim uvjetima. Međutim, iznijeti dokazi nisu omogućili Sudu da utvrdi da su ova djela bila praćena specifičnom namjerom (*dolus specialis*) da se potpuno ili djelimično uništi zaštićena grupa. U vezi s tim, Sud konstatira da ni u jednom od slučajeva pred MKTBJ, koji se odnose na naprijed spomenute logore, MKTBJ nije utvrdio da je optuženi postupao s takvom specifičnom namjerom (*dolus specialis*).

\* \*

### **(8) Član II (d): Nametanje mjera u cilju sprečavanja rađanja unutar zaštićene grupe**

355. Podnosilac tužbe poziva se na više argumenata kako bi pokazao da su se nametale mjere u cilju sprečavanja rađanja, suprotno odredbi člana II, tačka (d) Konvencije o genocidu. Prvo, Podnosilac tužbe je tvrdio da je:

„prinudno razdvajanje muškaraca i žena muslimana u Bosni i Hercegovini, što su srpske snage sistematski vršile nakon okupacije različitih općina... najvjerovatnije je imalo za nužnu posljedicu pad nataliteta grupe, s obzirom da tokom dugih mjeseci nije bilo fizičkog kontakta.“

Sud konstatira da nije dostavljen niti jedan dokaz koji potkrepljuje ovakvu tvrdnju.

356. Drugo, Podnosilac tužbe iznio je da su silovanja i seksualno nasilje nad ženama doveli do fizičke traume koja je blokirala reproduktivne funkcije žrtava i u nekim slučajevima prouzrokovala neplodnost. Međutim, jedini dokaz koji je Podnosilac tužbe naveo bila je optužnica u slučaju *Gagović* pred MKTBJ u kojoj je Tužilac naveo da jedan svjedok ne može više imati djecu zbog seksualnog zlostavljanja koje je pretrpjela (*Gagović i drugi*, IT-96-23-I, Prvobitna optužnica, 26. juni 1996, paragraf 7.10). Po mišljenju Suda, Optužnica Tužioca ne predstavlja uvjerljiv dokaz (vidjeti paragraf 217 gore u tekstu). Pored toga, Sud konstatira da slučaj *Gagović* nije došao u fazu suđenja zbog smrti optuženog.

357. Treće, Podnosilac tužbe poziva se na seksualno nasilje nad muškarcima zbog kojeg im je onemogućena njihova kasnija reprodukcija. Da bi potkrijepio ovu tvrdnju, Podnosilac tužbe je iznio konstataciju da je, u slučaju *Tadić*, Pretresno vijeće utvrdilo da su u logoru Omarska čuvari primorali jednog bosanskog muslimana da odgrize testise drugom bosanskom muslimanu (*Tadić*, IT-94-1-T, Presuda, 7. maj 1997, paragraf 198). Podnosilac tužbe također je citirao Izvještaj iz novina *Le Monde* o studiji Svjetske zdravstvene organizacije i Evropske unije o seksualnom zlostavljanju muškaraca tokom sukoba u Bosni i Hercegovini, u kojoj se navodi da su seksualno nasilje nad muškarcima praktično uvijek pratile prijetnje u smislu da žrtva neće moći više praviti muslimansku djecu. Članak iz *Le Mondea* također se poziva na izjavu predsjednika nevladine organizacije „Medicinski centar za ljudska prava“ o tome da je oko 5.000 muškaraca nesrpske nacionalnosti bilo žrtva seksualnog nasilja. Međutim, Sud konstatira da članak iz *Le Mondea* predstavlja samo sekundarni izvor. Osim toga, rezultati studije Svjetske zdravstvene organizacije i Evropske unije bili su samo preliminarni i ne postoji potvrda o tome kako je Medicinski centar za ljudska prava došao do broja od pet hiljada muškaraca, žrtava seksualnog nasilja.

358. Četvrto, Podnosilac tužbe je iznio da su silovanja i seksualno nasilje nad muškarcima i ženama doveli do psihološke traume koja je onemogućavala žrtvama da stupe u nove veze i zasnuju porodicu. U vezi s tim, Podnosilac tužbe je naveo da je u slučaju *Akayesu* MKTR smatrao da “silovanje može predstavljati mjeru koja ima za cilj sprečavanje rađanja, u slučaju da silovana osoba potom odbije da rađa” (*Akayesu*, ICTR-96-4-T, Presuda Pretresnog vijeća, 2. septembar 1998, paragraf 508). Međutim, Sud konstatira da Podnosilac tužbe nije podnio nikakav dokaz da je to bio slučaj i sa ženama u Bosni i Hercegovini.

359. Peto, Podnosilac tužbe je iznio argumentaciju da su bosanske muslimanke koje su pretrpjele seksualno nasilje izložene riziku da budu odbačene od svojih muževa ili da neće biti u mogućnosti naći bračne partnere. Ponovo, Sud konstatira da nije dostavljen nikakav dokaz koji potkrepljuje ovaj navod.

360. Tužena strana smatra da Podnosilac tužbe nije naveo “nijednu činjenicu, nije iznio nijedan ozbiljan argument i nije podnio nikakav dokaz” za svoje navode da je silovanje vršeno da bi se spriječilo rađanje unutar grupe i konstatira da tvrdnja Podnosioca tužbe da je došlo do pada nataliteta unutar zaštićene grupe nije potkrijepljena niti jednim dokazom u vezi s natalitetom u Bosni i Hercegovini kako ni prije tako ni poslije rata.

361. Pošto je pažljivo ispitao argumentaciju strana u sporu, Sud nalazi da dokazi, koje mu je Podnosilac tužbe iznio, ne pružaju mogućnost za donošenje zaključka da su snage bosanskih Srba izvršile djela koja bi se mogla okvalificirati kao nametanje mjera u cilju sprečavanja rađanja u zaštićenoj grupi u smislu značenja člana II (d) Konvencije.

\* \*

### **(9) Član II (e): Prisilno premještanje djece iz zaštićene grupe u drugu grupu**

362. Podnosilac tužbe tvrdi da su silovanja korištena “kao način da se utječe na demografsku ravnotežu tako što su se muslimanske žene oplodavale spermom srpskih muškaraca” ili, drugim riječima, kao “silovanja u cilju začeca”. Podnosilac tužbe iznosi argumentaciju da se djeca rođena iz tih “prinudnih trudnoća” ne bi smatrala dijelom zaštićene grupe i smatra da je namjera silovatelja bila da se djeca, koja se trebaju roditi, prebace u grupu bosanskih Srba.

363. Kao dokaz za ovu tvrdnju, Podnosilac tužbe poziva se na brojne izvore, uključujući i slijedeće. U Optužnici, u slučaju *Gagović i drugi*, Tužilac tvrdi da su dvojica vojnika bosanskih Srba silovala jednu od žena, svjedoka, i da su joj „oba počinioca rekla da će rađati srpsku djecu“ (*Gagović i drugi*, IT-96-23-I, Prvobitna optužnica, 26. juni 1996, paragraf 9.3). Međutim, kao i

u naprijed navedenom paragrafu 356, Sud konstatira da Optužnica ne može predstavljati uvjerljiv dokaz za potrebe ovog slučaja koji se sada nalazi pred njim i da se u slučaju *Gagović* nije došlo do faze suđenja. Podnosilac tužbe se, nadalje, poziva na Izvještaj Komisije eksperata u kojemu se navodi da je jedna žena bila zatočena i da su je svakodnevno silovala trojica ili četverica vojnika „koji su joj govorili da će roditi malog četnika“ (Izvještaj Komisije eksperata, Tom I, strana 59, paragraf 248).

364. Podnosilac tužbe je također naveo zaključak koji je formuliralo Pretresno vijeće u reviziji Optužnice *Karadžić i Mladić* prema kojoj su „neki logori bili specijalno namijenjeni za silovanja, u cilju prisilnog rađanja srpske djece, a žene su često držane u zatočeništvu, sve dok nije bilo suviše kasno za prijekid trudnoće“, te „izgleda da je cilj mnogih silovanja bila prinudna oplodnja“ (*Karadžić i Mladić*, IT-95-5-R61 i IT-95-18-R61, Revizija Optužnice u skladu s članom 61 Pravila procedure i podnošenja dokaza, 11. juli 1996, paragraf 64). Međutim, Sud je konstatirao da se ovaj zaključak Pretresnog vijeća zasniva isključivo na svjedočenju jednog *amicus curiae* i na naprijed spomenutom događaju koji je prijavila Komisija eksperata (*Ibid.*, paragraf 64, fusnota 154).

365. Na kraju, Podnosilac tužbe je izjavio da je u slučaju *Kunarac* Pretresno vijeće MKTBJ utvrdilo da je, nakon silovanja jedne žene svjedoka, optuženi joj rekao da će „sada nositi srpsko dijete i da ono nikada neće saznati ko je otac“ (*Kunarac i drugi*, IT-96-23-T i IT-96-23/1-T, Presuda, 22. februar 2001, paragraf 583).

366. Tužena strana ističe da su muslimanke, koje su bile silovane, rađale djecu na muslimanskoj teritoriji i da, prema tome, Srbi nisu odgajali tu djecu, već, naprotiv, muslimani. Prema tome, po njenom mišljenju, ne može se tvrditi da su djeca premješšana iz jedne grupe u drugu.

367. Sud je, na osnovu naprijed iznijetih elemenata, utvrdio da dokazi koje mu je Podnosilac tužbe predstavio, ne omogućavaju da se utvrdi postojanje bilo kakvog oblika politike prinudne trudnoće niti da je postojao bilo kakav cilj da se djeca premještaju iz zaštićene grupe u drugu grupu, u smislu značenja člana II (e) Konvencije.

\* \*



## (10) Navodni genocid izvan Bosne i Hercegovine

368. U podnescima Replike, Podnosilac tužbe tvrdi da je Tužena strana prekršila obaveze prema Konvenciji o genocidu „djelimičnim uništavanjem i pokušajem potpunog uništavanja nacionalnih, etničkih ili vjerskih grupa na teritoriji Bosne i Hercegovine, naročito muslimanskog stanovništva, *ali ne ograničavajući se samo* na teritoriju Bosne i Hercegovine...“ (kurziv Suda). U svome Odgovoru Podnosilac tužbe je u jednom odjeljku iznio teze po kojima su djela genocida, za koja je Tužena strana navodno odgovorna, vršena i na teritoriji SRJ; da su ova djela slična onima koja su vršena na bosanskoj teritoriji i da su, kao sastavni elementi „politike etničkog čišćenja“, bila prisutna i na teritoriji SRJ. Ovu tezu o genocidu izvršenom u okviru SRJ, Podnosilac tužbe nije aktivno tretirao u toku usmenog iznošenja argumentacije pred Sudom; međutim, naprijed spomenuti podnesak sadržan je u okviru konačnih podnesaka predstavljenih na raspravi, te ih, prema tome, Sud mora razmotriti. Podnosilac tužbe je iznio da genocidna politika nije bila usmjerena samo na građane Bosne i Hercegovine, već i na Albance, muslimane iz Sandžaka, Hrvate, Mađare, kao i ostale manjine; međutim, Podnosilac tužbe nije utvrdio nikakve činjenice koje potkrepljuju ove tvrdnje, a koje bi uvjerile Sud. Sud je već konstatirao (vidjeti paragraf 196 gore u tekstu) da, za potrebe utvrđivanja genocida, grupa koja je predstavljala cilj mora biti pozitivno definirana, a ne kao »nesrpska« grupa.

369. Podnosilac tužbe se u svojoj argumentaciji nije posebno bavio pitanjem prirode specifične namjere (*dolus specialis*), koja je navodno pratila djela izvršena u SRJ a koja su predmet optužbi. Ne tvrdi se da su djela, koja se pripisuju Tuženoj strani i koja su izvršena na teritoriji SRJ, bila praćena specifičnom namjerom (*dolus specialis*), posebno na toj teritoriji, ali ne ograničavajući se samo na nju, u smislu da je njihov cilj bio da se eliminiira prisustvo nesrpskog stanovništva u samoj SRJ. Sud smatra, u svakom slučaju, da iznijeti dokazi o bilo kojem događaju ni na koji način ne potkrepljuju takvu tvrdnju. Podnosilac tužbe je pokušao uvjeriti Sud u postojanje obrasca, koji predstavlja dokaz specifične namjere (*dolus specialis*) koja je motivirala akcije srpskih snaga u Bosni i Hercegovini, uključujući uništavanje bosanskih muslimana na toj teritoriji; da isti obrazac, kako je utvrđeno, stoji iza postupaka prema bosanskim muslimanima u logorima formiranim u SRJ, tako da ti postupci podržavaju tezu o postojanju obrasca. Podnosilac tužbe je istakao da se prema ovim bosanskim muslimanima postupalo na isti način

kao i prema njihovim sunarodnjacima u Bosni i Hercegovini. Prema tome, Sud će se sada baviti pitanjem da li se dedukcijom može utvrditi specifična namjera (*dolus specialis*), kako Podnosilac tužbe tvrdi, na osnovu obrasca djelovanja vršenih protiv bosanskih muslimana u cjelini.

\* \*

### **(11) Pitanje postojanja obrasca djela koja predstavljaju dokaz namjere za izvršenje genocida**

370. U okviru razmatranja činjeničnih dokaza o zločinima izvršenim u Bosni i Hercegovini, od 1991. do 1995, koji se nalaze pred njim, Sud je zaključio da, izuzimajući događaje koji su se dogodili u Srebrenici u julu 1995, nije nepobitno dokazano, u svakom konkretnom slučaju, postojanje neophodne namjere potrebne za utvrđivanje genocida. Podnosilac tužbe se, međutim, oslanja na navodno postojanje sveobuhvatnog plana o izvršenju genocida, na šta ukazuje obrazac genocidnih djela ili potencijalnih djela genocida vršenih širom teritorije protiv osoba identificiranih svuda i u svakom pojedinačnom slučaju na osnovu njihove pripadnosti specifičnoj grupi. Vezano za ponašanja Srba u raznim logorima (kako je opisano u paragrafima od 252 do 256, od 262 do 273, od 307 do 310 i od 312 do 318 gore u tekstu) Podnosilac tužbe smatra da “genocidna namjera Srba postaje posebno očigledna prilikom opisivanja postupaka u logorima, zbog njihove nevjerovatne sličnosti na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine«. Skrećući pažnju na sličnost između djela koja su pripisivana Srbima u Hrvatskoj i kasnijih događaja, naprimjer na Kosovu, Podnosilac tužbe primjećuje da:

„nije iznenađujuće da preuzimanje vlasti, kao i ljudske žrtve i uništavanje kulturnih dobara nakon toga, zaista imaju ista obilježja od 1991. do 1999. Djela koja su vršena predstavljaju izraz jednog jedinstvenog projekta... koji je u osnovi i stvarno uključivao potpuno ili djelimično uništavanje grupe osoba nesrpske nacionalnosti, svuda gdje je zaključeno da ta etnički i vjerski definirana grupa remeti koncept ‘svi Srbi u jednoj Državi’.“

371. Sud zapaža da ovaj argument Podnosioca tužbe ide od namjere pojedinačnih počinioca navodnih djela genocida, koja su predmet ovih optužbi, do namjere viših vlasti bilo u okviru VRS ili Republike Srpske bilo do nivoa same Vlade Tužene strane. U odsustvu zvanične izjave o ciljevima

koji odražavaju ovakvu namjeru, Podnosilac tužbe tvrdi da je specifična namjera (*dolus specialis*) onih koji su rukovodili događajima jasna, na osnovu dosljednosti postupaka u logorima, pokazujući da je postojao model na osnovu djela činjenih „unutar jednog organiziranog institucionalnog okvira“. Dakle, ono što bi moglo biti približno zvaničnom iskazu o postojanju jednog cjelovitog plana može se naći, kako Podnosilac tužbe tvrdi, u „Odluci o strateškim ciljevima“ koju je 12. maja 1992. proglasio Momčilo Krajišnik kao predsjednik Narodne skupštine Republike Srpske, a koja je objavljena u Službenom listu Republike Srpske; Sud će prvo razmotriti kakav značaj ova Odluka može imati u ovom kontekstu. Prijevod Strateških ciljeva na engleski jezik, koji su strane u sporu dostavile tokom rasprave a koji je preuzet iz Izvještaja svjedoka vještaka Donia u slučaju *Milošević* pred MKTBJ, Dokazni materijal broj 537, glasi:

„ODLUKA O STRATEŠKIM CILJEVIMA SRPSKOG NARODA U BOSNI I HERCEGOVINI

Strateški ciljevi, odnosno prioriteti, srpskog naroda u Bosni i Hercegovini su:

1. odvajanje (srpskog naroda) od druge dvije etničke zajednice i njegovo konstituiranje u državu;
2. uspostavljanje koridora između Semberije i Krajine;
3. uspostavljanje koridora u Podrinju, odnosno uklanjanje granice između srpskih država;
4. uspostavljanje granice prema rijekama Uni i Neretvi;
5. podjela grada Sarajeva na srpski i na muslimanski dio i uspostavljanje efektivnih državnih vlasti u svakom od njih;
6. izlaz na more za Republiku Srpsku.”

Iako Sud zapaža da ovaj dokument ne potječe od Vlade Tužene strane, ipak dokazi pred Sudom, koji predstavljaju presretnute komunikacije između predsjednika Srbije Miloševića i predsjednika Republike Srpske Karadžića, dovoljni su da se dokaže da su ovi definirani ciljevi predstavljali njihovo zajedničko mišljenje.

372. Strane u sporu skrenule su pažnju Sudu na izjave predsjednika Karadžića u Skupštini, koje izgleda daju proturječno tumačenje - prva na dan usvajanja odluke i druga dvije godine kasnije - od prvog, najvažnijeg cilja.

Prvi put on je, prema tvrdnji Podnosioca tužbe, izjavio: „Bilo bi mnogo bolje da se ova situacija riješi političkim sredstvima. Bilo bi najbolje kada bi se odmah moglo uspostaviti primirje i utvrditi granice, iako smo mi tu malo gubitnici.“ Dvije godine kasnije on je izjavio (na osnovu engleskog prijevoda njegovog govora koji je Podnosilac tužbe dostavio):

„Mi zasigurno znamo da se moramo nečega odreći – to je nesumnjivo ukoliko želimo postići naš prvi strateški cilj: istjerati naše neprijatelje - Hrvate i muslimane - iz njihovih domova, silom oružja, kako ne bismo više živjeli zajedno (s njima) u jednoj državi.“

Tužena strana osporava tačnost prijevoda, tvrdeći da iznijeti cilj nije bio „silom oružja istjerati neprijatelje iz njihovih domova“, već „osloboditi dom od neprijatelja“. Ciljevi iz 1992. ne uključuju uništavanje stanovništva bosanskih muslimana. Izjava iz 1994. čak i na osnovu prijevoda Podnosioca tužbe, ma koliko da je šokantna, nužno ne uključuje namjeru da se potpuno ili djelimično uništi muslimansko stanovništvo u enklavama. Argumentacija Podnosioca tužbe ne slaže se s činjenicom da osnovni motiv najvećeg dijela rukovodstva bosanskih Srba – stvaranje veće srpske države, ako je potrebno i ratnim osvajanjem – nije nužno podrazumijevao uništavanje bosanskih muslimana i drugih zajednica, već njihovo protjerivanje. Ciljevi iz 1992. posebno prvi cilj, mogli bi se postići raseljavanjem stanovništva i zauzimanjem teritorije, što bi predstavljalo postupke koje je Tužena strana prihvatila (barem u drugome slučaju) kao nezakonite, jer bi to bilo u koliziji s nepovredivošću granica i teritorijalnog integriteta države koja je već bila međunarodno priznata. Značajno je da, u slučajevima kada je Tužilaštvo pokrenulo pitanje Strateških ciljeva, MKTBJ ih nije okarakterizirao kao genocidne (vidjeti slučaj *Brđanin*, IT-99-36-T, Presuda Pretresnog vijeća, 1. septembar 2004, paragraf 303 i slučaj *Stakić*, IT-97-24-T, Presuda Pretresnog vijeća, 31. juli 2003, paragrafi 546-561 (posebno paragraf 548)). Prema mišljenju Suda, Strateški ciljevi iz 1992. ne omogućavaju da se utvrdi postojanje specifične namjere.

373. Osvrćući se sada na argumentaciju Podnosioca tužbe da sam obrazac, koji je postojao prilikom izvršavanja zločina nad mnogim zajednicama, tokom dužeg perioda, usmjeren i na bosanske muslimane kao i na Hrvate, dokazuje postojanje neophodne namjere, Sud se ne može složiti s tako široko postavljenom tezom. Postojanje *dolus specialis*, specifične namjere da se potpuno ili djelimično uništi jedna grupa, mora se utvrditi na uvjerljiv način ukazivanjem na određene okolnosti, osim ako se može

uvjerljivo dokazati postojanje općeg plana u tom cilju; što se tiče modela ponašanja, koji bi se mogao prihvatiti kao dokaz o postojanju takve namjere, on bi morao biti takav da isključivo pokazuje njeno postojanje.

374. Pored toga i što je isto tako značajno, ova teza nije u skladu sa zaključcima MKTBJ koji se tiču genocida niti s odlukama tužioca, uključujući i odluke da se ne tuže djela genocida u vjerovatno relevantnim optužnicama, te da se zaključi sporazum o izjašnjavanju o krivnji kao u slučaju *Plavšić* i *Sikirica et al.* (IT-00-40 i IT-95-8) na osnovu čega su povučene optužbe za genocid. Ti postupci Tužilaštva i Tribunala ovdje se mogu na odgovarajući način nabrojati. Što se tiče krivičnih postupaka za genocid i srodne zločine koji se vode pred MKTBJ, oni se mogu grupirati na slijedeći način:

(a) osude u vezi s optužbama koje uključuju genocid, a koje se odnose na događaje u julu 1995. u Srebrenici: slučaj *Krstić* (IT-98-33) (osuda za genocid u prvostepenome postupku, a zatim u okviru žalbenog postupka smanjena na pomaganje i podsticanje na genocid) i slučaj *Blagojević* (IT-02-60) (osuda za saučesništvo u genocidu „na osnovu pomaganja i podsticanja“ u prvostepenome postupku koji se trenutno razmatra u okviru žalbenog postupka);

(b) dogovori o izjašnjavanju o krivnji prema kojima su takve optužbe povučene, pri čemu su se optuženi izjasnili krivim za zločine protiv čovječnosti: *Obrenović* (IT-02-60/2) i *Momir Nikolić* (IT-02-60/1);

(c) oslobađajuće odluke u odnosu na optužbe za djela srodna s genocidom u vezi s događajima koji su se dogodili na drugim mjestima: *Krajišnik* (paragraf 219 gore u tekstu) (u žalbenom postupku), *Jelisić* (IT-95-10) (postupak okončan), *Stakić* (IT-97-24) (postupak okončan), *Brđanin* (IT-99-36) (u žalbenom postupku) i *Sikirica* (IT-95-8) (postupak okončan);

(d) slučajevi u kojima su povučene optužbe za genocid u vezi s događajima koji su se dogodili na drugim mjestima: *Plavšić* (IT-00-39 i 40/1) (dogovor o izjašnjavanju o krivnji), *Župljanin* (IT-99-36) (povučene optužbe za djela vezana za genocid) i *Mejakić* (IT-95-4) (povučene optužbe za djela vezana za genocid);

(e) slučaj kada je u optužnici postojala optužba za genocid i srodne zločine u Srebrenici i na drugim mjestima, a kada je optuženi preminuo tokom postupka: *Milošević* (IT-02-54);

(f) slučajevi kada je u optužnicama postojala optužba za genocid i zločine u vezi s događajima koji su se dogodili na drugim mjestima, a kada su optuženi preminuli prije pokretanja postupka ili tokom samog trajanja postupka: *Kovačević i Drljača* (IT-97-24) i *Talić* (IT-99-36/1);

(g) slučajevi kada u optužnicama postoje optužbe za genocid i srodne zločine u Srebrenici i na drugim mjestima, a slučajevi još nisu okončani: *Karadžić i Mladić* (IT-95-5/18) i

(h) nedovršeni slučajevi u kojima u optužnicama postoje optužbe za genocid i srodne zločine u Srebrenici: *Popović, Beara, Drago Nikolić, Borovčanin, Pandurević i Trbić* (IT-05-88/1) i *Tolimir* (IT-05-88/2).

375. U slučajevima jednog broja optuženih, koji se odnose na događaje u Srebrenici iz jula 1995, nisu podignute optužnice za genocid i srodne zločine; *Erdemović* (IT-96-22) (postupak okončan), *Jokić* (IT-02-60) (u žalbenom postupku), *Miletić i Gvero* (IT-05-88, dio postupka *Popović i ostali* spomenutog u prethodnom paragrafu 374 (h), *Perišić* (IT-04-81) (postupak predstoji) i *Stanišić i Simatović* (IT-03-69) (postupak predstoji).

376. Sud je već naprijed u tekstu zaključio da – izuzev u slučaju Srebrenica – Podnosilac tužbe nije dokazao da bilo koji od široko rasprostranjenih i teških zločina, a koji su predmet optužbi, predstavljaju kršenje člana II, tačke (a) do (e) Konvencije o genocidu, prati neophodna specifična namjera (*dolus specialis*) počinioca. Sud je također utvrdio da Podnosilac tužbe nije dokazao postojanje takve namjere kod Tužene strane, bilo na osnovu zajedničkog plana bilo na osnovu gore analiziranih događaja koji otkrivaju postojanje konzistentnog obrasca ponašanja koji bi mogao ukazati na postojanje takve namjere. Pošto je, međutim, zaključio (u paragrafu 297 gore u tekstu) da su, u konkretnom slučaju masakara u Srebrenici jula 1995, izvršena djela genocida u operacijama koje su vodili pripadnici VRS, Sud se sada usmjerava na pitanje da li je moguće takva djela pripisati Tuženoj strani.

\* \* \*

## VII. Pitanje odgovornosti Tužene strane za događaje u Srebrenici prema članu III, tačka (a), Konvencije o genocidu

### (1) Navodno priznanje

377. Sud najprije zapaža da Podnosilac tužbe tvrdi da je Tužena strana zapravo priznala da je u Srebrenici izvršen genocid i da je prihvatila pravnu odgovornost za to. Podnosilac tužbe ukazuje na slijedeću zvaničnu Deklaraciju Vijeća ministara Tužene strane od 15. juna 2005, donijetu nakon prikazivanja videosnimka na jednom kanalu beogradske televizije 2. juna 2005, koji pokazuje pogubljenje šesterice bosanskih muslimana zarobljenika koje je izvršila paravojna jedinica u blizini Srebrenice (paragraf 289 gore u tekstu). Ova izjava glasi:

„Oni koji su izvršili ubistva u Srebrenici, kao i oni koji su naredili i organizirali masakr nisu predstavljali ni Srbiju ni Crnu Goru, već jedan nedemokratski režim terora i smrti, protiv kojeg je većina građana Srbije i Crne Gore pružila najsnažniji otpor.

Naša osuda zločina u Srebrenici ne završava se osudom neposrednih počinitelja. Mi zahtijevamo krivičnu odgovornost za sve one koji su izvršili ratne zločine, koji su ih organizirali ili koji su izdavali naređenja za njih, i to ne samo u Srebrenici nego i drugdje.

Zločinci ne smiju biti tretirani kao heroji. Svaka zaštita ratnih zločinaca iz bilo kojega razloga, također, predstavlja zločin.“

Podnosilac tužbe zahtijeva od Suda da izjavi da se ova Deklaracija „treba smatrati 'oblikom priznanja' i da ima... odlučujuću dokaznu snagu u smislu pripisivanja jugoslavenskoj državi masakra u Srebrenici“.

378. Na Sudu je da utvrdi odgovornost Tužene strane za svako djelo genocida koje bi moglo biti utvrđeno. U tom cilju, Sud može uzeti u obzir svaku dostavljenu na uvid izjavu o pitanjima o kojima se radi, a koju je dala bilo koja strana u sporu (vidjeti *Nuklearne probe (Australija protiv Francuske)* i *(Novi Zeland protiv Francuske) presude, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 263 i dalje, paragraf 32 i dalje; strana 465 i dalje, paragraf 27 i dalje; *Pogranični spor (Burkina Faso/Republika Mali) Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji*

1986, strane 573 i 574, paragrafi 38 i 39) i može im dati ono pravno djelovanje koje smatra adekvatnim. Međutim, u ovom slučaju, Sud smatra da Deklaracija od 15. juna 2005. izgleda kao da je političke prirode; evidentno je da ništa ne omogućava da se zaključi da ona predstavlja priznanje koje bi imalo pravno djelovanje, a koje je u potpunoj suprotnosti s podnescima koje je Tužena strana dostavila ovom Sudu, kako u vrijeme donošenja Deklaracije tako i nakon toga. Sud, prema tome, ne smatra da mu je izjava od 15. juna 2005. od pomoći za utvrđivanje pitanja koja stoje pred njim u ovome sporu.

\* \*

## **(2) Kriterij odgovornosti**

379. S obzirom na naprijed iznijete zaključke, Sud sada mora utvrditi da li se može zaključiti da je nastala međunarodna odgovornost Tužene strane, po bilo kojoj osnovi, u vezi s masakrima izvršenim u području Srebrenice tokom perioda koji je u pitanju, koji su, iz gore navedenih razloga predstavljali zločin genocida u smislu značenja Konvencije. U tom cilju, od Suda će se moći tražiti da razmotri slijedeća tri pitanja, kako slijedi. Prvo, potrebno je utvrditi da li bi se djela izvršenog genocida mogla pripisati Tuženoj strani prema pravilima međunarodnog običajnog prava o odgovornosti države; što znači, utvrđivanje da li su ta djela činile osobe ili organi čije se ponašanje može pripisati, naročito u slučaju događaja u Srebrenici, Tuženoj strani. Drugo, Sud treba utvrditi da li su djela koja se spominju u članu III Konvencije i druga, osim samog genocida, počinile osobe ili organi čije se ponašanje može pripisati Tuženoj strani na osnovu istih pravila o odgovornosti države. Radi se o djelima koja se navode u članu III, tačke (b) do (e), među kojima se nalazi saučesništvo u genocidu. Konačno, Sud treba donijeti odluku da li se Tužena strana pridržavala svoje dvostruke obaveze, koja proistječe iz člana I Konvencije, da spriječi i kazni genocid.

380. Ova tri pitanja moraju se obraditi po naprijed utvrđenom redosljedju, pošto su ona toliko isprepletena da odgovor na jedno pitanje može utjecati na relevantnost ili značaj drugih. Tako, ako bi i u mjeri u kojoj bi razmatranje prvog pitanja vodilo zaključku da se neka djela genocida mogu pripisati Tuženoj strani, tada bi bilo nepotrebno utvrđivati da li ona možda snosi i odgovornost prema članu III, tačke (b) do (e) Konvencije za ista djela. Iako je teoretski moguće da se nekoj državi za ista činjenja pripišu djela genocida (kako se predviđa u članu III, tačka (a)), udruživanje radi



izvršenja genocida (član III, tačka (b)), kao i direktno i javno pozivanje na izvršenje genocida (član III, tačka (c)), ne bi imalo mnogo smisla presuditi da su prekršene tačke (b) i (c), nakon što se utvrdi odgovornost prema tački (a), budući da odgovornost prema tački (a) uključuje i odgovornost po ostale dvije tačke. Što se tiče mogućnosti da se ista država proglasi kumulativno odgovornom za ista djela pripisana toj državi, kvalificirana kao “genocid” (član III, tačka (a)), zatim “pokušaj vršenja genocida” (član III, tačka (d)) i “saučesništvo u genocidu” (član III, tačka (e)), ona je isključena kao neodrživa kako sa logičkog tako i s pravnog stanovišta.

381. S druge strane, nema sumnje da, ukoliko Sud procijeni da se Tuženoj strani ne mogu pripisati nikakva djela koja predstavljaju genocid, u smislu značenja člana II i člana III, tačke (a) Konvencije, to ne oslobađa Sud od obaveze da utvrdi da li je ipak možda nastala odgovornost Tužene strane pripisivanjem toj strani djela ili nekih djela navedenih u članu III, tačke (b) do (e). Posebno, jasno je da se djela saučesništva u genocidu mogu pripisati nekoj državi kojoj se ne bi moglo pripisati djelo genocida prema pravilima o državnoj odgovornosti, o čijem će sadržaju biti govora u nastavku teksta.

382. Nadalje, pitanje da li se Tužena strana pridržavala svojih obaveza da spriječi i kazni genocid ne postavlja se u istom smislu, zavisno od odgovora na prethodna dva pitanja. Samo ukoliko su odgovori na prva dva pitanja negativni, Sud će morati da razmotri da li je Tužena strana ispunila svoju obavezu o sprečavanju, a u odnosu na ukupan zbir činjenica koje predstavljaju genocid. Ukoliko se država smatra odgovornom za djelo genocida (jer ga je izvršila osoba ili organ čije se ponašanje pripisuje toj državi) ili za jedno od djela spomenutih u članu III Konvencije (iz istog razloga), tada nema smisla postavljati pitanje da li se ona pridržavala svoje obaveze sprečavanja u odnosu na ista djela, jer logika određuje da država ne može ispunjavati svoju obavezu sprečavanja genocida u kojem je ona aktivno učestvovala. S druge strane, očigledno je, što i strane u sporu priznaju, da ukoliko neka država nije odgovorna ni za jedno od djela navedenih u članu III, tačke (a) do (e) Konvencije, to ne znači da se njena odgovornost ne može tražiti zbog nepoštivanja obaveze sprečavanja genocida i drugih djela navedenih u članu III.

383. Konačno, trebalo bi precizirati, kako je naprijed navedeno, da iako odgovornost države koja proistječe iz bilo kojeg od ovih djela ostavlja nerazjašnjenim pitanje da li je ona ispunila svoju obavezu sprečavanja istog

ponašanja, to nužno ne čini suvišnim pitanje da li se država pridržavala svoje obaveze o kažnjavanju počilaca datih djela. Apsolutno je moguće da za neku državu u isto vrijeme proistekne međunarodna odgovornost zbog djela genocida (ili saučesništva u genocidu, podsticanja na vršenje genocida ili bilo kojeg drugog djela navedenog u članu III) koje je izvršila neka osoba ili organ čije se ponašanje pripisuje toj državi i zbog kršenja, koje čini ta država, obaveza kažnjavanja počinioca takvog djela: ovdje bi se radilo o dva različita međunarodno nezakonita djela koja se mogu pripisati toj državi i koja se kumulativno mogu navoditi protiv nje kao osnov za njenu međunarodnu odgovornost.

384. Pošto je tako objasnio međusobnu povezanost između ta tri, gore u tekstu spomenuta pitanja (paragraf 379), Sud će sada početi razmatrati prvo od njih. To je pitanje da li se masakri počinjeni u Srebrenici tokom perioda o kome se radi, što predstavlja zločin genocida u smislu značenja člana II i III, tačka (a), Konvencije mogu potpuno ili djelimično pripisati Tuženoj strani. Ovo pitanje ima zapravo dva aspekta koja Sud mora razmotriti odvojeno. Prvo, treba utvrditi da li su djela počinjena u Srebrenici izvršili organi Tužene strane, odnosno osobe ili tijela čije se ponašanje nužno pripisuje Tuženoj strani, pošto oni, zapravo, predstavljaju instrumente njene akcije. Nadalje, ukoliko je odgovor na prethodno pitanje negativan, treba utvrditi da li su djela koja su u pitanju izvršile osobe koje su, iako ne predstavljaju organe Tužene strane, ipak djelovale po instrukcijama ili pod direktnom kontrolom Tužene strane.

\* \*

### **(3) Pitanje pripisivanja genocida u Srebrenici Tuženoj strani na osnovu ponašanja njenih organa**

385. Prvo od ova dva pitanja odnosi se na dobro ustanovljeno pravilo, jedan od kamena temeljaca prava o državnoj odgovornosti, da ponašanje bilo kojeg državnog organa treba smatrati djelom države prema međunarodnom pravu, te, prema tome, pokreće odgovornost države ukoliko ono predstavlja kršenje neke međunarodne obaveze države. Ovo pravilo, koje je jedno od pravila međunarodnog običajnog prava, objavljeno je u članu IV, u okviru Odredaba KMP o odgovornosti države, koji glasi:

## „Član 4

### *Ponašanje organa države*

1. Ponašanje svakog organa države smatra se djelom te države po međunarodnom pravu, bilo da taj organ vrši zakonodavnu, izvršnu, sudsku ili bilo koju drugu funkciju, bez obzira na položaj koji on ima u organizaciji države i bez obzira na njegovu prirodu organa centralne vlasti ili teritorijalne jedinice države.

2. Organ uključuje bilo koju osobu ili subjekt koji imaju taj status u skladu s unutrašnjim zakonodavstvom te države.“

386. Kad se primijeni na ovaj slučaj, ovo pravilo najprije utvrđuje da li su djela genocida počinjena u Srebrenici izvršile „osobe ili subjekti“ koji su imali status organa Savezne republike Jugoslavije (kako se Tužena strana tada zvala) u skladu s unutrašnjim zakonodavstvom te države koji je tada bio na snazi. Mora se reći da ne postoji niti jedan element koji omogućava potvrđan odgovor na ovo pitanje. Nije dokazano da je vojska SRJ učestvovala u masakrima, niti da su politički lideri SRJ imali udjela u pripremi, planiranju ili da su na bilo koji način učestvovali u izvršavanju masakara. Istina je da postoji dosta dokaza o direktnom ili indirektnom učešću zvanične vojske SRJ, pored oružanih snaga bosanskih Srba, u vojnim operacijama u Bosni i Hercegovini u godinama koje su prethodile događajima u Srebrenici. Politički organi Ujedinjenih nacija u više su navrata osudili ovakvo učešće, zahtijevajući da ga SRJ prekine (vidjeti, naprimjer, rezolucije Vijeća sigurnosti UN-a broj 752 (1992), 757 (1992), 762 (1992), 819 (1993), 838 (1993)). Nije, međutim, dokazano da je postojalo takvo učešće u okviru masakara izvršenih u Srebrenici (vidjeti paragrafe 278-297 gore u tekstu). Pored toga, ni Republika Srpska ni VRS nisu bili *de jure* organi SRJ, s obzirom da niti jedni niti drugi nisu imali status organa te države prema njenom unutrašnjem zakonodavstvu.

387. Podnosilac tužbe je, međutim, tvrdio da su svi oficiri VRS, uključujući i generala Mladića, ostali pod vojnom upravom SRJ i da je njihove plaće isplaćivao Beograd sve do 2002, te shodno tome, tvrdi da su ovi oficiri „predstavljali *de jure* organe (SRJ) koji su po hijerarhiji određeni da svoju dužnost obavljaju u redovima VRS u Bosni i Hercegovini“. Po toj osnovi,

Podnosilac tužbe je tvrdio da su ovi oficiri, pored toga što su bili oficiri VRS, ostali i oficiri VJ i da su na taj način bili *de jure* organi Tužene strane (paragraf 238 gore u tekstu). Tužena strana, međutim, tvrdi da su samo neki oficiri VRS „administrativno govoreći“ prolazili kroz Trideseti kadrovski centar u Beogradu, u smislu da su se pitanja kao što su njihove plaće, unapređenja, penzije, itd. rješavala iz SRJ (paragraf 238 gore u tekstu); i da nije sa sigurnošću utvrđeno da li je general Mladić bio jedan od njih. Podnosilac tužbe je pokazao da je unapređenje Mladića u rang generalpukovnika 24. juna 1994. izvršeno u Beogradu, ali Tužena strana ističe da je to predstavljalo puko administrativno potvrđivanje unapređenja o kojem su odluku donijele vlasti Republike Srpske.

388. Sud konstatira, najprije, da nisu iznijeti nikakvi dokazi da su, bilo general Mladić ili bilo koji drugi oficir o čijim poslovima se starao Trideseti kadrovski centar, bili, prema unutrašnjem zakonodavstvu Tužene strane, oficiri vojske Tužene strane - organ *de jure* Tužene strane. Također nije uvjerljivo dokazano da je general Mladić bio jedan od tih oficira; a čak i da je utvrđeno da je on to eventualno i bio, Sud ne smatra da bi se on, iz samo tog razloga, morao tretirati kao organ SRJ za potrebe primjene pravila o odgovornosti države. Nema sumnje da je SRJ pružala značajnu podršku, između ostalog, finansijsku pomoć, Republici Srpskoj (paragraf 241 gore u tekstu) i da je jedan od oblika te pomoći koja se upućivala bila i isplata plaća i ostalih naknada nekim oficirima VRS, ali ih to automatski nije činilo organima SRJ. Ovi su oficiri bili pod komandom predsjednika Republike Srpske i bili su potčinjeni političkom rukovodstvu Republike Srpske. U odsustvu dokaza u suprotnom smislu, mora se smatrati da su ovi oficiri primali naređenja od Republike Srpske i VRS, a ne od SRJ. Izraz „državni organ“, kako se koristi u međunarodnom običajnom pravu i u članu 4 Odredaba KMP, primjenjuje se na pojedince ili subjekte koji čine dio organizacije države i postupaju u njeno ime (Komentar KMP-a na član 4, paragraf (1)). Međutim, oficiri VRS, uključujući i generala Mladića, u obavljanju svojih funkcija bili su pozvani da obavljaju zadatke u ime vlasti bosanskih Srba, posebno Republike Srpske, a ne u ime SRJ. Oni su izvršavali određene javne ovlasti Republike Srpske. Posebna situacija generala Mladića, koji je bio prisutan u Srebrenici, ili bilo kojeg drugog oficira VRS, a koji je eventualno „na administrativnom planu“ vezan za Beograd, nije takve prirode da navede Sud da izmijeni zaključak do kojega je došao u prethodnom paragrafu.

389. Isto tako, postavlja se i pitanje da li Tužena strana može snositi odgovornost za djela koja su izvršili Škorpioni na području Srebrenice. U

vezi s tim, Sud će razmotriti da li je dokazano da su Škorpioni bili *de jure* organ Tužene strane. Postoji neslaganje između strana u sporu o tome kada su Škorpioni ušli u sastav snaga Tužene strane. Podnosilac tužbe tvrdi da je to priključivanje izvršeno na osnovu Uredbe iz 1991 (koja nije dostavljena kao Aneks). Tužena strana izjavljuje da su “ti propisi (bili) relevantni isključivo za rat u Hrvatskoj 1991.” i da ne postoje nikakvi dokazi da su oni u Bosni i Hercegovini bili na snazi i 1992. Sud konstatira da je, s obzirom da se jedinstvena država Jugoslavija u to vrijeme raspadala, za ovaj spor relevantan status Škorpiona sredinom 1995. U dva presretnuta dokumenta, koja je Podnosilac tužbe dostavio (čija je autentičnost bila dovedena u pitanje – vidjeti paragraf 289 gore u tekstu), Škorpioni se predstavljaju kao „MUP Srbije“ i kao „jedinica Ministarstva za unutrašnje poslove Srbije“. Tužena strana identificirala je pošiljaoc tih dopisa, Ljubišu Borovčanina i Savu Cvjetinovića, kao “visoke zvaničnike policijskih snaga Republike Srpske“. Sud konstatira da niti jedna od tih komunikacija nije bila upućena Beogradu. Imajući u vidu ove elemente, Sud nije u mogućnosti zaključiti da su Škorpioni sredinom 1995. bili *de jure* organ Tužene strane. Osim toga, Sud konstatira da se u svakom slučaju djelo nekog organa koje jedna država stavi na raspolaganje drugom javnom organu ne smatra djelom te države, ukoliko je taj organ postupao u ime javnog organa kojem je stavljen na raspolaganje.

390. Međutim, Podnosilac tužbe razvija svoju argumentaciju dalje od pukog razmatranja statusa osoba koje su vršile djela genocida prema unutrašnjem zakonodavstvu Tužene strane; on tvrdi, između ostalog, da se Republika Srpska i VRS, kao i paravojne formacije poznate kao Škorpioni, Crvene beretke, Tigrovi i Bijeli orlovi, moraju smatrati, bez obzira na njihov očigledan status, “*de facto* organima” SRJ, posebno u vrijeme o kojemu se govori, tako da se sva njihova djela, a posebno masakri u Srebrenici, moraju smatrati pripisivim SRJ, upravo u onom smislu kao da su oni bili organi te države prema njenom unutrašnjem zakonodavstvu, realnost mora prevladati nad prividom. Tužena strana odbacuje ovu tvrdnju i ostaje pri tome da oni nisu bili *de facto* organi SRJ.

391. Prvo pitanje koje se otvara ovakvom argumentacijom je da li je moguće, u principu, pripisivati nekoj državi ponašanje osoba ili grupa osoba koje, iako nemaju pravni status državnih organa, ustvari djeluju pod takvom striktnom kontrolom te države da se moraju tretirati kao njeni organi za potrebe neophodnog pripisivanja koje dovodi do državne odgovornosti za neko međunarodno protupravno djelo. Sud se već bavio ovim pitanjem

i dao u principu odgovor u svojoj Presudi od 27. juna 1986. u sporu koji se odnosi na *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država) (Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986, strane 62-64)*. U paragrafu 109 ove Presude Sud je izjavio da on treba:

“utvrditi da li je priroda odnosa *kontraša* s Vladom Sjedinjenih Američkih Država predstavljala odnos zavisnosti, s jedne, i kontrole s druge strane ili nije, kako bi bilo ispravno da se kontraši izjednače, za pravne potrebe, s organom Vlade SAD-a ili organom koji je djelovao u ime te Vlade” (strana 62).

Sud je, ispitujući činjenice u svjetlu informacija kojima je raspolagao, konstatirao da “ne postoje jasni dokazi da su SAD faktički vršile kontrolu u toj mjeri da se može opravdati tretiranje kontraša u svim oblastima kao da su djelovali u njihovo ime” (paragraf 109) i potom je zaključio da su “dokazi koji stoje na raspolaganju Sudu... nedovoljni da se dokaže potpuna zavisnost (kontraša) od američke pomoći”, tako da Sud “nije mogao utvrditi da se snage kontraša mogu izjednačiti, za pravne svrhe, sa snagama SAD” (strane 62-63, paragraf 110).

392. Citirani odlomci pokazuju da se, prema sudskoj praksi Suda, osobe, grupe osoba ili drugi subjekti mogu, zbog pokretanja međunarodne odgovornosti, izjednačiti s državnim organima čak iako takav status ne proistječe iz unutrašnjeg zakonodavstva, pod uvjetom da ta osoba, grupa osoba ili subjekti faktički djeluju “u potpunoj zavisnosti” od države čiji su oni, u krajnjem slučaju, samo instrument. U tom slučaju, uputno je da se ide izvan samog pravnog statusa kako bi se shvatila realnost odnosa između osobe koja preuzima akciju i države s kojom je ona toliko blisko povezana da se čini da je ona samo njen agent: bilo koje drugo rješenje omogućilo bi državama da izbjegavaju svoju međunarodnu odgovornost tako što bi se odlučivale da djeluju preko osoba ili subjekata čija bi navodna nezavisnost bila čisto fiktivna.

393. Međutim, takvo izjednačavanje osoba ili subjekata s organima države kojima unutrašnje zakonodavstvo ne daje taj status mora biti izuzetak, budući da to zahtijeva da bude utvrđen naročito visok stepen kontrole države nad njima, odnos koji je u gore citiranoj presudi Suda izričito okvalificiran kao “potpuna zavisnost”. Ostaje da se u ovom slučaju utvrdi da li su, u vrijeme o

kojem se govori, osobe ili subjekti koji su izvršili djela genocida u Srebrenici imali takve veze sa SRJ da se mogu smatrati da su bili potpuno zavisni od nje: samo ukoliko se ovaj uvjet ispuni, oni mogu biti izjednačeni s organima Tužene strane radi utvrđivanja njene međunarodne odgovornosti.

394. Sud na ovo pitanje može odgovoriti samo negativno. U relevantnom periodu, jula 1995, ni Republika Srpska ni VRS nisu se mogli smatrati samo pukim instrumentima preko kojih je SRJ djelovala, bez ikakve stvarne autonomije. Sigurno je da su politički i vojni odnosi, kao i oni u oblasti logistike, između saveznih organa u Beogradu i vlasti na Palama, između Jugoslavenske vojske i VRS, bili u prethodnim godinama čvrsti i bliski (vidjeti paragraf 238 gore u tekstu), te da su ti odnosi nesumnjivo i dalje bili snažni. Ali oni, barem u relevantnom periodu, nisu bili takvi da bi se političke i vojne organizacije bosanskih Srba mogle izjednačiti s organima SRJ. Čak je objelodanjeno da su se u to vrijeme pojavile i razlike u strateškim opcijama između jugoslavenskih vlasti i lidera bosanskih Srba; u krajnjem slučaju to dokazuje da su ovi drugi posjedovali relativan, ali realan stepen samostalnosti. Bez obzira na izuzetno veliku podršku koju je Tužena strana davala Republici Srpskoj, bez koje ona ne bi mogla “sprovoditi svoje ključne ili najznačajnije vojne i paravojne aktivnosti” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986*, strana 63, paragraf 111), to ne ukazuje da je postojala potpuna zavisnost Republike Srpske od Tužene strane.

395. Sud se sada vraća pitanju da li su Škorpioni faktički djelovali u potpunoj zavisnosti od Tužene strane. Nijedan element koji to pokazuje nije predstavljen Sudu. Sud, također, konstatira da je general Dannatt, kada mu je prilikom svjedočenja postavljeno pitanje pod čijom kontrolom ili čijom su vlašću djelovale paravojne grupe koje su dolazile iz Srbije, odgovorio: “Trebalo bi da su bili pod komandom Mladića i da su bili dio komandnog lanca VRS.” Strane u sporu uputile su Sud na slučaj *Stanišić i Simatović* (IT-03-69 koji tek predstoji). Bez obzira što optuženi nisu optuženi za genocid u ovom slučaju, on bi mogao biti od značaja za rasvjetljavanje statusa Škorpiona, u smislu da li su oni predstavljali srbijanski MUP ili ne. Međutim, Sud ne može donositi daljnje zaključke s obzirom da je ovaj slučaj u fazi podizanja Optužnice. U vezi s tim, Sud podsjeća da on može formirati svoje mišljenje samo na osnovu informacija predočenih u vrijeme kada donosi svoju odluku, a koje proistječu iz pisane dokumentacije i njenih aneksa iz ovog sudskog predmeta i argumentacije strana u sporu iznijetih na usmenoj raspravi.

Sud je, prema tome, utvrdio da se djela genocida u Srebrenici ne mogu pripisati Tuženoj strani u smislu da su ih počinili njeni organi ili osobe ili subjekti koji u potpunosti od nje zavise, zbog čega po ovom osnovu ne postoji međunarodna odgovornost Tužene strane.

\* \*

#### **(4) Pitanje pripisivanja genocida u Srebrenici Tuženoj strani na osnovu njenih instrukcija ili kontrole**

396. Kao što je najavljeno gore u tekstu (paragraf 384), Sud mora utvrditi da li su masakre u Srebrenici izvršile osobe koje su, iako nisu imale status organa Tužene strane, ipak postupale po njenim instrukcijama ili pod njenim usmjeravanjem ili kontrolom. To je ono što, kao drugo, Podnosilac tužbe tvrdi; Tužena strana poriče da je to bio slučaj.

397. Sud smatra da mora istaknuti, u ovoj fazi svog zaključivanja, da se upravo navedeno pitanje ne može podvući pod ona kojima se do sada bavio. Očigledno je da se ono razlikuje od pitanja da li su osobe koje su izvršile djela genocida imale status organa Tužene strane prema njenom unutrašnjem zakonodavstvu. Isto tako, nije moguće, uprkos tome što izgleda drugačije, to pitanje izjednačiti s pitanjem da li bi te osobe trebalo *de facto* izjednačiti s državnim organima, mada ne uživaju taj status prema unutrašnjem zakonodavstvu. Odgovor na drugo pitanje zavisi, kako je to ranije objašnjeno, od toga da li su te osobe bile u odnosu takve potpune zavisnosti od te države da se one ne mogu drugačije smatrati nego organima te države, tako da bi se svi postupci tih osoba mogli pripisati toj državi u smislu međunarodne odgovornosti. Pošto je na to pitanje odgovorio negativno, Sud se sada bavi jednim potpuno drugim pitanjem: da li su, u posebnim okolnostima koje se vezuju za događaje u Srebrenici, počiniooci genocida djelovali po instrukcijama Tužene strane ili na osnovu njenog usmjeravanja ili kontrole. Potvrđan odgovor na ovo pitanje ne bi ni na koji način implicirao da bi počinioce trebalo okarakterizirati kao organe SRJ ili ih izjednačiti s tim organima. To bi samo značilo da bi nastupila međunarodna odgovornost SRJ zbog ponašanja onih njenih organa koji su davali instrukcije ili vršili kontrolu koja je dovela do izvršenja djela koja predstavljaju kršenje njenih međunarodnih obaveza. Drugim riječima, ne postavlja se više pitanje utvrđivanja da li su osobe koje su



direktno izvršile genocid djelovale kao organi SRJ ili bi se mogli izjednačiti s tim organima - na to je pitanje već odgovoreno negativno. Ono što se mora utvrditi je da li su organi SRJ – koji su neosporno imali taj status prema unutrašnjem zakonodavstvu SRJ – inicirali genocid davanjem instrukcija počinocima ili vršenjem usmjeravanja ili kontrole, te da li je, kao rezultat toga, ponašanje organa Tužene strane, pošto je ono bilo uzrok izvršavanja tih djela protivno njenim međunarodnim obavezama, predstavljalo kršenje tih obaveza.

398. U vezi s ovim pitanjem primjenjuje se pravilo običajnog prava o međunarodnoj odgovornosti, sadržano u članu 8 Odredaba KMP o odgovornosti države, a koje glasi:

*“Član 8*

*Ponašanje pod upravom ili kontrolom države*

Ponašanje osoba ili grupe osoba smatrat će se djelom države po međunarodnom pravu ukoliko ta osoba ili grupa osoba djeluje po instrukcijama ili na osnovu usmjeravanja ili kontrole te države.”

399. Ova se odredba mora razumjeti u svjetlu sudske prakse ovog Suda u vezi s ovim pitanjem, naročito onom koja se tiče Presude iz 1986. u sporu koji se odnosi na *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)*, koji je spomenut gore u tekstu (paragraf 391). U toj Presudi, Sud je, kako je ranije u tekstu navedeno, nakon što je odbacio argumentaciju da kontraše treba poistovijetiti s organima Sjedinjenih Američkih Država s obzirom da su bili “potpuno zavisni” od te države, dodao da bi odgovornost Tužene strane ipak mogla nastati ukoliko bi se dokazalo da je ona sama “naredila ili nametnula izvršenje djela suprotno ljudskim pravima i humanitarnom pravu kako država Podnosilac tužbe tvrdi” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986*, strana 64, paragraf 115), što je dovelo do slijedećeg značajnog zaključka:

“Da bi ovo ponašanje proizvelo pravnu odgovornost Sjedinjenih Američkih Država, moralo bi se, u principu, dokazati da je ova država imala efektivnu kontrolu nad vojnim i paravojnim operacijama (koje su vodili kontraši) u toku kojih je došlo do navodnih kršenja” (*Ibid.*, strana 65).

400. Tako formuliran test po dva se osnova razlikuje od testa, opisanog gore u tekstu, radi utvrđivanja da li se osoba ili subjekt mogu izjednačiti s državnim organom, čak i ako nemaju taj status u unutrašnjem pravu. Prvo, u ovom kontekstu nije neophodno dokazati da su osobe koje su počinile djela, za koja se navodno tvrdi da predstavljaju povredu međunarodnog prava, bile generalno u odnosu “potpune zavisnosti” prema državi koja predstavlja Tuženu stranu; treba dokazati da su one djelovale u skladu s instrukcijama te države ili pod njenom “efektivnom kontrolom”. S druge strane, neophodno je utvrditi da se ova “efektivna kontrola” vršila ili da je država davala instrukcije za svaku operaciju u kojoj su se događali navodni prekršaji, a ne generalno na sve akcije koje su preduzimale osobe ili grupe osoba koje su izvršile ta kršenja.

401. Podnosilac tužbe je, istina, tvrdio da je priroda zločina genocida specifična i da se može sastojati od značajnog broja izoliranih djela koja su, u manjoj ili većoj mjeri, odvojena u vremenu i prostoru. Prema Podnosiocu tužbe, ova specifična priroda opravdala bi, između ostalog, ocjenjivanje “efektivne kontrole” države koja je navodno odgovorna ne samo za svako od tih konkretnih djela već i za cjelokupne operacije koje su izvršili direktni počinioci genocida. Sud, međutim, smatra da specifične karakteristike genocida ne opravdavaju Sud da odstupi od kriterija razrađenih u Presudi u sporu koji se odnosi na *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)* (Vidjeti paragraf 399 gore u tekstu). Pravila za pripisivanje navodnog međunarodnog protupravnog ponašanja nekoj državi ne mijenjaju se s prirodom protupravnog djela koje je u pitanju, u odsustvu jasno izraženog *lex specialisa*. Smatrat će se da se nekoj državi može pripisati genocid ukoliko su, i u mjeri da su, fizička djela koja čine genocid izvršili, u cjelini ili djelimično, organi ili osobe koje nisu agenti te države, po instrukcijama ili usmjerenjima te države ili pod njenom efektivnom kontrolom. Ovo je stav međunarodnog običajnog prava, izražen u Odredbama KMP o odgovornosti države.

402. Sud, međutim, konstatira da je Podnosilac tužbe nadalje osporavao valjanost primjene, u ovom slučaju, kriterija primijenjenog u presudi o *Vojnim i paravojnim aktivnostima*. On je skrenuo pažnju na Presudu Žalbenog vijeća MKTBJ u slučaju *Tadić* (IT-94-1-A, Presuda, 15. juli 1999). U ovom slučaju Vijeće nije slijedilo sudsku praksu Suda u sporu *Vojne i paravojne aktivnosti*: ono je smatralo da odgovarajući kriterij, koji je po njihovom mišljenju primjenjiv kako na kvalificiranje vojnog sukoba u Bosni

i Hercegovini kao međunarodnog sukoba tako i na pripisivost SRJ djela koja su izvršili bosanski Srbi prema pravilima o odgovornosti države, predstavlja kriterij “sveukupne kontrole” koju je SRJ imala nad bosanskim Srbima; i da je taj kriterij u ovom sporu zadovoljen (o ovom pitanju, *Ibid.*, paragraf 145). Drugim riječima, Žalbeno vijeće zauzelo je mišljenje da su djela koja su počinili bosanski Srbi mogla proizvesti međunarodnu odgovornost SRJ na osnovu sveukupne kontrole koju je SRJ vršila nad Republikom Srpskom i VRS, a da pri tome nije potrebno dokazati da je svaka operacija, tokom koje su vršena djela koja predstavljaju povredu međunarodnog prava, sprovedena po instrukcijama SRJ ili pod njenom efektivnom kontrolom.

403. Sud je pažljivo razmotrio stanovišta Žalbenog vijeća kojim se podržava navedeni zaključak, ali smatra da ne može podržati to mišljenje Vijeća. Prvo, Sud konstatira da MKTBJ nije bio pozvan u slučaju *Tadić*, niti je on uopće pozvan, da odlučuje o pitanjima državne odgovornosti, jer je njegova nadležnost krivična i proteže se samo na pojedince. Prema tome, u toj Presudi Tribunal se bavio pitanjem koje nije bilo nužno za vršenje njegove nadležnosti. Kao što je gore rečeno, Sud pridaje najveći značaj činjeničnim i pravnim kvalifikacijama do kojih je došao MKTBJ prilikom odlučivanja o krivičnoj odgovornosti optuženih pred njim i Sud, u ovom sporu, u potpunosti uzima u obzir suđenje i presude po žalbi MKTBJ koji se bave događajima koji su u osnovi ovog spora. Situacija nije ista što se tiče stavova koje je usvojio MKTBJ o pitanjima općeg međunarodnog prava koja ne spadaju u specifični djelokrug njegove nadležnosti i čije rješavanje, štaviše, nije uvijek neophodno za rješavanje krivičnih predmeta koji se pred njim vode.

404. To je slučaj s doktrinom iznijetom u presudi *Tadić*. U onoj mjeri u kojoj je kriterij o “sveukupnoj kontroli” korišten da bi se utvrdilo da li oružani sukob ima međunarodni karakter ili ne, što je predstavljalo jedino pitanje koje je Žalbeno vijeće bilo pozvano da odluči, ovaj je kriterij primjenjiv i odgovarajući; Sud, međutim, ne smatra primjerenim da po tom pitanju zauzima stav u ovom sporu jer nije nužno da ga rješava za potrebe ove Presude. S druge strane, MKTBJ je prezentirao kriterij “sveukupne kontrole” kao jednako primjenjiv prema pravilima o odgovornosti države za potrebe utvrđivanja - kao što se traži od Suda da to učini u ovom sporu – u kojim je slučajevima neka država odgovorna za djela koja učine paravojne jedinice, oružane snage koji ne predstavljaju njene zvanične organe. U ovom kontekstu, argumentacija u prilog tog kriterija je neuvjerljiva.

405. Prije svega, treba primijetiti da nikakva logička neophodnost ne traži primjenu istog kriterija za rješavanje ova dva pitanja koja su po prirodi veoma različita: stepen i priroda učešća jedne države u oružanom sukobu na teritoriji druge države, koji su potrebni kako bi se sukob okarakterizirao kao međunarodni, mogu se, bez logičke nedosljednosti, razlikovati od stepena i prirode učešća koji su nužni da bi se pokrenula odgovornost te države za konkretno djelo izvršeno tokom sukoba.

406. Nadalje, treba zapaziti da kriterij o “sveukupnoj kontroli” ima značajan nedostatak koji se sastoji u širenju djelokruga državne odgovornosti izvan osnovnog principa pravila međunarodne odgovornosti: država je odgovorna samo za svoje vlastito ponašanje, odnosno za ponašanje osoba koje, po bilo kojem osnovu, postupaju u njeno ime. To je slučaj s djelima koja izvršavaju njeni zvanični organi, a i osobe ili subjekti koji nisu zvanično priznati kao zvanični organi prema unutrašnjem zakonodavstvu, ali koji se ipak moraju izjednačiti s državnim organima jer se nalaze u odnosu potpune zavisnosti od te države. Izuzev ovih slučajeva, odgovornost države može nastati zbog djela koja izvrše osobe ili grupe osoba - koje nisu ni državni organi niti se mogu izjednačiti s tim organima - samo ukoliko se, pod pretpostavkom da su ta djela međunarodno protupravna, ona mogu njoj pripisati prema pravilu međunarodnog običajnog prava navedenom u gore spomenutom članu 8 (paragraf 398). Takav je slučaj kada je organ države davao instrukcije ili usmjerenja u skladu s kojima su djelovali počinioci nezakonitog djela ili kada je on vršio efektivnu kontrolu nad akcijom tokom koje je zlodjelo počinjeno. U ovom smislu kriterij “sveukupne kontrole” nije prikladan jer odvaja, skoro do tačke kidanja, vezu koja mora postojati između ponašanja organa države i njene međunarodne odgovornosti.

407. Stoga će Sud utvrditi na osnovu svoje uspostavljene sudske prakse da li je odgovornost Tužene strane nastala po osnovu pravila međunarodnog običajnog prava sadržanog u članu 8 Odredaba KMP o odgovornosti države.

\*

408. Tužena strana je istakla da u konačnim presudama vijeća MKTBJ, koje se odnose na genocid u Srebrenici, nije utvrđena umiješanost nijednog od njenih rukovodilaca. Bez osporavanja takvog tumačenja, Podnosilac tužbe ukazuje da od MKTBJ i nije traženo da se izjasni po tom pitanju. Sud konstatira da se MKTBJ zaista sve do sada nije, u konačnim presudama,

direktno bavio pitanjem da li ti rukovodioci snose odgovornost u ovom smislu. Sud konstatira činjenicu da se u Izvještaju Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija ne utvrđuje nikakva direktna umiješanost predsjednika Miloševića u masakr. Sud je već spomenuo kontakte koje je Milošević imao s Ujedinjenim nacijama 10. i 11. jula (paragraf 285). Dana 14. jula, kako je zabilježeno u izvještaju Generalnog sekretara:

“Pregovarač Evropske unije, gospodin Bildt, otputovao je u Beograd da bi se susreo s predsjednikom Miloševićem. Sastanak se održao u Dobanovcima, u lovačkom domu izvan Beograda, gdje se gospodin Bildt sedam dana ranije sastao s predsjednikom i generalom Mladićem. Prema javnom Izvještaju gospodina Bildta s tog drugog sastanka, on je zahtijevao od predsjednika Miloševića da osigura hitan pristup UNHCR-u radi pružanja pomoći ljudima u Srebrenici, te MKCK-u radi otpočinjanja registracije onih koje je vojska bosanskih Srba držala kao ratne zarobljenike. On je također insistirao da se dopusti holandskim vojnicima da odu kada to žele. Gospodin Bildt je dodao da međunarodna zajednica neće tolerirati napad na Goražde i da će se morati osigurati “zeleno svjetlo” za slobodan i nesmetan pristup enklavama. On je, također, zahtijevao da se put između Kiseljaka i Sarajeva (“Koridor Labud”) otvori za sav promet nevojnog karaktera. Predsjednik Milošević je, po svemu sudeći, pristao na sve te zahtjeve, ali je također tvrdio da on nema kontrolu nad tim. Milošević je također objasnio, ranije u toku sastanka, da je cijeli taj događaj provociran eskalacijom muslimanskih napada iz te enklave, što predstavlja kršenje Sporazuma o demilitarizaciji iz 1993.

Nekoliko sati nakon početka sastanka, general Mladić je stigao u Dobanovce. Gospodin Bildt je konstatirao da se general Mladić lahko saglasio s većinom zahtjeva o Srebrenici, ali se i dalje suprotstavljao nekim aranžmanima koji su se odnosili na druge enklave, posebno na Sarajevo. Na kraju, na intervenciju predsjednika Miloševića, činilo se da je sporazum u principu postignut. Odlučeno je da će se sutradan održati još jedan sastanak kako bi se aranžmani potvrdili. Gospodin Bildt se već dogovorio s gospodinom Stoltenbergom i gospodinom Akashijem (Specijalnim predstavnikom Generalnog sekretara) da mu se pridruže u Beogradu. On je također tražio da i komandant UNPROFOR-a dođe u Beograd kako bi se finalizirali neki vojni detalji s Mladićem” (UN, dokument A/54/549, paragrafi 372-373).

409. Do 19. jula gospodin Akashi se, na osnovu beogradskog sastanka, nadao da će i predsjednik Milošević i general Mladić možda pokazati

izvjesnu fleksibilnost. Komandant UNPROFOR-a sastao se s Mladićem 19. jula i tokom sastanka je bio u kontaktu s gospodinom Bildtom, koji je vodio paralelno pregovore s predsjednikom Miloševićem u Beogradu. Mladić je iznio svoju verziju događaja od prethodnih dana (njegove su trupe “to završile na korektan način”; “dogodili su se neki “nemili mali incidenti”“). Komandant UNPROFOR-a i Mladić su tada potpisali Sporazum koji je predviđao slijedeće:

“Pristup, već od slijedećeg dana, Međunarodnog komiteta crvenog križa svim “prihvatnim centrima” u kojima su držani muškarci i dječaci iz Srebrenice;

Odobrenje Visokom komesarijatu UN za izbjeglice, kao i humanitarnim konvojima pristupa Srebrenici;

Evakuacija ranjenika iz Potočara, kao i iz bolnice u Bratuncu;

Vraćanje oružja i opreme Holandskom bataljonu koje je oduzela vojska bosanskih Srba;

Prebacivanje Holandskog bataljona iz enklave počevši od poslijepodneva 21. jula, nakon evakuacije preostalih žena, djece i starih koji žele otići.

Nakon potpisivanja ovog Sporazuma, Specijalni predstavnik se pismeno obratio predsjedniku Miloševiću podsjećajući ga na Sporazum, koji još nije bio ispoštovan, da se Međunarodnom komitetu crvenog križa omogući pristup Srebrenici. Specijalni predstavnik je kasnije i telefonirao predsjedniku Miloševiću da bi ponovo iznio isti stav” (*Ibid.*, paragraf 392).

410. Strane u sporu Sudu su predočile i druge dokaze koji podržavaju ili osporavaju efektivno učešće, umiješanost ili utjecaj Tužene strane u događajima u i oko Srebrenice jula 1995. Tužena strana citira dva značajna izvještaja izrađena sedam godina nakon tih događaja, a oba predstavljaju javna i lahko dostupna dokumenta. Na izradi prvog, *Srebrenica - “sigurnosna” zona*, koji je 2002. objavio Holandski institut za ratnu dokumentaciju, radio je tim stručnjaka duži vremenski period. Tužena strana je skrenula pažnju na činjenicu da ovaj Izvještaj ne sadrži nikakve indikacije da je rukovodstvo SRJ bilo umiješano u planiranje napada na nesrpsko stanovništvo ili u podsticanje na njihovo

ubijanje; kao ni bilo koji konkretan dokaz o pružanju pomoći jugoslavenske vojske oružanim snagama Republike Srpske prije napada; niti indikacije da je Vlada u Beogradu unaprijed imala saznanja o tom napadu. Tužena strana, također, citira odlomak iz tačke 10 zaključka Izvještaja, koji se odnosi na “masovna ubistva” i na “egzekucije” nakon pada Srebrenice: “Niti jedan element ne ukazuje na postojanje bilo kakve političke ili vojne povezanosti s Beogradom, a kada je riječ o masovnom ubijanju, takva je povezanost u velikoj mjeri nevjerovatna.” Tužena strana potom konstatira da jedini odgovor Podnosioca tužbe na ovaj podnesak predstavlja isticanje da “Izvještaj, kako se u njemu i priznaje, nije iscrpan” i da su ovom Sudu predočeni dokazi koje autori Izvještaja nisu koristili.

411. Sud zapaža, u vezi s podnescima Tužene strane, da su autori Izvještaja zaista zaključili da je Beograd bio svjestan da se planira napad na Srebrenicu. Oni bilježe da su Vojna obavještajna služba Holandije i druge zapadne obavještajne službe zaključile da su operacije iz jula 1995. bile koordinirane s Beogradom (Dio III, Poglavlje 7, Odjeljak 7). Međutim, ono što je mnogo značajnije za sadašnje potrebe je da autori kažu da “ne postoji nikakav dokaz koji bi ukazivao na učešće jugoslavenskih vojnih osoba ili Službe državne sigurnosti (RDB) u pripremama egzekucija. Ali je činjenica da postoje izvjesni dokazi koji potkrepljuju suprotno mišljenje...” (Dio IV, Poglavlje 2, Odjeljak 20). To potvrđuje odlomak iz tačke 10 zaključka Izvještaja, koji je Tužena strana citirala, a kome prethodi slijedeća rečenica: “Sve ukazuje na to da je odluka donesena na nivou Generalštaba VRS.”

412. Drugi Izvještaj, *Balkanska ratišta*, koji je izradila Centralna obavještajna agencija (CIA) Sjedinjenih Američkih Država, također je objavljen 2002, u prvom tomu pod naslovom “Mogućnost umiješanosti Jugoslavije”, dolazi do slijedećeg zaključka:

“Nije utvrđen nijedan osnov koji bi implicirao učešće beogradskih vojnih ili sigurnosnih snaga u zločinima koji su se dogodili nakon pada Srebrenice. Mada postoje indicije da su VJ ili RDB (Državna sigurnost Srbije) možda dali jedinice za borbe u Srebrenici, nema indikacija da su snage koje su usmjeravane iz Beograda bile uključene u bilo koji od masakara koji su potom izvršeni. Svjedočenja preživjelih očevidaca predstavljaju događaje na možda nesavršen način i neki su se detalji mogli predvidjeti. Usmeni iskazi i drugi raspoloživi dokazi ukazuju da su u zločinima i likvidacijama nakon vojnog zauzimanja Srebrenice korištene isključivo trupe bosanskih Srba” (*Balkanska ratišta*, strana 353).

Odgovor Podnosioca tužbe sastojao se u citiranju ranijeg odlomka koji se poziva na izvještaje koji “daju mjesta razmišljanju” da su trupe VJ i mogući elementi Službe državne sigurnosti Srbije možda bili angažirani u borbama u Srebrenici - na što druga rečenica iz odjeljka koji je citirala Tužena strana doista ukazuje. Ovaj je citat oprezno sročeno i suštinski ne daje nikakvu indicaciju o bilo kakvoj umiješanosti Tužene strane u zločinima izvršenim nakon sukoba, a koji su predmet osuda vezanih za genocid. Savjetnik Tužene strane također je citirao dokaze koje je iznio zamjenik komandanta Holandskog bataljona na suđenju u slučaju *Milošević*, u kojem je optuženi predočio oficiru činjenicu koja je ranije citirana iz zaključka holandskog Izvještaja. Oficir je odgovorio:

“Ja osobno nisam imao nikakav dokaz koji indicira da je operacija pokrenuta u saradnji s Beogradom. I da ponovim, pročitao sam razne izvještaje, mišljenja i dokumente u kojima se analiziraju najrazličitiji scenariji i tome slično. Još jednom, ja ne raspolazem nikakvim dokazom koji pokazuje da je akcija, govorim o napadu na enklavu, pokrenuta u saradnji s Beogradom.”

Ostali dokazni elementi na koje se Podnosilac tužbe oslanja odnose se na utjecaj, više nego na kontrolu, koju je predsjednik Milošević obavljao ili nije obavljao nad vlastima na Palama. Oni se uglavnom zasnivaju na iskazima koje su na suđenju Miloševiću iznijeli lord Owen i general Wesley Clark, kao i na objavljenim publikacijama lorda Owena. Ovi elementi ne daju dovoljan činjenični osnov da se Tužena strana proglasi odgovornom po osnovu uputa ili kontrole.

\* \* \*

### **(5) Zaključak o odgovornosti za događaje u Srebrenici prema članu III, tačka (a), Konvencije o genocidu**

413. U svjetlu informacija kojima raspolaze, Sud konstatira, kao što je naprijed u tekstu naznačeno, da nije utvrđeno da su masakre u Srebrenici izvršile osobe ili subjekti koji imaju svojstva organa Tužene strane (vidjeti paragraf 395 gore u tekstu). On također konstatira da nije utvrđeno da su ti masakri izvršeni po nalogima ili na osnovu direktiva organa države koja



predstavlja Tuženu stranu, niti da je Tužena strana vršila efektivnu kontrolu nad operacijama u toku kojih su izvršeni ti masakri koji, kao što je naznačeno u paragrafu 297 gore u tekstu, predstavljaju zločin genocida.

Podnosilac tužbe nije dokazao da su savezni organi u Beogradu, niti bilo koji drugi organ SRJ, izdavali naloge za izvršenje masakra, a još manje da je bilo koji takav nalog izdat sa specifičnom namjerom (*dolus specialis*) koja karakterizira zločin genocida, a što bi moralo postojati da bi se Tužena strana smatrala odgovornom po toj osnovi. Sve indikacije govore suprotno: da su odluku o ubijanju odrasle muške populacije muslimanske zajednice u Srebrenici donijeli neki pripadnici Glavnog štaba VRS, ali bez naloga SRJ ili bez njene efektivne kontrole.

Što se tiče ubistava koje je izvršila paravojna formacija Škorpioni, posebno u Trnovu (paragraf 289 gore u tekstu), čak i da je prihvaćeno da su ona predstavljala element genocida počinjen na području Srebrenice, što nije jasno utvrđeno na osnovu dosadašnjih odluka koje je MKTBJ donio (vidjeti posebno odluku Pretresnog vijeća, 12. april 2006. u slučaju *Stanišić i Simatović*, IT-03-69), nije dokazano da su ona izvršena niti po nalogu niti pod kontrolom organa SRJ.

414. Konačno, Sud konstatira da se niti jedna situacija, osim onih koje se spominju u članu 4 i 8 Odredaba KMP o odgovornosti države, kada se konkretno ponašanje može pripisati državi, ne uklapa u okolnosti ovog spora u smislu mogućnosti pripisivanja genocida u Srebrenici Tuženoj strani. Sud ne smatra da je u poziciji da u ovoj fazi treba odlučiti o tome da li odredbe KMP koje se bave pitanjem pripisivanja, osim članova 4 i 8, izražavaju međunarodno običajno pravo, s obzirom da se nijedan od tih članova ne odnosi na ovaj spor. Djela koja predstavljaju genocid nisu izvršile osobe ili subjekti koje je, s obzirom da nisu bili organi SRJ, ona ovlasila da vrše elemente državne vlasti (član 5), niti organi koje je neka druga država stavila na raspolaganje Tuženoj strani (član 6), niti osobe koje faktički sprovode državne ovlasti u odsustvu ili zbog nefunkcioniranja zvaničnih organa vlasti Tužene strane (član 9); konačno, Tužena strana nije priznala i prihvatila ponašanje počinilaca djela genocida kao svoje vlastito ponašanje (član 11).

415. Sud zaključuje, na osnovu gore navedenog, da se djela onih koji su počinili genocid u Srebrenici ne mogu pripisati Tuženoj strani na osnovu pravila međunarodnog prava o odgovornosti države: prema tome,

međunarodna odgovornost Tužene strane nije nastala na ovoj osnovi.

\* \*

\*

### **VIII. Pitanje odgovornosti za djela navedena u članu III (b) do (e) Konvencije o genocidu, u odnosu na Srebrenicu**

416. Sud sada prelazi na drugo od pitanja spomenutih u paragrafu 379 gore u tekstu, odnosno, ono koje se odnosi na moguću odgovornost Tužene strane po osnovu jednog od djela koja se tiču genocida, iz člana III Konvencije. To su: udruživanje radi izvršenja genocida (član III, tačka (b)), direktno i javno podsticanje na izvršenje genocida (član III, tačka (c)), pokušaj izvršenja genocida (član III, tačka (d)) - iako nije podniet nikakav zahtjev pod ovim podnaslovom u konačnim podnescima Podnosioca tužbe koji se tiču ovog spora - i saučesništvo u genocidu (član III, tačka (e)). Iz već iznijetih razloga (paragraf 380 gore u tekstu), Sud mora donijeti odluku o ovom pitanju budući da je odgovorio negativno na prethodno pitanje, koje se tiče odgovornosti Tužene strane u izvršenju genocida.

417. Jasno je na osnovu ispitivanja činjenica u ovom sporu da su stavovi (b) i (c) člana III u ovom slučaju irelevantni. Nije dokazano da su organi SRJ ili osobe koje djeluju po uputama ili pod efektivnom kontrolom te države počinili djela koja bi se mogla okvalificirati kao “udruživanje radi izvršenja genocida” (član III, tačka (b)) ili kao “direktno i javno podsticanje na izvršenje genocida” (član III, tačka (c)) ako se uzmu u obzir, kako ovdje treba, samo događaji u Srebrenici. Što se tiče tačke (b) - a što je naprijed u tekstu rečeno o pripisivanju djela genocida Tuženoj strani, odnosno da su masakre počinile osobe ili grupe osoba (posebno VRS) koje nisu imale karakter organa Tužene strane i koje nisu postupale po nalogu niti su bile pod efektivnom kontrolom Tužene strane - dovoljno je da se isključi odgovornost ove druge u tom smislu. Što se tiče tačke (c), niti jedna informacija na koju je Sudu skrenuta pažnja nije dovoljna da bi se utvrdilo da su organi Tužene strane ili osobe koje su djelovale po njenim nalogima ili pod njenom efektivnom kontrolom direktno i javno podsticale na izvršenje genocida u Srebrenici; niti je dokazano, u tom smislu, da su ti organi ili osobe podsticali na izvršenje

djela genocida na bilo kojem drugom dijelu teritorije Bosne i Hercegovine. U pogledu toga, Sud mora prihvatiti samo precizne i nepobitne dokaze, koji očigledno nedostaju.

418. Mnogo je delikatnije pitanje da li se može prihvatiti da se djela koja se mogu okvalificirati kao “saučesništvo u genocidu”, u okviru značenja člana III, tačka (e), mogu pripisati organima Tužene strane ili osobama koje djeluju po njenim nalogima ili pod njenom efektivnom kontrolom.

Ovo pitanje zahtijeva određene prethodne napomene.

419. Prvo, pitanje “saučesništva” treba razlikovati od pitanja da li su počinioci djela genocida izvršenih u Srebrenici postupali po nalogima ili na osnovu usmjeravanja ili efektivne kontrole organa SRJ, što je već razmatrano i na što je odgovoreno negativno. Istina je da se u nekim nacionalnim sistemima krivičnog prava izdavanje naloga ili naredbi osobama da izvrše krivično djelo smatra znakom saučesništva u izvršenju tog djela. Međutim, u konkretnom kontekstu primjene prava o međunarodnoj odgovornosti kada se radi o genocidu, ukoliko bi se utvrdilo da je genocidno djelo izvršeno po nalogu ili po osnovu usmjeravanja neke države, nužan zaključak bi bio da se genocid pripisuje toj državi, koja bi bila direktno odgovorna za njega u skladu s pravilom spomenutim gore u tekstu (paragraf 398) i ne bi se pokretalo nikakvo pitanje saučesništva. Ali, kako je već rečeno, to nije slučaj u ovom sporu.

Međutim, nema sumnje da “saučesništvo” u smislu člana III, tačka (e), Konvencije, uključuje i osiguravanje sredstava da bi se omogućilo ili olakšalo izvršenje zločina; upravo se na ovaj aspekt Sud treba fokusirati. U tom smislu, značajno je konstatirati da, iako “saučesništvo”, kao takvo, ne predstavlja pojam koji se nalazi u postojećoj pravnoj terminologiji pravila o međunarodnoj odgovornosti, ono je slično kategoriji koja se nalazi u običajnim pravilima koja su sastavni dio prava o državnoj odgovornosti, a to je “pružanje pomoći ili podrške” koju neka država osigurava za izvršenje protupravnog djela od druge države.

420. U vezi s tim bi se trebalo pozvati na član 16 Odredaba KMP o odgovornosti države, koji odražava običajno pravilo i glasi:

## “Član 16

### *Pružanje pomoći ili podrške u vršenju nekog međunarodnog protupravnog djela*

Država koja pruža pomoć ili daje podršku drugoj državi u izvršenju međunarodnog protupravnog djela međunarodno je odgovorna za takav postupak:

a) ukoliko ta država to čini svjesna da se radi o međunarodnom protupravnom djelu i

b) ukoliko bi to djelo bilo međunarodno protupravno ako bi ga izvršila ta država.”

Iako ova odredba nije direktno relevantna za ovaj spor, jer se odnosi na situaciju koju karakterizira odnos između dviju država, ona ipak zaslužuje da bude razmotrena. Sud ne vidi nikakav razlog da pravi suštinsku razliku između “saučesništva u genocidu”, u okviru značenja člana III, tačke (e), Konvencije i “pružanja pomoći i podrške” države u činjenju protupravnih djela koja vrši druga država u okviru značenja gore spomenutog člana 16 - stavljajući po strani hipotetičko pitanje o davanju naloga i usmjeravanja ili vršenja efektivne kontrole, čiji efekti, prema pravilima o međunarodnoj odgovornosti, izlaze izvan okvira saučesništva. Drugim riječima, da bi se utvrdilo da li je Tužena strana odgovorna za “saučesništvo u genocidu” u okviru značenja člana III, tačke (e), što Sud sad treba utvrditi, on mora ispitati da li su organi države Tužene strane, ili osobe koje su postupale po njenim nalogima ili po njenom navođenju ili pod njenom efektivnom kontrolom, dali “pomoć ili podršku” u izvršenju genocida u Srebrenici, što se po smislu umnogome ne razlikuje od njihovog značenja u skladu s poimanjem općih pravila o međunarodnoj odgovornosti.

421. Prije no što Sud prijeđe na razmatranje činjenica, potrebno je iznijeti još jedno zapažanje. Ono se tiče veze između specifične namjere (*dolus specialis*), koja karakterizira zločin genocida, i motiva, koji inspiriraju djela saučesnika (u smislu označavanja osobe koja pomaže ili pruža pomoć neposrednim počiniocima zločina): postavlja se pitanje da li saučesništvo pretpostavlja da saučesnik dijeli specifičnu namjeru (*dolus specialis*) glavnog počinioca. Bez obzira na odgovor na ovo pitanje, nema sumnje da se ponašanje

nekih organa ili osoba, koji pomažu ili pružaju pomoć izvršiocu zločina genocida, ne može tretirati kao saučesništvo u genocidu, osim ukoliko je taj organ ili osoba postupala svjesno, odnosno, poznavala specifičnu namjeru (*dolus specialis*) glavnog počinioca. Ukoliko taj uvjet nije ispunjen, to je dovoljno da se kvalifikacija o saučesništvu isključi. Sud će, prema tome, prvo razmotriti da li je ovaj drugi uvjet u ovom slučaju ispunjen. Samo u slučaju potvrdnog odgovora na to činjenično pitanje Sud će morati razmotriti i odlučiti o gore navedenom pravnom pitanju.

422. Sud nije uvjeren na osnovu dokaznih elemenata koje je pružio Podnosilac tužbe da su naprijed navedeni uvjeti ispunjeni. Nema sumnje da je prilično značajna pomoć političke, vojne i finansijske prirode, koju je SRJ počela pružati Republici Srpskoj i VRS mnogo prije tragičnih događaja u Srebrenici, nastavljena i tokom tih događaja. U tom smislu, nesumnjivo je da su zločini u Srebrenici izvršeni, barem djelimično, sredstvima koje su počinioci tih djela imali na raspolaganju zahvaljujući općoj politici pružanja pomoći i podrške koju je prema njima vodila SRJ. Međutim, isključivi zadatak Suda je da utvrdi pravnu odgovornost Tužene strane, odgovornost koja podliježe sasvim posebnim uvjetima. Jedan od tih uvjeta nije ispunjen, jer u razmjeni argumentacije između strana u sporu nije utvrđeno, izvan svake sumnje, da li su vlasti SRJ snabdijevale - i da li su nastavile snabdijevati - lidere VRS koji su donosili odluke o spomenutim djelima genocida i izvršavali ih uz pomoć i podršku tih vlasti, u vrijeme kada su one nesumnjivo bile svjesne da će se genocid dogoditi ili da je on već u toku; drugim riječima, ne samo da će se masakri izvršiti ili da su već u toku već da njihovi počinioci imaju konkretnu namjeru koja karakterizira genocid, odnosno, namjeru da se potpuno ili djelimično uništi grupa ljudi kao takva.

423. Bez sumnje, odlučujuće je, u vezi s tim, istaći da nije uvjerljivo dokazano da su vlasti u Beogradu bile upoznate s odlukom da se fizički likvidira odraslo muško stanovništvo muslimanske zajednice Srebrenice onda kada je ta odluka donijeta; Sud je utvrdio (paragraf 295 gore u tekstu) da je ta odluka donesena neposredno prije nego što se pristupilo njenoj realizaciji, a što je bio proces koji je veoma kratko trajao (u suštini između 13. i 16. jula 1995), uprkos izuzetno velikom broju žrtava. Prema tome, nije pouzdano utvrđeno da je, u ključno vrijeme, SRJ pružala pomoć počiniocima genocida uz puno saznanje da će se pomoć koju pruža koristiti za izvršenje genocida.

424. Sud zaključuje, na osnovu gore navedenog, da nije nastala međunarodna odgovornost Tužene strane za djela saučesništva u genocidu iz člana III, tačka (e) Konvencije. U svjetlu ovog i gore navedenih zaključaka koji se tiču ostalih tačaka Člana III, Tužena strana ne snosi međunarodnu odgovornost prema članu III, uzetom u cijelosti.

\*

\* \*

### **IX. Pitanje odgovornosti zbog nepoštivanja obaveza sprečavanja i kažnjavanja genocida**

425. Sud se sada okreće trećem i posljednjem od pitanja izloženih u paragrafu 379 gore u tekstu: da li se Tužena država pridržavala obaveza sprečavanja i kažnjavanja genocida prema Članu I Konvencije?

Uprkos postojanju jasne veze između dužnosti sprečavanja genocida i dužnosti kažnjavanja njegovih počinilaca, ovo su, po mišljenju Suda, dvije posebne, a ipak povezane obaveze, od kojih se svaka mora pojedinačno razmotriti.

426. Istina je da same odredbe člana I Konvencije, već samim izborom riječi, ukazuju na blisku vezu između sprečavanja i kažnjavanja: “Ugovorne strane potvrđuju da genocid, izvršen kako u ratu tako i u miru, predstavlja zločin prema međunarodnom pravu, koji se one obavezuju spriječiti i kazniti.” Također je tačno da je jedan od najefikasnijih načina sprečavanja krivičnih djela uopće propisivanje kazni za osobe koje takva djela vrše, te da se takve kazne efikasno primjenjuju na one koji vrše djela koja se nastoje spriječiti. Konačno, tačno je i da se Konvencija, iako u drugim članovima obuhvata prilično detaljne odredbe koje se tiču dužnosti kažnjavanja (član III-VII), samo u članu VIII vraća na obavezu sprečavanja navedenu kao princip u članu I:

“Svaka se ugovorna strana može obratiti nadležnim organima Ujedinjenih nacija da, u skladu s Poveljom Ujedinjenih nacija, preduzmu akciju koju smatraju odgovarajućom radi sprečavanja i suzbijanja djela genocida ili bilo kojeg drugog djela navedenog u članu III.”

427. Međutim, ne može se zaključiti da obaveza sprečavanja nema svoju odvojenu pravnu egzistenciju, da je na neki način obuhvaćena obavezom kažnjavanja i da jedino njeno izvršenje može biti predmet razmatranja Suda. Obaveza svake države ugovorne strane da spriječi genocid ima normativni značaj i obavezujući karakter. Ona nije spojena s obavezom kažnjavanja, niti se može smatrati kao jednostavni sastavni dio te obaveze. Ona ima svoj vlastiti značaj koji se prostire izvan specifičnog slučaja predviđenog članom VIII, a to je obraćanje nadležnim organima Ujedinjenih nacija radi preduzimanja adekvatne akcije: čak i onda kada se obrati tim organima, to ne znači da su države ugovorne strane Konvencije oslobođene obaveze da preduzmu akciju, u mjeri u kojoj to mogu, da spriječe izvršenje genocida, uz istovremeno poštivanje Povelje Ujedinjenih nacija i eventualnih odluka koje donesu nadležni organi UN.

To je razlog zašto će Sud prvo pristupiti razmatranju načina na koji je Tužena strana ispunila svoju obavezu sprečavanja, prije nego što analizira situaciju u pogledu obaveze kažnjavanja.

### **(1) Obaveza sprečavanja genocida**

428. Što se tiče obaveze sprečavanja genocida, Sud smatra da je potrebno početi sa slijedećim uvodnim napomenama i razjašnjenjima, čime se nadopunjuju gore navedena zapažanja.

429. Prvo, Konvencija o genocidu nije jedini međunarodni instrument koji predviđa obavezu država ugovornih strana da preduzimaju određene korake radi sprečavanja djela koja se njome zabranjuju. Mnogi drugi instrumenti predviđaju sličnu obavezu, u raznim oblicima: vidjeti, naprimjer, Konvenciju protiv torture i drugog okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 10. decembra 1984 (član 2); Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina protiv međunarodno zaštićenih osoba, uključujući diplomatske predstavnike, od 14. decembra 1973 (član 4); Konvenciju o sigurnosti osoblja Ujedinjenih nacija i njenih pridruženih organizacija od 9. decembra 1994 (član 11); Međunarodnu konvenciju o suzbijanju terorističkih bombaških napada od 15. decembra 1997 (član 15). Sadržaj obaveze sprečavanja varira od jednog do drugog instrumenta, u skladu s formulacijom relevantnih odredaba i u ovisnosti o prirodi djela koje treba spriječiti.

Sud, u ovom slučaju, nema namjeru utvrditi opću sudsku praksu koja bi bila primjenjiva na sve slučajeve gdje ugovorni instrument, ili neka druga obavezujuća pravna norma, uključuje obavezu država da spriječe određena djela. Još manje se odlukom ovog Suda namjerava utvrditi da li, izuzev tekstova primjenjivih na konkretne oblasti, postoji opća obaveza država da spriječe da druge osobe ili tijela izvrše djela koja su u suprotnosti s određenim normama općeg međunarodnog prava. Sud će se, prema tome, ograničiti na utvrđivanje konkretnog okvira obaveze sprečavanja prema Konvenciji o genocidu i u onoj mjeri u kojoj je takvo utvrđivanje neophodno radi donošenja odluke u sporu koji se pred njim nalazi. Time se on, naravno, ne oslobađa neophodnosti pozivanja, ukoliko je to potrebno, na pravna pravila čiji okvir izlazi iz konkretne oblasti obuhvaćene Konvencijom.

430. Drugo, jasno je da je obaveza o kojoj se radi obaveza ponašanja, a ne rezultata, u smislu da se jednoj državi, bez obzira na okolnosti, ne može nametnuti obaveza da uspije spriječiti izvršenje genocida: obaveza strana ugovornica je da primijene sva njima razumno raspoloživa sredstva da bi se genocid spriječio u mjeri u kojoj je to moguće. Odgovornost države ne nastaje iz jedinog razloga što željeni rezultat nije ostvaren; međutim, odgovornost nastaje ukoliko država očigledno nije preduzela sve mjere koje su bile u njenoj moći da spriječi genocid, a koje bi mogle doprinijeti njegovom sprečavanju. U ovoj oblasti pojam “dužna pažnja”, koji zahtijeva ocjenu *in concreto*, od ključne je važnosti. Prilikom ocjenjivanja da li je neka država valjano izvršila datu obavezu primjenjuju se razni parametri. Prvi, koji se razlikuje od jedne države do druge, predstavlja nesumnjivo sposobnost da se efektivno utječe na postupke osoba za koje je vjerovatno da mogu izvršiti ili su u toku izvršenja genocida. Sama ova mogućnost zavisi, između ostalog, od geografske udaljenosti date države od mjesta događaja, te od jačine političkih veza, kao i svih drugih veza, između vlasti te države i glavnih učesnika u događajima. Mogućnost države da utječe mora se ocijeniti i na osnovu pravnih kriterija, jer je jasno da svaka država može djelovati samo u okviru granica koje joj dopušta međunarodno pravo; imajući to u vidu, mogućnost države da utječe može varirati u zavisnosti od njene određene pravne pozicije u odnosu na situacije i osobe suočene s opasnošću ili realnošću genocida. S druge strane, irelevantno je da li država o čijoj se odgovornosti radi, tvrdi ili čak dokazuje da, čak i da je iskoristila sva sredstva koja su joj razumno stajala na raspolaganju, ona ne bi bila dovoljna da se spriječi izvršenje genocida. Iako je to generalno teško dokazati, to je irelevantno za nepoštivanje obaveze ponašanja koje je



u pitanju, tim prije što ostaje mogućnost da bi se zajedničkim naporima više država, pri čemu bi se svaka pridržavala svoje obaveze sprečavanja, možda ostvario rezultat - sprečavanje izvršenja genocida - što se ne bi moglo postići naporima samo jedne države.

431. Treće, država se može smatrati odgovornom za nepoštivanje obaveze sprečavanja genocida samo ukoliko je genocid zaista i izvršen. Onda kada počne izvršenje zabranjenog djela (genocida ili nekog drugog djela navedenog u članu III Konvencije), tada dolazi i do povrede obaveze sprečavanja. U ovom smislu, Sud se poziva na pravila o odgovornosti države, koju je KMP navela u članu 14, paragraf 3, Odredaba o odgovornosti države:

“ .....

3. Do kršenja međunarodne obaveze, kojom se zahtijeva od države da spriječi određeni događaj, dolazi onda kada se on dogodi i proteže se na cijeli period tokom kojeg se nastavlja i ostaje u koliziji s tom obavezom.”

Međutim, to ne znači da obaveza sprečavanja genocida nastaje samo onda kada se počne s izvršenjem genocida; to bi bilo apsurdno, jer je cijeli smisao obaveze da se spriječi ili da se pokuša spriječiti činjenje tog djela. Zapravo, obaveza države da spriječi i odgovarajuća obaveza da djeluje nastaje onog trenutka kada država sazna, ili bi bilo potrebno da je znala, u normalnim okolnostima, o postojanju ozbiljne opasnosti od izvršenja genocida. Od tog trenutka nadalje, ukoliko država raspolaže sredstvima koja bi mogla imati zastrašujući karakter za one za koje se sumnja da pripremaju genocid ili za koje postoji osnovana sumnja da podstiču specifičnu namjeru (*dolus specialis*), ona je dužna ta sredstva koristiti u zavisnosti od okolnosti. Međutim, ukoliko uopće ne dođe do izvršenja genocida niti nekog drugog djela navedenog u članu III Konvencije, tada se država, koja nije djelovala onda kada je trebala djelovati, ne može smatrati odgovornom *a posteriori*, jer se događaj nije dogodio do čega, prema ranije spomenutom pravilu, mora doći da bi postojala povreda obaveze sprečavanja.

Dakle, u ovom slučaju Sud će morati razmotriti ponašanje Tužene strane u svjetlu njene obaveze sprečavanja, isključivo u odnosu na masakre u Srebrenici, jer su to jedina djela za koje je Sud u ovom sporu zaključio da je genocid izvršen.

432. I na kraju, četvrto, Sud smatra da je izuzetno važno da se istakne razlika između uvjeta koje treba ispuniti da bi se moglo proglasiti da je neka država prekršila obavezu sprečavanja genocida – u okviru značenja člana I Konvencije - i onih koje je trebalo ispuniti da bi se država smatrala odgovornom za “saučesništvo u genocidu” – u smislu značenja člana III, tačka (e) - kako je prethodno iznijeto. Postoje dvije osnovne razlike; one su toliko značajne da je nemoguće tretirati te dvije kategorije prekršaja na isti način.

Na prvome mjestu, kao što je ranije u tekstu rečeno, saučesništvo uvijek nužno pretpostavlja da je poduzeta neka pozitivna akcija u cilju pružanja pomoći i podrške počiniocima genocida, dok kršenje obaveze sprečavanja nastaje na osnovu propusta da se usvoje i primjene adekvatne mjere u cilju sprečavanja izvršenja genocida. Drugim riječima, dok saučesništvo proistječe iz djelovanja, kršenje obaveze sprečavanja proizlazi iz propusta; to je samo odraz shvatanja da zabrana genocida i ostalih djela navedenih u članu III, uključujući saučesništvo, stavlja države pred negativnu obavezu, odnosno obavezu nevršenja zabranjenih djela, dok dužnost sprečavanja stavlja države pred pozitivnu obavezu - da daju sve od sebe da bi se osiguralo da do takvih djela ne dođe.

Na drugome mjestu, kako je također gore u tekstu rečeno, jedna se država ne može proglasiti odgovornom za saučesništvo, osim ako su barem njeni organi bili svjesni da će se genocid izvršiti ili da je u toku i ako je pomoć i podrška koja je, od trenutka kada su oni toga postali svjesni pa nadalje, počiniocima krivičnih djela ili onima koji su se spremali izvršiti ih, omogućila ili olakšala izvršenje tih djela. Drugim riječima, saučesnik mora pružiti podršku izvršenju genocida uz puno saznanje o činjenicama. Za razliku od toga, može se proglasiti da je država prekršila obavezu sprečavanja, iako ona, u vrijeme kada je trebala djelovati, ali je to propustila, nije imala sigurna saznanja da će se genocid izvršiti ili da je u toku; da bi na ovoj osnovi nastala njena odgovornost, dovoljno je da je država bila svjesna ili da je trebala imati saznanja, pod normalnim okolnostima, o postojanju velike opasnosti da će biti izvršena djela genocida. Kako će se vidjeti dalje u tekstu, ova druga razlika mogla bi se pokazati odlučujućom u ovom sporu za utvrđivanje odgovornosti nastale u pogledu Tužene strane.

433. U svjetlu gore navedenog, Sud će sada razmotriti činjenice ovoga spora. Iz razloga koje je naprijed u tekstu naveo (paragraf 431), on će se ograničiti na ponašanje SRJ u odnosu na masakre u Srebrenici.

434. Sud najprije konstatira da je tokom razmatranog perioda SRJ na bosanske Srbe, koji su osmislili i izvršili genocid u Srebrenici, imala utjecaj neuporediv s utjecajem bilo koje druge države ugovorne strane Konvencije o genocidu, zahvaljujući jačini političkih, vojnih i finansijskih veza koje su postojale između SRJ, s jedne, i Republike Srpske i VRS, s druge strane, koje su, iako nešto slabije u odnosu na prethodni period, ipak ostale veoma jake.

435. Drugo, Sud ne može da ne konstatira da je, odnosnog datuma, SRJ bila vezana veoma specifičnim obavezama na temelju dva naloga kojima se određuju privremene mjere koje je Sud donio 1993. Posebno u svom Nalogu od 8. aprila 1993, Sud je, između ostalog, izjavio da nije u mogućnosti u ovoj ranoj fazi postupka donijeti “definitivne zaključke o činjenicama ili pripisivanjem krivice” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993, strana 22, tačka 44*), da smatra SRJ dužnom:

“da pazi da nijedna od vojnih, paravojnih ili neregularnih vojnih jedinica koje bi mogle biti pod njenim autoritetom ili imati njenu podršku, kao niti jedna organizacija ili osoba koje se eventualno nalaze pod njenom kontrolom, usmjeravanjem ili utjecajem, ne izvrše djelo genocida, udruživanja radi izvršenja genocida, direktnog i javnog podsticanja na izvršenje genocida ili djela saučesništva u genocidu...” (*Ibid.*, strana 24, paragraf 52A).

U prethodnome citatu Sud upotrebljava riječ “utjecaj”, što posebno ukazuje na činjenicu da se taj Nalog ne odnosi samo na osobe ili subjekte čije je ponašanje pripisivo SRJ, već i na sve one s kojima je Tužena strana održavala bliske veze i na koje je ona mogla imati određen utjecaj. Iako su u principu ova dva pitanja odvojena, te iako se ovo drugo pitanje mora analizirati dalje u tekstu, nije moguće, posmatrajući način na koji je Tužena strana ispunjavala svoju obavezu sprečavanja prema Konvenciji, da se ne uzme u obzir obaveza koju je ona imala, doduše na različitoj osnovi, da sprovodi privremene mjere koje je Sud odredio.

436. Treće, Sud podsjeća da iako nije utvrdio da su informacije koje su stajale na raspolaganju beogradskim vlastima ukazivale, sa sigurnošću, da genocid neposredno predstoji (zbog čega saučesništvo u genocidu nije potvrđeno, gore u tekstu: paragraf 424), teško da one nisu bile svjesne ozbiljne opasnosti od genocida kada su snage VRS odlučile zauzeti enklavu Srebrenica. Među dokumentima koji sadrže informacije koje jasno ukazuju da je takva

svijest postojala, treba spomenuti gore citirani Izvještaj (vidjeti paragrafe 283 i 285 gore u tekstu) Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija koji je izrađen u skladu s Rezolucijom Generalne skupštine, broj 53/35, o “padu Srebrenice” (Dokument Ujedinjenih nacija broj A/54/549) u kome se spominje posjeta Beogradu, 14. jula 1995, pregovarača Evropske unije gospodina Bildta radi sastanka s gospodinom Miloševićem. Gospodin Bildt je, u suštini, obavijestio gospodina Miloševića o svojoj vrlo ozbiljnoj zabrinutosti i od njega je:

“uporno tražio... da Visokom komesarijatu UN za izbjeglice odmah da mogućnost pružanja pomoći stanovništvu Srebrenice i mogućnost MKCK-u da otpočne registraciju onih koje je Vojska bosanskih Srba držala kao ratne zarobljenike.”

437. Podnosilac tužbe je ukazao na neke dokaze koje je iznio general Wesley Clark pred MKTBJ u slučaju *Milošević*. General Clark se pozvao na razgovor koji je imao s Miloševićem tokom pregovora o Dejtonskom sporazumu. On je izjavio sljedeće:

“Otišao sam vidjeti Miloševića. Postavio sam mu sljedeće pitanje: ‘Ako ste imali toliko mnogo utjecaja nad tim (bosanskim) Srbima, kako ste mogli dopustiti generalu Mladiću da pobije sve te ljude u Srebrenici?’ Pogledao je prema meni. Izraz mu je bio veoma ozbiljan. Zastao je prije no što je odgovorio i rekao: ‘Pa, generale Clark, ja sam ga upozorio da to ne čini, ali me nije poslušao.’ A to je bilo u kontekstu cjelokupnog publiciteta u to vrijeme oko masakra u Srebrenici” (*Milošević*, IT-02-54-T, zapisnik saslušanja, 16. decembar 2003, strane 30494-30495).

U svjedočenju pred MKTBJ General Clark je iznio kao svoje mišljenje da okolnosti ukazuju da je Milošević imao prethodna saznanja o onome što će biti “vojna operacija praćena masakrom” (*Ibid.*, strana 30497). Zapisnici MKTBJ pokazuju da je Milošević negirao da je ikada dao takvu izjavu na koju se general Clark poziva, ali se Pretresno vijeće u svojoj Odluci od 16. juna 2004. ipak oslonilo na svjedočenje generala Clarka kada je odbacilo Prijedlog za oslobađajuću presudu (*Milošević*, IT-02-54-T, Odluka o Prijedlogu za oslobađajuću presudu, 16. juni 2004, paragraf 280).

438. S obzirom na svoj neosporni utjecaj i informacije koje su posjedovale, a koje su izražavale ozbiljnu zabrinutost, jugoslavenske savezne vlasti trebale su, prema mišljenju Suda, uraditi najbolje što su mogle, u okviru

svojih ovlasti, da pokušaju i spriječe tragične događaje koji su se tada kreirali, čije su razmjere, ako se nisu mogle sa sigurnošću predvidjeti, eventualno mogle barem naslutiti. Rukovodstvo SRJ, a prije svega predsjednik Milošević, bili su potpuno svjesni atmosfere duboko ukorijenjene mržnje koja je vladala između bosanskih Srba i muslimana na području Srebrenice. Kao što je Sud konstatirao u paragrafu 423 gore u tekstu, nije dokazano da su beogradske vlasti bile upoznate s odlukom da se fizički uništi cjelokupno stanovništvo odraslih muškaraca muslimanske zajednice Srebrenice. Ipak, uzimajući u obzir cjelokupnu međunarodnu zabrinutost za ono što je izgledalo vjerovatno da će se dogoditi u Srebrenici, a imajući u vidu Miloševićeve vlastite primjedbe upućene Mladiću koje jasno ukazuju da je postojala spoznaja o opasnostima i da su te opasnosti bile takvog karaktera da su mogle sugerirati namjeru o izvršenju genocida, ako se ništa ne učini da se ukloni opasnost, moralo je biti jasno da postoji ozbiljan rizik od izvršenja genocida u Srebrenici. Međutim, Tužena strana nije pokazala da je preduzela bilo kakvu inicijativu da se spriječi ono što se dogodilo ili bilo kakvu akciju sa svoje strane da spriječi izvršene zločine. Prema tome, mora se zaključiti da organi Tužene strane nisu uradili ništa da se spriječe masakri u Srebrenici, tvrdeći da su bili nemoćni da to učine, što se teško uklapa u kontekst njihovog poznatog utjecaja na VRS. Kao što je ranije u tekstu navedeno, da bi se neka država smatrala odgovornom za kršenje obaveze sprečavanja, nije potrebno da se dokaže da je odnosna država nesumnjivo imala moć da spriječi genocid; dovoljno je da je imala sredstva da reagira u tom smislu i da se ona očigledno uzdržala da ih primijeni.

To je slučaj u ovome sporu. S obzirom na naprijed navedeno, Sud zaključuje da je Tužena strana prekršila obavezu sprečavanja genocida u Srebrenici i da to povlači njenu međunarodnu odgovornost.

\* \*

## **(2) Obaveza kažnjavanja genocida**

439. Sud sada razmatra pitanje poštivanja, od Tužene strane, njene obaveze kažnjavanja genocida koja proistječe iz člana I i drugih relevantnih odredbi Konvencije.

440. U svom petom konačnom podnesku, Bosna i Hercegovina zahtijeva od Suda da presudi i izjasni se:

“5. Da je Srbija i Crna Gora prekršila i da nastavlja kršiti obaveze koje proizlaze iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida nekažnjavanjem i nastavljanjem nekažnjavanja djela genocida ili bilo kojih drugih djela zabranjenih Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, kao i neprebacivanjem i nastavljanjem propuštanja da prebaci u Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju osobe optužene za genocid ili bilo koje drugo djelo zabranjeno tom Konvencijom i da u potpunosti saraduje s tim Tribunalom.”

441. Ovaj podnesak implicitno se odnosi na član VI Konvencije, prema kome:

“Osobama optuženim za genocid ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III sudi nadležni sud države na čijem je teritoriju djelo počinjeno ili međunarodni krivični tribunal koji ima nadležnost u odnosu na one ugovorne strane koje su prihvatile njegovu nadležnost.”

442. Sud najprije podsjeća da genocid u Srebrenici, za koji je naprijed u tekstu utvrđeno da je počinjen, nije izvršen na teritoriji Tužene strane. Na osnovu toga on zaključuje da se Tužena strana ne može optužiti zato što nije pred svojim sudovima sudila onima koji su optuženi za učešće u genocidu, bilo kao glavni izvršioci bilo kao saučesnici, ili za izvršenje nekog od ostalih djela navedenih u članu III Konvencije u vezi s genocidom u Srebrenici. Čak iako bi domaće zakonodavstvo Srbije dalo nadležnost svojim krivičnim sudovima da sude takvim optuženim osobama, pretpostavljajući čak da bi ti postupci bili u skladu s drugim međunarodnim obavezama Srbije, između ostalog, njenom obavezom da saraduje s MKTBJ, na što će se Sud dalje u tekstu vratiti, obaveza suđenja počinocima masakra u Srebrenici pred domaćim sudovima Srbije ne može se izvesti iz člana VI. Član VI ne obavezuje samo ugovorne strane da uspostave i vrše teritorijalnu krivičnu nadležnost; iako on zasigurno ne zabranjuje državama da, u vezi s genocidom, prenose nadležnost na svoje krivične sudove na osnovu drugih kriterija koji se ne tiču mjesta gdje je zločin izvršen, a koji su u skladu s međunarodnim pravom, posebno nacionalnošću optuženih, Sud ih ne obavezuje da to i učine.

443. Dakle, Sud sada mora svoju pažnju usmjeriti na obavezu država ugovornih strana, spomenutu u prethodnom stavu, da saraduju s “međunarodnim krivičnim tribunalom”. Sigurno je da, od momenta kada je takav sud uspostavljen, član VI obavezuje ugovorne strane “koje prihvate njegovu

nadležnost” da s njim saraduju, što podrazumijeva da će uhapsiti osobe optužene za genocid a koje se nalaze na njihovoj teritoriji – čak i onda kada je zločin koji im se stavlja na teret izvršen izvan te teritorije – i da će ih, ukoliko se ne pokrene krivični postupak protiv njih pred vlastitim sudovima ugovornih strana, izručiti radi suđenja nadležnom međunarodnom sudu.

444. Da bi utvrdio da li je Tužena strana ispunila svoje obaveze u ovom smislu, Sud mora prvo odgovoriti na dva prethodna pitanja: Da li MKTBJ predstavlja “međunarodni krivični tribunal” u smislu značenja člana VI? Da li se treba smatrati da je Tužena strana “prihvatila nadležnost” suda u okviru značenja te odredbe?

445. Što se tiče prvog pitanja, Sud smatra da odgovor definitivno mora biti potvrđan. Pojam “međunarodni krivični sud”, u smislu značenja člana VI, mora obuhvatiti barem sve međunarodne krivične sudove osnovane nakon usvajanja Konvencije (kada jedan takav sud nije postojao) s potencijalno univerzalnim djelokrugom, a koji su nadležni da sude počiniocima genocida ili bilo kojeg drugog djela navedenom u članu III. Priroda pravnog instrumenta, na osnovu kojeg je takav sud osnovan, bez značaja je u tom pogledu. Prilikom izrade Konvencije o genocidu, njeni su autori vjerovatno smatrali da će takav sud biti osnovan na bazi ugovora: jasan pokazatelj toga nalazi se u pozivanju na “one ugovorne strane koje su prihvatile nadležnost” međunarodnog krivičnog suda. Ipak, bilo bi suprotno suštini odredbe da se pojam “međunarodni krivični sud” tumači restriktivno da bi se iz njega isključio sud koji je, kao što je to slučaj s MKTBJ, osnovan u skladu s Rezolucijom Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija na osnovu Poglavlja VII Povelje. Sud nije otkrio niti jedan element koji bi sugerirao da su autori Konvencije razmatrali takvu mogućnost, ali im se ne može pripisati ni namjera da ga isključe.

446. Pitanje da li se treba smatrati da je Tužena strana “prihvatila nadležnost” MKTBJ u okviru značenja člana VI, mora biti formulirano na slijedeći način: Da li je Tužena strana obavezna prihvatiti nadležnost MKTBJ i saradivati s Tribunalom na temelju Rezolucije Vijeća sigurnosti kojom je on uspostavljen ili na temelju neke druge norme međunarodnog prava? Ako je to tako, trebalo bi zaključiti da, što se tiče Tužene strane, saradnja s MKTBJ predstavlja u isto vrijeme obavezu koja proizlazi iz odnosne Rezolucije i iz Povelje Ujedinjenih nacija ili neke druge norme međunarodnog prava koja obavezuje Tuženu stranu na saradnju, kao i obavezu koja proizlazi iz njenog

statusa ugovorne strane Konvencije o genocidu, a ovo posljednje je, bez sumnje, jedino direktno relevantno za ovaj slučaj.

447. Za potrebe ovoga spora, Sud je dužan samo utvrditi da li je SRJ, od trenutka kada je genocid u Srebrenici izvršen jula 1995, bila pod obavezom da saraduje s MKTBJ, i ako jeste, na kojoj osnovi. U tom cilju, dovoljno je da on konstatira da je SRJ bila pod obavezom da saraduje s MKTBJ najkasnije od 14. decembra 1995, što predstavlja datum potpisivanja i stupanja na snagu Dejtonskog sporazuma između Bosne i Hercegovine, Hrvatske i SRJ. Aneks I-A tog Sporazuma, koji strane obavezuje na osnovu njegovog člana II, predviđa da one moraju u potpunosti saradivati, posebno s MKTBJ. Tako, najkasnije od 14. decembra 1995. i barem na osnovu Dejtonskog sporazuma, mora se smatrati da je SRJ “prihvatila nadležnost” MKTBJ u smislu značenja člana VI Konvencije. Ova je činjenica Sudu dovoljna da pristupi razmatranju ovog spora, pošto je njegov zadatak da presudi da li se Tužena strana pridržavala obaveze koja proistječe iz člana VI Konvencije u odnosu na genocid u Srebrenici, od dana kada je on izvršen do danas, pošto se Podnosilac tužbe nije pozvao ni na jedan propust u vezi s poštivanjem obaveze o saradnji koji se dogodio konkretno između jula i decembra 1995. Slično tome, Sud nije dužan donijeti odluku da li je, između 1995. i 2000, obaveza SRJ da saraduje imala bilo koji drugi pravni osnov osim Dejtonskog sporazuma. Prijem SRJ u Ujedinjene nacije 2000. svakako je osigurao dodatni osnov za njenu obavezu saradnje: ali dok je pravna osnova time potvrđena, to nije promijenilo obim obaveze. Prema tome, za svrhe utvrđivanja načina na koji se Tužena strana pridržavala svoje obaveze prema članu VI Konvencije, nema potrebe praviti razliku između perioda prije i perioda nakon njenog prijema u članstvo Ujedinjenih nacija, u svakom slučaju od 14. decembra 1995. pa nadalje.

448. Osvrćući se sada na činjenice ovog spora, pitanje na koje Sud mora odgovoriti je da li je Tužena strana u potpunosti saradivala s MKTBJ, tako što je hapsila i izručivala Tribunalu sve osobe optužene za genocid kao rezultat masakara u Srebrenici, a koje se nalaze na njenoj teritoriji. U vezi s tim, Sud bi prvo konstatirao da je tokom usmene rasprave Tužena strana izjavila da je dužnost o saradnji bila poštivana nakon promjene režima u Beogradu 2000, tako indirektno priznajući da to nije bio slučaj u prethodnom periodu. Ponašanje organa SRJ prije promjene režima ipak povlači međunarodnu odgovornost Tužene strane u istoj mjeri kao i njenih državnih organa nakon tog datuma. Pored toga, Sud ne može a da ne prida određenu težinu brojnim i međusobno potvrđujućim informacijama koje ukazuju da se general Mladić,



kojega je MKTBJ optužio za genocid kao jednog od najodgovornijih za masakre u Srebrenici, nalazio na teritoriji Tužene strane najmanje u nekoliko prilika i to u prilično dugom vremenskom periodu tokom proteklih nekoliko godina i da se još uvijek možda tamo nalazi, a da srpske vlasti nisu učinile ono što su mogle i što mogu realno učiniti kako bi utvrdile gdje on živi i lišile ga slobode. Savjetnici Podnosioca tužbe posebno su se pozvali tokom postupka na nedavne izjave ministra za vanjske poslove Tužene strane koje su prenijete i u međunarodnoj štampi aprila 2006, a prema kojima su obavještajne službe ove države znale gdje Mladić živi u Srbiji, ali nisu obavijestile nadležne organe koji bi izdali nalog za njegovo hapšenje, jer su neki pripadnici tih službi navodno ostali lojalni tom bjeguncu. Vjerodostojnost i tačnost ovih izjava Tužena strana nije niti u jednom trenutku osporavala.

449. Prema tome, čini se da je Sud u dovoljnoj mjeri utvrdio da Tužena strana nije ispunila svoju obavezu o potpunoj saradnji s MKTBJ. Ovaj propust predstavlja povredu dužnosti Tužene strane kao strane potpisnice Dejtonskog sporazuma i kao članice Ujedinjenih nacija, a shodno tome i kršenje njenih obaveza prema članu VI Konvencije o genocidu. Sud, naravno, nema nadležnost u ovom sporu da proglasi da je Tužena strana prekršila bilo koju drugu obavezu osim onih predviđenih Konvencijom. Ali, s obzirom da Sud ima nadležnost proglasiti da je došlo do povrede člana VI u onoj mjeri u kojoj on obavezuje države na saradnju s “međunarodnim krivičnim sudom”, Sud može u tu svrhu utvrditi da su uvjeti za postojanje takve povrede ispunjeni. Jedan od tih uvjeta je da država, čija je odgovornost u pitanju, mora “prihvatiti nadležnost” tog “međunarodnog krivičnog suda”, što navodi Sud na konstataciju da je Tužena strana bila dužna prema drugim međunarodnim instrumentima, osim Konvencije, da sarađuje s odnosnim sudom i da tu dužnost nije obavila. U tom smislu, moraju se zbog toga podržati podnesci Podnosioca tužbe koji se odnose na kršenje članova I i VI Konvencije, a koja je izvršila Tužena strana.

450. Na osnovu naprijed iznijetih razmatranja slijedi da se Tužena strana nije pridržavala niti svoje obaveze sprečavanja niti svoje obaveze kažnjavanja genocida koje proizlaze iz Konvencije, te da je time nastala njena međunarodna odgovornost.

\*

\* \*

## X. Pitanje odgovornosti za neizvršavanje naloga Suda o privremenim mjerama

451. U svom sedmom podnesku Bosna i Hercegovina traži od Suda da presudi i izjasni se:

“7. Time što se nije pridržavala naloga za određivanje privremenih mjera koje je Sud donio 8. aprila 1993. i 13. septembra 1993, Srbija i Crna Gora je prekršila svoje međunarodne obaveze i dužna je Bosni i Hercegovini za ovo nepoštivanje osigurati simboličnu nadoknadu, u iznosu koji će Sud utvrditi.”

452. Sud zapaža da su njegovi “nalozi o privremenim mjerama prema članu 41 (Statuta) obavezujući” (*LaGrand (Njemačka protiv Sjedinjenih Američkih Država), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 2001*, strana 506, paragraf 109). Mada Sud nije imao priliku iznijeti takav zaključak, nego samo u presudi donesenoj nakon izdavanja naloga u vezi s ovim sporom, to ne utječe na obavezujući karakter tih naloga s obzirom da se u toj presudi Sud ograničio dati odredbama Statuta samo ono značenje i obim koje su one posjedovale od svog nastanka. On podsjeća da privremene mjere imaju za cilj zaštitu prava svake strane u sporu do konačne odluke Suda. Nalozi Suda od 8. aprila i 13. septembra 1993, kojima se određuju privremene mjere, stvorili su pravne obaveze koje su obje strane u sporu trebale poštivati.

453. U odlukama svog Naloga od 8. aprila 1993, paragraf 52, Sud je odredio slijedeće privremene mjere:

“A (1) .....

Vlada Savezne republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) trebala bi odmah, u skladu s preuzetim obavezama iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida od 9. decembra 1948, poduzeti sve potrebne mjere koje su u njenoj moći u cilju sprečavanja izvršenja zločina genocida;

(2) .....

Vlada Savezne republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) trebala bi posebno osigurati da nijedna od vojnih, paravojnih ili neregularnih oružanih

jedinica, koje su eventualno pod njenom kontrolom, usmjerenjima ili utjecajem, kao ni bilo koja organizacija i osoba koje bi se mogle nalaziti pod njenom kontrolom, usmjerenjima ili utjecajem, ne izvrše zločin genocida, udruživanja radi izvršenja genocida, direktnog i javnog podsticanja na izvršenje genocida ili saučesništva u genocidu, bilo da je takav zločin usmjeren protiv muslimanskog stanovništva Bosne i Hercegovine bilo protiv bilo koje druge nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe;

.....

B. ....

Vlada Savezne republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) i Vlada Republike Bosne i Hercegovine ne smiju preduzimati nikave radnje i trebaju osigurati da se ne preduzimaju nikakve radnje kojima bi se mogao pogoršati ili proširiti postojeći spor u vezi sa sprečavanjem ili kažnjavanjem zločina genocida, ili ga učiniti težim za rješavanje.”

454. Sud je ponovo potvrdio ove mjere u odlukama Naloga od 13. septembra 1993.

455. Iz svih pisanih i usmenih podnesaka Podnosioca tužbe, jasno je da Podnosilac tužbe ne optužuje Tuženu stranu zbog nepoštivanja mjere pod B gore u tekstu i da se njegovi podnesci odnose isključivo na mjere navedene u stavu A, tačka (1) i (2). Prema tome, Sud će samo u tim okvirima razmatrati da li se Tužena strana potpuno pridržavala svoje obaveze poštivanja mjera koje je Sud naložio.

456. Odgovor na ovo pitanje može se naći u logičkom zaključivanju u ovoj Presudi koje se odnosi na druge podneske Podnosioca tužbe Sudu. Iz toga je jasno da u vezi s masakrima u Srebrenici jula 1995, Tužena strana nije ispunila obavezu naznačenu u paragrafu 52 A (1) Naloga od 8. aprila 1992, a koja je potvrđena u Nalogu od 13. septembra 1993, da „preduzme sve potrebne mjere koje su u njenoj moći u cilju sprečavanja izvršenja zločina genocida“. Ona nije, isto tako, poštivala mjeru navedenu u paragrafu 52 A (2) Naloga od 8. aprila 1993. potvrđenu u Nalogu od 13. septembra 1993, a takva mjera nametnula joj je da ona „osigura da niti jedna... organizacija ili osoba koja može biti podvrgnuta njenom... utjecaju, ne izvrše zločin genocida“.

457. Međutim, preostali dio sedmog podneska Podnosioca tužbe, u kojem se tvrdi da se Tužena strana nije pridržavala privremenih mjera koje su određene, mora se odbaciti iz razloga iznesenih naprijed u tekstu u vezi s ostalim podnescima Podnosioca tužbe (paragrafi 415 i 424).

458. Što se tiče zahtjeva da Sud presudi da Tužena strana ima obavezu da Podnosiocu tužbe osigura simboličnu naknadu, u iznosu koji Sud utvrdi, zbog kršenja koji su na ovaj način utvrđeni, Sud smatra da se pitanje naknade za povrede koje je Tužena strana nanijela Podnosiocu tužbe nepoštivanjem svih aspekata naloga za određivanje privremenih mjera, stapa s pitanjem naknade za štetu nastalu uslijed kršenja odgovarajućih obaveza prema Konvenciji o genocidu. Zbog toga će se o tome govoriti dalje u tekstu, u vezi s razmatranjem tački (b) i (c) šestog podneska Tužene strane, koji se tiče novčane naknade za koju Podnosilac tužbe tvrdi da mu Tužena strana duguje.

\*

\* \*

## **XI. Pitanje odštete**

459. Pošto je zaključio da se Tužena strana nije pridržavala obaveza prema Konvenciji o genocidu u odnosu na sprečavanje i kažnjavanje genocida, Sud sada prelazi na pitanje reparacije. Podnosilac tužbe je u svojim završnim podnescima zatražio od Suda da donese odluku da Tužena strana:

“mora ispraviti posljedice svojih međunarodnih protupravnih djela i, kao rezultat međunarodne odgovornosti nastale zbog... kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, mora platiti Bosni i Hercegovini, a ona ima pravo dobiti za sebe i *parens patriae* za svoje građane, punu naknadu za prouzrokovanu štetu i gubitke” (podnesak 6 (b)).

Podnosilac tužbe, također, traži od Suda da donese odluku da Tužena strana:

“mora odmah preduzeti efikasne korake u cilju osiguravanja punog poštivanja svoje obaveze kažnjavanja djela genocida prema Konvenciji

o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida ili bilo kojeg drugog djela zabranjenog tom Konvencijom i da će prebaciti optužene za genocid ili bilo koje drugo djelo zabranjeno Konvencijom u Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, te da će u punoj mjeri saradivati s tim Tribunalom” (podnesak 6 (a)),

i da je Tužena strana “dužna pružiti konkretne garancije i uvjerenja da neće ponoviti protupravna djela koja su predmet tužbe, a oblik tih garancija i uvjerenja treba utvrditi Sud” (podnesak 6 (d)). Ovi podnesci, a posebno onaj koji se odnosi na naknadu, bili su, međutim, zasnovani na tome da će Sud potvrditi ne samo onaj dio tvrdnje Podnosioca tužbe koji se odnosi na obavezu sprečavanja i kažnjavanja već i tvrdnju da je Tužena strana prekršila svoju suštinsku obavezu o neizvršenju genocida, kao i druge srodne obaveze prema Konvenciji koje se odnose na saučesništvo, udruživanje i podsticanje, kao i tvrdnju da je Tužena strana pomagala i podsticala genocid. Sud sada mora razmotriti koji je odgovarajući oblik naknade za ostale oblike kršenja Konvencije za koje se Tužena strana tereti, a koje je Sud utvrdio, odnosno kršenje obaveza sprečavanja i kažnjavanja.

460. Princip za određivanje reparacije za međunarodno protupravno djelo naveo je Stalni sud međunarodne pravde u slučaju *Fabrika u Čarzovu*: da “reparacijama se moraju, u mjeri u kojoj je to moguće, izbrisati sve posljedice protupravnog djela i ponovno uspostaviti situacija koja bi, najvjerojatnije, postojala da to djelo nije bilo izvršeno” (*Stalni sud međunarodne pravde, Serija A, broj 17, strana 47*: vidjeti i član 31 Odredaba KMP o odgovornosti države). U okolnostima ovoga slučaja, kako Podnosilac tužbe priznaje, nije primjereno od Suda tražiti da konstatira kako Tužena strana ima obavezu *restitutio in integrum*. S obzirom da restitucija nije moguća, kao što je Sud izjavio u sporu *Projekt Nabčikovo - Nagimaros (Mađarska/Slovačka)*, “dobro utvrđeno pravilo međunarodnog prava je da oštećena država ima pravo dobiti naknadu od države koja je izvršila međunarodno protupravno djelo, za štetu koju je nanijela” (*Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1977, strana 81, paragraf 152*; vidjeti: *Pravne posljedice izgradnje zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji, Savjetodavno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 2004, strana 198, paragrafi 152-153*; vidjeti i član 36 Odredaba KMP o odgovornosti države). Trebalo bi, prema tome, utvrditi, s jedne strane, koje su posljedice neispunjenja obaveza Tužene strane prema Konvenciji o genocidu u vezi sa sprečavanjem i kažnjavanjem zločina genocida izvršenog u Bosni i Hercegovini, i, s druge strane, štetu koja je time nastala.

461. Sud je zaključio da vlasti Tužene strane nisu mogle ne biti svjesne ozbiljne opasnosti od genocida onda kada su snage VRS odlučile zauzeti enklavu Srebrenica, te da se, s obzirom na utjecaj na događaje, mora smatrati da je Tužena strana imala sredstva za djelovanje kojima je mogla pokušati spriječiti genocid, a da se očigledno uzdržala da ih primijeni (paragraf 438). Prema tome, ona se u toj mjeri nije pridržavala obaveze sprečavanja prema Konvenciji. Obaveza sprečavanja izvršenja zločina genocida predviđena je Konvencijom o genocidu za sve države ugovorne strane koje, u datoj situaciji, mogu doprinijeti da se zaustavi izvršenje genocida u bilo kojoj mjeri. Da bi došao do takve konstatacije, Sud nije morao odlučivati o tome da li bi se djela genocida, izvršena u Srebrenici, ipak dogodila čak i da je Tužena strana učinila ono što je trebala učiniti i upotrijebila sredstva koja su joj stajala na raspolaganju. To je zbog toga, kako je prethodno navedeno, što obaveza sprečavanja genocida postavlja pred državu dužnost da djeluje, što ne zavisi od izvjesnosti da li će se akcijom koja će se preduzeti uspješno spriječiti izvršenje djela genocida niti od vjerovatnoće takvoga ishoda. Prema tome, iz naprijed navedenoga stava Suda u vezi s utvrđivanjem je li Tužena strana prekršila svoju obavezu sprečavanja, ne proizlazi da se užasna stradanja, koja je prouzrokovao genocid izvršen u Srebrenici, ne bi dogodila i da nije bilo kršenja te obaveze.

462. Sud, međutim, ne može ostati na tome. S obzirom da sada mora presuditi o zahtjevu za reparaciju, on mora utvrditi da li je, i u kojoj mjeri, šteta koju navodi Podnosilac tužbe rezultat protupravnog ponašanja Tužene strane, što bi imalo za posljedicu da je Tužena strana dužna isplatiti naknade za to, u skladu s principom međunarodnog običajnog prava spomenutog gore u tekstu. U ovom kontekstu, postavljeno pitanje, da li bi se genocid u Srebrenici dogodio i da ga je Tužena strana pokušala spriječiti primjenom svih sredstava kojima je raspolagala, postaje direktno relevantno za definiranje obima obaveze plaćanja odštete koju Tužena strana ima po osnovu protupravnog ponašanja. Pitanje je da li postoji dovoljna direktna i izvjesna uzročno-posljedična veza između protupravnog djela, kršenja obaveza Tužene strane da spriječi genocid i štete koju je pretrpio Podnosilac tužbe, koja obuhvata ukupnu štetu bilo koje vrste, materijalnu ili moralnu, nastalu kao rezultat djela genocida. Moglo bi se smatrati da je takva veza uspostavljena samo ukoliko bi Sud mogao zaključiti iz cijeloga spora i s dovoljnim stepenom sigurnosti da se genocid u Srebrenici mogao spriječiti da je Tužena strana postupila u skladu sa svojim pravnim obavezama. Međutim, Sud to očigledno ne može uraditi. Kao što

je naprijed konstatirano, Tužena strana je zaista imala značajna sredstva da utječe na vojne i političke vlasti bosanskih Srba, koje je mogla, i shodno tome trebala iskoristiti u pokušaju da se spriječe zločini, ali nije dokazano da bi, u konkretnom kontekstu ovih događaja, ta sredstva bila dovoljna da se postigne rezultat kome je Tužena strana trebala težiti. S obzirom da Sud ne može, prema tome, smatrati da je dokazana uzročno-posljedična veza između kršenja obaveze Tužene strane o sprečavanju i štete proistekle iz genocida u Srebrenici, novčana naknada ne predstavlja adekvatan oblik reparacija za kršenje obaveze sprečavanja genocida.

463. Jasno je, međutim, da Podnosilac tužbe ima pravo na odštetu u formi adekvatne satisfakcije, i to može, kako je sam Podnosilac tužbe sugerirao, biti izraženo u formi koja je najprimjerenija, u formi izjave u ovoj Presudi da se Tužena strana nije pridržavala obaveze sprečavanja zločina genocida koja je utvrđena Konvencijom. Kao i u slučaju *Krfskog kanala (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Albanije)*, Sud smatra da izjava ove vrste predstavlja “sama po sebi adekvatnu satisfakciju” (*Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1949, strane 35-36*), i Sud će, kao i u tom sporu, uključiti takvu izjavu u dispozitiv ove Presude. Podnosilac tužbe je prihvatio da propust o kome se radi ne odgovara sadašnjoj realnosti, te je, shodno tome, povukao zahtjev koji je iznio u Odgovoru na tužbu da Sud izjavi kako je Tužena strana “prekršila i nastavlja kršiti Konvenciju” (Sud je naknadno dodao kurziv).

464. Sud sada dolazi do pitanja adekvatnih reparacija za kršenje obaveze Tužene strane prema Konvenciji o kažnjavanju djela genocida; u ovom smislu, Podnosilac tužbe tvrdi da postoji stalno kršenje i zbog toga ostaje (*između ostalog*) pri svome zahtjevu da se da izjava u tom smislu. Kao što je naprijed u tekstu konstatirano (paragraf 440), Podnosilac tužbe uključuje pod ovaj podnaslov propust “da se pojedinci optuženi za genocid ili bilo koja druga djela zabranjena Konvencijom prebace u Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju i da se u potpunosti sarađuje s ovim Tribunalom”; nadalje, Sud je utvrdio da je u ovom smislu Tužena strana doista prekršila član VI Konvencije (paragraf 449 gore u tekstu). Izjava u tom smislu predstavlja, prema tome, jednu adekvatnu formu satisfakcije, na isti način kao i u odnosu na kršenje obaveze sprečavanja genocida. Međutim, Podnosilac tužbe traži od Suda da u ovom pogledu donese konkretniju odluku o slijedećem:

“Srbija i Crna Gora mora odmah preduzeti konkretne korake u cilju osiguravanja potpunog poštivanja svoje obaveze kažnjavanja djela genocida

prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida ili nekog drugog djela zabranjenog Konvencijom i prebaciti pojedince optužene za genocid ili bilo koja druga djela zabranjena Konvencijom u Međunarodni krivični Tribunal za bivšu Jugoslaviju, te u cijelosti saradivati s tim Tribunalom.”

465. Iz gore navedenih zaključaka Suda u vezi s pitanjem obaveze kažnjavanja prema Konvenciji jasno je utvrđeno da Tužena strana ima neizvršene obaveze o prebacivanju u Tribunal osoba optuženih za genocid, kako bi se ispoštovala njene obaveze prema članovima I i VI Konvencije o genocidu, a posebno što se tiče generala Ratka Mladića (paragraf 448). Sud će, shodno tome, dati izjavu u ovom smislu u dispozitivu Presude, što će, prema njegovom mišljenju, predstavljati adekvatnu satisfakciju.

466. U svojim završnim podnescima, Podnosilac tužbe također traži od Suda da donese odluku “da Srbija i Crna Gora pruže odgovarajuće garancije i uvjerenja da neće ponoviti protupravna djela koja su predmet Tužbe, a Sud treba utvrditi formu tih garancija i uvjerenja”. Kao što je navedeno, ovaj se podnesak odnosi na sva protupravna djela, odnosno kršenja Konvencije o genocidu, koje je Podnosilac tužbe pripisao Tuženoj strani, uključujući tako i navodno kršenje obaveze Tužene strane da sama ne vrši genocid, kao i izvedenih obaveza prema Konvenciji koje se odnose na saučesništvo, udruživanje i podsticanje. S obzirom da Sud nije podržao ove tvrdnje, utoliko je ovaj podnesak odbačen. Međutim, ostaje pitanje da li je uputno naložiti da Tužena strana pruži garancije i uvjerenja o neponavljanju u odnosu na utvrđena kršenja obaveza sprečavanja i kažnjavanja genocida. Sud konstatira razloge koje je savjetnik Podnosioca tužbe iznio na raspravi da bi potkrijepio podnesak, koji se u najvećem dijelu odnose na “nedavne događaje (koji) ne mogu ne izazivati zabrinutost u smislu da li su pokreti u Srbiji i Crnoj Gori koji pozivaju na genocid nestali”. Sud smatra da ove indicije ne predstavljaju dovoljan osnov za traženje garancija u pogledu neponavljanja. Podnosilac tužbe se u vezi s tim pozvao na pitanje koje se tiče nepoštivanja privremenih mjera, ali ovo je pitanje već ranije u tekstu analizirano (paragrafi 451-458) i ono će biti spomenuto dalje u tekstu. U ovim okolnostima, Sud smatra da je izjava na koju se poziva u gore spomenutom paragrafu 465 dovoljna što se tiče obaveze o kažnjavanju koja se nastavlja odnositi na Tuženu stranu i, prema tome, ne smatra da je ovo slučaj u kojem bi nalog za davanje garancija neponavljanja bio adekvatan.



467. Na kraju, Podnosilac tužbe dostavio je slijedeći podnesak:

„Time što nije poštivala naloge za određivanje privremenih mjera koje je Sud donio 8. aprila 1993. i 13. septembra 1993, Srbija i Crna Gora je prekršila svoje međunarodne obaveze i obavezna je prema Bosni i Hercegovini za kršenje drugog Naloga osigurati simboličnu naknadu, čiji će iznos utvrditi Sud.“

Privremene mjere određene u Nalogu Suda od 8. aprila 1993. i koje su ponovljene u Nalogu od 13. septembra 1993. odnose se konkretno na obavezu Tužene strane “da spriječi izvršenje zločina genocida” i na određene mjere koje bi “naročito” trebalo poduzeti u tom cilju (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993*, strana 24, paragraf 52 A (1) i (2)).

468. Privremene mjere prema članu 41 Statuta određene su “u očekivanju konačne presude” u ovome sporu, a mjere određene 1993. prestat će važiti po donošenju ove Presude (vidjeti Anglo-iranska naftna kompanija (*Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Irana*), *preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1952*, strana 114; *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)*, *Nadležnost i prihvatljivost, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1984*, strana 442, paragraf 112). Međutim, kako je već konstatirano (paragraf 452 gore u tekstu), nalozi kojima se određuju privremene mjere koje je Sud donio prema članu 41 Statuta imaju obavezujući karakter i njihova je svrha da se zaštite prava i jedne i druge strane do konačne odluke u ovom sporu.

469. Sud je gore u tekstu utvrdio (paragraf 456) da je, u odnosu na masakre u Srebrenici jula 1995, Tužena strana propustila da poduzme mjere koje bi zadovoljile zahtjeve iz paragrafa 52 A (1) i (2) Naloga Suda od 8. aprila 1993 (koje su potvrđene u Nalogu od 13. septembra 1993). Sud, međutim, smatra da, za potrebe reparacija, nepridržavanje Tužene strane naloženih privremenih mjera predstavlja aspekt, ili se spaja, s kršenjem suštinskih obaveza sprečavanja i kažnjavanja predviđenih Konvencijom. Prema tome, Sud ne smatra da je uputno prihvatiti zahtjev Podnosioca tužbe za donošenje naloga za simboličnu naknadu u vezi s tim. Sud će, međutim, uključiti u dispozitiv ove Presude, radi satisfakcije, izjavu da se Tužena strana nije pridržavala naloga Suda za određivanje privremenih mjera.

470. Sud nadalje konstatira da se jedna od privremenih mjera, određenih u Nalogu od 8. aprila i koja je potvrđena u Nalogu od 13. septembra 1993, odnosila na obje strane u sporu. Nalazi Suda u paragrafima 456, 457 i 469 ne prejudiciraju pitanje da li je Podnosilac tužbe propustio da se pridržava naloga kojima se određuju privremene mjere.

\*

\* \*

## **XII. Dispozitiv**

471. Iz navedenih razloga,

SUD

1) s deset glasova prema pet,

*Odbacuje* prigovore sadržane u konačnim podnescima koje je dala Tužena strana u smislu da Sud nema nadležnost; i *potvrđuje* da on ima nadležnost na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, da presudi u sporu koji je Republika Bosna i Hercegovina pokrenula pred ovim Sudom 20. marta 1993;

*ZA: Predsjednica Higgins; Potpredsjednik Al-Khasawneh; Sudije Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna; ad hoc sudija Mahiou;*

*PROTIV: Sudije Ranjeva, Shi, Koroma, Skotnikov; ad hoc sudija Kreća;*

2) s trinaest glasova prema dva,

*Konstatira* da Srbija nije izvršila genocid, preko svojih organa ili osoba čija djela povlače njenu odgovornost prema međunarodnom običajnom pravu, kršenjem obaveza koje ima prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida;

*ZA: Predsjednica Higgins; Sudije Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; ad hoc sudija Kreća;*

*PROTIV: Potpredsjednik Al-Khasawneh; ad hoc sudija Mahiou;*

3) s trinaest glasova prema dva,

*Konstatira da Srbija nije izvršila udruživanje radi izvršenja genocida, niti je podsticala na izvršenje genocida kršenjem svojih obaveza prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida;*

*ZA: Predsjednica Higgins; Sudije Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; ad hoc sudija Kreća;*

*PROTIV: Potpredsjednik Al-Khasawneh; ad hoc sudija Mahiou;*

4) s jedanaest glasova prema četiri,

*Konstatira da Srbija nije bila saučesnik u genocidu, kršenjem svojih obaveza prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida;*

*ZA: Predsjednica Higgins; Sudije Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Sepulveda-Amor, Skotnikov; ad hoc sudija Kreća;*

*PROTIV: Potpredsjednik Al-Khasawneh; Sudije Keith, Bennouna; ad hoc sudija Mahiou;*

5) s dvanaest glasova prema tri,

*Konstatira da je vezano za genocid izvršen u Srebrenici u julu 1995, Srbija prekršila obavezu sprečavanja genocida prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida;*

*ZA: Predsjednica Higgins; Potpredsjednik Al-Khasawneh ; Sudije Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor,*

Bennouna; *ad hoc* sudija Mahiou;

PROTIV: *Sudije* Tomka, Skotnikov; *ad hoc* sudija Kreća;  
(6) s četrnaest glasova prema jedan,

*Konstatira* da je Srbija prekršila svoju obavezu prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, pošto nije izručila Ratka Mladića, optuženog za genocid i saučesništvo u genocidu, radi suđenja pred Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju i pošto na taj način nije u cijelosti saradivala s tim Tribunalom;

ZA: *Predsjednica* Higgins; *Potpredsjednik* Al-Khasawneh; *Sudije* Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; *ad hoc* sudija Mahiou;

PROTIV: *ad hoc* sudija Kreća;

(7) s trinaest glasova prema dva,

*Konstatira* da je Srbija prekršila svoju obavezu da se pridržava privremenih mjera koje je Sud naložio 8. aprila i 13. septembra 1993. u ovom sporu; budući da nije poduzela sve mjere koje su bile u njenoj moći da spriječi genocid u Srebrenici u julu 1995;

ZA: *Predsjednica* Higgins; *Potpredsjednik* Al-Khasawneh; *Sudije* Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna; *ad hoc* sudija Mahiou;

PROTIV: *Sudija* Skotnikov; *ad hoc* sudija Kreća;

8) s četrnaest glasova prema jedan,

*Odlučuje* da Srbija mora odmah poduzeti efikasne korake u cilju osiguravanja punog poštivanja obaveze prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida u cilju kažnjavanja djela genocida, kako je definirano u članu II Konvencije, ili bilo kojih drugih djela zabranjenih članom III Konvencije i prebaciti osobe optužene za genocid ili za bilo koje od ostalih djela u Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju i u potpunosti saradivati s tim Tribunalom;

ZA: *Predsjednica Higgins; Potpredsjednik Al-Khasawneh; Sudije Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; ad hoc sudija Mahiou;*

PROTIV: *ad hoc sudija Kreća;*

9) s trinaest glasova prema dva,

*Konstatira* da, što se tiče kršenja obaveza navedenih u stavovima 5 i 7, zaključci Suda formulirani u tim stavovima, predstavljaju adekvatnu satisfakciju, te da spor nije takve prirode da bi bilo primjereno davanje naloga za plaćanje naknade u odnosu na kršenje na koje se poziva u stavu 5, niti za pružanje uvjerenja i garancija o neponavljanju.

ZA: *Predsjednica Higgins; Sudije Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; ad hoc sudija Kreća;*

PROTIV: *Potpredsjednik Al-Khasawneh; ad hoc sudija Mahiou.*

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu je engleski tekst mjerodavan, u Palati mira, u Hagu, ovog dvadeset šestog dana februara dvije hiljade sedme godine, u tri primjerka, od kojih će jedan biti deponiran u arhivu Suda, a ostala dva dostavljena Vladi Bosne i Hercegovine i Vladi Srbije.

(Potpis) Rosalyn HIGGINS,  
Predsjednica

(Potpis) Philippe COUVREUR,  
Registrar

## IZDVOJENO MIŠLJENJE POTPREDSJEDNIKA AL-KHASAWNEHA

*Nadležnost Suda je utvrđena - Trebalo je ponovo razmotriti ozbiljne sumnje u vezi s već riješenim pitanjem nadležnosti - Članstvo SFRJ u Ujedinjenim nacijama moglo je biti suspendirano ili okončano isključivo na osnovu članova 5 ili 6 Povelje; rezolucije Vijeća sigurnosti Generalne skupštine nisu imale efekt okončanja članstva SFRJ u Ujedinjenim nacijama - Prijemom SRJ u Ujedinjene nacije 2000. retroaktivno nije izmijenjen njen položaj u odnosu na Ujedinjene nacije u periodu 1992-2000. - Od 1992. do 2000, SRJ je bila nastavljač SFRJ, a nakon njenog prijema u Ujedinjene nacije, SRJ je postala sukcesor SFRJ - Presuda Suda u sporovima o Legalnosti upotrebe sile u vezi s pitanjem pristupa i "važećim ugovorima" nije uvjerljiva i, nažalost, dovela je do konfuzije i kontradikcija u okviru sudske prakse samoga Suda – Sud se nije trebao baviti krajnje neregularnom "Inicijativom" Tužene strane iz 2001. o pristupu Sudu, niti je trebao pozvati Tuženu stranu da ponovi svoju argumentaciju o nadležnosti u fazi utvrđivanja merituma.*

*Obimni i uvjerljivi dokazi potkrepljuju umiješanost Srbije kao glavnog učesnika ili saučesnika u genocidu koji se dogodio u Srebrenici - Nesaglasan s metodologijom Suda za procjenjivanje činjenica i izvlačenje zaključaka iz njih - Sud je trebao zahtijevati od Tužene strane da dostavi **nepreuređene** kopije dokumenata Vrhovnog vijeća odbrane, u protivnom, Sud je trebao dopustiti liberalnije korištenje izvedenih zaključaka - Test efektivne kontrole za pripisivanje u sporu u vezi s Nikaragvom nije pogodan za pitanja državne odgovornosti za međunarodne zločine počinjene sa zajedničkim ciljem - Adekvatniji je test "Ukupne kontrole" za pripisivanje u slučaju Tadić kada je riječ o izvršenju međunarodnih zločina sa zajedničkim ciljem države koja kontrolira i nedržavnih učesnika - Odbijanje Suda da izvede genocidnu namjeru iz dosljednog obrasca ponašanja u Bosni i Hercegovini nije u skladu s ustanovljenom sudskom praksom MKTBJ - a - Jasno je utvrđeno saznanje SRJ o pripremanju genocida u Srebrenici - Sud je trebao tretirati Škorpione kao de jure organ SRJ - Saopćenje Vijeća ministara Srbije, kao odgovor na masakr muslimanskih muškaraca koji su izvršili Škorpioni, predstavlja priznanje odgovornosti - Sud nije dovoljno uvažio svu kompleksnost definicije zločina genocida i, u skladu s tim, ocijenio činjenice koje su pred njega iznijete.*

1. Osjećam se pozvanim da objasnim prirodu moga drugačijega mišljenja prije nego što objasnim razloge za to. Nisam u potpunosti nesaglasan s većinom: kada se radi o nadležnosti, došao sam do istog zaključka kao i u paragrafu 1 dispozitiva, a to je da je utvrđena nadležnost Suda, premda imam ozbiljne sumnje, bez obzira da li je riječ o adekvatnom rukovođenju pravde, da je već spomenuto pitanje nadležnosti trebalo ponovo razmotriti u Presudi.

2. Prema tome, slažem se s nalazima (paragrafi 5-7 dispozitiva) da je Srbija prekršila svoje obaveze prema Konvenciji o genocidu da spriječi genocid u Srebrenici i da potpuno sarađuje s Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju; kao i u vezi s njenim neizvršavanjem dva naloga o privremenim mjerama koje je Sud izdao 1993.

3. Međutim, moje učene kolege i ja se ne slažemo po centralnom pitanju međunarodne odgovornosti Srbije kao posljedice njenog učešća, kao glavnog učesnika ili saučesnika, u genocidu koji se dogodio u Bosni i Hercegovini. Takvo je učešće, po mome mišljenju, potkrijepljeno obimnim i uvjerljivim dokazima. Moje neslaganje sa većinom, međutim, tiče se ne samo zaključaka već i pretpostavki na kojima se zasniva njihovo rezoniranje, kao i metodologije korištene za ocjenjivanje činjenica i izvlačenje odgovarajućih zaključaka, te je ono otuda duboko. Dakle, bez obzira na moje neslaganje s pojedinim dijelovima Presude, a na moju veliku žalost, dužnost i savjest mi nalažu da izdvojim svoje mišljenje. Kao objašnjenje za ovakav stav, prilažem ovo mišljenje.

## I. NADLEŽNOST SUDA

4. Pitanja nadležnosti u ovome sporu koncentrirana su oko međunarodnog statusa Tužene strane i njenog članstva u Ujedinjenim nacijama. Ta pitanja, koja su preovladavala u svim fazama ovoga spora i drugih s njim povezanih sporova, proizlaze iz državne sukcesije nastale procesom raspada Socijalističke federativne republike Jugoslavije (SFRJ), do kojeg je došlo početkom 1990-ih godina. Ukratko rečeno, taj je proces - treba naglasiti da ne postoji saglasnost u pogledu vremenskog trenutka za koji se može reći da se u njemu ugasila SFRJ<sup>1</sup> - otpočeo onda kada su se Slovenija i Hrvatska istovremeno otcijepile od SFRJ 25. juna 1991. Makedonija je isto to učinila 17. septembra 1991, a Bosna i Hercegovina, kao posljednja u tom procesu, odcijepila se 6. marta 1992. Samo su dvije konstitutivne republike, Srbija i Crna Gora, ostale u staroj Jugoslaviji i one su 27. aprila 1992. zajedno formirale Saveznu republiku Jugoslaviju (SRJ), koja je tvrdila da je nastavljajući SFRJ i koja je izjavila namjeru "da striktno poštuje sve međunarodne obaveze" SFRJ, kao i da i dalje bude vezana svim obavezama prema međunarodnim organizacijama i institucijama čiji je član<sup>2</sup>.

5. Dok su četiri republike, nastale iz SFRJ, primljene u članstvo Ujedinjenih nacija 1992. i 1993, Vijeće sigurnosti je *konstatiralo* polaganje prava SFRJ na kontinuitet 30. maja 1992, kao pravo koje "nije općeprihvaćeno"<sup>3</sup>. Vijeće sigurnosti je ponovo, 19. septembra 1992, zauzelo stav da je SFRJ prestala postojati, podsjetilo na svoju prethodnu Rezoluciju i istaklo da SRJ "ne može automatski nastaviti članstvo bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije u Ujedinjenim nacijama i, stoga, preporučilo Generalnoj skupštini da donese odluku da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) *treba* podnijeti zahtjev za članstvo u Ujedinjenim nacijama i da ona *ne može* učestvovati u radu Generalne skupštine"<sup>4</sup>. Dva dana kasnije, Generalna skupština usvojila je Rezoluciju u kojoj je, između ostalog, odlučila da SRJ "*treba* podnijeti zahtjev za članstvo u Ujedinjenim nacijama i da ona *ne može* učestvovati u radu Generalne skupštine"<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Kao što je to bio slučaj, naprimjer, sa SSSR-om.

<sup>2</sup> Dok. UN A/46/915 (1992), 7. maj 1992, Aneks II.

<sup>3</sup> Rezolucija Vijeća sigurnosti, broj 757 (1992), 20. maj 1992.

<sup>4</sup> Rezolucija Vijeća sigurnosti, broj 777 (1992), 19. septembar 1992.

<sup>5</sup> Rezolucija Generalne skupštine, broj 47/1 (1992), 22. septembar 1992.



6. I formulacije iz ovih rezolucija i historija njihovog usaglašavanja sugeriraju da su one predstavljale kompromisne rezolucije kojima se nije niti okončalo niti suspendiralo članstvo SFRJ u Ujedinjenim nacijama<sup>6</sup>. Naime, na osnovu Povelje Ujedinjenih nacija, nije postojao nikakav način da se okonča članstvo SFRJ, imajući u vidu veto stalnih članica, od kojih su se neke protivile takvom okončanju, a druge su to priželjkivale. U svakom slučaju, Vijeće sigurnosti se nikada nije pozvalo niti pokrenulo mehanizme za suspenziju (Povelja, član 5) ili isključenje (Povelja, član 6). SRJ se uporno držala svog prava na članstvo, što je imalo za rezultat da je “jedina praktična posljedica koju je [Rezolucija Generalne skupštine broj 47/1] izvukla ta da Savezna republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) ne može učestvovati u radu Generalne skupštine” (pismo podsekretara Ujedinjenih nacija i pravnog savjetnika UN-a; koji je inače jedini pravni autoritet zadužen da ocijeni to pitanje u procesu koji je inače bio izuzetno ispolitiziran). To pismo pravnog savjetnika Ujedinjenih nacija ne ostavlja nikakvu sumnju. U njemu se kaže “s druge strane, Rezolucijom se niti okončava niti suspendira članstvo Jugoslavije”.

7. Bez obzira na značaj ovog pisma, ne bismo se trebali zadovoljiti samo time, kao ni formulacijom ni historijatom usaglašavanja Rezolucija Vijeća sigurnosti, broj 757 i broj 777, kao i Rezolucija Generalne skupštine, broj 47/1, niti da se zadovoljimo neospornom činjenicom da nisu usvojene nikakve mjere kojima bi se utjecalo na okončanje ili suspendiranje članstva SFRJ - sve to nepogrešivo ukazuje na nastavljanje članstva SFRJ u Ujedinjenim nacijama. Trebalo bi da postavimo jedno dodatno osnovno pitanje: da li je SFRJ uopće bila članica Ujedinjenih nacija? Odgovor na to pitanje također je jasno pozitivan, jer treba podsjetiti da je SFRJ bila jedna od članica osnivača Ujedinjenih nacija, a Šesti komitet Generalne skupštine je već 1947. formulirao princip da:

“Kao opće pravilo, u skladu je s principom pretpostavke da država koja je članica Ujedinjenih nacija ne prestaje biti članica na osnovu puke činjenice da je njen ustav ili da su njene granice izmijenjene, već se smatra da prava i obaveze koje je ta država imala kao članica Ujedinjenih nacija, prestaju postojati isključivo s njenim gašenjem kao pravnog subjekta, koji je međunarodno priznat kao takav.”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Vidjeti: Michael Scharf, *Muzičke stolice: Raspad država i članstvo u Ujedinjenim nacijama*, Cornell časopis za međunarodno pravo, 1995, Tom 28, strane 58-62.

<sup>7</sup> Ujedinjene nacije, *Zvanični zapisnici Generalne skupštine, Šesti komitet, Drugo zasjedanje*, 43. sjednica, 1947, strane 38-39.

8. Ni u jednom trenutku, SFRJ se nije ugasila kao pravni subjekt koji je kao takav međunarodno priznat. Uvijek je bilo država koje su nastavile priznavati SRJ kao nastavljača SFRJ, a bilo je i onih drugih koje su imale suprotan stav. Ovakvo stanje stvari tipično je za relativnost koja je povezana s konstitutivnom teorijom priznanja i koja, po sebi, onemogućava izvođenje bilo kakvih čvrstih zaključaka. Jedini način da se utvrdi da li je postojao kontinuitet ili je došlo do gašenja SFRJ jeste upućivanje na stvarne ili pravne elemente koji su povezani sa sukcesijom država, a koji se mogu mjeriti objektivnim mjerilima. Neosporno je, naprimjer, da je prijestonica SFRJ i dalje ostala u okviru granica SRJ i da su Srbija (drevna Kraljevina) i Crna Gora predstavljale historijsko jezgro Jugoslavije, kao i da su nastavile čak i poslije gubitka četiri republike - što se dogodilo u različito vrijeme - da zauzimaju 40 posto kopnene teritorije bivše Jugoslavije i da na njih otpada 45 posto njenog stanovništva<sup>8</sup>. Štaviše, također je činjenično neosporno da se na 46. zasjedanju Generalne skupštine SFRJ, čak i poslije otcjepljenja Slovenije, Hrvatske i Makedonije, još uvijek smatrala članicom Ujedinjenih nacija i da akreditivi njenih predstavnika nisu dovođeni u pitanje. Od jednakog značaja je i to da čak ni na 47. zasjedanju Generalne skupštine niko nije osporio akreditive njenih predstavnika<sup>9</sup>. Drugim riječima, okrnjena Jugoslavija, kasnije SRJ, tretirana je kao nastavljač SFRJ. To nije ništa neobično. Tome u prilog išli su klasični modeli sukcesije Indije i Pakistana koji su nastali iz Zajednice Indije; zatim sukcesija Pakistana i Bangladeša; i raspad SSSR-a; a to je bilo u skladu sa spomenutim principom koji je usvojio Šesti komitet. Pored toga, karakter Rezolucija Vijeća sigurnosti broj 757 i broj 777, kao i Rezolucije Generalne skupštine broj 47/1, posmatrano kontekstualno, daje za pravo tvrdnji da su njihov glavni cilj bile sankcije. Ne bi trebalo, s ovim u vezi, propustiti da su vijesti o zločinima u Hrvatskoj i Bosni prenošene šokiranoj međunarodnoj javnosti širom svijeta i da je krivica za njih, uglavnom, svaljivana na vladu gospodina Miloševića, te da je počelo sankcioniranje još dok je postojala SFRJ<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Vidjeti Michael Scharf, *Muzičke stolice: Raspad država i članstvo u Ujedinjenim nacijama*, Cornell časopis za međunarodno pravo, 1995, tom 28, strana 53.

<sup>9</sup> Yehuda Blum, *Članstvo u UN «nove» Jugoslavije: Kontinuitet ili raskid*, Američki časopis za međunarodno pravo, 1992, Tom 86, strana 830

<sup>10</sup> Rezolucija Vijeća sigurnosti, broj 713 (1991), 25. septembar 1991, paragraf 6.

9. Bez obzira o kojem se slučaju radilo u vezi s namjeravanim ili nenamjeravanim efektima tih rezolucija, ključna činjenica je da - jednom kada je potvrđeno članstvo SFRJ u Ujedinjenim nacijama i da je ovo članstvo preživjelo otežepjenje Hrvatske, Slovenije i Makedonije, što je bio jednako neosporan slučaj na 46. zasjedanju Generalne skupštine, i Bosne, što je bio isti slučaj na 47. zasjedanju Generalne skupštine - Vijeće sigurnosti i Generalna skupština nisu usvojili rezolucije i što je još važnije nisu mogli okončati ili suspendirati postojeće članstvo. Isključivo se SFRJ, svojom voljom, mogla odreći prvobitnog članstva, što ona, naravno, nije bila spremna učiniti, imajući u vidu ne samo snagu njene argumentacije već i zato što bi se, da se odrekla svoga članstva, dodatno stavila na milost i nemilost "miroljubive formule" (Povelja Ujedinjenih nacija, član 4, stav 1) za koju je, imajući u vidu kontekst, imala dovoljno razloga da vjeruje da će je neki, uključujući pojedine zemlje u Vijeću sigurnosti, nerado primijeniti na nju. Kao što je već navedeno, SFRJ se čvrsto držala svoga članstva i trpjela je jedino sankciju neučešća u radu Generalne skupštine i Ekonomskog i socijalnog vijeća (ECOSOC) u kojemu je usvojena rezolucija slične sadržine<sup>11</sup>.

10. Naime, postoje postdejtonski dokazi koji navode da je SRJ bila uporna u svojim zahtjevima da je nastavljajući, ona bi uspjela u tome. Naprimjer, možemo nazrijeti prihvatanje takvog prava u ugovorima u koje je ona stupila s Hrvatskom, Bosnom i Makedonijom<sup>12</sup>. Prihvatanje ovakvog prava od država sukcesora posebno je značajno imajući u vidu njihovu bliskost procesu sukcesije. Međutim, ova se teza ne može u cijelosti provjeriti, jer je normalizacija u povelju uništena Miloševićevim napadom na Kosovo 1999, koji je rezultirao katastrofalnim posljedicama za SRJ, a ništa manje i za njega osobno, o čemu svjedoči njegov pad s vlasti. Nova ga je vlast smijenila i odlučila krenuti novim putem. Ona je podnijela zahtjev Ujedinjenim nacijama za prijem u svojstvu nove članice i kao takva bila prihvaćena 2000, čime je, svojom voljom, odustala od prava na kontinuitet. Od tog trenutka i samo od tog trenutka nadalje, ona je postala jedan od sukcesora SFRJ, a ne njen nastavljajući.

---

<sup>11</sup> Rezolucija Vijeća sigurnosti, broj 821 (1993), 28. april 1993, paragraf 1.

<sup>12</sup> Vidjeti, naprimjer, član IV Zajedničke deklaracije predsjednika Republike Srbije i predsjednika Predsjedništva Bosne i Hercegovine koja predviđa da «Bosna i Hercegovina prihvata državni kontinuitet Savezne republike Jugoslavije», dok. UN A/51/461 - S/1996/830 (1996), 7. oktobar 1996.

11. Čudnovato, činjenica o prijemu SRJ u Ujedinjene nacije 2000. je retroaktivno pojasnila do tada amorfnu status Tužene strane u odnosu na Ujedinjene nacije, a sve u prilog zaključku da od 1992. do 2000. nije bila članica Ujedinjenih nacija. Također je iznošena argumentacija da je prijem SRJ “otkrio” nepostojanje članstva u Ujedinjenim nacijama i oborio pretpostavku koja se zasnivala na postojanju amorfnu situacije, čime se sada nije moglo ignorirati pitanje pristupa SRJ Sudu. Niti jedno drugo pitanje nije više bilo predmet rasprave. Logika argumentacije, na prvi pogled, čini se jasnom: prijem u svojstvu nove članice znači da SRJ nije bila članica prije datuma prijema. Međutim, ovdje se ne radi o državi koja nikada prije toga nije bila članica Ujedinjenih nacija. Prije se radi o državi koja je uporno tvrdila da je nastavljač prvobitne članice Ujedinjenih nacija i koja je morala odustati od polaganja čvrstog prava na kontinuitet i da se prijavi kao nova članica u svojstvu jedne od država sukcesora. Prema tome, nije riječ o razlici između “nove članice” i “nečlanice”, već između “nove članice” i “stare članice”. Promatrano iz toga ugla, čin prijema ne navodi na zaključak da SRJ nije bila članica Ujedinjenih nacija. Naprotiv, čin prijema potvrđuje da je ona bila stara članica na osnovu kontinuiteta sve dok nije odustala od toga i preuzela status sukcesora. Dakle, SRJ je bila nastavljač u periodu od 1992. do 2000. i sukcesor poslije njenog prijema 2000. Štaviše, tvrdnjom da se SFRJ ugasila 1992. i da je SRJ postala sukcesor SFRJ 2000, a da prije toga nije bila njen nastavljač u periodu između toga, stvara pravnu prazninu u međuperiodu od osam godina, što je apsurdno.

12. Poslije 2000, tvrdnja da SRJ nije bila članica Ujedinjenih nacija i da tako nije imala pristup Sudu, postala je ključna u manevrima oko nadležnosti i zapletima koji su imali za cilj da se opovrgne jasno ustanovljena nadležnost Suda sadržana u Presudi iz 1996. o preliminarnim prigovorima (u paragrafu 34 te Presude, Sud navodi da ima nadležnost *ratione personae*, *ratione materiae* i *ratione temporis*). Oспорavanje toga da je Tužena strana bila članica Ujedinjenih nacija od 1992. do 2000. predstavljalo je nužni prvi korak u argumentaciji da ona nije imala “pristup” Sudu na osnovu tog članstva, u skladu s članom 35, stav 1, Statuta. Štaviše, rečeno je da takav pristup nije povezan s pitanjem nadležnosti, čak nadležnošću *ratione personae*, i da je, za razliku od toga, pristup objektivan i ne može se utvrditi jednostavno zato što postoji saglasnost za nadležnost, ali da je uvijek mora utvrditi, po potrebi, Sud koji postupa *proprio motu*. Dakle, skromna ideja o pristupu (koja se, prije svega, odnosila na davanje pristupa državama i njegovog uskraćivanja

državama nečlanicama, kao i osiguravanje ravnopravnosti članica i nečlanica) uzdignuta je do visina koje njeni sastavljači nisu mogli ni zamisliti. U najnovijoj verziji, koncept pristupa mogao bi zaobići princip *res judicata* bilo njegovim obaranjem bilo izlaženjem iz okvira *res judicata* nadležnosti Suda u Presudi o preliminarnim prigovorima iz 1996 (CR 2006/45, 9. maj 2006, strane 10-18). Vratit ću se na pitanja nadležnosti i pristupa da bih iznio stanovište da su razlike među njima prenaplašene. Međutim, osvrnut ću se, najprije, u cjelini na presudne događaje poslije 2000. U Prijedlogu Tužene strane za reviziju Presude od 11. jula 1996. i njenoj Inicijativi - obje su podnijete Sudu 2001 - kao i u Presudama Suda o *Legalnosti upotrebe sile* iz 2004, pitanje pristupa SRJ Sudu (uključujući pristup u skladu s članom 35, stav 2, Statuta) imalo je centralnu ulogu u argumentaciji o nadležnosti. Još 2004, vršilac dužnosti zastupnika Belgije opisao je kako sporove *Legalnosti upotrebe sile* Srbija koristi kao “ustvari... petu rundu u osporavanju nadležnosti u sporu *Konvencija o genocidu* koji se proteže unazad sve do 1993” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije)*, CR 2004/15, paragraf 10). Kada se tome dodaju dva pokušaja srpskih članova bosanskog Predsjedništva da se obustavi *spor o genocidu*, kao i najnoviju rundu argumenata o nadležnosti u 2006, to nadmetanje o nadležnosti dostiglo je osam rundi - što je bez presedana u historiji ovoga Suda ili njegovog prethodnika.

### ***(1) Presuda (2003) po Prijedlogu za reviziju i Presude (2004) povodom Legalnosti upotrebe sile***

13. U Prijedlogu za reviziju, Tužena strana nije zasnovala svoj zahtjev striktno na novim činjenicama, kako se to zahtijeva članom 61 Statuta, nego na pravnim posljedicama u vezi s članstvom u Ujedinjenim nacijama koje proistječu iz činjenica već poznatih stranama u sporu, u vrijeme donošenja Presude iz 1996. Pošto je to bio slučaj, Sud je odbacio zahtjev, jer navodne nove činjenice nisu bile nove. Dakle, nije postojala potreba da Sud odlučuje o članstvu Tužene strane u Ujedinjenim nacijama. Sud je naveo da Rezolucija Generalne skupštine o prijemu:

“Nije mogla retroaktivno promijeniti *sui generis* položaj u kojem se SRJ našla u odnosu na Ujedinjene nacije od 1992. do 2000, niti njen položaj u odnosu na Statut Suda i Konvenciju o genocidu” (*Prijedlog za reviziju Presude od 11. jula 1996. u sporu o Primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina*

protiv Jugoslavije), preliminarni prigovori (*Jugoslavija protiv Bosne i Hercegovine*), *Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2003*, strana 31, paragraf 71).

14. Nasuprot tome, u sporovima *Legalnost upotrebe sile*, oprez koji je, bilo to dobro ili loše, uvijek karakterizirao pristup Suda po pitanju članstva Jugoslavije, otišao je u vjetar. Oslobođena stegama *res judicata*, većina je u tim tijesno povezanim sporovima pronašla odstupnicu koja je upotrijebljena bez obzira na posljedice koje bi to moglo imati za ovaj spor. Kao što je navedeno u individualnom mišljenju sutkinje Higgins: “njegova relevantnost može, i to isključivo, ležati u nekom drugom tekućem sporu” (*Legalnost upotrebe sile, (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 487, paragraf 18, individualno mišljenje sutkinje Higgins).

15. Bez obzira na to, ono što nas više zanima u ovome trenutku jeste rezoniranje u presudama o *Legalnosti upotrebe sile*. Sud je najprije konstatirao - ispravno - da spomenuti dio u Presudi vezan za *Prijedlog za reviziju* nije podrazumijevao bilo kakvu odluku o statusu SRJ u okviru Ujedinjenih nacija prije 2000. godine. Sud je zatim naveo da je činjenica prijema označila kraj *sui generis* položaja članstva SRJ - što je također ispravno za buduće sporove. Međutim, Sud je, nadalje, nastojao izvući nove pravne posljedice - za prošlost - odnosno nepostojanje članstva u Ujedinjenim nacijama od 1992. do 2000. iz činjenice prijema SRJ, dok je u Presudi iz 2003. u vezi s *Prijedlogom za reviziju*, Sud smatrao nemogućim da iz iste činjenice izvlači bilo kakve posljedice za prošlost<sup>13</sup>. Isključiv osnov za to predstavljala je opservacija da je termin *sui generis* deskriptivan, a ne preskriptivan termin. Međutim, to teško predstavlja dokaz ili argument za bilo šta, nastavlja se u toj konstataciji. Kao što se napominje u zajedničkoj izjavi u sporovima *Legalnost upotrebe sile*, teza o tome da je članstvo SRJ u Ujedinjenim nacijama retroaktivno razjašnjeno “daleko od toga da je očigledna i mi ne možemo pratiti tok takvog rezoniranja” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 479, paragraf 12, zajednička izjava potpredsjednika Ranjeve, sudija Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneha, Buergenthal i Elaraby). To je, uz sve uvažavanje, jedan od razloga

---

<sup>13</sup> Vidjeti: Maria Chiara Vitucci, *Da li je zatvorena Pandorina kutija?: Odluka u sporovima o Legalnosti upotrebe sile u odnosu na status Savezne republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) u okviru Ujedinjenih nacija*, Leiden časopis za međunarodno pravo, 2006, tom 19, strana 114.

zašto logika Suda u presudama u vezi s *Legalnosti upotrebe sile*, ne predstavlja, možda, vrhunac pravnog rasuđivanja. To je tako, i pored negativnih i žalosnih posljedica po širu dosljednost sudske prakse Suda.

16. U ovoj našoj Presudi, razmotrena je Presuda iz 2003. o *Prijedlogu za reviziju*, kao i presude iz 2004. o *Legalnosti upotrebe sile* u paragrafima 105-113 pod naslovom “Relevantne prethodne odluke Suda”, ali se nismo bavili suprotnošću između nemogućnosti izvlačenja zaključaka u pogledu članstva SRJ u Ujedinjenim nacijama u Presudi iz 2003, kao i izvođenja zaključaka iz tih istih činjenica sadržanih u Presudi iz 2004.

17. Pored pristupa preko članstva u Ujedinjenim nacijama (Statut, član 35, stav 1), nečlanice, kao što je dobro poznato, mogu imati pristup Sudu na osnovu člana 35, tačka 2. Ključno pitanje na drugom nivou jeste da li termin “važeci ugovori” treba tumačiti kao da označava ugovore koji su na snazi u vrijeme pokretanja postupka (slobodno tumačenje) ili kao one koji su već bili na snazi kada je Statut Međunarodnog suda pravde stupio na snagu (uže tumačenje).

18. Podsjetit ćemo da se, u okviru svog Naloga od 8. aprila 1993., Sud opredijelio za ovo slobodnije tumačenje. Učinio je to izričito u paragrafu 19 tog Naloga. Naime, s obzirom da nije smatrao potrebnim da se definitivno izjasni o članstvu SRJ u Ujedinjenim nacijama, slobodno tumačenje člana 35, stav 2, Statuta predstavljalo je isključiv ili glavni osnov za njegovu privremenu nadležnost. Iako nedefinitivan, ovaj nalaz nosi značajnu težinu i ne bi ga trebalo olahko negirati. Štaviše, ovakva pretpostavka nalazila se, po prirodi nužne logike, u centru nalaza Suda da ima nadležnost u okviru Presude iz 1996. o preliminarnim prigovorima. Ipak, presude iz 2004. o *Legalnosti upotrebe sile* nisu se ustručavale da ga opovrgnu bez ikakve potrebe. Sedam sudija koji su priložili zajedničku izjavu toj Presudi smatrali su “iznenađujućim da je Sud našao za shodno da presuđuje o obimu člana 35, stav 2, iako se Podnosilac tužbe nije pozvao na ovaj tekst” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 479, paragraf 11, zajednička izjava potpredsjednika Ranjeva, sudija Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal i Elaraby).

19. Bez obzira na to, logika kojom se Sud rukovodio u presudama iz 2004. o *Legalnosti upotrebe sile* vodi krahu jedinstva cilja članova 35, 36 i 37 Statuta, jer u članovima 35 i 36 termin “važeci ugovori” neosporno označava

one koji su na snazi u vrijeme pokretanja postupka. Nije ponuđeno nikakvo opravdanje za takav rezultat.

20. Zaključak Suda u Presudi o *Legalnosti upotrebe sile* pretežno se zasniva na pripremnom radu na izradi člana 35, stav 2, Statuta Stalnoga suda, zato što pripremni rad na njegovom vlastitom Statutu nije dao nikakve čvrste zaključke. Sve što treba reći u vezi s tim je da je zaključak Suda, u najboljem slučaju, moguć ali ne i uvjerljiv.

21. Pored toga, zabrinjava da, iako je Sud bio više nego spreman zadrijeti u pripremni rad davno prošlog vremena i izvlačiti zaključke analogijom (premda je takva analogija podložna sumnji s obzirom da poslije Drugog svjetskog rata nisu postojali opći mirovni ugovori), uopće se ne spominje mnogo relevantnija činjenica da je SRJ, bez obzira da li jeste ili nije članica Ujedinjenih nacija, bila članica Konvencije o genocidu. Deklaracija SRJ od 27. aprila 1992, kojom se prihvataju ugovorne obaveze SFRJ, predstavlja njeno prihvatanje obaveza iz Konvencije o genocidu. U tom pogledu, treba pomenuti činjenicu da Ured Ujedinjenih nacija za pravna pitanja smatra da Rezolucija Generalne skupštine, broj 43/138 (1988), predstavlja opći poziv nečlanicama da postanu članice Konvencije o genocidu<sup>14</sup>. Instrument o pristupanju Demokratske Narodne Republike Koreje Konvenciji o genocidu prihvaćen je 31. januara 1989 (više od dvije godine prije nego što je ona postala članica Ujedinjenih nacija) po toj osnovi. Demokratskoj Narodnoj Republici Koreji, Generalna skupština nije uputila nikakav poseban poziv da postane članica Konvencije o genocidu. Drugim riječima, imajući u vidu izričito prihvatanje SRJ obaveza predviđenih Konvencijom o genocidu 1992, niti navodni status nečlanice, niti izričito pozivanje SRJ od Generalne skupštine da postane članica, ne predstavlja smetnju donošenju zaključka da je SRJ bila članica Konvencije o genocidu kada je podnijela svoj Prijedlog.

## **(2) Inicijativa**

22. Statutom Suda prihvataju se samo dva načina na koji države, nezadovoljne njegovim presudama, postupaju: revizija u skladu s članom 61 uz sva prateća ograničenja i uvjete koji su mudro osmišljeni da očuvaju

---

<sup>14</sup> U paragrafu 5 Rezolucije Generalne skupštine, broj 43/138, od 8. decembra 1988, apelira se na one države koje još uvijek nisu postale članice Konvencije da je ratificiraju ili joj pristupe bez daljnjeg odlaganja.



stabilnost i integritet presuda i/ili zahtjev za tumačenjem u skladu s članom 60 kojim se može samo objasniti, ali ne i izmijeniti ono što je Sud već riješio obavezujućom snagom.

23. Tužena strana neuspješno je tražila reviziju tokom 2003, a mogla je zahtijevati tumačenje - naime, karakter njenih tvrdnji u vezi sa značenjem nadležnosti i pristupa omogućio bi rješavanje putem takvog zahtjeva. Umjesto toga, istovremeno s njenim Prijedlogom za reviziju iz 2001, Tužena strana podnijela je "Inicijativu" Sudu da preispita svoju nadležnost po službenoj dužnosti. Interesantno je da su logika i sadržaj te Inicijative bili praktično identični sa Prijedlogom za reviziju. Iako je Sud odbacio Prijedlog za reviziju 3. februara 2003, isti je Sud, četiri mjeseca kasnije, pozvao Tuženu stranu da podnese novu argumentaciju o nadležnosti u fazi izjašnjavanja o meritumu (Pismo Registrara upućeno Tuženoj strani od 12. juna 2003). Ovo uprkos činjenici da se sam Sud oko sedam godina prije toga uvjerio da: "pošto je utvrdio svoju nadležnost na osnovu člana IX Konvencije o genocidu... može sada pristupiti razmatranju merituma spora po toj osnovi" (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1991(II)*, strana 622, paragraf 46).

24. Jasno je da je "Inicijativa" bila neregularna i da nije bilo mjesta za nju na osnovu Statuta Suda, ne zato što Sud nije mogao praviti greške ili odbiti da ih ispravi, već zato što je u njegovom Statutu postignut pravi kompromis između prava na grešku ljudi i sudova, s jedne, i potrebe da se očuvaju razumna i legitimna očekivanja u pogledu integriteta i stabilnosti njegovih presuda, s druge strane. Taj je kompromis postignut, kako je već spomenuto, tako što se dopustila mogućnost traženja tumačenja i/ili revizije. Naravno, tačno je da "Sud mora, međutim, uvijek biti uvjeren da ima nadležnost..." (*Žalba u vezi s nadležnošću Vijeća ICAO (Indija protiv Pakistana), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972*, strana 52, paragraf 13). Međutim, takvo uvjerenje, koje je nesumnjivo motivirano potrebom pedantnosti u dijeljenju pravde, mora biti postignuto na propisan način i pravovremeno. Kada se Sud uvjeri da ima nadležnost, treba prijeći na razmatranje merituma - a to je upravo ono što je Sud istakao 1996.

25. Ozbiljne sumnje koje, u principu, imam u vezi s ovom neregularnom inicijativom još su više pojačane činjenicom da, u sudskoj praksi Suda, ne postoji ništa što bi podržalo tezu da se pitanja nadležnosti o kojima je prethodno presuđeno sa snagom *res judicata* mogu ponovo otvoriti. Dakle, u sporu u vezi s *Vijećem ICAO*, nije postojala posebna faza

preliminarnih prigovora, niti se postavljalo pitanje “preispitivanja” onoga što je već bilo presuđeno. U tom sporu, Pakistan je vrlo kasno tokom usmene rasprave stavio prigovor, pošto je iscrpio mogućnost stavljanja preliminarnih prigovora. Odluka o nadležnosti, koja je donijeta u skladu s općim ovlastima Suda, nije predstavljala preispitivanje nadležnosti zato što ona nikada prije toga nije bila ispitivana.

26. Također, u još jednom sporu koji citiraju zagovornici teorije objektivnog pristupa: *Jugozapadna Afrika (Etiopija protiv Južne Afrike), Druga faza*, Sud je zaključio da status Podnosioca tužbe pred samim Sudom, odnosno, *locus standi ratione personae*, što je bilo predmet Odluke Suda u 1962. *ne može biti ponovo otvoren*, ali da status Podnosioca tužbe u pogledu predmeta spora, a time i merituma *može biti ponovo otvoren*. Drugim riječima, Sud je izbjegao ponovno otvaranje onoga o čemu je već bio odlučio<sup>15</sup>.

27. Ovakav zaključak nije oslabljen tvrdnjom koju je, ustvari, iznijela Tužena strana da podnosi novu argumentaciju o nadležnosti. Očekivalo bi se od Tužene strane, koja se nalazi u sličnom položaju, da tvrdi da ne ponavlja stare argumente. Zatim, ako se ti novi argumenti tiču ključnih nepoznatih činjenica, Statut Suda određuje proceduru kako se s njima postupa; ako je Presuda nejasna, to se može otkloniti tumačenjem, u skladu s članom 60 Statuta Suda.

28. Pošto je to bio slučaj, čudno je i, uz dužno uvažavanje mojih kolega, za žaljenje je da je Sud na način koji je bez presedana, na neregularan zahtjev Tužene strane, odgovorio zahtjevom za dostavljanje dodatnih argumenata o nadležnosti. Postupivši na taj način, Sud je doprinio daljnjem odlaganju pravde u vezi sa nečim što je tako šokantno za pristojan svijet kao što su optužbe za genocid. Štaviše, pogrešno shvaćena ideja da se Tuženoj strani dozvoli da podnese novu argumentaciju o nadležnosti u fazi merituma, pošto je već odlučeno o nadležnosti sa snagom *res judicata*, zajedno s Presudama iz 2004, doprinijelo je konfuziji i kontradikciji između njegovih različitih sporova i različitih faza u ovome sporu, s rezultatom da se širenjem ove zaraze i citiranjem takvih kontradikcija u Sudu, jedino što je ova Presuda mogla učiniti jeste potražiti utočište u formalizmu *res judicata*, o čemu svjedoče paragrafi 129-138.

---

<sup>15</sup> Za potrebe analize drugih sporova kojima se potkrepljuje teza da presuđena pitanja nadležnosti ne mogu biti ponovo otvorena, vidjeti posebno paragrafe 127-128 Presude.

29. Prije nego što završim ovaj dio posvećen nadležnosti, rekao bih nekoliko riječi o konceptu "pristupa". Smatram da je najznačajnija primjena ovog koncepta u vezi s nepostojanjem sposobnosti nedržavnih aktera i nepriznatih subjekata da se pojave pred Sudom. Naravno, to se očekuje u međunarodnoj zajednici sastavljenoj od država. Rasprave u Vijeću sigurnosti i Generalnoj skupštini o državama nečlanicama koje postaju članice Statuta Suda koncentrirane su na uvjet da relevantan subjekt predstavlja državu<sup>16</sup>, a ne na uvjete za učešće u Statutu. Pored potrebe osiguravanja ravnopravnosti strana u sporu pred Sudom, ne vidim da pravljenje razlike između pristupa i nadležnosti podrazumijeva neke značajnije posljedice. Dakle, od Suda se traži da utvrdi svoju nadležnost nezavisno od saglasnosti strana u sporu, naprimjer, kada se jedna od strana u sporu ne pojavi. Štaviše, nije beznačajno da se, premda je Tužena strana iznosila argumentaciju u smislu nepostojanja pristupa, njen podnesak odnosio na nepostojanje nadležnosti. Kontekstualan pristup, zasnovan na zdravom razumu a ne na dijalektičkoj logici, trebao bi biti rukovodeći kriterij u takvim pitanjima.

## II. MERITUM

30. Smatram da učešće ili umiješanost SRJ u genocid koji se dogodio u Bosni i Hercegovini 1990-ih godina imaju znatno ozbiljniji karakter i znatno širi teritorijalni obim nego što se to sugerira pukim nesprečavanjem genocida u Srebrenici.

31. To podrazumijeva da bi optužba da je izvršen genocid i u drugim dijelovima Bosne i Hercegovine te da je SRJ odgovorna ne samo za nesprečavanje genocida već i za aktivno učešće u njemu, bilo kao glavni učesnik ili, alternativno, kao saučesnik ili u vidu udruživanja ili podsticanja, najvjerovatnije bila dokazana da Sud nije primijenio metodologiju o kojoj se raspravlja dalje u tekstu.

32. Time se također podrazumijeva da su činjenice o odgovornosti SRJ za genocid u Srebrenici dokazane prema zadovoljavajućim standardima.

33. Kada to kažem, ne zaboravljam na činjenicu da MKTBJ do sada nije utvrdio da je izvršen zločin genocida u Bosni i Hercegovini (pored Srebrenice), niti neki drugi prateći zločini taksativno navedeni u Konvenciji

---

<sup>16</sup> Shabtai Rosenne, *Pravo i praksa Međunarodnog suda, 1920-2005*, tom II, strana 599.

o genocidu, a time i da je genocid teško, mada ne i nemoguće, dokazati. Nisam nesvjestan ni činjenice da dodatne teškoće u tom pogledu potječu od neuhvatljivosti elemenata genocidne namjere *dolus specialis* i potrebe da se primijene visoki standardi dokazivanja, uzimajući u obzir težinu optužbe za genocid.

34. Međutim, vjerujem da je Sud mogao pronaći genocid a time i odgovornost SRJ da je pratio drugačiju metodologiju, a da time, naravno, nije odstupio od visokih standarda dokazivanja ili strogosti svoga rasuđivanja.

35. *Na prvome mjestu*, Podnosilac tužbe je Sudu skrenuo pažnju na postojanje “preuređenih” dijelova dokumenata Vrhovnog vijeća odbrane Tužene strane. Nažalost, Sud nije reagirao na to, premda ima ovlast da to učini u skladu sa članom 49 svoga Statuta. Razumno je očekivati da bi takvi dokumenti trebali baciti svjetlost na centralna pitanja namjere i pripisivanja. Logika koju je Sud ponudio u paragrafu 206 Presude “u vezi s ovim pitanjem, Sud ističe da Podnosilac tužbe raspolaže obimnom dokumentacijom i drugim dokazima, naročito onima iz lahko dostupnih spisa MKTBJ...”, što je gore nego nepostupanje. Povrh toga, na kraju paragrafa 206 Sud kaže: “Premda Sud nije prihvatio nijedan zahtjev Podnosioca tužbe da se dostave neskrivene kopije dokumenata, *nije propustio zabilježiti prijedlog Podnosioca tužbe da je Sud slobodan iz toga izvući vlastite zaključke* (kurziv naknadno dodan). Trebalo bi napomenuti da se članom 49 Statuta predviđa da se “formalno konstatira bilo kakvo odbijanje”, a ne sugestija Podnosioca tužbe. Pored potpuno neizbalansirane konstatacije kojom se ne zadovoljava uvjet iz člana 49, nisu izvučeni nikakvi zaključci iz odbijanja Tužene strane da otkrije sadržinu nesređenih dokumenata. Normalno bi se moglo očekivati da posljedice konstatacije Suda pomjere *onus probandi* ili da dopuste slobodnije izvlačenje zaključaka, kao što to dosadašnja praksa Suda i razlozi zdravog razuma i pravičnosti nalažu. To je veoma jasno Sud izrazio u Presudi povodom spora *Krfski kanal*:

“S druge strane, činjenica o isključivoj teritorijalnoj kontroli, koju neka država vrši u okviru svojih granica, ima utjecaja na način dokazivanja koji stoji na raspolaganju radi utvrđivanja saznanja te države o takvim događajima. Iz razloga takve isključive kontrole, druga država, žrtva kršenja međunarodnog prava, često nije u stanju pružiti direktan dokaz o činjenicama koje potvrđuju odgovornost. Toj državi treba omogućiti slobodnije izvođenje zaključaka o činjenicama

i sporednim dokazima. Takvi indirektni dokazi dopušteni su u svim pravnim sistemima i njihovo je korištenje priznato međunarodnim odlukama. Oni se moraju smatrati dokazima od posebne težine kada se zasnivaju na nizu činjenica međusobno povezanih, koje logično dovode do jedinstvenog zaključka” (*Krfski kanal (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Albanije), Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1949*, strana 18).

36. *Drugo*, Sud je primijenio test efektivne kontrole na situaciju koja se razlikuje od one predočene u sporu *Nikaragva*. U ovome sporu, postojalo je jedinstvo ciljeva, jedinstvo etniciteta i zajednička ideologija tako da efektivna kontrola nad nedržavnim akterima ne bi bila potrebna. Primjenjujući test efektivne kontrole, Sud se rukovodio članom 8 Odredaba o odgovornosti države Komisije za međunarodno pravo (Presuda, paragrafi 402-407).

37. Međutim, s velikim uvažavanjem većine, postoji čvrst osnov za to da je teza o testu kontrole nepouzdana. Treba podsjetiti da su neki članovi KMP skrenuli pažnju na činjenicu o različitom stepenu zadovoljavajuće kontrole koja je potrebna u konkretnim pravnim kontekstima<sup>17</sup>. U odluci Žalbenog vijeća MKTBJ u slučaju *Tadić*, kako je potvrđeno u slučaju *Čelebići*, koristi se ovakav pristup. U slučaju *Čelebići*, Žalbeno vijeće je smatralo da: “test ‘ukupne kontrole’ tako bi bio zadovoljen čak i da oružane snage, koje postupaju u ime ‘kontrolirajuće države’, imaju autonomni izbor sredstava i taktike, iako učestvuju u zajedničkoj strategiji zajedno s kontrolirajućom državom” (*Tužilac protiv Delalića, Žalbeno vijeće MKTBJ, 20. februar 2001, paragraf 47*).

38. Odbacujući kontekstualno osjetljiv pristup MKTBJ, u komentaru KMP na član 8 ne zapaža se ništa više do razlika između pravila pripisivanja za svrhe državne odgovornosti, s jedne, i pravila međunarodnog humanitarnog prava za svrhe individualne krivične odgovornosti, s druge strane<sup>18</sup>. Međutim, treba napomenuti da je Žalbeno vijeće u slučaju *Tadić* zapravo formuliralo to pitanje kao pitanje državne odgovornosti, posebno da li je SRJ odgovorna za postupke VRS i tako smatralo da primjenjuje pravila o pripisivanju u skladu

---

<sup>17</sup> *Izvještaj Komisije za međunarodno pravo o radu njenog 50. zasjedanja, Ujedinjene nacije, Zvanični zapisnici Generalne skupštine, 53. zasjedanje, Dodatak broj 10, Ujedinjene nacije dok. A/53/10 i corrigendum 1, paragraf 395.*

<sup>18</sup> J. Crawford: *Odredbe Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti države: Uvod, tekst i komentari*, Cambridge University Press, 2002, strana 112.

s međunarodnim pravom (*Tužilac protiv Tadića*, Presuda MKTBJ, MT-94-1-A, 15. juli 1999, paragraf 98).

39. Nažalost, odbacujući takav standard u slučaju *Tadić*, Sud je propustio da se bavi ključnim pitanjem koje se postavilo u tom procesu, odnosno da različite vrste aktivnosti, posebno u vezi s neprestano evoluirajućim karakterom oružanih sukoba, iziskuju istančane varijacije pravila o pripisivanju. U slučaju *Nikaragva*, Sud je konstatirao da su Sjedinjene Američke Države i *kontraši* imali iste ciljeve, odnosno, obaranje vlade Nikaragve. Ti su ciljevi, međutim, bili ostvarljivi bez vršenja ratnih zločina ili zločina protiv čovječnosti. *Kontraši* su se, zapravo, mogli ograničiti na vojne mete u ostvarivanju svojih ciljeva. S obzirom na to, a u cilju pripisivanja zločina protiv čovječnosti u ostvarivanju zajedničkog cilja, Sud je *smatrao da su sami zločini* predstavljali predmet kontrole. Međutim, kada je zajednički cilj vršenje međunarodnih zločina, zahtjev da postoji i kontrola nad nedržavnim učesnicima i nad konkretnim operacijama u čijem kontekstu su izvršeni međunarodni zločini predstavlja i suviše visok prag. Imanentna opasnost u takvom pristupu je da se time državama daje mogućnost da sprovode kriminalnu politiku posredstvom nedržavnih aktera ili surugata bez podrazumijevanja neposredne odgovornosti za to. Tvrdnja iz paragrafa 406 Presude da je „kriterij o ‘sveukupnoj kontroli’ ima značajan nedostatak koji se sastoji u širenju djelokruga državne odgovornosti izvan osnovnog principa pravila međunarodne odgovornosti“ veoma je neuvjerljiva, uz dužno poštovanje, zato što ne uzima u obzir da takva veza objašnjava situacije kada postoji zajednički kriminalni cilj. Također nije potpuno jasno da test ukupne kontrole nije u svim slučajevima dovoljno blizu da bi proizveo državnu odgovornost.

40. *Treće*, Sud je također odbio zaključiti postojanje genocidne namjere na osnovu dosljednog obrasca ponašanja u Bosni i Hercegovini. U svome obrazloženju, Sud se mnogo oslanja na više argumenata, od kojih je svaki pojedinačno neadekvatan za te svrhe i kontradiktoran u odnosu na dosljednu sudsku praksu međunarodnih krivičnih tribunala.

41. Sud najprije razmatra da li Strateški ciljevi srpskog naroda u Bosni i Hercegovini<sup>19</sup> dokazuju genocidnu namjeru, ali zaključuje da ciljevi

---

<sup>19</sup> Ti Strateški ciljevi bili su slijedeći: (1) odvajanje (srpskog naroda) od druge dvije etničke zajednice i njegovo konstituiranje u državu; (2) uspostavljanje koridora između Semberije i Krajine; (3) uspostavljanje koridora u Podrinju, odnosno uklanjanje granice između srpskih država; (4) uspostavljanje granice prema rijekama Uni i Neretvi; (5) podjela grada Sarajeva na srpski i na muslimanski dio i uspostavljanje efektivnih državnih vlasti u svakom od njih... (Presuda, paragraf 371).

„mogli bi se postići raseljavanjem stanovništva i zauzimanjem teritorije“ (Presuda, paragraf 372). Sud zatim zapaža da motiv stvaranja Velike Srbije „nije nužno podrazumijevao uništavanje bosanskih muslimana i drugih zajednica, već njihovo protjerivanje“ (*Ibid.*). Sud, u osnovi, ignorira činjenice i mijenja svoju vlastitu ocjenu o tome kako su bosanski Srbi hipotetički mogli najbolje ostvariti svoje mračne Strateške ciljeve. Podnosilac tužbe nije tražio od Suda da procijeni da li su bosanski Srbi bili efikasni u ostvarivanju tih ciljeva. Podnosilac tužbe je tražio da Sud ispita obrazac ponašanja i logički izvuče nužne zaključke. Sudska praksa međunarodnih krivičnih tribunala u tom pogledu je manje naklonjena vještačkim razlikama između namjere relevantne za genocid i namjere relevantne za etničko čišćenje, nego što je to ovaj Sud. Žalbeno vijeće u slučaju *Krstić* jasno je zauzelo stav da obrazac ponašanja, poznat kao etničko čišćenje, može poslužiti kao dokaz *mens rea* genocida<sup>20</sup>. Zajedno s premještanjem stanovništva, koji drugi zaključak treba izvući iz obilja dokaza o masovnom ubijanju čije su sistematske žrtve bili bosanski muslimani, osim o genocidnoj namjeri? Ako je isključivi cilj bio premještanje muslimanskog stanovništva, a Sud je spreman pretpostaviti da su bosanski Srbi činili samo ono što je striktno bilo nužno za ostvarivanje tog cilja, šta onda predstavljaju masovna ubistva? Ako Sud ne može zanemariti to da je premještanje stanovništva bio jedan od načina ostvarivanja Strateških ciljeva, onda zašto bi trebao ignorirati činjenicu da su bosanski Srbi koristili taj metod kao jedan od brojnih metoda - uključujući masovno ubijanje pripadnika zaštićene grupe?

42. Drugi argument na koji se Sud oslanja tiče se ponašanja Tužioca MKTBJ i sudske prakse Tribunala u vezi sa genocidom. Sud odbacuje argumentaciju Podnosioca tužbe da model zločina izvršenih nad brojnim zajednicama pokazuje nužnu namjeru zato što to „nije u skladu sa zaključcima MKTBJ koji se tiču genocida niti s odlukama tužioca, uključujući i odluke da se ne tuže djela genocida u vjerovatno relevantnim optužnicama, te da se zaključi sporazum o navodima tužbe“ (Presuda, paragraf 374). To što MKTBJ nije utvrdio postojanje genocida zasnovanog na modelu ponašanja na cijeloj teritoriji Bosne nije, naravno, ni najmanje čudno. Tribunal

---

<sup>20</sup> Krstić, IT-98-33-A, paragraf 34. Na osnovu toga, Žalbeno vijeće je smatralo da su «neki drugi članovi Glavnog štaba VRS gajili istu takvu namjeru da se izvrši prinudno premještanje, ali su takvo premještanje smatrali korakom ka ostvarivanju svog genocidnog cilja [po nekim drugim članovima Glavnog štaba VRS], prinudno premještanje predstavljalo je sredstvo za ostvarivanje genocidnog plana», *Id.*, paragraf 133. Vidjeti, također, Krajišnik, IT-00-39-T, Presuda, 27. septembar 2006, paragraf 854.

samo ima nadležnost da presuđuje o individualnoj krivičnoj odgovornosti konkretnih osoba optuženih pred njim, a relevantni se dokazi, prema tome, ograničavaju na sferu djelovanja optuženih. Pored toga, ponašanje Tužilaštva često se zasniva na svrsishodnosti, te time nije moguće izvesti nikakve zaključke iz prihvatanja sporazuma, koje čini Tužilaštvo, o navodima tužbe ili neoptuživanja konkretne osobe za genocid. Iako je Sud spreman prihvatiti teret dokazivanja potreban za krivične sudske procese, nije spreman priznati da postoji suštinska razlika između krivičnog procesa vođenog protiv jedne osobe i procesa koji podrazumijeva državnu odgovornost za genocid. Sud može ispitati model ponašanja na cijeloj teritoriji Bosne zato što ga ne ograničava sfera djelovanja bilo koje optužene osobe - i trebao je to i učiniti.

43. Dosljedna sudska praksa međunarodnih krivičnih tribunala je jasna kada je riječ o dopustivosti (čak i neophodnosti) oslanjanja na činjenice i okolnosti iz kojih se izvodi zaključak o genocidnoj namjeri. Žalbeno vijeće MKTBJ smatra da dokaz o specifičnoj genocidnoj namjeri

“može, u odsustvu neposrednih eksplicitnih dokaza, biti zaključen na osnovu brojnih činjenica i okolnosti, kao što su opći kontekst, vršenje drugih krivičnih djela sistematski uperenih protiv iste grupe, razmjere počinjenih zločina, sistematsko ciljanje žrtava zbog njihove pripadnosti konkretnoj grupi ili ponavljanje destruktivnih i diskriminatornih djela”<sup>21</sup>.

44. Oslanjajući se na odluku u slučaju *Jelisić*, Žalbeno vijeće za taj proces također je smatralo da “kada ne postoje direktni dokazi o genocidnoj namjeri, takva se namjera ipak može zaključiti iz činjeničnih okolnosti tog zločina”<sup>22</sup>.

45. Međunarodni krivični tribunal za Ruandu (MKTR) također se dosljedno oslanjao na zaključivanje kao sredstvo utvrđivanja neophodnog genocidnog *mens rea*. U slučaju *Rutaganda*, Žalbeno vijeće MKTR je potvrdilo pristup Pretresnog vijeća u vezi sa zaključivanjem genocidne namjere:

“Vijeće smatra da je moguće zaključiti postojanje genocidne namjere u konkretnom djelu koji se stavlja na teret na osnovu općeg

---

<sup>21</sup> *Jelisić*, IT-95-10-A, Presuda, 5. juli 2001, paragraf 47; *Jelisić*, IT-95-10, Presuda, 14. decembar 1999, paragraf 73.

<sup>22</sup> Krstić, *supra* napomena broj 20, paragraf 34.



konteksta izvršenja drugih krivičnih djela sistematski uperenih protiv te iste grupe, bez obzira na to da li je ta djela izvršio isti počinitelj ili neko drugi. Drugi faktori, kao što su razmjere počinjenih zverstava, njihov opći karakter u regionu ili zemlji ili, štaviše, činjenica o namjernom i sistematskom ciljanju žrtava zbog njihove pripadnosti konkretnoj grupi uz isključivanje pripadnika drugih grupa, može omogućiti Vijeću da zaključi genocidnu namjeru konkretnog djela.”<sup>23</sup>

46. Žalbeno vijeće MKTR je također smatralo da izgovaranje poruka protiv Tutsija ili pripadnost nekoj ekstremističkoj grupi uperenoj protiv Tutsija ne predstavlja *sine qua non* za utvrđivanje *dolus specialis* genocida, ipak, utvrđivanje takve činjenice olakšava dokazivanje specifične namjere<sup>24</sup>. U slučaju *Musema*, Žalbeno vijeće MKTR je smatralo da se “u praksi, namjera može, od slučaja do slučaja, zaključiti iz materijalnih dokaza podnijetih Vijeću, uključujući dokaze kojima se pokazuje dosljedan obrazac ponašanja optuženog”<sup>25</sup>. Konačno, u slučaju *Kayishema* (čije je rezoniranje potvrdilo Žalbeno vijeće)<sup>26</sup>, Sud je smatrao da:

“djela počinitelja, uključujući posredne dokaze, međutim, mogu pružiti dovoljno dokaza o namjeri... Vijeće smatra da se namjera može zaključiti bilo iz riječi ili postupaka i da se može pokazati modelom namjernog postupanja. Naročito, Vijeće smatra kao dokazima, fizičko pogađanje grupe ili njene imovine, korištenje pogrdnog jezika prema pripadnicima pogođene grupe, oružje koje je korišteno i stepen tjelesnih povreda, metodičan način planiranja, kao i sistematski način ubijanja. Pored toga, značajan je i broj žrtava iz te grupe.”<sup>27</sup>

47. Za žaljenje je što pristup Suda dokazivanju genocidne namjere nije više reflektirao ovakvu relevantnu sudsku praksu.

48. Četvrto, Genocid je, po definiciji, složen zločin u smislu da, za razliku od ubijanja ljudi, traži vrijeme za izvršenje, zahtijeva ponavljanje i

---

<sup>23</sup> Akayesu, MKTR-96-4, Presuda, 2. septembar 1998, paragraf 523 i *Georges Rutaganda*, MKTR-96-3, Presuda, 6. decembar 1999, paragraf 398, obje su potvrđene na procesu *Georges Rutaganda*, MKTR-96-3-A, Presuda, 26. maj 2003, paragraf 528.

<sup>24</sup> *Georges Rutanga*, MKTR-96-3-A, Presuda, 26. maj 2003, paragraf 525.

<sup>25</sup> *Musema*, MKTR-96-13-A, Presuda, 27. januar 2000, paragraf 167.

<sup>26</sup> *Kayishema*, MKTR-95-1-A, Presuda, 1. juni 2001, paragraf 148.

<sup>27</sup> *Kayishema*, MKTR-95-1, Presuda, 21. maj 1999, paragraf 93.

vrši ga mnogo osoba i organa koji djeluju zajedno. Kao takav, ne može se ocjenjivati na nepovezan način. Nažalost, postoje primjeri, u okviru Presude, gdje se to događa, uključujući ključna pitanja kao što je odgovornost SRJ za genocid u Srebrenici.

49. Saznanja Beograda o širim operacijama u Srebrenici - onima koje su bile usmjerene na "zauzimanje grada" - dovoljno su utvrđena<sup>28</sup>. Pored toga, gospodin Carl Bildt (evropski pregovarač) sastao se dva puta s predsjednikom Miloševićem i generalom Mladićem, zajedno, u jeku zauzimanja Srebrenice i masakra koji je potom uslijedio<sup>29</sup>. Također je prihvaćeno da je unapređenje generala Mladića u čin generalpukovnika izvršeno u Beogradu, a tvrdnja Tužene strane da je ovo drugo predstavljalo samo administrativnu potvrdu odluke donijete na Palama, neuvjerljiva je. Izvještaj Generalnog sekretara o padu Srebrenice govori o tome da se gospodinu Carlu Bildtu, na sastanku s predsjednikom Miloševićem 14. jula, pridružio general Mladić - što predstavlja period u kojem je Sud utvrdio da je donijeta odluka o da se u cijelosti fizički likvidira odraslo muško stanovništvo muslimanske zajednice Srebrenice (Presuda, paragraf 423). U Izvještaju se također naglašava da predsjednik Karadžić (predsjednik Republike Srpske) nije bio upoznat sa sastancima između gospodina Bildta, predsjednika Miloševića i generala Mladića<sup>30</sup>.

50. Na kraju, konkretno u vezi s masakrima u Srebrenici, general Clark je svjedočio na suđenju Miloševiću o slijedećem razgovoru koji je obavio s predsjednikom SRJ:

„Pa, sve što mogu potvrditi, časni Sude, jeste razgovor koji sam imao. “Otišao sam vidjeti Miloševića. Postavio sam mu slijedeće pitanje: ‘Ako ste imali toliko mnogo utjecaja nad tim (bosanskim) Srbima, kako ste mogli dopustiti generalu Mladiću da pobije sve te ljude u Srebrenici?’ Pogledao je prema meni. Izraz mu je bio veoma ozbiljan. Zastao je prije no što je odgovorio i rekao: ‘Pa, generale Clark, ja sam ga upozorio da to ne čini, ali me nije poslušao.’ A to je

---

<sup>28</sup> Holandski institut za ratnu dokumentaciju, *Srebrenica - «Zaštićena zona». Rekonstrukcija, pozadina, posljedice i analiza pada zaštićene zone*, 10. april 2002, glava 7.

<sup>29</sup> Izvještaj Generalnog sekretara u skladu s Rezolucijom Generalne skupštine, broj 53/35, «Pad Srebrenice», dok. Ujedinjenih nacija A/54/549 (1999), strana 81, paragraf 372.

<sup>30</sup> Izvještaj Generalnog sekretara u skladu s Rezolucijom Generalne skupštine broj 53/35, «Pad Srebrenice», dok. Ujedinjenih nacija A/54/549 (1999), strana 82, paragrafi 373-376.

bilo u kontekstu cjelokupnog publiciteta u to vrijeme oko masakra u Srebrenici. Tada nisam upotrijebio riječ ‘masakr’ i nisam konkretno spomenuo riječ ‘civil’, ali kontekst tog razgovora je bio izuzetno jasan i pravovremen u tom trenutku.<sup>31</sup>

51. Odlučna uloga generala Mladića u genocidu u Srebrenici, blizak odnos između generala Mladića i predsjednika Miloševića, utjecaj koji je predsjednik Milošević imao na pregovore vezane za Srebrenicu (i prije i poslije izvršenog genocida), kao i njegove vlastite izjave, kako se navodi gore u tekstu, i ukoliko se sve navedeno posmatra odvojeno, ne bi moglo pružiti dokaz o saznanjima predsjednika Miloševića o tome da se priprema genocid u Srebrenici. Uzete zajedno, ove činjenice jasno pokazuju da je Beograd, ako ne potpuno uključen, onda barem u potpunosti bio upoznat s procesom odlučivanja u vezi sa Srebrenicom, dok je sama Republika Srpska bila isključena. Čak i poslije te činjenice, vođeni su istovremeno pregovori, nakon pada Srebrenice i izvršenog genocida, s generalom Mladićem i predsjednikom Miloševićem<sup>32</sup>. Nema nikakve sumnje da je predsjednik Milošević u potpunosti bio upoznat s aktivnostima generala Mladića (i vojske bosanskih Srba) u Srebrenici tokom cijelog perioda njenog zauzimanja i vršenja zločina.

52. Još jedna uznemirujuća odlika rasuđivanja Suda prisutna je u tretiranju srbijanskih paravojnih formacija, poznatih kao Škorpioni (Presuda, paragrafi 289, 389 i 395).

53. Dakle, u paragrafu 389 Presude govori se o dva dokumenta koja je dostavio Podnosilac tužbe, u kojima se Škorpioni spominju kao „MUP Srbije“ i kao „jedinica Ministarstva za unutrašnje poslove Srbije“. U ovom se paragrafu zapaža da je Tužena strana osporila vjerodostojnost tih dokumenata, navodno zato što su „bili fotokopije presretnutih komunikacija, a ne originali“. Međutim, jasno je da, ukoliko bi Sud insistirao na originalnim dokumentima, nikada ne bi bilo moguće donijeti bilo kakve presude. Bez obzira na to, drugi razlog koji se spominje u cilju dovođenja u pitanje važnosti tih dokumenata jeste da oni nisu bili upućeni Beogradu, da su pošiljaoci bili „visoki zvaničnici policijskih snaga Republike Srpske“. Međutim, time se, po sebi, ne negira njihova dokazna vrijednost. Kada jedan dužnosnik Republike

---

<sup>31</sup> *Tužilac protiv Miloševića*, Presuda MKTBJ broj IT-02-54, transkript od 16. decembra 2003, strane 30494-30495.

<sup>32</sup> *Ibid.*, strana 85, paragraf 392.

Srpske uputi telegram svojim pretpostavljenima u kojem su Škorpioni opisani kao “MUP Srbije” ili “jedinica Ministarstva za unutrašnje poslove Srbije”, nema nikakvog razloga da se sumnja u istinitost te tvrdnje.

54. Dakle, ovdje se radi o jedinici koja je bila uključena u snage Tužene strane - premda je datum njenog uključivanja sporan – ipak, Sud zaključuje da njih ne bi trebalo tretirati kao *de jure* organe Tužene strane tokom 1995, bez obzira na dokaze da su oni za dužnosnike Republike Srpske to bili. Isto toliko iznenađuje što Sud tretira izjave Vlade Srbije i Crne Gore - poslije Miloševićevoga pada s vlasti - da ono što se dogodilo u Srebrenici ne predstavlja djelo Srbije, već svrgnutog režima. Ova se izjava, zapravo, dogodila kada su se na nacionalnoj televiziji i televizijama u svijetu prikazivali šokantni prizori brutalnog strijeljanja šesterice muslimanskih zarobljenika u Trnovu, u okolini Srebrenice,<sup>33</sup> koje su izvršili Škorpioni. Sud nije uzeo u obzir ovu tijesno povezanu činjenicu prilikom razmatranja statusa Škorpiona.

55. Na kraju, u vezi s Škorpionima, Sud nadalje u paragrafu 389 kaže: „Osim toga, Sud konstatira da se u svakom slučaju djelo nekog organa koje jedna država stavi na raspolaganje drugom javnom organu ne smatra djelom te države, ukoliko je taj organ postupao u ime javnog organa kojem je stavljen na raspolaganje.“ Međutim, iako je vjerno odslikan duh člana 6 Odredaba KMP o odgovornosti države, mora se zapaziti da, u vezi s ovim značajnim pitanjem činjenica, ne postoje dokazi da su Škorpioni stavljeni na raspolaganje nekom drugom javnom organu.

56. *Peto*, tretmanu koji Sud daje izjavama Vlade Srbije i Crne Gore, na koju se aludira gore u tekstu, mnogo toga nedostaje. Imajući u vidu značaj ove izjave, potrebno ju je navesti u cijelosti:

„Oni koji su počinili ubistva u Srebrenici, kao i oni koji su naložili i organizirali taj masakr, nisu predstavljali ni Srbiju ni Crnu Goru, već nedemokratski režim terora i smrti kome se najsnažnije suprotstavila velika većina građana Srbije i Crne Gore.

Naša osuda zločina u Srebrenici ne zaustavlja se s neposrednim izvršiocima. Zahtijevamo krivičnu odgovornost svih onih koji su počinili ratne zločine, organizirali ih ili ih naložili, i ne samo u Srebrenici.

---

<sup>33</sup> Vjerovatno je riječ o tehničkom propustu. Trnovo se ne nalazi „u okolini Srebrenice“, već u blizini Sarajeva – napomena Izdavača.

Kriminalci ne smiju biti heroji. Zločin je pružanje zaštite ratnim kriminalcima, iz bilo kojih razloga.“

57. Sud je zaključio da je ova izjava političkog karaktera i da ne predstavlja priznanje srbijanske odgovornosti za masakre u Srebrenici. U cilju potkrepljivanja odbijanja da prihvati očigledno jasan jezik srbijanskog Vijeća ministara, Sud se poziva na odluke iz sporova *Nuklearne probe* i *Pogranični spor (Burkina Faso/Republika Mali)*. Ove presude, međutim, neutralne su u pogledu podupiranja zaključaka koje Sud izvodi u paragrafu 378. U tim presudama, Sud smatra da izjave date u formi jednostranih akata, posebno od visokopozicioniranih vladinih dužnosnika<sup>34</sup>, mogu imati obavezujuće pravne posljedice. Utvrđujući te činjenice, Sud je dosljedno razmotrio da li jezik koji je korišten otkriva jasnu namjeru (*Nuklearne probe (Novi Zeland protiv Francuske)*, *Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 473, paragraf 47; vidjeti također *Hram Preah Vihear (Kambodža protiv Tajlanda)*, *Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1961*, strane 31-32). Na kraju, namjera se mora razmotriti u kontekstu u kojem su izjave date (Sud ne treba pretpostaviti da izjave nisu date *in vacuo* (*Nuklearne probe (Novi Zeland protiv Francuske)*, *Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 474, paragraf 52) i u općem okviru međunarodnog općenja.

58. Naime, suprotan zaključak od onoga do kojega je Sud došao u paragrafu 378 potkrepljuje citirana sudska praksa. U mjeri u kojoj posljedice jednostranog akta zavise od namjere koja je stajala iza nje, kao i od konteksta u kojem je to učinjeno, treba razmotriti samo slijedeće: u to vrijeme, Vlada Srbije nastojala se distancirati - kao novi i demokratski režim - od režima koji joj je prethodio, u svjetlu otkrivanja stravičnih zločina koje su izvršile paravojne formacije (Škorpioni) na srbijanskoj nacionalnoj televiziji i televizijama u svijetu. Namjera je bila da se prihvati odgovornost prethodnog režima za te zločine i da se krene ispočetka distanciranjem novog režima od njih. Ne može biti jasnije namjere da se “priznaju” zločini iz prošlosti.

59. Od jednake važnosti je to što Sud nije razmotrio svoje odluke u sporovima *Nikaragva* i *Demokratska Republika Kongo protiv Ugande* - na

---

<sup>34</sup> U sporu *Nuklearne probe (Novi Zeland protiv Francuske)*, Presuda od 20. decembra 1974, Sud konkretno smatra da „nema nikakve sumnje, s obzirom na funkcije [predsjednika Francuske] da njegova javna obraćanja ili izjave, usmeno ili pismeno, u svojstvu šefa države, u međunarodnim odnosima predstavljaju djela države Francuske“, strana 474, paragraf 51.

koje se pozvao Podnosilac tužbe u svojim izlaganjima o toj temi (CR 2006/11, strane 10-15 (*Condorelli*)). U sporu *Nikaragva*, Sud je razmotrio kakve se pravne posljedice mogu izvući iz karakterizacije ponašanja SAD u Nikaragvi kao “samoodbrane”. Tom prilikom, Sud je istakao slijedeće:

„Izjave ove vrste koje potječu od visokih zvaničnih političkih osoba, u pojedinim slučajevima čak i najvišeg ranga, od posebne su dokazne vrijednosti *kada se njima potvrđuju činjenice ili ponašanje nepovoljno za tu državu* koju predstavlja osoba koja ih je dala. One se tada mogu tumačiti kao *oblik priznanja*“ (*Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv Nikaragve (Nikaragva protiv SAD), Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986, strana 41, paragraf 64*).

„Među pravnim posljedicama koje takve izjave mogu imati jeste i to da se one mogu smatrati *dokazom istinitosti činjenica*, dokazom da se te činjenice mogu pripisati državi čije su vlasti autori tih izjava i, u manjoj mjeri, kao dokaz pravnih kvalifikacija tih činjenica“ (*Ibid.*, strana 43, paragraf 71).

60. Obrazloženje Suda u sporu *Nikaragva* izuzetno je relevantno u vezi s njegovom primjenom na izjavu koju je dalo srbijansko Vijeće ministara. Vijeće ministara nedvosmisleno priznaje da je prethodna vlada Srbije i Crne Gore (međunarodno priznata i koja je neosporno postupala u ime srbijanske države za svrhe državne odgovornosti) “naredila i organizirala” ubistva u Srebrenici. Imajući u vidu kontinuitet državne odgovornosti, bez obzira na promjenu režima, ovom se izjavom svakako *potvrđuju činjenice ili ponašanje nepovoljno za državu koja daje izjavu* i na osnovu spora *Nikaragva* predstavlja oblik priznanja, ili, u najmanju ruku, dokaz o istinitosti činjenica koje iznosi. Ovakav je zaključak u skladu sa skorašnjom odlukom Suda u sporu *Demokratska Republika Kongo protiv Ugande*, u kojoj je Sud zapazio da će “posvetiti posebnu pažnju pouzdanim dokazima koji *potvrđuju činjenice ili ponašanje nepovoljno za državu koju predstavlja osoba koja ih daje...*” (*Oružane aktivnosti na teritoriji Konga (Demokratska Republika Kongo protiv Ugande), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2005, strana 201, paragraf 61*).

61. Šteta je što Sud ne primjenjuje sudsku praksu na koju se poziva i što se direktnije ne poziva na nju u ovoj materiji. Izjava srbijanskoga Vijeća ministara, posmatrana u kontekstu drugih dokaza raspoloživih Sudu, svakako

predstavlja priznanje odgovornosti režima predsjednika Miloševića za masakre u Srebrenici, za koje je Sud utvrdio da predstavljaju genocid.

### III. ZAKLJUČAK

62. Sud je oslobodio Srbiju odgovornosti za genocid u Bosni i Hercegovini, osim odgovornosti za nesprečavanje genocida u Srebrenici. Sud je ostvario ovaj nevjerovatan rezultat, suočen s obiljem uvjerljivih dokaza u suprotno. Taj je rezultat, međutim, proizvod kombiniranja metoda i tehnika koje je Sud usvojio, a koje nisu mogle dovesti do tog rezultata. Prije svega, Sud je odbio informirati se o dvostrukim pitanjima namjere i pripisivanja, koji predstavljaju elemente koje je najteže dokazati u zločinu genocida i za državnu odgovornost za taj zločin. Istovremeno, Sud je odbio pretočiti svoje zapažanje odbijanja da se otkriju preuređeni materijali, u konkretne korake u vezi s teretom i standardom dokazivanja, čime je doveo Podnosioca tužbe u izuzetno nepovoljan položaj. To nije bilo dovoljno, već je postavljen vrlo visok prag za kontrolu, a koji nije bio u skladu s činjenicama ovog spora niti sa relevantnom sudskom praksom MKTBJ. Sud tako nije uvažio kompleksnost zločina genocida, po definiciji, kao i potrebu sveobuhvatnog pristupa prilikom razmatranja tijesno povezanih činjenica, uloge generala Mladića i Škorpiona u Srebrenici, koji predstavljaju krunski primjer. Štaviše, tamo gdje se određene činjenice nisu uklapale u zaključke Suda, one su odbačene bez ikakvog opravdanja, a jedan takav primjer je i izjava nove Vlade Srbije. Uvjeren sam da, kada se radi o Srebrenici, odgovornost SRJ kao glavnog učesnika ili kao saučesnika dokazana je na osnovu činjenica i prava. Smatram, također, u odnosu na druge dijelove Bosne i Hercegovine, da je Sud koristio adekvatnije metode ocjenjivanja činjenica, došao bi, najvjerojatnije, do pozitivnih nalaza u pogledu međunarodne odgovornosti Srbije.

(Potpisano) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH

## ZAJEDNIČKO IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJA RANJEVA, SHIA I KOROME

*Ozbiljne sumnje u vezi s primjenom u Presudi res judicata iz Presude iz 1996. povodom preliminarnih prigovora, u smislu uključivanja “putem nužne implikacije” nadležnosti ratione personae - Članstvo u Ujedinjenim nacijama kao kriterij za pristup Sudu, u skladu s članom 35 Statuta i za ovlaštenje da se postane članica Konvencije o genocidu, u skladu s članom XI - Nadležnost ratione personae kao pitanje ustavnih i zakonskih uvjeta - Član 56 Statuta: Zahtjev da Sud navede pravne principe na kojima zasniva svoje zaključke - Obim i efekti res judicata koji proistječu iz relevantnih odredaba Statuta i u vezi s podnescima strana u istom sporu - Dužnost odgovaranja na podneske strana i uzdržavanje od donošenja daljnjih odluka - Sposobnost Suda da se uvjeri da nije dovedena u pitanje njegova nadležnost proprio motu - Pitanje pristupa strana nije pokrenuto, razmatrano ili o njemu odlučivano u Presudi iz 1996. - Razmatranje Suda o proglašenju SRJ 27. aprila 1992. - Pravljenje razlike između zabrane poricanja prethodnih iskaza i res judicata - Član 35 Statuta i uvjeti da Sud može otvoriti raspravu - Član 41 Pravila Suda - Presuda Suda iz 2004. o Legalnosti upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije) što ne predstavlja res judicatu za ovaj spor - Ako Srbija i Crna Gora nije bila članica Ujedinjenih nacija 1999, onda nije mogla biti članica kada je podnesen Zahtjev u ovome sporu - Zaključak Suda u Presudi povodom Legalnosti upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije) da Konvencija o genocidu ne sadrži niti jednu od “posebnih odredaba sadržanih u važećim ugovorima” u skladu s članom 35, stav 2, Statuta – Sud se uvijek treba suočavati s osporavanjima nadležnosti - Zaključci o nadležnosti iz Presude iz 1996. koja se odnosi na Srbiju i Crnu Goru, dok se efekt res judicata u ovoj Presudi odnosi samo na Srbiju.*

1. U Presudi Sud potvrđuje svoju nadležnost *ratione personae* na osnovu posljedica *res judicata* Presude iz 1996. povodom preliminarnih prigovora i utvrđuje putem “nužne implikacije” da: (1) [Saveznu republiku Jugoslaviju (SRJ, Srbija i Crna Gora, a sada Srbija)] “obavezuju odredbe Konvencije o genocidu na dan podnošenja Zahtjeva” i (2) “na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, [Sud] ima nadležnost da presudi u ovome sporu”.



2. Na ove zaključke “nužnom implikacijom” gledamo s određenom sumnjom, kako u odnosu na Statut Suda tako i na međunarodno pravo i, ovim putem, izražavamo naše zajedničko mišljenje. Čineći to, želimo ukazati da je naš stav čisto pravni, da ne podrazumijeva nikakav politički ili moralni sud u pogledu merituma ovoga spora. Međutim, čvrsto vjerujemo da Presuda, tražeći opravdanje za sudsko potvrđivanje njegove nadležnosti na osnovu *res judicata*, u velikoj mjeri zaobilazi dva ključna i povezana pitanja koja se nalaze pred Sudom i koja se tiču postojanja ili nepostojanja njegove nadležnosti u vrijeme podnošenja Zahtjeva u ovome sporu: naime, da li je ili nije Srbija i Crna Gora (Tužena strana) bila članica Ujedinjenih nacija i drugo, da li je Tužena strana bila članica Konvencije o genocidu i/ili obavezana tom Konvencijom. Na osnovu Povelje Ujedinjenih nacija i Statuta Suda, članstvo u Ujedinjenim nacijama predstavlja jedan od načina na osnovu kojeg se nekoj državi daje pristup Sudu i na osnovu kojeg Sud, u skladu sa članom 35 svoga Statuta, može vršiti nadležnost *ratione personae* u odnosu na tu državu. Članstvo u Ujedinjenim nacijama, također, ovlašćuje neku državu da postane članica Konvencije o genocidu, shodno članu XI.

3. Da bi Sud mogao potvrditi svoju nadležnost *ratione personae* na osnovu *res judicata*, mora uzeti u obzir relevantne odredbe Statuta, kao i podneske strana u sporu Sudu. Po našem mišljenju, oslanjanje Suda u ovome sporu na *res judicata* da bi se utvrdilo da li je Tužena strana imala pristup Sudu u vrijeme podnošenja Zahtjeva, neodrživo je sa stanovišta prava. U vezi s tim, želimo podsjetiti da je pitanje da li neka strana u sporu ima pristup Sudu, dok se nadležnost zasniva na saglasnosti, stvar ili ustavnih ili zakonskih uvjeta. Štaviše, oslanjajući se na *res judicata* kao osnov njegove nadležnosti *ratione personae*, Presudom se sugerira da je pitanje pristupa razmotreno i odlučeno, a da pitanje pristupa uopće nije upućeno a niti o njemu odlučivano, bilo u obrazloženju bilo u dispozitivu Presude iz 1996. Ovo pitanje nije pokrenula u bilo kom trenutku niti jedna od strana u ovom postupku niti je ono direktno ili indirektno razmatrano u tekstu Presude iz 1996. Drugim riječima, Sud u svojoj Presudi ne može odbiti da se bavi takvim ustavnim i zakonskim uvjetom, što predstavlja jedan od suštinskih podnesaka strana u sporu u ovoj fazi, tako što donosi nalaz koji se zasniva na *res judicata*, jer se *res judicata* ne može proširiti na pitanje koje Sud nije razmatrao, a kamoli odlučivao o njemu. Jednostavno rečeno, *res judicata* se primjenjuje na stvar koja je presuđena i o kojoj je odlučeno. Stvar o kojoj Sud nije odlučivao ne može se okvalificirati kao *res judicata*. Ništa u Presudi iz 1996. ne navodi na to da se Sud *definitivno* izjasnio o tom pitanju na način kojim mu se daje ovlaštenje *res*

*judicata*. Neko se pitanje ne isključuje iz doktrine *res judicata* samo zato što to Sud kaže. Pitanje koje se nalazi pred Sudom je prosto činjenično pitanje: da se sudski potvrdi da li je konkretno pitanje isto ono pitanje o kojem je već odlučivano. Pošto Sud donese ključni zaključak, mora navesti svoje razloge; kako to član 56 Statuta Suda predviđa “u Presudi se navode razlozi na kojima se ona zasniva”. Ovom se odredbom predviđa da Sud iznese pravne principe na kojima zasniva nalaz, kao i na koji način shvata i primjenjuje relevantne principe i pravne odredbe. U Presudi iz 1996. ne navode se ni pravni principi na osnovu kojih je odlučivano o pitanju pristupa niti kako su ti principi primijenjeni.

4. Treba podsjetiti da sudska praksa Suda pokazuje da je uvijek tretirao podneske strana u sporu kao *res judicata* u kontekstu svoga Statuta. To se odnosi na identitet strana u sporu, identitet uzroka, kao i na identitet predmeta u periodu između prethodno vođenog i kasnijeg postupka u istome sporu. *Res judicata* ne predstavlja apsolutni princip i ne isključuje pokretanje nekog pitanja koje je adekvatno u okolnostima datog spora. Drugim riječima, a u skladu s doktrinom i sudskom praksom, pitanja nadležnosti mogu se razmotriti u bilo kojem trenutku. Štaviše, strana može postaviti pravno različit zahtjev koji proizlazi iz istih činjenica, bez obzira na *res judicata*. Odnosno, neka država može postaviti zahtjev po jednom pravnom osnovu, čime se ne lišava prava da postavi neki drugi zahtjev po drugom, potpuno odvojenom pravnom osnovu. U tom slučaju, postavilo bi se pitanje da li je kasnije pokrenuto pitanje konačno riješeno prethodnom odlukom.

5. Dakle, pitanja koja postavljaju same *strane u sporu* utvrđuju operativne parametre presude i “konačno, obim *res judicata* se isključivo može utvrditi pozivanjem na izlaganja u cjelini, kao i na konkretne podneske strana u sporu” (Shabtai Rosenne, *Pravo i praksa Međunarodnog suda, 1920-2005*, Tom 3, strana 1603). U vezi s tim, Sud, objašnjavajući Zahtjev za tumačenje Presude od 20. novembra 1950. u predmetu Azil, a o čemu je već bio odlučio u svojoj Presudi od 20. novembra 1950, zapaža da nije pokrenuto, niti Presudom odlučeno, pitanje o tome kako se okončava azil, kao i da otuda nije moguć efekt *res judicata* po tom pitanju. To je tako, primjećuje Sud, jer “Sud ima dužnost ne samo da odgovara na pitanja postavljena u konačnim podnescima strana u sporu već i da se uzdrži od odlučivanja o stvarima koje nisu obuhvaćene tim podnescima” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1950*, strana 402).

6. Naravno, to ne utječe na sposobnost Suda da se uvjeri u vlastitu nadležnost *proprio motu* (Žalba u vezi s nadležnošću Vijeća ICAO (Indija protiv Pakistana), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972, strana 52, paragraf 13). Međutim, smatramo da Sud nije tako postupio u svojoj Presudi iz 1996, što je potvrđeno u njegovoj Presudi u vezi s *Legalnošću* upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije) kada se kaže da “u svojoj Presudi o preliminarnim prigovorima od 11. jula 1996... pitanje statusa Savezne republike Jugoslavije, u vezi s članom 35 Statuta, nije pokrenuto i Sud nije vidio nikakav razlog da ga razmotri” (Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 311, paragraf 82). Prema tome, to se sada čini ne samo potpuno nedosljedno, već i kao poricanje vlastite “sudske činjenice” Suda da sada zaključi u ovoj Presudi da, kao pitanje “logičke konstrukcije” i kao element obrazloženja koji se *može i mora* čitati u Presudi iz 1996, SRJ ima sposobnost da se pojavi pred Sudom, u skladu sa Statutom. Po našem mišljenju, obim i djelovanje *res judicata* za svrhe nadležnosti *ratione personae* mora se utvrditi pozivanjem na pravo relevantno za taj spor: u ovome slučaju, to predstavlja, da li su strane u sporu imale pristup Sudu i da li su zadovoljeni uvjeti predviđeni Poveljom Ujedinjenih nacija i Statutom Suda da se neka strana u sporu pojavi pred Sudom.

7. Što se tiče pitanja pristupa, Sud u Presudi zapaža da “nijedna od strana u sporu nije pred Sudom pokrenula to pitanje” jer, kako se tvrdi, Bosna i Hercegovina, kao Podnosilac tužbe, nije željela tvrditi da SRJ nije bila članica Statuta, čime bi, vjerovatno, osporila nadležnost Suda *ratione personae*, a SRJ nije željela ugroziti ili odustati od svoje tvrdnje da je u to vrijeme bila država nastavljač SFRJ (paragraf 106). Isto tako, kao što je Sud kasnije potvrdio u svojoj Presudi u sporu o *Legalnosti upotrebe sile* (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Sud se u 1996. “nije obavezao na *definitivan stav* po pitanju pravnog statusa Savezne republike Jugoslavije u vezi s *Poveljom i Statutom*” (Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 309, paragraf 74; kurziv naknadno dodan) i, s obzirom da “pitanje statusa Savezne republike Jugoslavije, u pogledu člana 35 Statuta, nije bilo pokrenuto... Sud nije vidio nikakav razlog da ga razmotri” (*Ibid.*, strana 311, paragraf 82).

8. Štaviše, u ovoj se Presudi potvrđuje da su strane u sporu i Sud 1996. bili svjesni da su status članstva Srbije u Ujedinjenim nacijama i njen status članice Konvencije o genocidu bili sporni. U Presudi se, u paragrafu 130, podsjeća da je Sud u Nalogu od 8. aprila 1993. napomenuo, određujući privremene mjere u ovome sporu, da je usvojeno rješenje u Ujedinjenim

nacijama u vezi sa statusom SRJ kao članice i države nastavljača SFRJ” [bilo] ne bez pravnih teškoća” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije (Srbija i Crna Gora)), Privremene mjere, Nalog od 8. aprila 1993, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993*, strana 14, paragraf 18). U njoj se nadalje (paragraf 130) priznaje da, zapravo, postoji neslaganje između strana u sporu pred Sudom oko statusa SRJ kao članice Ujedinjenih nacija u vrijeme podnošenja Zahtjeva: Bosna i Hercegovina, u svojoj Tužbi (paragrafi 4.2.3.11 - 4.2.3.12), tvrdila je da SRJ ne može automatski nastaviti članstvo SFRJ u Ujedinjenim nacijama, dok je SRJ jasno iznijela svoj stav da je ona država nastavljač SFRJ (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 299, paragraf 47). Međutim, nijedna od strana u sporu nije ni podržala niti osporila pristup SRJ Sudu do prijema Srbije i Crne Gore u Ujedinjene nacije kao nove članice 2000. Dakle, očigledno je da svi elementi nadležnost *ratione personae* nisu bili postavljeni pred Sud i da Sud nije o njima odlučivao u Presudi iz 1996, kao i da je, prema tome, efekt *res judicata* te Presude, u najmanju ruku, neodrživ sa stanovišta tog pitanja.

9. Kao što je prethodno navedeno, načelno, ne isključuje se mogućnost da država pravno pokrene neki poseban zahtjev koji proistječe iz istih činjenica kada ta odvojena stvar spada u odlučivanje u istom pravnom kontekstu. Što je još značajnije, kada se pokrene pitanje nadležnosti Suda u vezi s konkretnim pitanjima, Sud ima dužnost da ta pitanja uzme u obzir i da utvrdi, na osnovu prava, da li je imao ovlasti ili nadležnost da odlučuje o sporu.

10. Sud je potvrdio ovaj stav u svojoj Presudi o *Legalnosti upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije)* kada je smatrao da “pravo strane u sporu da se pojavi pred Sudom” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 295, paragraf 36; kurziv naknadno dodan) predstavlja pitanje zakonskih uvjeta “a ne pitanje saglasnosti” (*Ibid.*). Dakle, da li neka država ima pristup Sudu regulirano je Statutom i na Sudu je da utvrdi da li ta država ispunjava spomenute uvjete. U toj Presudi, Sud nadalje smatra da Srbija i Crna Gora nije bila članica Ujedinjenih nacija u vrijeme pokretanja postupka 1999. Shodno tome, u fazi utvrđivanja merituma spora strane su posvetile veliku pažnju tome da li je Sud imao nadležnost *ratione personae* u odnosu na SRJ u vrijeme pokretanja ovog postupka 1993.

11. Uvjeti koji se moraju zadovoljiti da bi Sud imao nadležnost *ratione personae* predviđeni su članovima 34 i 35 Statuta. Član 34 odnosi se na uvjet državnosti, dok se u članu 35, stav 1, predviđa da je Sud “otvoren” za države članice Statuta, što uključuje *ipso facto* sve članice Ujedinjenih nacija (Povelja, član 93, stav 1). U skladu s članom 35, stav 2, uvjeti pod kojima je Sud “otvoren za druge države” “u skladu s posebnim odredbama sadržanim u važećim ugovorima, utvrđuje Vijeće sigurnosti, ali ni u kom slučaju oni ne smiju dovesti strane u položaj neravnopravnosti pred Sudom”. Dakle, Vijeće sigurnosti, postupajući u skladu s članom 35, stav 2, Statuta, u Rezoluciji broj 9 od 15. oktobra 1946, utvrdio je odredbe na osnovu kojih Sud može biti otvoren za države koje nisu članice Statuta. Rezolucijom broj 9 predviđa se da je Sud otvoren za države nečlanice koje daju deklaraciju o prihvatanju nadležnosti Suda u skladu s Poveljom, Statutom i Pravilima, obavezujući se tako da će poštivati, u dobroj vjeri, odluke Suda i prihvatajući sve obaveze članice Ujedinjenih nacija, u skladu s članom 94 Povelje. Članom 41 Pravila Suda regulira se “pokretanje postupka od države koja ne predstavlja članicu Statuta” i predviđa se da “Sud odlučuje o” “svakom pitanju validnosti ili djelovanja” neke deklaracije kojom se prihvata nadležnost Suda, u skladu s takvom Rezolucijom Vijeća sigurnosti usvojenom na osnovu člana 35, stav 2, Statuta.

12. Status SRJ u vezi s njenim članstvom u Ujedinjenim nacijama od 1992. do 2000. predstavlja, dakle, značajno razmatranje sa stanovišta člana 35 Statuta. Možemo podsjetiti da je pitanje članstva SRJ, u svjetlu djela koja poduzimaju drugi organi Organizacije, sam Sud u svome Nalogu iz 1993. okarakterizirao kao “ne bez pravnih teškoća” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije (Srbija i Crna Gora)), Nalog od 8. aprila 1993, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993*, strana 14, paragraf 18). Sud je u svome Prijedlogu za reviziju Presude od 11. jula 1996, *podnesenom 2003, u vezi sa sporom o Primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije)*, Preliminarni prigovori (Jugoslavija protiv Bosne i Hercegovine) također opisao kao položaj “*sui generis*” SRJ u odnosu na Ujedinjene nacije u periodu od 1992. do 2000. U svjetlu prijema Srbije i Crne Gore kao nove članice 2000, Sud se 2004. ponovo na “propisan” način vratio na pitanje statusa SRJ kao članice Ujedinjenih nacija od 1992. do 2000, u okviru svoje Presude o *Legalnosti upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije)* i iznio slijedeće:

„Pravni položaj Savezne republike Jugoslavije u okviru Ujedinjenih nacija i u odnosu na tu Organizaciju ostao je izuzetno složen od 1992. do 2000. Zapravo, *mišljenje je Suda* da je pravna situacija, nastala u okviru Ujedinjenih nacija u periodu od osam godina u vezi sa statusom Savezne republike Jugoslavije poslije raspada Socijalističke federativne republike Jugoslavije, ostala nerazjašnjena i pogodna za različite ocjene. To je bilo, između ostalog, posljedica nepostojanja autoritativne odluke nadležnih organa Ujedinjenih nacija kojom se jasno utvrđuje pravni status Savezne republike Jugoslavije u odnosu na Ujedinjene nacije” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 305, paragraf 64; kurziv naknadno dodan).

Što se tiče prijema SRJ za članicu Ujedinjenih nacija, Sud navodi slijedeće:

“Time je razjašnjena dotadašnja amorfnu pravna situacija u vezi sa statusom Savezne republike Jugoslavije u odnosu na Ujedinjene nacije...s tačke gledišta s koje se Sud sada osvrće na tu pravnu situaciju, a u svjetlu pravnih posljedica novog razvoja počevši od 1. novembra 2000, Sud dolazi do zaključka da Srbija i Crna Gora nije bila članica Ujedinjenih nacija a time ni država članica Statuta Međunarodnog suda pravde u vrijeme podnošenja njenog Zahtjeva za pokretanje ovoga postupka pred Sudom 29. aprila 1999” (*Ibid.*, strane 310-311, paragraf 79).

Sud je zatim konstatirao da “*može vršiti svoju sudsku funkciju samo u odnosu na one države koje imaju pristup Sudu*, u skladu s članom 35 Statuta. I samo one države koje imaju pristup Sudu mogu na njega prenijeti nadležnost” (*Ibid.*, strana 299, paragraf 46; kurziv naknadno dodan).

Sud je nadalje utvrdio da se nije obavezao:

“*na definitivnu stav po pitanju pravnog statusa Savezne republike Jugoslavije u odnosu na Povelju i Statut u okviru svojih iskaza u sporednim postupcima u sporovima koji se tiču ovog pitanja koje je iznijeto pred Sud tokom ovog nepravilnog perioda*” (*Ibid.*, strana 309, paragraf 74; kurziv naknadno dodan).

13. Ovaj zaključak Suda očigledno nije bez značaja. To nije *res judicata* za ovaj spor u smislu predviđenom članovima 59 i 60 Statuta Suda, jer se

ne može primjenjivati između istih strana u sporu i u odnosu na ovaj “konkretan spor”. Međutim, i iz činjenične i iz pravne perspektive, čini se potpuno jasno da, ako Srbija i Crna Gora nije bila članica Ujedinjenih nacija 1999, onda nije mogla biti članica ni 28. marta 1993, kada je podniet Zahtjev u ovome sporu. Dosljedno tome, s obzirom da Tužena strana nije bila članica Ujedinjenih nacija, nije ispunjavala uvjete da pristupi Konvenciji o genocidu na jedan od dva načina predviđena članom XI Konvencije (drugi način je po pozivu Generalne skupštine).

14. Međutim, da bi došao do zaključka da ima nadležnost na osnovu člana IX Konvencije o genocidu, Sud je u svojoj Presudi iz 1996. konstatirao proklamaciju SRJ od 27. aprila 1992. da će “striktno poštivati sve međunarodne obaveze koje je preuzela Socijalistička federativna republika Jugoslavija” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), preliminarni prigovori, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1996 (II)*, strana 610, paragraf 17) i nadalje zapazio da “nije osporeno da je Jugoslavija članica Konvencije o genocidu” (*Ibid.*). Prema tome, Sud je smatrao da je “Jugoslavija obavezana odredbama Konvencije u vrijeme podnošenja Zahtjeva u ovome sporu, odnosno 20. marta 1993” (*Ibid.*). Sud je, dakle, došao do svog zaključka na osnovu zabrane poricanja prethodnog iskaza, a ne na osnovu *res judicata*. Prije svega, smatramo da se princip ovakve zabrane razlikuje i da se ne može zaključivati u svim okolnostima budući da vrši drugačiju funkciju od one koju imaju *res judicata* kada je riječ o pitanju kao što je nadležnost i da jedno ne može zamijeniti drugo niti da može zamijeniti uvjete predviđene Poveljom Ujedinjenih nacija, odnosno Statutom Suda.

15. Također smo prisiljeni zapaziti da se Sud, potvrđujući svoju nadležnost *ratione personae*, zasnovanu na *res judicata*, opredijelio da ne ulazi u relevantnost člana 35, stav 2, Statuta za svrhe svoje nadležnosti, iako se radi o jednom od centralnih argumenata Tužene strane u ovoj fazi. Podsjećamo da je Sud u Nalogu o privremenim mjerama u ovom sporu iz 1993. smatrao da:

“Postupak može validno pokrenuti država protiv neke druge države koja podliježe specijalnoj odredbi u nekom važećem ugovoru [kako se navodi u članu 35, stav 2, Statuta], ali koja nije članica Statuta i nezavisno od uvjeta koje je Vijeće sigurnosti predvidjelo u svojoj Rezoluciji broj 9 iz 1946” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina*

*genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije (Srbija i Crna Gore)), privremene mjere, Nalog od 8. aprila 1993, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993, strana 14, paragraf 19).*

Sud je smatrao da se član IX Konvencije o genocidu može smatrati *prima facie* posebnom odredbom u nekom važećem ugovoru shodno značenju člana 35, stav 2. Međutim, nakon sveobuhvatnog razmatranja ovog pitanja, Sud je, u svojoj Presudi u sporu o *Legalnosti upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije)*, zaključio da “posebne odredbe sadržane u važećim ugovorima” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 324, paragraf 113*) na koje se odnosi član 35, stav 2, predstavljaju takve odredbe “koje su na snazi na dan stupanja na snagu novog Statuta” (*Ibid.*) - uvjet koji isključuje Konvenciju o genocidu (stupila na snagu 12. januara 1951).

16. U takvim okolnostima, Sud je u svojoj Presudi u sporu o *Legalnosti upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije)* smatrao da SRJ nije bila članica Ujedinjenih nacija 1999. i da Konvencija o genocidu ne sadrži nijednu od “posebnih odredaba sadržanih u važećim ugovorima” (*Ibid.*), paragraf 114).

17. Prema tome, čini nam se, bez obzira na članove 59 i 60 Statuta Suda, da je ne samo suprotno već i neodrživo sa stanovišta nadležnosti da se Tužena strana smatra članicom Ujedinjenih nacija 1993. ili da je na drugi način zadovoljila uvjete iz člana 35 Statuta. Drugim riječima, ako u vrijeme podnošenja Zahtjeva SRJ nije bila ni članica Ujedinjenih nacija, ni članica Statuta, u tom slučaju nije imala ni pristup Sudu. Pristup Sudu mora zadovoljiti konstitutivne i zakonske uvjete za to kako bi on bio validan. Čvrsto vjerujemo da je bitno da se Sud uvijek osigura da ima nadležnost za neki spor kada je suočen s osporavanjem da neka strana u sporu ima pristup Sudu. Pošto Tužena strana u ovom sporu osporava nadležnost *ratione personae* Suda nad njim, sudska dosljednost bi zahtijevala da Sud odgovori na način na koji je to učinio u sporovima o *Legalnosti upotrebe sile*. U tim sporovima, Sud je smatrao da mu je prevashodna dužnost da prouči pitanje da li Tužena strana jeste ili nije bila članica Statuta Suda u vrijeme pokretanja postupka, s obzirom da je pitanje pristupa Sudu od takvog značaja da predstavlja izuzetak od općeg pravila da Sud može slobodno odrediti koji će osnov prvo razmotriti (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana*



298, paragraf 45). Žalosno je da se Sud, ovoga puta, opredijelio da odstupi od svoje vlastite sudske prakse.

18. Međutim, Sud nije bio u stanju izmiriti sudsku nedosljednost u pogledu svog nalaza o *res judicata* čak ni u ovoj Presudi. U paragrafu 74 ove Presude, Sud zapaža da su se činjenice i događaji koji su predmet Zahtjeva Bosne i Hercegovine u ovom sporu i podnesaka koji se na njemu zasnivaju, dogodili kada je Srbija i Crna Gora predstavljala jedinstvenu državu. Međutim, iz razloga navedenih u paragrafima 75 i 76 Presude, Sud sada presuđuje da će se eventualni pravni zaključci do kojih Sud bude došao odnositi isključivo na Srbiju. S druge strane, Presuda iz 1996. o preliminarnim prigovorima, koja je predstavljala osnovu za zaključke Suda o *res judicata*, odnosila se na Saveznu republiku Jugoslaviju (Srbija i Crna Gora). Ukoliko kasniji događaji (paragraf 120) ne bi utjecali na ponovno otvaranje nalaza Suda, smatramo da bi bilo teško pomiriti ovu izreku Suda s pozicijom o *res judicata* koju je zauzeo u vezi s Presudom iz 1996.

19. Mišljenja smo da u Presudi Suda, oslanjanjem na *res judicata* kao osnov za njegovu nadležnost, nije osigurano sveobuhvatno razmatranje koje takav princip podrazumijeva, a koji bi nezavisno omogućio da se dođe do pravno valjanog zaključka, kao i da je Sud propustio razmotriti jedan od suštinskih podnesaka jasno iznijetih pred njim u ovom trenutku, odnosno da li je Tužena strana imala valjan pristup Sudu, kako bi on mogao vršiti svoju nadležnost u ovom sporu.

(Potpisano) Raymond RANJEVA

(Potpisano) SHI Jiuyong

(Potpisano) Abdul G. KOROMA

## INDIVIDUALNO MIŠLJENJE SUDIJE RANJEVA

### Obaveza sprečavanja

*Obaveza sprečavanja – Obaveza erga omnes zasnovana na međunarodnoj solidarnosti – Stalna obaveza opreznosti i saradnje koja važi za sve države članice – Međunarodna odgovornost država za propuštanje – Zajednički diplomatski nastup*

1. U pravu, međunarodna odgovornost za propuštanje dopuštena je u svrhu zaštite osnovnih interesa međunarodne zajednice. Ugovaranje obaveze sprečavanja spada u pristup međunarodnim pravnim odnosima koji se zasnivaju na međunarodnoj, odnosno svjetskoj solidarnosti. Ova dimenzija tako pruža tumačenju pravnih odnosa jedan novi opseg međunarodnih pravnih odnosa. U paragrafu 430 Presude opisuje se sadržaj obaveze sprečavanja u smislu obaveze mogućnosti, a ne rezultata u pravom smislu, u mjeri u kojoj se ne može pružiti nikakva garancija uspjeha. Ako država članica ima diskreciono pravo da djeluje u pravcu za koji ona smatra da je najprikladniji, pitanje je da li ima slobodu da djeluje ili da ne djeluje spram obaveze sprečavanja koju propisuje Konvencija iz 1948. suprotno pravilima klasičnog, općeg međunarodnog prava. U iznimnim situacijama, jedna država članica je u obavezi da reagira i u tom slučaju inertnost ili ravnodušnost predstavljaju kršenje obaveze sprečavanja genocida. Budući da Konvencija ne spominje uvjete koji važe za izvršenje ove obaveze, to državi potpisnici pruža ingerenciju da na diskrecioni način procijeni posljedice koje želi izvući iz konstitutivnih elemenata spora. Ali pitanje je da li suzdržavanje može biti dopuštena opcija u pogledu ugovornog prava o kojem se radi.

2. Konvencija iz 1948. uspostavlja obavezu sprečavanja zločina genocida na teret država članica (vidjeti: Presuda, paragraf 166). Takva ugovorna odredba u Konvenciji u svoje je vrijeme predstavljala prilagođavanje propisa pozitivnog međunarodnog prava zahtjevima univerzalnog morala. Univerzalni karakter sudskog poziva opravdavao je ovaj osvrt: univerzalna savjest direktno je prozvana problemima kršenja Konvencije iz 1948, u momentu kada je većina ključnih učesnika međunarodne scene bila prisutna na polju katastrofe. Osim toga, čini se da je jedna dimenzija obaveze zaboravljena: stalni karakter ove obaveze za razliku od obaveze kažnjavanja; opreznost, provedena razumno, mora biti konstantna s većim stepenom interesiranja

ako ne i znatizelje u periodu političkih ili humanitarnih kriza. U okviru ovog predmeta, Sud je trebao podsjetiti da obaveza sprečavanja važi za sve države potpisnice Konvencije. Uz to, sadržaj ove obaveze mora biti tumačen *in concreto* u zavisnosti od posebne situacije svake članice. Svođenje razmatranja Suda na pravne obaveze samo država strana u ovom sporu, ne može biti tumačeno kao relativizacija ili alijenacija od obaveze da se spriječi zločin genocida koju je ugovorila međunarodna zajednica.

3. Osvrt na pripreme radove za usvajanje Konvencije iz 1948 (Presuda, paragraf 164) pokazuje da su učesnici više pažnje posvetili obavezi kažnjavanja nego obavezi sprečavanja genocida. Historijske i političke okolnosti koje su neposredno prethodile Drugom svjetskom ratu i uslijedile poslije njega, objašnjavaju ovu činjenicu. U pogledu opće ekonomije međunarodnih instrumenata neposredno po završetku rata, obaveza sprečavanja proizlazila je uglavnom iz Deklaracije prava i obaveza država (A/RES/177 i A/RES/178(II)). Ovom Presudom stavlja se tačka na eventualne, više ideološke nego pravne rasprave: obaveza sprečavanja spada u normativni red pozitivnog prava (Presuda, paragraf 165). Iako je princip potvrđen, konkretizacija njegovog sadržaja nije zbog toga lakša. Poteškoća vidljiva u opisu paragrafa 430 Presude, ilustrira probleme na koje se nailazi kada treba utvrditi njen okvir.

4. Presuda razmatra neispunjenje obaveze sprečavanja genocida u odnosu na “*due diligence*” u pogledu postupanja i djela pripisivih jednoj državi posebno; *mutatis mutandis*, Sud je usvojio, u analitičkim terminima individualnog postupanja, analizu navodnih neispunjenja. Iz perspektive ugovorne odgovornosti u bilateralnim odnosima jedan takav potez lahko se opravdava. U analizi, u poziciji smo da se pitamo da li je takav pristup dovoljan da bi se pokrili svi odnosi obaveza u Konvenciji iz 1948, kada je riječ o opreznosti u jednoj multilateralnoj perspektivi, a posebno spram apsolutnog međunarodnog zločina kakav je genocid. Da bi se zadovoljila međunarodna solidarnost koja je u osnovi obaveze sprečavanja genocida, teško je posmatrati utjecaj ugovorne veze ovog instrumenta kao nastavak bilateralnim odnosima između država članica; Konvencija ne bi postigla cilj ukoliko bi iz nje potekla jedna grupacija kojoj bi nedostajalo konceptualno jedinstvo u normativnoj oblasti. Također, kvalifikacija obaveza utvrđenih ovom konvencijom može se objasniti kao obaveze *erga omnes* koje imaju vrijednost “čak i van svake ugovorom zasnovane veze” (*Rezerve na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Konsultativno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaj 1951*, strana 23). Obavezujuća snaga obaveze proistječe iz vrijednosti koju

pravo daje ovoj obavezi, a ne iz posebnog angažiranja države.

5. Konvencija iz 1948. nesumnjivo označava napredak prava u dvostrukom smjeru. Prvo, ona sadrži obavezu sprečavanja zločina genocida, jer utvrđuje okvir za diskreciono djelovanje države dajući, u članu II, pravnu definiciju konstitutivnih elemenata genocida. Drugo, ona stvara obavezu rezultata u članu V, kada nameće zakonodavne mjere neophodne za primjenu Konvencije. Ali, prva obaveza stvara problem, u smislu da postojanje nekih elemenata navedenih u članu II stvara obavezu činjenja. Isto tako, pokušaj kvalificiranja činjenica u pogledu ovog člana je delikatno provesti u mjeri u kojoj ona sadrži subjektivnu i lošu ocjenu postupanja države kojoj su pripisana djela, iako problematika genocida ulazi u okvir multilateralne saradnje. Naime, veliko je iskušenje da se vrednuju, bez razmišljanja, etnički preduvjeti kao osnove konstituiranja jedne države. Nameće se jedna pravna posljedica: države se samim tim ne mogu suzdržati od traženja obavještenja i informacija koje mogu rasvijetliti njihovu odluku kada su u pitanju takve činjenice. Ovaj je zaključak nezaobilazan iz praktičnih razloga. Obaveza države članice sankcionira se ugovornom odgovornošću u smislu da svaka država mora predvidjeti u šta se upušta, kao i pravne posljedice koje će morati snositi u slučaju neispunjavanja. Ne treba dopustiti mogućnost da se ova nastojanja mogu izbjegavati jednom subjektivnom i vještačkom kvalifikacijom treće strane u odnosu na djela navedena u tom istom članu II, budući da sve države ugovornice pripadaju istoj ugovornoj skupini.

6. Iz ovih razloga, treba ipak sa dužnim poštovanjem prihvatiti poteškoće, kada je riječ o procjeni, na koje sudija nailazi pri kontroli realnosti prijetnje ili rizika od genocida. Ali, ipak, ta procjena zavisi od odgovornosti svake države članice. Pored obaveze općeg međunarodnog prava koja zabranjuje miješanje u unutrašnje stvari jedne države, ocjena rizika od genocida, u sporu pred Međunarodnim sudom pravde, zavisi u suštini od procjene koja proistječe iz sve usaglašenijeg diplomatskog djelovanja. U tom smislu idu odredbe člana VIII i diplomatske mjere kao ilustracija sadržaja obaveze sprečavanja. Sudska kontrola kvalifikacije činjenica može imati za rizik da navede sudiju da svoju analizu nadomjesti analizom vlasti država odgovornih za međunarodne odnose.

*(Potpisano)* Raymond RANJEVA

## ZAJEDNIČKA IZJAVA SUDIJA SHIA I KOROME

*Ozbiljne sumnje u vezi s tumačenjem Konvencije o genocidu “implikacijom” da država može biti direktno smatrana izvršiocem genocida - Konvencijom se predviđa suđenje i kažnjavanje pojedinaca za zločin genocida, a ne krivična odgovornost države kao takve - Zadatak ugovornog tumačenja je utvrđivanje značenja njegovih odredaba onako kako je to činjeno u vrijeme usaglašavanja teksta i zaključivanja ugovora - Član 31 Bečke konvencije o pravu ugovora: ugovor treba tumačiti u skladu s uobičajenim značenjem njegovih odredaba u datom kontekstu i u svjetlu njegovog cilja i svrhe - Konvencijom se obavezuju države članice na obavezu sprečavanja i kažnjavanja osoba odgovornih za izvršenje genocida.*

*Istančana humanitarna vrijednost zaključka Presude i izuzetan značaj pravnog imperativa ustanovljenog članom I Konvencije o tome da država treba učiniti sve što je u okviru njenih mogućnosti i prava da pokuša spriječiti genocid kada postoji ozbiljna opasnost da do njega dođe, a država je svjesna ili bi trebala biti svjesna takve opasnosti - Obaveza sprečavanja iziskuje identificiranje jasno propuštenog trenutka za djelovanje - Rezolucije Vijeća sigurnosti, na osnovu Poglavlja VII Povelje, sadrže jasnu opomenu neposredne i ozbiljne humanitarne opasnosti koju je predstavljalo napredovanje paravojnih jedinica bosanskih Srba prema Srebrenici i njenoj okolini – Gospodin Milošević je mogao i trebao izvršiti sve vrste pritisaka koji su mu stajali na raspolaganju, da bi spriječio genocid u Srebrenici.*

1. Imamo više nego ozbiljne sumnje u vezi s tumačenjem koje se daje Konvenciji o genocidu u Presudi, u tom smislu da se može smatrati da je neka država direktno počinila zločin genocida. Takvo je tumačenje ne samo izuzetno sporno već nije ni u skladu s predmetom i ciljem Konvencije, a ni s njenim formulacijama i jasnim značenjem. Kao međunarodni krivični instrument, Konvencija predviđa suđenje i kažnjavanje pojedinaca za zločin genocida. Ona ne nameće krivičnu odgovornost državi kao takvoj. Ustvari, ona to nije mogla ni učiniti u vrijeme kada je usvojena, s obzirom da pojam zločina države nije bio dio međunarodnog prava, a čak ni danas opće međunarodno pravo ne priznaje pojam krivične odgovornosti države. Mi, dakle, ne zagovaramo široko tumačenje Konvencije koje bi proizvelo efekt suprotan njenom jasnom značenju. Sud je naglasio da se “tumačenje mora, prije svega, zasnivati na tekstu ugovora” (Teritorijalni spor (Libijska Arapska Džamahirija protiv

Čada), Presuda, *Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1994*, strana 22, paragraf 41). Nadalje treba naglasiti da je cilj tumačenja ugovora utvrđivanje značenja njegovih odredaba koje su njegove članice utvrdile u vrijeme kada se o tom ugovoru pregovaralo i kada je on zaključen, a ne postizanje željenog ishoda. Dakle, Sud nema pravo pružiti samovoljno i subjektivno tumačenje ugovora suprotno njegovom jasnom značenju i namjeri strana ugovornica.

2. U skladu s pravnim tumačenjima iz člana 31 Bečke konvencije o pravu ugovora, ugovor treba tumačiti u skladu s uobičajenim značenjem njegovih odredaba u datom kontekstu i u svjetlu njegovog predmeta i cilja. Ta ista pravila daju prevagu namjeri strana ugovornica, u vrijeme kada je ugovor zaključen, a posebno značenju koje su one dale riječima i izrazima u to vrijeme. Prema Jenningsu i Wattsu:

“Ugovor treba tumačiti u svjetlu općih pravila međunarodnog prava koja su važila u vrijeme njegovog zaključivanja - tzv. intertemporalnog prava. To proizlazi iz općeg principa da se sudska činjenica mora cijeliti u svjetlu prava iz datog vremena. Također, odredbe ugovora obično treba tumačiti na osnovu njihovog značenja u vrijeme kada je ugovor zaključen i u svjetlu okolnosti koje su tada preovladavale.

Ipak, u određenome smislu, tumačenje odredaba nekog ugovora ne može se odvojiti od događaja u oblasti prava nakon donošenja ugovora. Prema tome, čak i onda ako ugovor u vrijeme svog zaključivanja nije bio u suprotnosti s nekim pravilom *jus cogens*, on će postati ništavan ukoliko, nakon toga, nastane novo pravilo *jus cogens* s kojim je u koliziji. Isto tako, koncepti sadržani u nekom ugovoru ne mogu biti statični, već podliježu evoluciji, u kom slučaju njihovo “tumačenje ne može ostati netaknuto kasnijim razvojem prava... Štaviše, međunarodni instrument mora se tumačiti i primjenjivati u okviru cjelokupnog pravnog sistema koji preovladava u vrijeme tog tumačenja”.

Iako razlozi u određenim okolnostima mogu ići u prilog negiranja primjene intertemporalnog prava, takvo pravo još uvijek, čak i u takvim okolnostima, pruža najmanje polazište za dostizanje ispravnog tumačenja ugovora.” (Oppenheimovo međunarodno pravo, tom I, 1992, strane 1281-1282; fusnote izostavljene).

3. Predmet i cilj Konvencije o genocidu je sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida, a odražavajući nirnberške principe, Konvencija je uperena protiv pojedinaca, a ne država. Konvencijom se obavezuju države članice da kažnjavaju osobe odgovorne za vršenje genocida i genocidna djela. Članom II Konvencije definira se zločin genocida, dok se u članu III utvrđuju kažnjiva djela u vezi s tim zločinom. Članom IV predviđa se kažnjavanje osoba koje su izvršile bilo koje od dijela taksativno navedenih u članu III, bez obzira da li se radi o ustavno odgovornim vladarima, javnim dužnosnicima ili fizičkim osobama. Konvencijom se, dakle, predviđa krivično gonjenje i kažnjavanje pojedinaca, a ne država. Odgovornosti država članica navedene su na različite načine, u kom pogledu se u članu V zahtijeva da Strane ugovornice donesu neophodno zakonodavstvo radi primjene odredaba Konvencije, a posebno radi efikasnog kažnjavanja osoba osuđenih za genocid ili druga djela predviđena članom III. U članu VI, predviđa se da osobama optuženim za genocid ili neko drugo slično kažnjivo djelo sude nadležni nacionalni ili međunarodni sudovi. U članu VII se navodi da genocid ne treba smatrati političkim krivičnim djelom i od Strana ugovornica traži se da izvrše ekstradiciju optuženih osoba, dok se u članu VIII predviđa da:

“Svaka Strana ugovornica može pozvati nadležne organe Ujedinjenih nacija da poduzmu one mjere, u skladu s Poveljom Ujedinjenih nacija, koje smatraju adekvatnim za sprečavanje i suzbijanje djela genocida ili bilo kojih drugih djela taksativno navedenih u članu III.”

4. Upravo u vezi s tim konkretnim odredbama o zakonodavstvu, ekstradiciji, suđenju i kažnjavanju pojedinaca za koje se tvrdi da su izvršili zločin genocida, Strane ugovornice mogu se smatrati odgovornim za kršenje Konvencije. Obaveze Strana ugovornica, kao i predmet i cilj Konvencije, su, dakle, usmjereni na sprečavanje i kažnjavanje *pojedina* koji su izvršili zločin genocida i nije postojala namjera da neka Strana ugovornica sebe kazni za zločin genocida. Prema Herschu Lauterpachtu:

“Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, koju je Generalna skupština odobrila 1948, propisuje da genocid, bez obzira da li je izvršen u miru ili ratu, predstavlja zločin prema međunarodnom pravu u pogledu kojeg se Strane ugovornice obavezuju da će spriječiti i kazniti, kao i da će osobe odgovorne za

takav zločin biti kažnjene “bez obzira da li su one uvjetno odgovorni vladari, javni dužnosnici ili fizičke osobe”. *Konvencijom su, dakle, pojedinci direktno izloženi odgovornosti i sankcijama međunarodnog prava*” (*Međunarodno pravo i ljudska prava*, 1950, strana 44, kurziv naknadno dodan; fusnota izostavljena).

Prema tome, član I Konvencije treba tumačiti u svjetlu člana VI, a nastojanje u Presudi da se član I odvoji od članova IV, V, VI, VII i VIII da bi se postigao rezultat naveden u Presudi, po nama je pravno neodrživo i suprotno predmetu i cilju Konvencije, značenju teksta Konvencije i stvarnim namjerama Strana ugovornica. Suprotno je namjeri Strana ugovornica kada se u Presudi član I Konvencije tumači tako da implicira ili da logički znači (paragraf 166 Presude) da se Konvencijom državi nameće obaveza nevršenja genocida. Ukoliko bi država mogla vršiti zločin genocida, onda bi se svakako moglo očekivati da je u stanju vršiti i druge zločine, uključujući ubistva. Međutim, takva situacija nije niti prihvatljiva niti priznata kao dio savremenog međunarodnog prava. Kao što je prethodno navedeno, “tumačenje”, implicitno ili logički, ne može zamijeniti izuzetno važno pravilo da se prevashodni značaj mora dati namjeri strana u vrijeme zaključivanja ugovora. Štaviše, po našem mišljenju, ukoliko se Konvencijom željelo da ona predvidi obavezu od tako krupnog značaja, kao što je obaveza koja bi mogla proizvesti određeni oblik krivične odgovornosti ili kažnjavanje države od međunarodnog tribunala, kao što je to ovaj Sud za genocid, to bi bilo izričito navedeno u Konvenciji, ali Konvencija to nije učinila. Smatramo da je na mjestu to što je izbjegnuto pripisivanje genocida samoj državi u članu IV Konvencije, “bit će kažnjene osobe koje vrše genocid ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III, bez obzira da li se radi o ustavno odgovornim vladarima, javnim dužnosnicima ili fizičkim osobama”, čime se odgovornost za taj zločin stavlja na pojedinca. Predloženi amandmani - da se takva djela koja izvrše pojedinci u ime države smatraju kršenjem Konvencije i da se takvi slučajevi iznesu pred Međunarodni sud pravde, koji bi naložio prekidanje takvih djela i plaćanje reparacija žrtvama – odbačeni su tokom pregovora o izradi nacрта, na osnovu mišljenja da je cilj Konvencije kažnjavanje genocida i da bi svaka druga odgovornost, osim krivične, bila bespredmetna u takvoj Konvenciji. Sud nema krivičnu nadležnost niti je osposobljen vršiti takvu nadležnost u ovome sporu. Drugim riječima, Konvencijom se ne daje pravo Sudu da vodi krivični proces, niti se državi nameće obaveza plaćanja odštete (materijalne ili druge) ili da se to predvidi domaćim zakonodavstvom. Prema tome, prethodni pokušaj - poput ovog u Presudi - da se, u osnovi, individualni krivični koncept genocida,



kako je zamišljen u Konvenciji, pretvori u koncept po kojem bi država mogla biti odgovorna za vršenje genocida, odbačen je u pregovorima o Konvenciji (vidjeti: Ujedinjene nacije, *Zvanični zapisnici Generalne skupštine, Treće zasjedanje, Prvi dio, Šesti komitet, Aneks, dok. A/K.6/236 i corrigendum 1*). Takva važna obaveza, po našem mišljenju, bila bi izričito navedena u Konvenciji da je to bila namjera Strana ugovornica.

\* \*

5. Bez obzira na naše neslaganje s tumačenjem do kojeg se došlo “implicitno” da se članom I Konvencije nameće obaveza državama da ne vrše genocid, glasali smo za nalaze koji se tiču sprečavanja genocida u Srebrenici jula 1995, jer vjerujemo u istančanu humanitarnu<sup>35</sup> vrijednost zaključka koji je izveo Sud i uvažavamo izuzetno značajni pravni imperativ utvrđen članom I Konvencije, a to je - dužnost države da učini sve što je u okviru njenih mogućnosti i prava da pokuša spriječiti genocid onda kada postoji ozbiljna opasnost da do njega dođe, kojeg je ta država svjesna ili bi trebala biti svjesna (Vidjeti, također: *Rezerve na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Savjetodavno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1951*, strana 23: “principi koji leže u osnovi Konvencije su principi koje priznaju civilizirani narodi kao obavezujuće za države, čak i bez postojanja bilo kakve konvencionalne obaveze”).

6. Smatramo da bi zaključak izveden u Presudi u vezi s obavezom sprečavanja bio pravno siguran da ima uporište u relevantnim rezolucijama Vijeća sigurnosti, umjesto što se u Presudi iznose razne hipoteze. Postojeće formulacije ne govore jasno kakve je mogućnosti imala Tužena strana da spriječi genocid, dok je Vijeće sigurnosti, zapravo, veoma jasno upozorilo na prijeteću ozbiljnu humanitarnu opasnost od napredovanja paravojnih formacija bosanskih Srba ka Srebrenici i njenoj okolini. Takav nalaz, da se radi o kršenju obaveze sprečavanja, iziskuje utvrđivanje jasnog *propuštenog trenutka* za akciju, naglasio je Evropski sud za ljudska prava u svom tumačenju pozitivne obaveze o zaštiti ljudskog života, sadržanoj u članu 2, stav 1, Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (vidjeti: *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Presuda od 28. oktobra 1998, Izvještaji 1998-VIII, strana 3159*). Što se tiče relevantnih rezolucija Vijeća sigurnosti, podsjećamo da je Vijeće sigurnosti, u Rezoluciji broj 819 (16. april

---

<sup>35</sup> Ovdje se vjerovatno misli „humana vrijednost“ – napomena Izdavača.

1993), konstatiralo privremene mjere koje je 1993. naložio Sud, navodeći, između ostalog, da SRJ treba poduzeti sve mjere koje su u okviru njene moći da se spriječi vršenje zločina genocida. U Rezoluciji broj 819 nadalje se osuđuje “etničko čišćenje” i izražava konkretna zabrinutost zbog “modela neprijateljstva” koje primjenjuju paravojne formacije bosanskih Srba, što je za “direktnu posljedicu” imalo postojeću “tragičnu humanitarnu situaciju” u Srebrenici. Postupajući u skladu s Poglavljem VII, Vijeće sigurnosti je zatim zatražilo da se “Srebrenica i njena okolina” tretira kao zaštićena zona bez napada i da se stanovništvu koje je u okruženju dopusti da primi adekvatnu humanitarnu pomoć. Odluka Vijeća sigurnosti u vezi sa “Srebrenicom i njenom okolinom”, zajedno s njegovom konkretnom zabrinutošću zbog ratnih zločina i pogoršane humanitarne situacije u Srebrenici, naravno, sugerira određene stvarne mogućnosti koje je na raspolaganju imalo rukovodstvo bosanskih Srba da pokuša spriječiti genocid. Svijest o konkretnoj opasnosti je, možda, skrenuta još 2. jula 1995 (kada je planirano da se smanji “enklava samo na naselje Srebrenicu”) ili 6. jula, kada je otpočeo napad na okolinu Srebrenice. Konkretna opasnost je nesumnjivo postojala sve do 12. jula kada je Srebrenica pala, ali kada još uvijek nisu počela masovna ubistva i Vijeće sigurnosti je, u skladu s Poglavljem VII, donijelo Rezoluciju broj 1004, u kojoj se zahtijeva da snage bosanskih Srba obustave ofanzivu i da se odmah povuku iz zaštićene zone Srebrenice, kao i da sve strane poštuju Sporazum od 18. aprila 1993 (kojim se, u suštini, primjenjuje Rezolucija broj 819).

7. Gospodin Milošević je mogao, iako nije dokazano da je imao efektivnu kontrolu nad rukovodstvom bosanskih Srba, i trebao izvršiti sve vrste pritisaka kojima je raspolagao, imajući u vidu humanitarne direktive o Srebrenici koje su bile u fokusu odluka Vijeća sigurnosti na osnovu Poglavlja VII, u rezolucijama broj 819, od 16. aprila 1993. i broj 1004 od 12. jula 1995.

(Potpisano) SHI Jiuyong

(Potpisano) Abdul G. KOROMA

## IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE OWADA

*Pitanje jus standi Tužene strane kao objektivni element nadležnosti - Relevantnost Presude iz 2004. u vezi sa sporovima o Legalnosti upotrebe sile - Zabrana poricanja prethodnih iskaza, prihvatanje, dobra vjera i forum prorogatum u odnosu na subjektivni element saglasnosti, a time i relevantnosti - Presuda iz 1996. nije se konkretno bavila pitanjem jus standi kao pitanjem činjenica - Presudu ipak treba tumačiti kao pravnu stvar i da je konačno utvrdila to pitanje - Primjenjivost principa res judicata.*

*Pitanje primjene Konvencije o genocidu na države - Nepostojanje odredbe u Konvenciji uključujući njen član I, koja bi bila u stanju stvoriti obavezu države da ne vrši zločin genocida u odsustvu izričite odredbe u tom smislu - Obaveza postoji prema općem međunarodnom pravu, ali ne i na osnovu Konvencije - Član IX Konvencije proširen u svome obimu kako bi se Sudu dala nadležnost da se bavi optužbama zasnovanim na općem međunarodnom pravu.*

### I. Uvodne napomene

1. Saglasan sam, u općem smislu, sa zaključcima do kojih je Sud došao u ovome sporu, kako je sadržano u *dispozitivu*. Ovakav moj stav odnosi se kako na pitanje nadležnosti tako i na pitanja merituma.

2. Međutim, smatram da pojedini dijelovi Presude nisu nužno isti kao moj stav u nekim značajnim aspektima. Smatram da je to slučaj posebno u vezi s pitanjem *jus standi* Tužene strane, kako je sadržano u Odjeljku III Presude o “Nadležnosti Suda”, kao i u odnosu na pitanje primjene Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (dalje u tekstu “Konvencija o genocidu”) na Tuženu stranu, kako je sadržano u Odjeljku IV Presude o “Primjenjivom pravu...”. Konkretnije, smatram da bi izjašnjavaње Suda o pitanju *jus standi* Tužene strane u ovome sporu, s kojim se slažem, trebalo još malo elaborirati, kako bi se pružio odgovor na pojedina pitanja koja su pokrenule strane u sporu, dok je zaključak Suda po pitanju primjene Konvencije o genocidu na Tuženu stranu, s kojim se također slažem, izveden na osnovama s kojima nisam saglasan.

3. Iz tih razloga, želim priložiti Presudi moje izdvojeno mišljenje, koje se ograničava samo na ta dva pitanja.

## II. Pitanje *jus standi* Tužene strane

4. Kao polazište moga razmatranja ovog pitanja, želim iznijeti nekoliko uvodnih napomena. Prvo, želim istaći da bi Presudu Suda u sporovima u vezi s *Legalnošću upotrebe sile* iz 2004 (vidjeti: *Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 279 i nadalje*) trebalo shvatiti kao značajnu referencu našeg razmatranja ovog spora, bez obzira na činjenicu što se ovdje očigledno radi o drugačijem sporu u tehničkom smislu. To predstavlja najnoviji meritorni iskaz pravnog mišljenja Suda u pogledu niza pitanja relevantnih za ovaj spor. Ne prihvatam kao validan pristup koji je zauzeo Podnosilac tužbe da Sud u ovom sporu treba birati između dvije alternative - (a) usklađivanje “vertikalne nedosljednosti” između Presude iz 1996. o preliminarnim prigovorima u ovom sporu i ove Presude ili (b) usklađivanje “horizontalne nedosljednosti” između Presude o preliminarnim prigovorima u sporovima o *Legalnosti upotrebe sile* iz 2004. i ove Presude, kao i da Sud treba odabrati prvi pristup. To dvoje, međutim, ne bi trebalo biti alternative od kojih treba odabrati jednu, a ne drugu. Po mome mišljenju, Sud bi trebalo pristupiti ovoj Presudi na osnovu toga da ne postoji nedosljednost između Presude iz 1996. i Presude iz 2004.

5. Drugo, smatram ovu fazu postupka ne kao još jedan dodatni argument u vezi s preliminarnim prigovorima na “*nadležnost*” - *ratione personae* - Suda, već kao do sada neistraženu fazu postupka u kojoj bi Sud trebao ispitati navod o izvjesnom suštinskom nedostatku u primjeni procedure Suda, koji bi mogao ugroziti osnovu nadležnosti Suda da se bavi ovim sporom u vezi s meritumom. Smatram da je pitanje pristupa Sudu odvojeno pitanje od pitanja nadležnosti u specifičnom smislu, bilo *ratione personae*, *ratione materiae* ili *ratione temporis*, što su sve pitanja koja se odnose na obim saglasnosti strana u sporu na osnovu relevantnih pravnih instrumenata (ili relevantnog pravnog akta u slučaju *forum prorogatum*) u odnosu na konkretan spor.

6. Na kraju, smatram da, iz tog razloga, princip spomenut u sporu o *Žalbi u vezi s nadležnošću Vijeća ICAO* (dalje u tekstu spor “Vijeće ICAO”) prosto je irelevantan. Svakako podržavam princip naveden u toj Presudi u smislu da “uvijek” u toj izreci znači “uvijek” u smislu “u bilo kojoj fazi

postupka u sporu” (*Žalba u vezi s nadležnošću Vijeća ICAO (Indija protiv Pakistana), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972*, strana 52, paragraf 13). Međutim, to predstavlja iznošenje očiglednog i ništa više od toga, zato što Sud *ipso jure* ima mandat, kao pravo i kao dužnost, da utvrdi da ima nadležnost u bilo kojoj fazi postupka u mjeri u kojoj dotično pitanje nije bilo pokrenuto ranije tokom istog postupka i da o tome Sud donese odluku na način koji bi predstavljao *res judicata*. S druge strane, smatram da pitanje koje je pokrenuto u “Inicijativi upućenoj Sudu da preispita, po službenoj dužnosti, nadležnost nad Jugoslavijom” (dalje u tekstu “Inicijativa”) Srbije i Crne Gore od 4. maja 2001, ne predstavlja pitanje “nadležnosti” takvog karaktera u specifičnom značenju u kojem je taj termin korišten u sporu *Vijeće ICAO*.

7. U sporovima *Legalnost upotrebe sile*, Sud je svojom Presudom iz 2004. u vezi s preliminarnim prigovorima pojasnio pravni karakter “pristupa Sudu” slijedećim riječima:

“pitanje [u tim sporovima] glasi da li je, *sa stanovišta prava*, Srbija i Crna Gora imala pravo da se obrati Sudu kao članica Statuta u vrijeme kada je pokrenula postupak” (vidjeti *Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 295, paragraf 36; kurziv preuzet iz originala),

kao i da to predstavlja odvojeno pitanje od pitanja nadležnosti u konkretnom slučaju.

Sud je izašao sa zaključkom da:

“u vrijeme podnošenja svog Prijedloga za pokretanje ovog postupka pred Sudom 29. aprila 1999, Podnosilac Prijedloga u ovome sporu... nije bio članica Ujedinjenih nacija, a time nije bio ni država članica Statuta Međunarodnog suda pravde” (vidjeti *Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 314, paragraf 91).

8. Nasuprot insistiranju Podnosioca tužbe da Sud treba tretirati takav zaključak kao izuzetak, čak kao nešto što bi trebalo zanemariti kao irelevantno za ovaj spor, ja ga smatram relevantnim. Dobro je što Sud ne

odstupa od mišljenja izraženog u tom zaključku Suda i od njegovog osnovnog razmišljanja; uostalom, Sud je izrazio definitivno mišljenje o tom pitanju. Mogu dodati da ovo nije jedan od onih sporova na koje se odnosi stara izreka da “težak slučaj čini zakon lošim”. Zaključak koji je Sud izveo predstavlja rezultat njegovih najboljih nastojanja. (Trebalo bi također podsjetiti da su u tim sporovima svi podnosioci, osim Francuske, zastupali argumentaciju zasnovanu na navodnom nepostojanju *jus standi* Podnosioca tužbe kao glavnu nit argumentacije.) Iako ova Presuda očigledno tehnički ne predstavlja *res judicata* za druge sporove, uključujući ovaj spor na koji se primjenjuje član 59 Statuta, ono što je relevantno za razmatranje Suda jeste pitanje da li je, i u kojoj mjeri, pravno rasuđivanje koje je Sud naveo prilikom izvođenja zaključka u toj Presudi primjenjivo na ovaj spor.

9. Podnosilac tužbe je pokušao iznijeti argument da se može smatrati da je Tužena strana prihvatila nadležnost Suda u ovome sporu, pozivajući se na princip zabrane poricanja prethodnih iskaza i/ili princip prihvatanja ili oslanjanja na doktrinu *forum prorogatum*. Osnovna logika takvog stava je, čini se, zajednička za sve takve argumente. Počiva na tezi da Tužena strana, postupajući kao da nije osporila nadležnost Suda na bilo kojim drugim osnovama osim onih koje je konkretno navela kao osnovu za prigovor nadležnosti Suda u fazi preliminarnih prigovora ovog spora, s pravnog stanovišta treba smatrati da je prihvatila nadležnost Suda u ovome sporu (princip prešutnog prihvatanja) ili kao da je onemogućena pokrenuti novi osnov koji bi predstavljao predmet ovoga poteza Tužene strane (princip zabrane poricanja) ili kao da je lišena slobode da postupa drugačije (princip dobre vjere). Alternativno, Podnosilac tužbe nadalje iznosi argument da je Tužena strana, ustvari, postupila na način koji je jednak saglasnosti za vršenje nadležnosti Suda u ovome sporu (doktrina *forum prorogatum*).

10. Jednom riječju, takvi se argumenti zasnivaju na zajedničkoj pretpostavci, odnosno, bez obzira na to kakva praznina postoji u tkivu nadležnosti kojom bi se strane u sporu mogle vezati za Sud, ona se može popuniti djelovanjem prava ili stvarnim ponašanjem tako da se utvrdi saglasnost strana u sporu u pogledu nadležnosti.

11. Međutim, mora se istaći da, iako su svi ovi principi relevantni za pitanje pravnog odnosa *inter partes* pred Sudom, pitanje pokrenuto u ovoj fazi postupka je drugačije po svom suštinskom karakteru. A to pitanje, kao pitanje principa, predstavljalo je predmet odluke Suda u Presudi iz 2004. u sporovima

o *Legalnosti upotrebe sile*. Kao što je Sud nedvosmisleno iznio u toj Presudi:

“Sud smatra da treba napraviti razliku između pitanja nadležnosti koje se odnosi na saglasnost neke strane u sporu i pitanja prava strane u sporu da se pojavi pred Sudom na osnovu uvjeta predviđenih Statutom, što nije stvar saglasnosti”

i

“funkcija Suda da uđe u predmet i dođe do vlastitog zaključka je, dakle, obavezna za Sud, bez obzira na saglasnost strana u sporu i ni na koji način nije nespojiva sa principom da nadležnost Suda zavisi od saglasnosti” (vidjeti *Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 2004*, strana 295, paragraf 36).

Ovakav stav Suda treba prihvatiti kao meritorno iznošenje prava u ovome sporu.

12. Iz tog razloga, svi ti argumenti koje je iznio Podnosilac tužbe u cilju opravdavanja vršenja nadležnosti Suda, suočen s novim pokušajem Tužene strane zasnovanim na tvrdnji o nepostojanju *jus standi*/pristupa Sudu treba se odbaciti. U vezi s tim, saglasan sam sa zaključkom izvedenim u Presudi (paragrafi 102-103).

13. Međutim, Podnosilac tužbe također je pokušao iznijeti argument da, u svakom slučaju, Presuda o preliminarnim prigovorima iz 1996, u cjelini predstavlja *res judicata* u ovom sporu i da, dakle, onemogućava Tuženu stranu da pokrene pitanje pristupa Sudu nadležnosti *ratione personae*, kako je sadržano u novoj “Inicijativi” Tužene strane, u ovoj fazi postupka. Međutim, smatram da se potvrđivanje principa *res judicata* takvom ishitrenom i uopćenom primjenom ne može prihvatiti kao valjana konstrukcija principa *res judicata* u međunarodnom pravu.

14. Član 60 Statuta generalno se smatra odredbom Statuta koja izražava princip *res judicata* onako kako se primjenjuje na Međunarodni sud pravde.

Odredba sadržana u članu 60 Statuta tumači se kao otjelotvorenje u praksi u okviru Statuta pravila *res judicata* kao “općeg pravnog principa koji priznaju civilizirani narodi”. Dakle, u diskusiji u okviru Savjetodavnog komiteta pravnika angažiranih da izrade nacrt Statuta Stalnoga suda međunarodne pravde, jedan od članova Komiteta (Lord Philimore) sugerirao je da su “opći principi na koje se poziva [sadašnji član 38] principi koje su prihvatili svi narodi *in foro domestico*, kao što su određeni principi procedure, princip dobre vjere, princip *res judicata*, itd.” (Stalni sud međunarodne pravde, Savjetodavni komitet pravnika, *Zapisi sa sjednica Komiteta*, 1920, strana 335). Ipak, sudska praksa ovoga Suda, posebno u njegovom *Savjetodavnom* mišljenju u vezi sa sporom o *Efektima dodijeljene odštete od strane Administrativnog tribunala Ujedinjenih nacija* (dalje u tekstu spor “*Efektima odštete*”), jasno pokazuje da se princip sadržan u članu 60 Statuta ne može smatrati apsolutnim pravilom u odnosu na neki međunarodni tribunal. Sud je u tom *Savjetodavnom* mišljenju iznio da:

“Ovo pravilo... ne može... se smatrati da isključuje Tribunal da sam revidira presudu u posebnim okolnostima kada dođe do otkrivanja novih činjenica od presudnog značaja” (*Efektima dodijeljene odštete od Administrativnog tribunala Ujedinjenih nacija, Savjetodavno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1954*, strana 55).

15. To se posebno odnosi na međunarodnu nadležnost, kada nadležnost tribunala *a priori* ne određuje sam pravni sistem u okviru kojeg funkcioniра takav tribunal, već je predmet okvira nadležnosti koji određuju strane u sporu. Iz tog razloga, sudija Jessup je, izdvajajući svoje mišljenje u sporu *Jugozapadna Afrika* iz 1966, naglasio relativnost *res judicata* u međunarodnom pravu, navodeći da je “Sud uvijek slobodan, *sua sponte*, ulaziti u svoju nadležnost” (spor *Jugozapadna Afrika, Druga faza, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1966*, strana 333). Tako je zaključio slijedeće:

“Razne izreke u okviru sudske prakse dva suda [Stalni sud međunarodne pravde i Međunarodni sud pravde], u različitim individualnim mišljenjima i u ‘učenjima najkvalificiranijih publicista’, ne osiguravaju automatski test za utvrđivanje šta jeste, a šta nije u okviru pravila *res judicata*” (spor *Jugozapadna Afrika, Druga faza, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1966*, strana 333).



Kada je riječ o primjeni pravila *res judicata*, bitno je, ipak, izbjeći automatsku primjenu tog pravila i treba nastojati da se utvrdi obim onoga o čemu je odlučivano kao o *res judicata* u konkretnom kontekstu spora.

16. Konkretno, u vezi s ovim sporom, ključno pitanje jeste da li je problem pristupa Sudu, o čemu Tužena strana iznosi ekstenzivno argumentaciju u ovoj fazi postupka na osnovu svoje "Inicijative" iz 2001, nešto što je Sud odbacio u Presudi iz 1996, koja se bavila preliminarnim prigovorima na nadležnost Suda, te da bi ga, otuda, trebalo smatrati da potpada pod *res judicata*, odnosno "ono što je već presuđeno", za potrebe ovoga spora.

17. Moramo naglasiti da u ovome sporu pitanje *jus standi* Tužene strane/pristupa Tužene strane Sudu, sa *stanovišta činjenica*, nikada nije bilo pitanje pred Sudom u vrijeme donošenja Presude iz 1996, niti da su ga pokrenuli Podnosilac tužbe ili Tužena strana. Tokom postupka povodom preliminarnih prigovora, Tužena strana stavila je sedam preliminarnih prigovora vezano za nadležnost Suda, ali se nije pozvala na pitanje pristupa Sudu. Na osnovu argumenata strana u sporu, u Presudi iz 1996, nije se uopće spominjao ovaj aspekt problema "nadležnost" *lato sensu*, odnosno problem "nadležnosti" Suda da se bavi ovim sporom. Dispozitiv Presude ograničio se na konkretno odbacivanje svih šest - jedan od sedam prigovora je povučen - preliminarnih prigovora i na toj osnovi pristupio donošenju zaključka u smislu da

"na osnovu člana IX Konvencije [o genocidu], [Sud] ima nadležnost presuditi o sporu" (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore), preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II), strana 623, paragraf 47(2) (a) (dispozitiv)*).

18. To je u oštroj suprotnosti s terminologijom Suda iz njegovog prethodnog Naloga od 8. aprila 1993. u vezi sa Zahtjevom za određivanje privremenih mjera. U tom Nalogu, Sud je skrenuo pažnju stranama u sporu na činjenicu da:

"članom 35, stav 1, Statuta Suda predviđa se da će 'Sud će biti otvoren državama članicama ovog Statuta', a član 93, stav 1, Povelje Ujedinjenih nacija predviđa da 'sve članice Ujedinjenih nacija su *ipso facto* članice Statuta Međunarodnog suda pravde'; i... u Zahtjevu za pokretanje sudskog postupka se tvrdi da 'kao članice Organizacije

ujedinjenih nacija, Republika Bosna i Hercegovina i Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) su članice Statuta’;... međutim, u Zahtjevu za pokretanje sudskog postupka, Bosna i Hercegovina navodi da je ‘kontinuitet’ Jugoslavije s bivšom Socijalističkom federativnom republikom Jugoslavijom, članicom Ujedinjenih nacija, ‘snažno osporila cijela međunarodna zajednica i [sic] uključujući i Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija... kao i Generalna skupština’ i poziva se [između ostalog] na Rezoluciju Vijeća sigurnosti broj 777 (1992) i Rezoluciju Generalne skupštine broj 47/1” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Privremene mjere, Nalog od 8. aprila 1993, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993, strana 12, paragraf 15*).

Razmotrivši sadržaj Rezolucije Vijeća sigurnosti broj 777 (1992) i Rezolucije Generalne skupštine broj 47/1, kao i pismo Podsekretara i Pravnog savjetnika Ujedinjenih nacija od 29. septembra 1992. u kojem se navodi “razmotreno mišljenje Sekretarijata Ujedinjenih nacija u vezi s praktičnim posljedicama usvajanja Rezolucije Generalne skupštine broj 47/1” (*Ibid.*, strana 13, paragraf 17), Sud je izjavio da:

“iako rješenje usvojeno [u Ujedinjenim nacijama do tada] nije bez pravnih teškoća, pitanje da li Jugoslavija jeste ili nije članica Ujedinjenih nacija, a time i članica Statuta Suda, pitanje je koje *Sud ne mora definitivno utvrditi u ovoj fazi postupka*” (*Ibid.*, strana 14, paragraf 18; kurziv naknadno dodan).

Dakle, jasno je da se Sud u ovom Nalogu iz 1993. svjesno uzdržao od toga da iznese mišljenje o tom ključnom pitanju, s tim što je implicitno rezervirao ovo pitanje za “definitivno razmatranje” u budućnosti.

19. Bez obzira na ovakvu pozadinu, Sud u svojoj Presudi iz 1996, iako nije mogao a da ne bude svjestan ovoga problema u vezi s pravnom situacijom oko pravnoga statusa Tužene strane (*jus standi*) u odnosu na Sud, nije spomenuo taj aspekt problema “nadležnost” *lato sensu* i odlučio da:

“na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, *ima nadležnost da presudi o sporu*” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore), Preliminarni prigovori, Presuda,*

*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 623, paragraf 47 (2) (a) (dispozitiv); kurziv naknadno dodan).

Konkretnije, u paragrafima 41 i 42 Presude iz 1996, Sud iznosi slijedeće:

“41. Iz gore navedenoga proizlazi da Sud nije u stanju podržati niti jednu od dodanih osnova za nadležnost na koje se poziva Podnosilac tužbe i da njegovu isključivu nadležnost za bavljenje ovim sporom predstavlja član IX Konvencije o genocidu.

42. Presudivši o prigovorima koje je stavila Jugoslavija u vezi s njegovom nadležnošću, Sud će sada pristupiti razmatranju prigovora Jugoslavije koji se odnose na prihvatljivost Zahtjeva za pokretanje sudskog postupka” (*Ibid.*, strana 621).

Ovaj se odlomak može isključivo tumačiti tako da znači da je Sud koncentrirao svoju pažnju u pogledu nadležnosti isključivo na pitanja koje su strane u sporu pokrenule. Terminologija Presude snažno sugerira da, izrekavši to, kao i ono što poslije toga slijedi, uključujući paragraf 46 i dispozitiv 2 (a), Sud je rješavao takva pitanja kao nadležnost *stricto sensu* koja je pokrenula Tužena strana, ne ulazeći u razmatranje pitanja pristupa, koje je, po svojoj prirodi, neovisno o argumenatima strana u sporu, a koje Sud treba utvrditi kao objektivno pitanje.

20. Iz ovakve pozadine činjenica vezanih za Presudu iz 1996, jasno je da se ovdje *ne* radi o pitanju da li princip *res judicata*, onako kako je sadržan u članu 60 Statuta, treba poštivati ili ne. Jasno je da je to princip koji Sud treba poštivati, mada sa svim upozorenjima koja sam razmotrio ranije, kao pravni princip. Ne radi se ni o pitanju da li se ovaj princip odnosi na odluku Suda isključivo o meritumu ili se proteže i na odlučivanje o proceduralnim pitanjima, uključujući pitanja nadležnosti. Jasno je da se ovaj princip primjenjuje u oba slučaja. Čak se ne postavlja ni pitanje, kao opća pretpostavka, da li Presuda iz 1996. predstavlja *res judicata*. Ona svakako predstavlja *res judicata*. U svemu tome, slažem se sa stavom Suda u ovoj Presudi.

21. Jedino i ključno pitanje jeste šta treba smatrati tačnim elementom ove Presude iz 1996, a što predstavlja *res judicata* za potrebe ove Presude.

22. Može se u ovom kontekstu reći da je, nažalost, 2001. godine Srbija i Crna Gora iznijela ovo isto pitanje pred Sud u obliku Prijedloga za reviziju Presude iz 1996. godine (*Prijedlog za reviziju Presude od 11. jula 1996. u Sporu o Primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Preliminarni prigovori (Jugoslavija protiv Bosne i Hercegovine)*) (dalje u tekstu spor “*Revizija Presude iz 1996*”), a ne u obliku Zahtjeva za tumačenje Presude iz 1996. Budući da se ovo prijašnje odnosilo striktno na pitanje primjene člana 61 Statuta, Sud je - po mome mišljenju sasvim ispravno - donio svoju Presudu iz 2003. striktno u okvirima uvjeta predviđenih u članu 61. Da je pitanje bilo pokrenuto kao novi spor u vezi s tumačenjem Presude iz 1996. o tome da li je Presuda obuhvatila pitanje pristupa Sudu Tužene strane, odnosno kao “spor u sklopu te Presude” shodno članu 60, Sud bi već tada, 2003, bio u prilici rješavati ovo pitanje.

23. Bilo kako bilo, teško je razlučiti u takvoj situaciji da je Sud 1996, iako potpuno svjestan problema kojega je već priznao u svome Nalogu od 8. aprila 1993. i opredijelio se da izbjegne odgovor na njega, ipak je, sa stanovišta činjeničnog stanja, ušao u razmatranje toga pitanja, premda se nije *expressis verbis* izjasnio o tome u Presudi i izašao s “definitivnom odlukom” o tom pitanju u obliku dispozitiva. Da je to bio slučaj, bio bi opravdan zaključak da ovaj konkretan aspekt problema svakako treba biti automatski obuhvaćen primjenom principa *res judicata*.

24. U stvarnim okolnostima iz 1996, kao što se to vidi iz razmatranja činjenica, međutim, smatram da je teško prihvatiti argumentaciju Podnosioca tužbe da je Sud, faktički, odlučio o pitanju pristupa Sudu i da, prema tome, to pitanje automatski potpada pod Presudu iz 1996, kao sastavni dio *res judicata* utvrđenih Presudom iz 1996. i da je *a priori* isključeno iz razmatranja Suda u ovoj fazi.

25. Ustvari, sva ova pitanja reflektiraju se u zaključcima koje je Sud izvukao u svojoj Presudi iz 2004. U tom smislu, ono što je već navedeno gore u tekstu ne predstavlja ništa više od potvrđivanja zaključaka Suda u Presudi iz 2004.

26. Pošto sam iznio svoj osnovni stav, pristupit ću, ipak, iznošenju da postoji još jedan element koji zaslužuje daljnje razmatranje Suda u vezi s ovim pitanjem u konkretnom kontekstu ovoga spora. Smatram da taj element predstavlja ključni faktor za izdvajanje ovoga spora iz Presude iz 2004. u vezi

s *Legalnošću upotrebe sile*. Po mome mišljenju, bitan element za razlikovanje ovoga spora od sporova *Legalnost upotrebe sile* leži u vremenskoj razlici u kojoj se Sud morao baviti istim problemom *jus standi*/pristupom Srbije i Crne Gore Sudu u sporovima *Legalnost upotrebe sile*, kao i u ovome sporu.

27. U sporovima *Legalnost upotrebe sile*, do podnošenja Zahtjeva za pokretanje sudskog postupka došlo je 29. aprila 1999, kada je Podnosilac tužbe u tom sporu, Srbija i Crna Gora, podnio Zahtjev za određivanje privremenih mjera zaštite. Svojim Nalogom od 2. juna 1999, Sud je odbacio taj Zahtjev iz razloga što nema *prima facie* nadležnost da se bavi tim sporovima (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1999(I)*, strana 134, paragraf 26). U ovome postupku Suda ništa se dalje nije događalo sve do 2000. kada je Srbija i Crna Gora primljena u Ujedinjene nacije. Tek 2004, Sud je, prvi put, imao priliku pristupiti, povodom svoje Presude u vezi s preliminarnim prigovorima u tim sporovima, sveukupnom razmatranju pitanja nadležnosti u odnosu na te sporove, uključujući pitanje pristupa Tužene strane Sudu.

28. U takvim okolnostima, Sud je, prvi put 2004, bio u poziciji da uđe u razmatranje pitanja *jus standi* Podnosioca tužbe u kontekstu pitanja pravnog statusa ondašnje Savezne republike Jugoslavije (dalje u tekstu "SRJ") sa stanovišta da li Podnosilac tužbe (odnosno Srbija i Crna Gora) zadovoljava uvjete utvrđene u članovima 34 i 35 Statuta, kao i da li je Sud bio otvoren za Podnosioca tužbe. U samoj Presudi, Sud je, prvi put 2004, iznio da "samo ako je odgovor na to pitanje pozitivan, Sud će se baviti pitanjima koja se tiču uvjeta utvrđenih u članovima 36 i 37 Statuta Suda" (vidjeti *Legalnost upotrebe sile, preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 299, paragraf 46). Na osnovu detaljnog ispitivanja činjenica i odnosnog prava, onako kako je s njima bio upoznat u to vrijeme, Sud je izašao sa zaključkom da Podnosilac tužbe nije bio član Ujedinjenih nacija tokom kritičnog perioda od 1999. do 2000. i da, prema tome, nije zadovoljio uvjete utvrđene u članu 35 Statuta. Iz toga je proizlazilo da Podnosilac tužbe nije mogao imati pristup Sudu, a time i posljedični rezultat da Sud nije imao nadležnost baviti se tim sporovima.

29. Dolazeći do tog zaključka, Sud je svakako bio svjestan da je Podnosilac tužbe u tim sporovima, SRJ (Srbija i Crna Gora), 2003. u sporu *Revizija Presude iz 1996*, u osnovi iznio istu argumentaciju na koju se u tim sporovima pozivala Tužena strana, tj. da SRJ nije bila članica Statuta u vrijeme

pokretanja postupka u sporu *Konvencija o genocidu* iz 1993. U takvoj situaciji, Tužena strana u sporu *Revizija Presude iz 1996*, Bosna i Hercegovina, između ostalog, iznosila je argumentaciju da je Presuda o preliminarnim prigovorima iz 1996. u sporu *Konvencija o genocidu* imala snagu *res judicata* (vidjeti pisana gledišta Bosne i Hercegovine od 3. decembra 2001. u vezi sa sporom *Revizija Presude iz 1996*, paragraf 5.36); da je Srbija i Crna Gora prešutno prihvatila nadležnost Suda na osnovu toga što je bila članica Ujedinjenih nacija i članica Statuta i da ne može povući takav stav (*Ibid.*, paragrafi 4.4 - 4.7); da je Srbiji i Crnoj Gori onemogućeno, bilo na osnovu zabrane poricanja ili na osnovu općeg principa u dobroj vjeri, da se poziva na svoje pogrešno tumačenje pravne situacije (*Ibid.*, paragraf 4.19). Ona je također tvrdila da bi Sud imao nadležnost u skladu sa članom 35, stav 2, Statuta (*Ibid.*, paragrafi 5.1 - 5.27).

30. U svojoj Presudi u vezi sa sporom *Revizija Presude iz 1996*, Sud se, ipak, nije izjasnio ni po jednoj od tih tvrdnji iz prostog razloga zato što je odlučio da je zadatak Suda da se ograniči na razmatranje pitanja da li je nastala neka “nova činjenica” kako bi se zadovoljili uvjeti predviđeni članom 61 Statuta. Sud je, isključivo na toj osnovi, odbacio Prijedlog za reviziju Podnosioca, Srbije i Crne Gore, zato što ne zadovoljava uvjete iz člana 61. Tokom tog istog perioda kada su uslijedili događaji iz 2000, čime je definitivno razjašnjen pravni status SRJ u Ujedinjenim nacijama i u odnosu na svjetsku Organizaciju, Sud je 2004, prvi put, imao priliku razmotriti pitanje svoje nadležnosti da se bavi sporovima koje je pred njega iznijela SRJ kao Podnosilac, uključujući pitanje pristupa Podnosioca Sudu. U svjetlu takvih okolnosti, razjašnjenih poslije 2000, Sud je došao do svog dobro poznatog zaključka da nije imao nadležnost, jer Podnosilac nije imao *jus standi* da se pojavi pred Sudom u svjetlu činjenica koje su mu postale dostupne do tada.

31. Nasuprot tome, pravna situacija oko Presude iz 1996, u vezi s preliminarnim prigovorima u ovome sporu, sasvim je drugačija. Kao što je već navedeno, u svome Nalogu od 8. aprila 1993. u vezi sa zahtjevom za određivanje privremenih mjera, Sud je utvrdio da:

“iako usvojeno rješenje [u Ujedinjenim nacijama do tada] nije bilo bez pravnih teškoća, pitanje da li Jugoslavija jeste ili nije članica Ujedinjenih nacija, a time i Statuta Suda, jeste pitanje koje *Sud ne treba definitivno utvrditi u ovoj fazi postupka*” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina*

*protiv Jugoslavije), privremene mjere, Nalog od 8. aprila 1993, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993, strana 14, paragraf 18; kurziv naknadno dodan).*

Još 1996, daleko prije 2000, Sud je u svojoj Presudi o preliminarnim prigovorima dao slijedeći zaključak:

“na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Sud ima nadležnost da presudi o sporu” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II), paragraf 47 (2) (a) (dispozitiv), strana 623).*

32. To znači da, ako prihvatimo da je ova Presuda zaista odbacila sva pitanja nadležnosti *stricto sensu* koja je pokrenula Tužena strana i proglasila da “on [Sud] ima nadležnost da presuđuje o sporu”, u tom slučaju ova odluka može, isključivo sa stanovišta prava, značiti da je svaki proces koji je trebalo dovesti do kraja pred Sudom mogao dovesti do razmatranja merituma spora i da je *okončan* 1996, davno prije nego što je pravna situacija vezana za status SRJ konačno razjašnjena u novome svjetlu 2000. To je, po mome mišljenju, presudna razlika koja izdvaja Presudu iz 1996. od Presude iz 2004, obje vezane za preliminarne prigovore o nadležnosti.

33. Tačno je da se u Presudi iz 1996. izričito ne spominje niti se daje izričito “definitivno određenje” Suda u pogledu pravnoga statusa Tužene strane u odnosu na Statut Suda. Ipak, prosto je nezamislivo da Sudu nije bilo poznato pitanje o pravnom statusu Tužene strane (pitanje *jus standi*/pristupa Sudu), koje je već bilo utvrđeno i izričito navedeno u njegovome Nalogu iz 1993. U takvim okolnostima, neizbježan je zaključak da, bez obzira na to kakav je stav Sud mogao imati u vrijeme donošenja Presude iz 1996. u pogledu pravnoga statusa SRJ tokom relevantnog perioda između 1993. i 1996, Sud, u vrijeme donošenja Presude iz 1996, u najmanju ruku, *nije dovodio u pitanje* sposobnost SRJ da ostvari pristup Sudu po tom Statutu. Pošto se pitanje sposobnosti neke strane da ima pravni status po kojem se može pojaviti pred Sudom mora razmatrati kao pitanje koje logički prethodi pitanjima koja se odnose na nadležnost *stricto sensu* – tj. pitanjima nadležnosti *ratione personae, ratione materiae* i *ratione temporis* u sklopu relevantnih pravnih instrumenata kojima se pruža osnova za nadležnost Suda u konkretnome sporu - bilo bi nemoguće tvrditi da se u pravnom smislu trebalo smatrati da je sam Sud, kada je izrekao Presudu iz 1996, da „ima nadležnost za presuđivanje u tom sporu“

– i to ne samo *prima faciae* nadležnost nego i nadležnost *ratione personae*, *ratione materiae* i *ratione temporis* – ostavio neriješenu i zadržao otvorenu logičku pretpostavku za takav iskaz – tj. pretpostavku da je Tužena strana imala pravni status po kojem se može pojaviti pred Sudom, bez obzira po kojem osnovu. Drugim riječima, ova se Presuda *pravno* mora posmatrati kao “definitivno određenje”, kao što se to spominje u njegovom Nalogu iz 1993, kada je riječ o postojećem sporu.

34. Treba naglasiti da ovaj stav treba striktno odvojiti od stava koji se zasniva na “prešutnom prihvatanju” ili “implicitnom prihvatanju” nadležnosti. Jedini kontekst u kome ovakva logika preovladava jeste da sam Sud, na osnovu pravne konstrukcije, mora pravno razriješiti pitanje pristupa Sudu, pitanje koje predstavlja logički preduvjet koji Sud mora zadovoljiti prije nego što može pristupiti zaključivanju da ima nadležnost *ratione personae*, *ratione materiae* i *ratione temporis*. Bez prethodnog razmatranja tog problema, Sud jednostavno nije mogao pristupiti ispitivanju nadležnosti *stricto sensu*.

35. Štaviše, iz ovakvog zaključka slijedi prihvatanje da je Sud, na osnovu pravne konstrukcije, donio takvu “definitivnu odluku”, mada se o tome konkretno ne govori u Presudi, pitanje pristupa Sudu mora se smatrati također u domenu pitanja koja predstavljaju *res judicata* Presude iz 1996.

36. Može se, nadalje, dodati da su strane u sporu, kao i sam Sud do 2000, što znači mnogo godina poslije Presude iz 1996, postupale oslanjajući se na taj zaključak, koji je iznuđen od samoga Suda, odnosno da je Tužena strana doista imala sposobnost da se pojavi pred Sudom i da ta činjenica, po sebi, predstavlja objektivnu pravnu situaciju koju, u ovoj fazi, ne mogu ignorirati ni strane u sporu ni Sud.

37. Jednom riječju, moj stav o ovome pitanju jeste da je *sam Sud*, a ne Tužena strana, *onemogućen da sada zauzme drugačiji stav u ovoj fazi*, što bi bilo dijametralno suprotno stavu da je sam Sud donio takvu definitivnu odluku prema pravu u ovome sporu. Princip dosljednosti, kao bitan preduvjet stabilnosti pravnih odnosa, trebao bi podržati ovakav pristup.



### III. Priroda obaveza koje proizlaze iz Konvencije o genocidu

38. U paragrafu 179 ove Presude, Sud zaključuje da je

„utvrdio da se Konvencijom strane ugovornice obavezuju na neizvršavanje genocida i drugih djela taksativno navedenih u članu III, preko svojih organa, osoba ili grupa, čije im se ponašanje pripisuje“ (Presuda, paragraf 179; kurziv naknadno dodan).

39. Slažem se sa zaključkom Suda u okviru postojeće opće formulacije i na toj osnovi sam glasao u prilog tačaka dispozitiva koje se na to odnose (stavovi dispozitiva (2) do (5)).

40. Istovremeno, međutim, želim da se ovdje zabilježi moj stav da se ja, iako prihvatam zaključak Suda o tome da Tužena strana (Presuda, paragraf 179) „preko [svojih] organa, osoba ili grupa, čije se ponašanje [njoj] pripisuje“ ne samo da može biti smatrana međunarodno odgovornom za djela genocida ili druga djela taksativno navedena u članu III, koja su izvršili ti organi ili osobe ili grupe prema međunarodnome pravu, nego se može i pozvati na odgovornost pred ovim Sudom za ona međunarodno protupravna djela koja spadaju u nadležnost Suda u skladu s članom IX Konvencije o genocidu, ne mogu složiti s pravnim osnovom na kojem počiva takav zaključak Presude, imajući u vidu da se Presuda, prije svega, zasniva na svome zaključku u vezi s obimom člana I Konvencije.

41. U najbitnijem dijelu Presude, u kojem se govori o neposrednoj odgovornosti države za genocid, iznosi se slijedeće:

“u skladu s članom I [Konvencije o genocidu], strane ugovornice obavezne su spriječiti takvo djelo, koje se kvalificira kao ‘zločin prema međunarodnom pravu’. Tim članom se *expressis verbis* ne traži od država da se same uzdrže od izvršenja genocida. Međutim, po mišljenju Suda, imajući u vidu utvrđeni cilj Konvencije, efekt člana I je da se državama zabrani da same izvrše genocid. Takva zabrana, prije svega, proizlazi iz činjenice da se, u tom članu, genocid kategorizira kao ‘zločin prema međunarodnome pravu’: *prihvatanjem takve kvalifikacije, države članice logično se obavezuju da neće izvršiti tako kvalificirano djelo*. Drugo, iz toga proizlazi izričito navedena obaveza sprečavanja vršenja djela genocida. Takva obaveza iziskuje

da države ugovornice, između ostalog, upotrijebe sredstva koja su im na raspolaganju, u okolnostima koje će biti konkretnije opisane kasnije u ovoj Presudi, da spriječe osobe ili grupe koje direktno nisu pod njihovom vlašću da izvrše bilo koje djelo genocida ili neko drugo od djela taksativno navedenih u članu III. Bilo bi paradoksalno ako bi time države bile u obavezi da sprečavaju, onoliko koliko je to u njihovoj moći, izvršenje genocida od osoba nad kojima imaju određen utjecaj, ali da im nije zabranjeno vršiti takva djela preko svojih vlastitih organa ili osoba nad kojima imaju čvrstu kontrolu tako da se njihovo ponašanje može pripisati odnosnoj državi u skladu s međunarodnim pravom. Ukratko, „obaveza sprečavanja genocida nužno podrazumijeva i zabranu izvršenja genocida“ (Presuda, paragraf 166; kurziv naknadno dodan).

42. Po mome mišljenju, neosporno je da, prema općem pravu o odgovornosti države, međunarodna odgovornost svakako nastaje za neku državu ako neki pojedinac ili subjekt, koji postupaju kao organ te države ili u nekoj drugoj stvari kojom se takvo djelo može pripisati toj državi, podrazumijeva odgovornost za takvo međunarodno protupravno djelo.

43. Također mi ne predstavlja problem prihvatanje teze koja predstavlja osnovni princip Konvencije o genocidu, a to je da je genocid, po definiciji u Konvenciji, stravičan “zločin prema međunarodnome pravu” (član I), koji su države članice međunarodne zajednice, kolektivno i pojedinačno, obavezne spriječiti i kazniti, kao i *a fortiori* da se uzdrže da ga same izvrše.

44. Međutim, ne smatram da iz ove opće teze proizlazi da je nužna implikacija iz Konvencije kao takve da ona nameće državama ugovornicama obavezu, u skladu s članom I, u smislu da su se obavezale da ne izvrše neko djelo genocida i da prihvataju *neposrednu međunarodnu odgovornost za takvo djelo i da će odgovarati prema Konvenciji*, uprkos činjenici da taj član ne sadrži niti jednu odredbu kojom se nameće takva obaveza državama ugovornicama. Ne postavlja se pitanje da li takva obaveza država postoji u savremenom međunarodnom pravu ili ne; već kakvo je izvorište takve obaveze, ako ona postoji, za svrhe ovoga spora.

45. Meni je apsolutno jasno iz samoga naslova i iz cijele strukture Konvencije da je njen predmet i cilj da se svečano obavežu strane ugovornice Konvencije i da “potvrde da je genocid [kako je definiran Konvencijom]

*zločin prema međunarodnome pravu*”, kao i da se “obavežu da sprečavaju i kažnjavaju” ovaj međunarodni zločin (član I), usredsređujući se, prije svega, na krivično gonjenje pojedinaca koji su stvarni krivci za taj zločin, kao konkretno sredstvo za sprovođenje ove obaveze. Ne nalazimo niti jednu odredbu u Konvenciji kojom se propisuje obaveza stranama ugovornicama na osnovu koje su se one obavezale da same neće izvršiti djelo genocida i da su preuzele neposrednu odgovornost direktno za kršenje takve obaveze prema Konvenciji. S obzirom da Konvencija predstavlja svečano obavezivanje suverenih država, ne smatram da se može jednostavno pretpostaviti da su takvu obavezu implicitno preuzele Strane ugovornice Konvencije kada sama Konvencija o tome ništa ne govori.

46. Kao što je to iznio Stalni sud međunarodne pravde u svojoj čuvenoj izreci, jedan od osnovnih principa prihvaćenih u savremenom međunarodnom pravnom poretku jeste da:

“Međunarodno pravo regulira odnose između neovisnih država. Pravna pravila obavezujuća za države, dakle, proizlaze iz njihove slobodne volje izražene u Konvencijama ili u upotrebi kao općeprihvaćeni, izraženi i prihvaćeni pravni principi u cilju reguliranja odnosa između tih koegzistirajućih neovisnih zajednica ili u cilju ostvarivanja zajedničkih ciljeva. *Ograničavanje neovisnosti država, dakle, ne može se pretpostaviti*” (“*Lotus*”, *Presuda broj 9, 1927, Stalni sud međunarodne pravde, Serija A, broj 10, strana 18; kurziv naknadno dodan*).

47. Također, isti je Sud naveo, u kontekstu spora u kojemu se postavilo pitanje da li se stepen autonomije jedne od strana ugovornica može zaključiti kada ugovor o tome ništa ne kaže, na slijedeći način:

“vršenje [autonomnih] ovlaštenja iziskuje postojanje *pravnog pravila koje se ne može zaključiti na osnovu toga što instrument o tome ništa ne govori*, a iz njega se izvodi autonomija, ili na osnovu tumačenja kojim se proširuje autonomija zadiranjem u funkcioniranje suverene vlasti” (*tumačenje Statuta teritorije Memel, Meritum, Presuda, 1932, Stalni sud međunarodne pravde, Serija A/B, broj 49, strana 313; kurziv naknadno dodan*).

48. Štaviše, čak i da je takva pretpostavka dopustiva u ovom

kontekstu, to bi svakako bila pretpostavka za odbacivanje. A ona se, svakako, može odbaciti u svjetlu zakonodavne historije Konvencije, kao što ću uskoro pokazati.

49. Naravno, time ne mislim, ni u jednom trenutku, sugerirati da je, u skladu s postojećim stanjem međunarodnog prava, državama prepušteno da slobodno izvrše neko djelo genocida. Ništa nije dalje od takvog mog stava o tom pitanju. Poenta je jednostavno u tome da je predmet i cilj Konvencije baviti se pitanjem sprečavanja i kažnjavanja stravičnog zločina genocida, koji međunarodna zajednica jednodušno osuđuje i kojeg se gnuša, s pristupom da ga tretira kao međunarodni zločin kao i da *smatra odgovornim pojedince* koji su stvarni krivci za genocid i snose *krivičnu odgovornost*.

50. Treba naglasiti da je ovakav pristup u skladu i s pristupom Međunarodnog vojnog tribunala u Nirnbergu, koji je predstavljao presudnu pozadinu za Konvenciju o genocidu. Taj je Tribunal čuven po tome što je rekao da “zločine protiv međunarodnog prava vrše ljudi a ne apstraktni subjekti” (*Presuda Međunarodnog vojnog tribunala, Suđenje glavnim ratnim zločincima*, 1947, Tom 1, strana 223) i pristupio kažnjavanju umiješanih pojedinaca a ne države kao takve.

51. Naravno, nesumnjivo je da država, kao pravni subjekt, uvijek u svoje ime postupa preko pojedinaca koji predstavljaju njene organe i da takva djela tih pojedinaca, prema pravu, predstavljaju djela države. Prema tome, neko djelo tih pojedinaca, koji postupaju kao organ države, treba identificirati kao djelo te države u čije ime postupaju i da može povući međunarodnu odgovornost te države, ukoliko dotično djelo predstavlja nešto što se može okarakterizirati kao međunarodno protupravno djelo. Upravo iz tog razloga, Konvencija se bavi tim pitanjem u članu IV.

52. Međutim, ovdje se radi o drugačijem pitanju. U velikom broju slučajeva genocida, upravo je država ta koja je pravi krivac iza tog djela čak i kada je odnosno počinjeno djelo učinio pojedinac postupajući kao organ te države, pitanje koje treba postaviti u vezi s Konvencijom jeste da li Konvencija u svojoj postojećoj strukturi zauzima pristup na osnovu kojeg se direktno država smatra odgovornom za djelo koje je, prema Konvenciji, proglašeno za međunarodni zločin. Po mome mišljenju, pitanje koje treba utvrditi jeste koji od tri slijedeća pristupa primjenjuje Konvencija, kada se radi o djelu genocida, kao efikasno sredstvo ostvarivanja cilja i predmeta Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju genocida:

(a) pristup prema kojem se pojedinac koji je stvarno imao udjela u određenom djelu smatra odgovornim za *zločin genocida*, što podrazumijeva postojanje *dolus specialis* u odnosu na krivca, sa stanovišta krivičnog prava;

(b) pristup prema kojem se država, u čije je ime pojedinac izvršio djelo, smatra odgovornom za *međunarodno protupravno djelo*, prema međunarodnom pravu o odgovornosti države; ili

(c) pristup prema kojem se i pojedinac i država smatraju sukcesivno odgovornim.

U svakom slučaju, jasno je da Konvencija odbacuje još jednu mogućnost, tj. (d) pristup prema kojem se država direktno smatra odgovornom za *međunarodni zločin genocida*, navodno po osnovu toga što država ne može izvršiti zločin u krivičnom smislu.

53. Na osnovu prirodnog tumačenja odredaba Konvencije, imajući u vidu predmet i cilj Konvencije onako kako se oni reflektiraju u njenoj strukturi i koji su pojačani njenom zakonodavnom historijom, kako je pokazano u pripremnom radu, slijedeći zaključak me je uvjerio - ostavljajući na trenutak po strani pravnu implikaciju koja će kasnije biti uvedena amandmanom na formulaciju člana IX (čime ću se kasnije baviti u ovom mišljenju) - svi dokazi koji nam stoje na raspolaganju ukazuju da je Konvencija u svom originalnom obliku slijedila pristup (a), odnosno pristup ostvarivanja cilja sprečavanja i kažnjavanja, a time i zabrane genocida kao “međunarodnog zločina”, prije svega kroz krivično gonjenje pojedinaca koji su izvršili krivično djelo sa *dolus specialis*, bez obzira da li su postupali u svojstvu organa države ili u nekom drugom svojstvu. Odredbe člana IV jasno potvrđuju taj pristup. Pored toga, naglasak na *dolus specialis*, kao bitan sastavni element genocida, u smislu kako je taj zločin preciziran u članu II, također potvrđuje ovakvo tumačenje.

54. U vezi s tim, mora se konstatirati da u pristupu Konvencije ne postoji ništa što bi logički bilo suprotno ili isključilo tezu sadržanu u pristupu (b). Kao što je navedeno gore u tekstu (paragrafi 41 i dalje), ako djelo izvršeno od pojedinca, koji postupa u svojstvu organa države, predstavlja međunarodno protupravno djelo u očima međunarodnog prava, pravo o odgovornosti države pripisuje to djelo državi u čije je ime pojedinac postupao kao njen organ, čime nastaje međunarodna odgovornost države za to djelo. Međutim,

to je pravna situacija koja nastaje na osnovu pravila općeg međunarodnog prava i odvojena je od pitanja obima obaveza prema Konvenciji, kao što to pokazuju suštinske odredbe Konvencije (članovi I do VII). Drugim riječima, pristup (b) svakako je održiv, zasniva se na pravnoj vezi koja može postojati na osnovu općeg međunarodnog prava između prava države koja trpi štetu preko njenih državljana, koji su žrtve zločina genocida, da traži pravni lijek za ovo međunarodno protupravno djelo, s jedne, i obaveza države u pogledu tog međunarodno protupravnog djela, s druge strane.

55. Kao opći stav prava o ovoj pravnoj vezi, nisam nesuglasan sa stavom iznijetim u Presudi kada se presuđuje o sljedećem:

„Sud zapaža da ta dvojakost vezana za odgovornost [odgovornost pojedinca i odgovornost države u čije ime postupa taj pojedinac, a koje paralelno postoje] i dalje predstavlja konstantno obilježje međunarodnog prava. Ovo se obilježje reflektira u članu 25, stav 4, Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, koji su do sada prihvatile 104 države: “Nijedna odredba u ovom Statutu, koja se odnosi na individualnu krivičnu odgovornost, neće utjecati na odgovornost država prema međunarodnom pravu.” Sud također konstatira da Odredbe Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država za međunarodno protupravna djela... u članu 58 afirmiraju drugu stranu istog pitanja: “Ovi članovi ne utječu ni na jedno pitanje individualne odgovornosti u skladu s međunarodnim pravom bilo koje osobe koja postupa u ime neke države?...” (Presuda, paragraf 173).

56. Međutim, smatram da ovakav argument, iako svakako validan, ne pogađa suštinu. Radi se *ne* o tome da li *međunarodno pravo* priznaje ovakvu “dvojnost odgovornosti” (*Ibid.*), što i priznaje, već da li se *Konvencija o genocidu* zasniva na takvom pristupu “dvojnosti odgovornosti” (*Ibid.*), na taj način što se, prema Konvenciji, država smatra direktno odgovornom za svoja međunarodno protupravna djela, a pojedinac, za zločin genocida kako je definiran Konvencijom. Po mome mišljenju, Konvencijom se ovaj prvi aspekt, koji se tiče direktne odgovornosti države, ostavlja izvan dometa Konvencije, kada je riječ o suštinskim odredbama Konvencije. Konvencija kao takva ne dotiče se te pravne veze i to prepušta općem međunarodnom pravu.

57. U vezi s tim, treba konstatirati da se u Presudi ističe da:

“Sud zasniva svoju nadležnost na članu IX Konvencije i [što] su sporovi koji potpadaju pod tu nadležnost sporovi 'koji se tiču tumačenja, primjene ili ispunjavanja' Konvencije, nema nužno za posljedicu da se jedino ova Konvencija mora uzeti u obzir“,

a onda se kaže slijedeće:

„Da bi se utvrdilo, kako tvrdi Podnosilac tužbe, da je Tužena strana prekršila svoju obavezu iz Konvencije i da bi se utvrdile pravne posljedice takvog kršenja, u slučaju da je ono izvršeno, Sud će se pozvati ne samo na samu Konvenciju već i na pravila općeg međunarodnog prava o tumačenju ugovora i odgovornosti država za međunarodna protupravna djela“ (Presuda, paragraf 149).

58. Međutim, u vezi s ovakvim pristupom Presude, mora se konstatirati da pitanje pravila općeg međunarodnog prava o odgovornosti države predstavlja odvojeno suštinsko pitanje - koje ne ovisi o obimu člana I Konvencije u ovome kontekstu, u smislu da li neko djelo države predstavlja kršenje obaveze koju je ta država preuzela u skladu s članom I Konvencije - predstavlja jednu stvar, dok pitanje da li isto djelo predstavlja međunarodno protupravno djelo, prema općem međunarodnom pravu, predstavlja potpuno drugu stvar. Prilikom odlučivanja o prvom, ovo drugo pitanje ne može se postaviti. Po mome mišljenju, pitanje državne odgovornosti u tom smislu, koje se svakako nameće prema općem međunarodnom pravu kao rezultat izvršenja zločina genocida od pojedinca, predstavljalo bi drugačije pitanje odgovornosti države koje proistječe iz veze pripisivanja tog djela državi, a ne direktno iz člana I Konvencije. Dakle, moglo bi spadati u nadležnost Suda, u skladu s članom IX Konvencije, samo ako bi se utvrdilo da taj aspekt državne odgovornosti, prema općem međunarodnom pravu, spada u domen člana IX, ne kao stvar “tumačenja, primjene ili ispunjenja Konvencije”, već preko određenog mehanizma kojim se to pitanje uključuje u domen nadležnosti Suda referentnim putem. Ne smatram da Sud može proširiti svoju nadležnost automatski na ovo pitanje općeg međunarodnog prava kao da se radi o logičkom redoslijedu koji se može podvesti pod nadležnost Suda putem procesa tumačenja konkretnih obaveza predviđenih Konvencijom.

59. Prilikom razmatranja ovog pitanja u sadašnjem kontekstu, prema tome, moramo ispitati precizno obim okvira nadležnosti u kojemu Sud funkcioniše u ovome sporu, kako je to predviđeno članom IX Konvencije. U tom smislu, standardna formula koja se obično nalazi u kompromisnoj klauzuli mnogih ugovora - a to je upravo formula usvojena u originalnoj kompromisnoj klauzuli ove Konvencije - ne bi nam omogućila da uđemo u ovu sferu pitanja općeg međunarodnog prava, odnosno pitanja koja se tiču međunarodne odgovornosti države za neko međunarodno protupravno djelo prema općem međunarodnom pravu, ali ne i na osnovu specifičnih odredaba ugovora o kome se radi. To pitanje ne spada u operativni obim takve kompromisne klauzule kojom se nadležnost Suda ograničava na pitanja koja se tiču "tumačenja i primjene ove Konvencije".

60. Dakle, ključno pitanje jeste da li je dodatna formulacija u članu IX promijenila takvu pravnu situaciju, posebno sa stanovišta obima nadležnosti Suda, tako da u okvir Konvencije uključi i pitanje državne odgovornosti prema općem međunarodnom pravu za međunarodno protupravna djela koja proistječu iz izvršenja zločina genocida od pojedinaca, kako se konkretno predviđa Konvencijom.

61. U cilju utvrđivanja ovog pitanja, pažljivo proučavanje pripremnog rada na izradi Konvencije u vezi sa pravnom historijom ovoga člana čini se neophodnim, imajući u vidu činjenicu da je izmijenjena i dopunjena formulacija posebno člana IX, tako dvosmislena da je čini "[lišenom] svakog smislenog značenja", po mišljenju nekih autora (Vidjeti, naprimjer, izjavu sudije Oda u Presudi iz 1996, *Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 628). Drugim riječima, ovdje se suočavamo sa situacijom u kojoj "tumačenje prema [općem pravilu tumačenja u skladu s] članom 31: (a) ostavlja to značenje dvosmislenim ili nejasnim; ili (b) dovodi do rezultata koji je očevidno apsurdan ili nerazuman" (*Bečka konvencija o pravu ugovora*, član 32).

62. Kao što je dobro poznato, konkretna formulacija o kojoj je riječ u članu IX, koja se sastoji, između ostalog, od dodatog izraza "uključujući sporove koji se tiču odgovornosti države za sva djela taksativno navedena u članovima II i IV [sadašnji član III]" predložen je u formi amandmana Belgije i Ujedinjenog Kraljevstva na član X (sadašnji član IX) prvobitnog nacrtu Konvencije (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/258). Ovakav prijedlog amandmana dat je tokom rasprave o nacrtu Konvencije u Šestom komitetu



Generalne skupštine Ujedinjenih nacija i bio je prihvaćen tijesnom većinom od 19 prema 17 glasova, uz 9 suzdržanih (Ujedinjene nacije, *Zvanični zapisnici Generalne skupštine, Treće zasjedanje, Šesti komitet, Skraćeni zapisnik* s 104. sjednice, strana 447).

63. Međutim, u cilju ispravnog razumijevanja obima ovoga amandmana, neophodno se vratiti u prehistoriju takvog razvoja. Prvobitno, Ujedinjeno Kraljevstvo je prethodno predložilo slijedeći amandman na član V (sadašnji član IV):

“*Krivična odgovornost za bilo koje djelo genocida, kako se precizira u članovima II i IV, prenosi se ne samo na sve fizičke osobe ili udruženja već i na države, vlade ili organe i vlasti te države ili vlade koje su ta djela izvršila. Takva djela, izvršena od ili u ime država ili vlada, predstavljaju kršenje ove Konvencije*” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/236; kurziv naknadno dodan).

Ovakav prijedlog, koji je podržala Belgija, naišao je na snažno protivljenje više delegacija, uključujući Francusku, Sjedinjene Američke Države, Kanadu i druge zemlje, uglavnom iz razloga što je predstavljao pokušaj primjene koncepta krivične odgovornosti na države i odbačen je s 24 glasa prema 22.

64. Ujedinjeno Kraljevstvo je pokušalo ponovo uvesti istu ideju o neposrednoj odgovornosti države u formi amandmana na član VI (sadašnji član V) koji je glasilo:

“Tamo gdje je djelo genocida predviđeno članovima II i IV, ili se tvrdi da je djelo države ili same vlade ili nekog organa ili vlasti te države ili vlade, to pitanje će, na zahtjev bilo koje druge članice ove Konvencije, biti iznijeto pred Međunarodni sud pravde, čija će odluka biti konačna i obavezujuća. Sva djela ili mjere za koje Sud utvrdi da predstavljaju djela genocida odmah će biti obustavljeni ili poništeni, a ako su već suspendirani, neće biti ponovo uvedeni ili nastavljeni” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/236 i *corrigendum*).

Uopće nije jasno da li se ovaj amandman navodno bavio krivičnom odgovornošću države za vlastito izvršenje zločina genocida - što se, čini se, implicira iz općeg konteksta prijedloga - ili prekršajnom odgovornošću

države za djelo genocida koje je izvršila država - što se čini da je implikacija na osnovu upućivanja na Međunarodni sud pravde - u toj, donekle konfuznoj, formulaciji. U svakom slučaju, čini se da je jasno iz formulacije navedenog amandmana da je zadržana ista ideja o tome da se država smatra odgovornom za vlastito izvršenje *zločina genocida*, dok sponzor amandmana, čini se, nije više namjeravao forsirati krivičnu odgovornost države, vidjevši da je ovoga puta amandman predložen na osnovu toga da se to pitanje uputi Međunarodnom sudu pravde koji, prema svome Statutu, ne može optužiti neku državu za krivičnu odgovornost.

65. Belgija je, na liniji istoga pristupa, predložila amandman na tekst Ujedinjenog Kraljevstva koji je uključio odredbu da “Sud će biti nadležan naložiti odgovarajuće mjere kako bi došlo do obustavljanja imputiranih djela ili da bi se sanirala šteta prouzrokovana oštećenim pojedincima ili zajednicama” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/252), navodno s namjerom da bi se ovaj amandman učinio jasnijim.

66. Međutim, Sjedinjene Američke Države snažno su se usprotivile ovom novom prijedlogu iz razloga što je o suštini tog pitanja već vođena rasprava i donijeta odluka prilikom razmatranja člana IV. Suočene s takvim prigovorom, Belgija i Ujedinjeno Kraljevstvo povukli su svoje amandmane; umjesto toga, izradili su novi prijedlog, ovoga puta u formi amandmana na član X (sadašnji član IX), koji je kasnije postao osnova sadašnje formulacije člana IX.

67. Treba konstatirati da je, tokom cjelokupne rasprave o ovom pitanju, naglasak bio na tome da li se država može smatrati odgovornom za *zločin genocida* što je bio predmet Konvencije. Tvrdnja Ujedinjenog Kraljevstva u originalnom obliku čini se da je bila takva da, u načelu, država može i treba biti odgovorna za vlastito izvršenje *zločina genocida*. Delegat Ujedinjenog Kraljevstva iznio je u raspravi, u tom smislu, da Ujedinjeno Kraljevstvo, uvažavajući realnost da se na osnovu domaće krivične procedure neke države ne može očekivati da ona bude efikasna u odnosu na vlastitu državu u situaciji kada je genocid izvršila sama država i naglašavajući da ne postoje bilo kakvi izgledi za obrazovanje međunarodnog tribunala u doglednoj budućnosti, smatra neophodnim da se osigura obraćanje Međunarodnom sudu pravde kao jedinom međunarodnom sudu koji je postojao u tom trenutku. Čini se razumnim da se iz ovih riječi zaključi da je delegat Ujedinjenog Kraljevstva pokušao, ovim novim prijedlogom amandmana na član X, pronaći kopču za

koju bi se vezao, kako bi postigao cilj kome je neprestano težio, a to je da se država smatra odgovornom za vlastito djelo genocida tako što će iznaći formulu kojom bi se ovaj problem povezao s kompromisnom klauzulom koja je već postojala u nacrtu Konvencije na osnovu upućivanja sporova Međunarodnom sudu pravde. Međutim, treba konstatirati da je ova klauzula o nadležnosti sadržana u članu X (sadašnji član IX) u prvobitnom obliku bila zamišljena tako da bude nešto više od standardne kompromisne odredbe kojom se spor, koji se tiče tumačenja i primjene odredbe Konvencije, upućuje Međunarodnom sudu pravde i, kao takva, ne bi bila na raspolaganju u cilju stvaranja nove obaveze suštinskog karaktera, kada takva obaveza nije bila uključena u suštinske odredbe Konvencije.

68. Korištenje debate u Šestom komitetu u ovoj konfuznoj situaciji navodi me da se zapitam da li su suštinsku prirodu i pravne implikacije amandmana Belgije i Ujedinjenog Kraljevstva, posmatrani u okviru osnovnog cilja i svrhe Konvencije da inkriminira genocid izvršen od pojedinaca i da stvori obaveze za države da sprečavaju i kažnjavaju zločin genocida, dovoljno precizno koncipirali kosponzori amandmana Belgije i Ujedinjenog Kraljevstva, kao i da li su njegov utjecaj na suštinski karakter i obim Konvencije u potpunosti shvatili delegati koji su glasali za taj amandman. Interesantno je, u tom kontekstu, konstatirati da je velika većina delegata koji su učestvovali u diskusiji bila generalno saglasna da ova nova formulacija ne bi trebala imati za cilj inkriminiranje države kao takve za vršenje djela genocida. Međutim, pod sumnjom je da li su mnogi od njih (sa značajnim izuzetkom delegata Sjedinjenih Američkih Država) dovoljno razmislili o pitanju kompatibilnosti ovakvog pristupa sa suštinskim karakterom Konvencije kao pravnog instrumenta kažnjavanja zločina genocida izvršenog od strane pojedinaca na međunarodnom nivou.

69. Kao rezultat ovakve nejasnoće unijete u sadašnji član IX, neki od njih, čini se, da su tumačili tu formulu isključivo deklarativno kao tradicionalni princip o državnoj odgovornosti u vezi s kršenjem konkretnih ugovornih obaveza, dok je država odgovorna za vlastito kršenje obaveza koje proizlaze iz suštinskih odredaba Konvencije. Prema takvom tumačenju, u Konvenciji koja se suštinski bavila krivičnom odgovornošću pojedinaca za genocid, kao i konkretnom obavezom strana ugovornica da sprečavaju i kažnjavaju vršenje genocida od pojedinaca koji su pod njihovom nadležnošću, pozivanje na državnu odgovornost u članu IX može se isključivo odnositi na tradicionalno poimanje odgovornosti koja proizlazi iz kršenja takve obaveze

države o sprečavanju i kažnjavanju, u skladu s članom I. Tako je, naprimjer, predsjednik Sjedinjenih Američkih Država, predstavljajući Konvenciju o genocidu radi saglasnosti Senata 16. juna 1949, predložio slijedeće tumačenje:

“Preporučujem da Senat da svoje mišljenje i saglasnost za ratificiranje Konvencije -

pri čemu se podrazumijeva da član IX treba tumačiti u tradicionalnom smislu odgovornosti neke druge države za štetu koju su pretrpjeli državljani države koja se žali za kršenje principa međunarodnog prava i neće se tumačiti u značenju da se neka država može smatrati odgovornom za štetu koju je ona nanijela vlastitim državljanima” (*Bilten State Departmenta*, 4. juli 1949).

70. Drugi su, čini se, ovu formulu tumačili tako kao da predstavlja novu međunarodnu pravnu normu prema kojoj država, vlastitim postupcima i u svoje ime, može izvršiti neko međunarodno protupravno djelo genocida, bez obzira da li se on naziva “međunarodnim zločinom”, “međunarodnim deliktom” ili drugačije, za koji se ona treba smatrati međunarodno odgovornom. Prema ovakvom stanovištu, Konvencijom je utvrđeno da država može izvršiti zločin genocida vlastitim postupcima, ali da su institucije koje državu mogu pozvati na odgovornost, prema Konvenciji, donekle ograničene. Pored političkih organa, kao što je Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija, jedini međunarodni sudski organ koji može državu, koja je izvršila genocid, pozvati na odgovornost jeste Međunarodni sud pravde, a on to može učiniti samo u ograničenom smislu, tako što će tu državu pozvati na odgovornost za to djelo genocida isključivo u obliku građanske/prekršajne odgovornosti, a ne u obliku krivične odgovornosti. Čini se da je, imajući u vidu takvo tumačenje, delegat Ujedinjenog Kraljevstva govorio o načelu predloženog amandmana u ime kosponzora na slijedeći način:

“Delegacije Belgije i Ujedinjenog Kraljevstva oduvijek su smatrale da bi Konvencija bila nepotpuna ukoliko se u njoj ne bi pominjala odgovornost država za djela taksativno navedena u članovima II i IV” (Ujedinjene nacije, *Zvanični zapisnici Generalne skupštine, Treće zasjedanje, Šesti komitet*, strana 430).

71. Kakvo god da je ispravno tumačenje zakonodavne historije, mora se prihvatiti da pripremni rad ne baca definitivnu svjetlost na precizan pravni obim državne odgovornosti koja je proglašena da spada u nadležnost Suda. Na osnovu analize ovog izuzetno konfuznog stanja zakonodavne historije u vezi s članom IX može se sa sigurnošću reći, u tom smislu, da je teško doći do pozitivnog zaključka da je opća namjera strana koje su učestvovala u izradi ove Konvencije bila da se u Konvenciju, preko ovog tehničkog amandmana na član IX, donese suštinska nova norma prema Konvenciji, pored onih koje su u njoj već postojale, na osnovu koje bi država trebala biti odgovorna za djelo genocida koje je sama izvršila, bez obzira da li se on kategorizira kao “međunarodni zločin” ili “međunarodni delikt”. Dakle, treba odbaciti tumačenje koje navodno sugerira da se, prema ovoj novoj formuli, smatra da je za neku državu nastala *direktna* odgovornost u njeno ime, kao počinioca genocida, čak i onda ako ograničenje nadležnosti Međunarodnog suda pravde čini opravdanje ovakvog djela genocida države pred Sudom donekle manjim od krivične odgovornosti, iz razloga nadležnosti.

72. S druge strane, princip tumačenja, izražen u maksimi *ut res magis valeat quam pereat*, koja se često naziva pravilom efikasnosti, čini se, nalaže da se ovoj izmijenjenoj i dopunjenoj formulaciji člana IX dadne pravo i racionalno značenje. U takvoj pozadini zakonodavne historije, bila ona konfuzna ili ne, i deklariranih motiva kosponzora predloženog amandmana, u mjeri u kojoj im se nisu suprotstavili oni koji su glasali za njega, bilo bi razumno zaključiti da je ova izmijenjena i dopunjena formulacija člana IX prema Konvenciji imala za posljedicu djelimično proširivanje obima nadležnosti Suda. Prema mome tumačenju, ono što je on učinio dodavanjem riječi “uključujući one [sporove] koji se odnose na odgovornost države za genocid ili neka druga djela taksativno navedena u članu III” standardnoj formuli korištenoj za kompromisnu klauzulu slične vrste jeste da se u Konvenciju uvede, doduše preko malih vrata nadležnosti člana IX, opravdanost pitanja državne odgovornosti prema općem međunarodnom pravu za međunarodno protupravno djelo genocida, klasificiran kao međunarodni zločin pojedinaca prema Konvenciji, u okviru nadležnosti Konvencije. Otuda, moj zaključak je da je Sud sada nadležan da razmotri ovo pitanje općeg međunarodnog prava kao pitanje prema Konvenciji, pod uvjetom da se dotično djelo pojedinca može pripisati državi kao njeno vlastito djelo preko doktrine pripisivanja prema pravu o odgovornosti države.

73. U svjetlu gore spomenute analize, smatram da je obim Konvencije u odnosu na djela genocida slijedeći:

(i) članom I propisuje se zločin genocida kao međunarodni zločin koji nacionalni sudovi i nadležni međunarodni tribunali kažnjavaju na osnovu pojedinačnih počinioca, te se utvrđuje pravna obaveza strana ugovornica da spriječe i kazne takve zločine genocida;

(ii) Konvencija iz svog obima isključuje pitanje direktne odgovornosti države za izvršenje genocida kao *međunarodnog zločina države*, čak i u generičkom smislu. Ovaj koncept direktne odgovornosti države za genocid mora se odbaciti kao stran predmetu i cilju Konvencije, a time i da je van obima Konvencije. Čak i s novom formulom inkorporiranom u član IX, država ne može biti smatrana direktno odgovornom za izvršenje djela genocida u njeno ime, bez obzira da li se takvo djelo genocida može kategorizirati kao zločin države ili kao međunarodni delikt države;

(iii) međutim, dodavanje u članu IX nove formulacije koja uključuje pitanje “odgovornosti države za sva djela taksativno navedena u članu III” u obim nadležnosti Suda predstavlja novi mandat Suda, iako to prema Konvenciji nije suštinski nova obaveza za strane ugovornice. To - u mjeri u kojoj se time uvodi dodatni obim kompromisne klauzule člana IX, s obzirom da *pitanje odgovornosti države koja proistječe iz prava o državnoj odgovornosti prema općem međunarodnom pravu kao rezultat krivičnog djela genocida koje je izvršio pojedinac ili grupa pojedinaca - sada potpada pod obaveznu nadležnost Suda.*

Član IX, kao kompromisna klauzula, ne može stvoriti suštinski nove obaveze državama ugovornicama pored onih predviđenih u suštinskim članovima (članovi I - VIII). Međutim, on može stvoriti novi proceduralni okvir za nadležnost Suda, uključivanjem u sferu Suda obaveza koje inače ne bi imao, odnosno obaveza koje proistječu za države prema općem međunarodnom pravu iz djela pojedinaca, za koje je predviđeno kažnjavanje prema Konvenciji.

Smatram da, na toj osnovi, a ne na osnovu člana I Konvencije, što predstavlja izvor suštinskih obaveza strana ugovornica, kako se potvrđuje u Presudi, Sud može pristupiti razmatranju pitanja državne odgovornosti Tužene strane koje proistječe iz navodnih djela genocida koja su izvršili pojedinci i grupe, kao i subjekti, čiji se postupci mogu pripisati Tuženoj strani prema pravu o odgovornosti države.

(Potpisano) Hisashi OWADA

## IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE TOMKA

*Nadležnost Suda - Sud je 2003. obavijestio SRJ da može podnijeti daljnju argumentaciju o nadležnosti u fazi odlučivanja o meritumu - Statutom i Pravilima Suda ne zabranjuje se podnošenje prigovora na nadležnost u fazi odlučivanja o meritumu i Sud mora razmotriti takva pitanja, po potrebi, proprio motu - Princip res judicata ne sprečava da Sud ponovo razmotri svoju nadležnost - U Presudi Suda od 11. jula 1996. ne spominje se pitanje nadležnosti koje je sada pokrenuto (da li je SRJ bila članica Statuta na osnovu članstva u Ujedinjenim nacijama u martu 1993, kada je podnijet Zahtjev za pokretanje postupka) i time se ono ne isključuje - Ponovno razmatranje nadležnosti de novo, Sud ima nadležnost - Pristup Sudu u skladu s članom 35, za razliku od nadležnosti racione personae - Uvjet u pogledu pristupa je sada zadovoljen, jer je SRJ postala članica Ujedinjenih nacija 1. novembra 2000. i od tada ima pristup Sudu - Utvrđena je nadležnost racione personae zato što je SRJ bila članica Konvencije o genocidu od aprila 1992. na osnovu pravila sukcesije ipso jure koja se primjenjuje na slučajeve raspada država - Činjenica da SRJ nije imala pristup Sudu kada je Zahtjev za pokretanje postupka podnijet predstavlja nedostatak koji se može otkloniti i kojim se, ako se to učini, ne isključuje vršenje nadležnosti.*

*Tumačenje Konvencije o genocidu - Konvencija je prvenstveno instrument međunarodnog krivičnog prava kojom se države primoravaju da poduzmu mjere da spriječe genocid i kazne njegove počinioce - Historija izrade Konvencije ne potkrepljuje stav da države mogu biti krivično odgovorne za genocid - Nadležnost Suda na osnovu člana IX obuhvata utvrđivanje da li je neka država prekršila svoje obaveze prema Konvenciji, kao i međunarodnu odgovornost koju to podrazumijeva, ali ne i utvrđivanje da li je izvršen zločin genocida - U vezi s obavezom sprečavanja genocida, nisu utvrđeni dokazi da su vlasti SRJ unaprijed znale za plan da se strijeljaju muškarci, bosanski muslimani, u Srebrenici i da su tako mogli nešto poduzeti da to spriječe - SRJ je propustila ispoštovati neke od privremenih mjera koje je Sud naložio 1993.*



# SADRŽAJ

Poglavlje	Paragrafi
UVOD .....	1-4
I. Nadležnost Suda .....	5-36
(1) <i>Res judicata</i> : kakav je njegov obim kada se radi o Presudi iz 1996.....	11-13
(2) Pristup i nadležnost .....	14-15
(3) Da li je Savezna republika Jugoslavija imala pristup Sudu marta 1993?.....	16-23
(4) Utvrđivanje <i>de novo</i> nadležnosti Suda.....	24-36
II. Meritum.....	37-71
A. Tumačenje Konvencije o genocidu.....	37-61
(1) Član I.....	40-45
(2) Član II.....	46
(3) Član III .....	47
(4) Član IV .....	48
(5) Član VI .....	49
(6) Član IX.....	50-60
(a) Sporovi koji se odnose na ispunjavanje Konvencije .....	51-52
(b) Sporovi koji se odnose na odgovornost države za genocid .....	53-60
(7) Zaključci o tumačenju Konvencije	61
B. Komentari nekih od zaključaka Suda.....	62-71
(1) Obaveza sprečavanja.....	62-68
(2) Odgovornost za nepoštivanje Naloga o određivanju privremenih mjera .....	69-71
Zaključne napomene .....	72-73

\*

\* \*

## U V O D

1. Presudom Suda zaključuje se jedan izuzetno tragičan spor. Kada se Sud počeo baviti ovim sporom, Bosni i Hercegovini je prijetila opasnost od bratoubilačkog rata. U periodu od više od četiri godine, strane u sporu su sada saglasne da je rat odnio oko 100.000 ljudskih života, ranio mnoge druge i nanio ogromnu materijalnu štetu. Rat je teško pogodio ljude u regionu, dalje produbio nepovjerenje, a povremeno i direktnu mržnju između različitih etničkih i vjerskih zajednica. Do njega nikada nije ni trebalo doći. Ali, nažalost jeste.

2. Vlada Bosne i Hercegovine obratila se Sudu prije četrnaest godina, u martu 1993, u jeku krvavoga sukoba koji je bjesnio na njenom teritoriju. Među njenim najtežim optužbama, Republika Bosna i Hercegovina je, kao Podnosilac tužbe, tvrdila da je Tužena strana odnosno Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) izvršila brojna kršenja obaveza koje proizlaze iz članova I do V Konvencije o genocidu. Vlada Bosne i Hercegovine također je zatražila dva puta od Suda, tokom 1993, da odredi privremene mjere. Sud je to učinio. Nažalost, tim mjerama nije spriječeno vršenje daljnjih zločina. Sud sada utvrđuje da je došlo do kršenja obaveza iz člana I Konvencije o genocidu, jula 1995. Međutim, Sud nije bio u stanju spriječiti takvo kršenje, odnosno nasilje koje je uslijedilo.

3. Sudovi su obično nemoćni zaustaviti ratove. Ratovi uvijek podrazumijevaju nešto više od čisto pravnih sporova. U okviru sistema kolektivne sigurnosti Ujedinjenih nacija, Vijeće sigurnosti je organ koji ima primarnu odgovornost za očuvanje mira i sigurnosti u svijetu. Sudovi, obično, samo mogu razriješiti *ex post* pravne posljedice ratova, pod uvjetom da imaju nadležnost za takav spor i uvijek u okviru striktno utvrđenih granica takve nadležnosti.

4. Spor koji se nalazi pred Sudom tiče se dviju država, ali to nije samo međudržavni spor. On ima i unutardržavnu dimenziju u okviru Bosne i Hercegovine. Politički dužnosnici bosanskih Srba pokušali su 1999. povući ovaj spor, te se i dalje protive njegovom nastavljanju (vidjeti Presudu, para-

grafi 19-25). Na dan početka rasprave 27. februara 2006, Sud je primio pismo gospodina Paravca, tadašnjega člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine iz Republike Srpske. On je obavijestio Sud da Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine nije odobrila finansiranje troškova pravnoga tima Bosne i Hercegovine u ovome sporu iz federalnoga budžeta i da je zatražio od Ustavnoga suda Bosne i Hercegovine da odluči o tome da li je dozvola za pokretanje postupka pred Međunarodnim sudom pravde, koju je 1993. dao predsjednik Izetbegović, bila u skladu s Ustavom. Od tada, Sud više nije primio nikakvu drugu prijepisku u vezi s ovim pitanjem. Ova dimenzija spora, međutim, nije utjecala na njegovo razmatranje i presuđivanje od Suda.

## I. NADLEŽNOST SUDA

5. Sud u Presudi potvrđuje svoju nadležnost na osnovu toga što „princip već presuđene pravne stvari zabranjuje svako stavljanje u pitanje sadržaja Presude iz 1996“ (Presuda, paragraf 140). Imam ozbiljne sumnje u vezi s takvim rasuđivanjem Suda i osjećam se pozvanim da detaljnije iznesem svoje mišljenje o tome. Međutim, imajući u vidu da sam na kraju, po sasvim drugom osnovu, utvrdio da Sud ima nadležnost za ovaj spor, glasao sam za prvi stav dispozitiva.

6. Moje je sumnje probudila činjenica da je Sud 2003, pošto je razmotrio “Inicijativu Srbije i Crne Gore da Sud po službenoj dužnosti preispita svoju nadležnost za Jugoslaviju”, od 4. maja 2001, obavijestio strane u sporu da „ukoliko Srbija i Crna Gora *želi* Sudu prezentirati dodatne argumente o pitanjima nadležnosti, tokom usmene rasprave o meritumu, *ona to može slobodno* i učiniti“ (Pismo Registrara od 12. juna 2003, čiji je tekst Sud odobrio, Presuda, paragraf 82). Strane u sporu također su obaviještene da “kao što je to Sud prethodno naglasio, on ima pravo razmatrati pitanja nadležnosti *proprio motu*” i “mora...uvijek utvrditi da ima nadležnost i mora, po potrebi, ući u to pitanje *proprio motu*” (*Žalba u vezi s nadležnošću Vijeća ICAO (Indija protiv Pakistana) Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972, strana 52, paragraf 13*). Na kraju, Sud je uvjerio strane u sporu da „neće donijeti presudu o meritumu u ovom sporu sve dok ne utvrdi svoju nadležnost“ (Presuda, paragraf 82).

7. Sud je tako dopusti Tuženoj strani da pokrene pitanje nadležnosti Suda u fazi odlučivanja o meritumu i pored toga što je podržao svoju

nadležnost 1996 (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 623, paragraf 47) i pošto je u februaru 2003. utvrdio da je zahtjev za reviziju neprihvatljiv (*Prijedlog za reviziju Presude od 11. jula 1996. u sporu o primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), preliminarni prigovori (Jugoslavija protiv Bosne i Hercegovine), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2003*, strana 32, paragraf 75).

8. Stav Suda, koji je stranama u sporu prenijet u pismu od juna 2003, bio je u skladu s njegovom nadležnošću i praksom. Naprimjer, Sud navodi u Žalbi u vezi s *nadležnošću Vijeća ICAO* da je “svakako *poželjno* da prigovori na nadležnost Suda budu izjavljeni u vidu preliminarnih prigovora o kojima će se posebno odlučivati prije postupka u vezi s meritumom” (*Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972*, strana 52, paragraf 13; kurziv naknadno dodan). Jezik Suda pokazuje da je takav vremenski trenutak samo *desideratum* a ne pravni uvjet. Sud je kasnije objasnio u sporu Avena i drugi meksički državljani (Meksiko protiv SAD) da se član 79 Pravila Suda, u kojem stoji da se bilo kakav prigovor, koji Tužena strana izjavi u vezi s nadležnošću Suda, koji mora izjaviti u roku od tri mjeseca od podnošenja Tužbe, “odnosi isključivo na *preliminarne* prigovore, kao što to sugerira naslov pododjeljka Pravila u čijem se sastavu nalazi” (*Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 29, paragraf 24; kurziv naknadno dodan). Kako je Sud to kasnije objasnio, “svaki prigovor koji nije podniet kao preliminarni prigovor, u skladu s tačkom 1, člana 79, samim tim ne postaje neprihvatljiv” (*Ibid.*). On je dodao, “međutim, pored takvih okolnosti, strana koja propusti da iskoristi proceduru iz člana 79 može izgubiti pravo da traži suspenziju postupka o meritumu, ali još uvijek može iznositi argumentaciju u prilog prigovora zajedno s meritumom” (*Ibid.*; kurziv naknadno dodan).

9. Sud sada navodi da “kada jednom donese odluku...o pitanju svoje nadležnosti, ta je odluka definitivna kako za strane u sporu, u pogledu samoga spora (član 59 Statuta), tako i za sam Sud u kontekstu tog spora” (*Presuda, paragraf 138*). Izgleda da ovakav stav Suda predstavlja iznošenje jednog pravnog principa. Nije li Sud bio svjestan tog principa - iako *iura novit curia* - kada je u junu 2003. obavijestio strane u sporu da „ukoliko Srbija i Crna Gora želi Sudu prezentirati  *dodatne argumente o pitanjima nadležnosti*, tokom usmene rasprave o meritumu,  *ona to može slobodno* i učiniti“ (*Presuda, paragraf 82; kurziv naknadno dodan*)? Štaviše, Sud je već 2003. znao kakvu

argumentaciju Tužena strana namjerava iznijeti zato što je o tome bilo riječi u Inicijativi iz 2001. Ključni argument Suda protiv ponovnog razmatranja njegove nadležnosti sada se zasniva na principu *res judicata*. Nisam mišljenja da se to pitanje može tako jednostavno riješiti.

10. Prevažodno pitanje koje zahtijeva odgovor jeste može li neka strana u sporu staviti niz prigovora u sukcesivnim fazama spora. Ovo je pitanje posebno relevantno u ovome sporu, jer je Tužena strana (koja se u to vrijeme zvala Savezna republika Jugoslavija) stavila, u junu 1995, sedam preliminarnih prigovora u vezi s nadležnošću Suda da razmatra ovaj spor i prihvatljivošću Zahtjeva za pokretanje sudskog postupka. Sud je odbacio šest od sedam prigovora u svojoj Presudi od 11. jula 1996; preostali prigovor Tužena strana je povukla tokom usmene rasprave o preliminarnim pitanjima nadležnosti i prihvatljivosti. Ovo pitanje nije regulirano Statutom ili Pravilima Suda. Ali, kao što je vodeći komentator rada Suda sugerirao “u konkretnom slučaju *prigovori se mogu staviti pošto Sud prihvati svoju nadležnost* u okviru postupka povodom preliminarnih prigovora i pošto se nastavi postupak u vezi s meritumom”<sup>36</sup>. Po njegovom mišljenju, “uvjet za to je da se novim prigovorom ne pokreću pitanja o kojima je već odlučeno snagom *res judicata* u Presudi o preliminarnim prigovorima i nije potrebno dalje obustavljanje postupka u vezi s meritumom”<sup>37</sup>. Smatram da je takvo mišljenje ispravno i čini se da stav Suda iznijet juna 2003, kako se navodi u pismu Registrara, predstavlja daljnji prilog tome.

### 1) *Res judicata*: kakav je njegov obim kada se radi o Presudi iz 1996?

11. To me dovodi do drugog važnog pitanja, odnosno kakav je obim prirode *res judicata* Presude iz 1996? U toj Presudi, Sud je odbacio slijedećih šest preliminarnih prigovora Savezne republike Jugoslavije:

(i) da Zahtjev za pokretanje sudskog postupka nije prihvatljiv zato što “događaji u Bosni i Hercegovini, na koje se poziva, predstavljaju građanski rat”, te prema tome, “ne postoji međunarodni spor u okviru odredaba člana IX Konvencije [o genocidu] iz 1948”;

---

<sup>36</sup> S. Rosenne, *Pravo i praksa Međunarodnog suda, 1920-2005*, 4. izdanje, Tom II, Nadležnost, izdavač Martinus Nijhoff, 2006, strana 865, paragraf II. 225 (kurziv naknadno dodan).

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

(ii) da Zahtjev za pokretanje sudskog postupka nije prihvatljiv zato što “Alija Izetbegović nije bio predsjednik Republike u vrijeme kada je dao odobrenje za pokretanje postupka” (Sud se, međutim, nije konkretno bavio jednim drugim elementom ovog prigovora, odnosno da je “dozvola za pokretanje i vođenje postupka data na osnovu kršenja pravila međunarodnog prava od fundamentalnog značaja”);

(iii) da Sud nije imao nadležnost zato što Podnosilac tužbe nije bio članica Konvencije o genocidu iz 1948;

(iv) da Sud nije imao nadležnost zato što “spor o kome je riječ predstavlja unutrašnji sukob između tri strane u kojemu SR Jugoslavija nije učestvovala” i zato što “optužbe sadržane u “podnescima” zasnivaju se na navodnoj državnoj odgovornosti koja ne spada u predmet Konvencije i njene kompromisne klauzule”, kao i zato što “ne postoji međunarodni spor shodno članu IX Konvencije [o genocidu] iz 1948”;

(v) da Sud nije imao nadležnost za ovaj spor prije 14. decembra 1995, dana kada su se dvije strane u sporu međusobno priznale i, alternativno, prije 29. marta 1993, kada je Bosna i Hercegovina obavijestila o sukcesiji 29. decembra 1992, za čiju obavijest Savezna republika Jugoslavija smatra da predstavlja obavijest o pristupanju, što je moglo proizvesti određene posljedice;

(vi) da optužbe Podnosioca tužbe, koje se tiču navodnih djela ili činjenica koje su se dogodile prije 18. marta 1993, kada je Generalni sekretar Ujedinjenih nacija u svojstvu Depozitara, uputio članicama Konvencije o genocidu obavijest o notifikaciji Bosne i Hercegovine o sukcesiji, ne spadaju u nadležnost Suda (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strane 606-608, paragraf 15).

Sud je razmotrio gore spomenute preliminarne prigovore i sve ih odbacio zaključujući “da, na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, ima nadležnost da presuđuje o ovom sporu” i da je “Zahtjev za pokretanje sudskog postupka ... (bio) prihvatljiv” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strane 623-624, paragraf 47).

12. Zaključci Suda vezano za njegovu nadležnost zasnivali su se na razmatranju šest stavljenih preliminarne prigovora. Princip *res judicata*

sprečavao je Tuženu stranu da ponovo pokrene pitanja kojima se Sud već bavio kada je odbacio preliminarne prigovore Savezne republike Jugoslavije.

Korisno bi bilo podsjetiti na to šta je Sud iznio u spomenutoj Presudi:

“Sud mora, u svakom konkretnom slučaju koji se nalazi pred njim, provjeriti da li ima nadležnost da se bavi tim sporom i, po potrebi, da li je Zahtjev za pokretanje sudskog postupka prihvatljiv, a takvi prigovori koje stavi Tužena strana mogu biti korisni za razjašnjavanje pravne situacije. Kako stanje sada stoji, preliminarni prigovori koje je iznijela Jugoslavija poslužili su toj svrsi. Pošto je utvrdio svoju nadležnost, u skladu s članom IX Konvencije o genocidu, te zaključio da je Tužbeni zahtjev prihvatljiv, Sud sada može pristupiti razmatranju merituma spora na toj osnovi” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 622, paragraf 46; kurziv naknadno dodan).

Iako Sud govori o svojoj dužnosti da provjeri da li ima nadležnost i konstatira da bi izjavljeni prigovori mogli biti korisni za te svrhe, Sud je prividno ograničen vršenjem svoje dužnosti provjere razmatranja i odbacivanja preliminarne prigovora Tužene strane.

13. Kao što to Sud sada potvrđuje, “niti jedan od tih prigovora, međutim, nije bio zasnovan na tvrdnji da SRJ nije bila članica Statuta u to vrijeme; to nije bila tvrdnja koja je konkretno navođena u toku postupka vođenog u vezi s preliminarne prigovorima” (Presuda, paragraf 106). Očigledno, to je bilo zato što:

“Nijedna strana nije pokrenula to pitanje pred Sudom: Bosna i Hercegovina, kao Podnosilac tužbe, negirajući da je SRJ članica Ujedinjenih nacija kao nastavljatelj SFRJ, pred Sudom je tvrdila da je SRJ ipak članica Statuta...; dok je pokretanje ovog pitanja od SRJ podrazumijevalo ugrožavanje ili odustajanje od njene tvrdnje da je nastavljatelj SFRJ kao osnove nastavljanja članstva u Ujedinjenim nacijama” (*Ibid.*, paragraf 106).

Uvjeren sam da se Sud nije bavio ovim konkretnim pitanjem da li je Savezna republika Jugoslavija članica Statuta<sup>38</sup>. Dakle, po mom mišljenju, odluka Suda iz 1996. ne može imati isključujuće djelovanje u pogledu razmatranja takvog pitanja u ovoj fazi.

---

<sup>38</sup> Vidjeti zajedničko izdvojeno mišljenje tri člana Suda koje se nalazi u prilogu ove Presude, a koji su jedini članovi sadašnjeg Suda koji su bili sudije kada je Sud donio svoju Presudu iz 1996.

## 2) Pristup i nadležnost

14. Ocjenjujući da li ovaj Sud može presuditi spor, značajno je konstatirati da koncept pristupa Sudu nije identičan s konceptom nadležnosti *ratione personae*.

15. Ta dva prepoznatljiva koncepta reflektirana su u pravnoj praksi Suda. U sporu *Nadležnost u vezi s ribarenjem (Savezna Republika Njemačka protiv Islanda)*, Sud je napravio razliku između nadležnosti i pristupa Sudu pripisujući različite svrhe tim različitim postupcima. Konkretno, Sud je odlučio da, iako je bilateralna razmjena nota od 19. jula 1961. između vlada Savezne Republike Njemačke i Islanda “imala za svrhu da se ustanovi nadležnost Suda za ovaj specifičan spor”, izjava Savezne Republike Njemačke od 29. oktobra 1971, koja je deponirana kod Registrara 22. novembra 1971, “osigurala je pristup Sudu državama koje nisu članice Statuta”, kako se predviđa Rezolucijom Vijeća sigurnosti broj 9 od 15. oktobra 1946 (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1973, strana 53, paragraf 11*).

U svom Nalogu od 2. juna 1999. u sporu *Legalnost upotrebe sile (Jugoslavija protiv Belgije)*, Sud je također napravio razliku između nadležnosti i pristupa kada je istakao da:

“Sud, u skladu sa svojim Statutom, nema automatsku nadležnost za pravne sporove između država strana tog Statuta ili između drugih država kojima je odobren pristup Sudu; iako je Sud u više navrata iznosio “da je jedan od fundamentalnih principa njegovog Statuta da on ne može da odlučuje o sporu između država bez saglasnosti tih država za njegovu nadležnost” (*Istočni Timor (Portugal protiv Australije), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1995, strana 101, paragraf 26*); iako Sud može, prema tome, imati nadležnost samo između država strana u sporu koje ne samo da imaju pristup Sudu već i koje su prihvatile nadležnost Suda, bilo u općoj formi bilo za pojedinačni konkretni spor” (*Legalnost upotrebe sile (Jugoslavija protiv Belgije), privremene mjere, Nalog od 2. juna 1999, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1999 (I), strana 132, paragraf 20; kurziv naknadno dodan*).

U svom Nalogu od 10. jula 2002. u sporu Oružane aktivnosti na teritoriju Konga (*Novi prijedlog: 2002*) (*Demokratska Republika Kongo protiv Ruande*), Sud je napravio istu takvu razliku (*Privremene mjere, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2002, strana 241, paragraf 57*).



U sporovima *Legalnost upotrebe sile*, Sud je naveo da se “mora napraviti razlika između pitanja nadležnosti koja se tiče saglasnosti neke strane u sporu i pitanja prava strane u sporu da se pojavi pred Sudom, u skladu s uvjetima predviđenim Statutom, što nije pitanje saglasnosti” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 295, paragraf 36*). Sud je zatim nastavio slijedeće:

“Pitanje jeste da li se, *sa stanovišta prav*, Srbija i Crna Gora imala pravo obratiti Sudu kao članica Statuta u vrijeme kada je pokrenula postupak u tim sporovima. A s obzirom da je ovo pitanje neovisno o stavovima, odnosno željama strana u sporu, čak i ako su one sada došle do zajedničkog gledišta o toj stvari, Sud ne bi prihvatio takav stav kao nužno ispravan” (*Ibid.*; kurziv preuzet iz originala).

I Sud je zaključio navođenjem značajne izreke:

“Funkcija ovoga Suda da ispita stvar i dođe do vlastitih zaključaka je, dakle, obavezna za Sud, bez obzira na saglasnost strana u sporu i nije nikako nespojiva s principom da nadležnost Suda zavisi od saglasnosti” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 295, paragraf 36*).

Sud nadalje pojašnjava odnos između pristupa i nadležnosti u presudama u vezi s *Legalnošću upotrebe sile* kada kaže:

“Sud može vršiti sudsku funkciju samo u odnosu na one države koje imaju pristup Sudu u skladu s članom 35 Statuta. I samo one države koje imaju pristup Sudu mogu mu povjeriti nadležnost.

Sud smatra da ima dužnost da najprije ispita pitanje da li Podnosilac tužbe ispunjava uvjete predviđene članovima 34 i 35 Statuta i da li mu je time Sud otvoren. Samo ako je odgovor na to pitanje pozitivan, Sud će se morati baviti pitanjima koja se tiču uvjeta utvrđenih članovima 36 i 37 Statuta Suda” (*Ibid.*, strana 299, paragraf 46).

### **(3) Da li je Savezna republika Jugoslavija imala pristup Sudu u martu 1993?**

16. Sud se nije bavio pitanjem pristupa Savezne republike Jugoslavije Sudu u svojoj Presudi iz 1996, ni eksplicitno ni implicitno. Nesumnjivo je da je Bosna i Hercegovina bila članica Ujedinjenih nacija 1993. i *ipso facto* članica Statuta Suda. Prema tome, Sud je tada bio otvoren za Podnosioca tužbe. Status Savezne republike Jugoslavije u Ujedinjenim nacijama ostao je nejasan i dvosmislen. A Sud je bio *potpuno* svjestan te situacije. U svom Nalogu u vezi s privremenim mjerama od 8. aprila 1993, kada se poziva na Rezoluciju Vijeća sigurnosti broj 777 (1992) i Rezoluciju Generalne skupštine broj 47/1, kao i na interpretativno pismo Pravnog savjetnika Ujedinjenih nacija od 29. septembra 1992 (paragrafi 16 i 17 Naloga), Sud je konstatirao da:

“iako usvojeno rješenje [u Ujedinjenim nacijama] nije bez pravnih teškoća, pitanje da li je ili nije Jugoslavija članica Ujedinjenih nacija, a time i članica Statuta Suda jeste pitanje koje *Sud nema potrebu definitivno utvrđivati u ovoj fazi postupka*” (Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1993, strana 14, paragraf 18; kurziv naknadno dodan).

Međutim, kada je Sud definitivno utvrdio u ovom sporu da li je ili nije Savezna republika Jugoslavije bila članica Ujedinjenih nacija na dan 20. marta 1993, a time i članica Statuta? Da li u svojoj Presudi od 11. jula 1996. u vezi s nadležnošću? Ne vidim niti jedan stav u toj Presudi koji se bavi tim pitanjem. Kao što to Sud jasno potvrđuje, “ništa nije navedeno u Presudi iz 1996. u vezi sa statusom SRJ u odnosu na Ujedinjene nacije kao ni pitanje da li ona može učestvovati u postupku pred Sudom” (Presuda, paragraf 122).

Smatram da je Sud izbjegao da odlučuje o tom pitanju zato što je situacija i dalje ostala nejasna i dvosmislena, a dva nadležna politička organa Ujedinjenih nacija po pitanjima članstva – Vijeće sigurnosti i Generalna skupština - nisu učinili ništa da dalje pojašne status SRJ kao članice u vrijeme kada je Sud donio svoju odluku 1996. Dakle, Sud se nije bavio tim pitanjem kako ne bi prejudicirao eventualnu kasniju poziciju Vijeća sigurnosti.

nosti i Generalne skupštine<sup>39</sup>.

17. Sud se, umjesto toga, mogao osloniti na svoje preliminarno gledište izraženo u paragrafu 19 Naloga od 8. aprila 1993. U tom stavu, nakon citiranja teksta člana 35, stav 2, Statuta, navodi se:

“Sud otuda smatra da postupak može valjano pokrenuti neka država protiv države koja je strana u odnosu na tu posebnu odredbu važećeg ugovora, ali koja nije strana u Statutu i neovisno o uvjetima predviđenim u Rezoluciji broj 9 Vijeća sigurnosti iz 1946” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993, strana 14, paragraf 19*).

Sud zatim nastavlja da se “Bosna i Hercegovina pozvala na član IX Konvencije o genocidu u ovom sporu, što se, po mišljenju Suda, *može smatrati prima facie* kao posebna odredba sadržana u nekom važećem ugovoru” (*Ibid.*; kurziv naknadno dodan). Sud zaključuje, “dosljedno tome, ako su Bosna i Hercegovina i Jugoslavija strane u Konvenciji o genocidu, sporovi na koje se odnosi član IX u svakom su slučaju *prima facie* u okviru nadležnosti *ratione personae Suda*” (*Ibid.*).

Sam tekst navodi na to da je mišljenje Suda o članu IX Konvencije o genocidu u njegovom eventualnom odnosu na član 35, stav 2, Statuta privremeno mišljenje (“*prima facie*”) i da ne predstavlja završnu riječ o ovom pitanju<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Kao dobro informirani komentator koji je obavljao funkciju Pravnog savjetnika Stalne misije **Ujedinjenog Kraljevstva** pri Ujedinjenim nacijama od 1991. do 1994 (u osobnom svojstvu radi demantija) iznio je svoje mišljenje:

“Vijeće i Skupština nisu se vezali nikakvom konkretnom rezolucijom o tom pitanju. U određenom trenutku bit će prisutan politički momentum da se regulira pozicija SRJ u Ujedinjenim nacijama. Čini se da, u osnovi, postoje dva načina da se to uradi. SRJ može zatražiti prijem u članstvo kao i sve druge bivše jugoslavenske države. Čini se da su to predviđali i Vijeće i Skupština 1992, kao i pismo Pravnog savjetnika... Alternativno, nadležni organi mogli bi prihvatiti nastavljanje članstva SRJ bez insistiranja na podnošenju zvaničnog zahtjeva, naprimjer, ukidanjem odluka o neučestvovanju iz 1992. i 1993. To bi, vjerovatno, bilo eksplicitno “bez prejudiciranja pitanja državne sukcesije”. To bi se moglo učiniti odlukom nadležnih organa kao pragmatično rješenje za tešku situaciju” (M.C. Wood, “Učešće bivših jugoslavenskih država u Ujedinjenim nacijama i multilateralim ugovorima”, u okviru Godišnjaka *Max Planck Prava Ujedinjenih nacija*, tom I, 1997, strane 250-251).

<sup>40</sup> S. Rosenne, *Pravo i praksa Međunarodnog suda, 1920 -1996*, 3. izdanje, tom II, Nadležnost, izdavač Martinus Nijhoff, 1997, strana 630.

U takvim okolnostima, očekivalo se da će se Sud baviti ovim pitanjem detaljnije u svojoj Presudi iz 1996. Ali, s obzirom da strane u sporu nisu pokrenule to pitanje, Sud, iako je bio svjestan svog isključivo *prima facie* mišljenja iz Naloga iz 1993, nije definitivno odlučio o tom pitanju. Ustvari, nije posvetio nikakvu pažnju tom pitanju u tekstu Presude iz 1996.

18. Sud nije razmatrao pitanje “posebne odredbe nekog važećeg ugovora” sve do 2004. kada je više Tuženih strana u sporovima *Legalnost upotrebe sile* tvrdilo da se Srbija i Crna Gora ne može osloniti na tekst člana 35, stav 2, i da je mišljenje Suda o tom pitanju u Nalogu od 8. aprila 1993. samo privremeno.

Dakle, Sud je smatrao uputnim da, u okolnostima spорова *Legalnost upotrebe sile*, detaljno razmotri član 35, stav 2, Statuta i da ga tumači na osnovu detaljnog proučavanja *Pripremnog rada* zaključivši da:

“spominjanje u članu 35, stav 2, Statuta ‘posebnih odredaba sadržanih u važećim ugovorima’ odnosi se isključivo na ugovore koji su na snazi u vrijeme stupanja na snagu Statuta a ne odnosi se na bilo koje ugovore zaključene od tada” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 2004, strana 324, paragraf 113*).

Na osnovu takvog rasuđivanja, član 35, stav 2, Statuta, dakle, nije mogao Saveznoj republici Jugoslaviji omogućiti pristup Sudu u bilo kojem trenutku u vezi s pitanjima koja se tiču Konvencije o genocidu zato što Konvencija nije bila zaključena do stupanja na snagu Statuta.

19. Sud je još jednom prepričao zanimljivu historiju statusa Savezne republike Jugoslavije u odnosu na Ujedinjene nacije (Presuda, paragrafi 88-99). Međutim, iako je u sporovima *Legalnost upotrebe sile* Sud donio odluku da Savezna republika Jugoslavija “ima status članice Ujedinjenih nacija počev od 1. novembra 2000. i da “pozicija *sui generis*” Savezne republike Jugoslavije, spomenut u Presudi o *Prijedlogu za reviziju*, “nije se mogao svesti na njeno članstvo u toj organizaciji” i na osnovu te odluke, zaključio da “Srbija i Crna Gora nije bila članica Ujedinjenih nacija, a time ni država strana u Statutu Međunarodnog suda pravde u vrijeme podnošenja Zahtjeva za pokretanje sudskog postupka pred Sudom 29. aprila 1999” (*Legalnost*

*upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 35, paragrafi 78 i 79), u svom sadašnjem objašnjenju za potrebe ovoga spora, Sud završava “tu priču” Presudom iz 2003. u vezi sa sporom Prijedlog za reviziju.*

20. Većina članova Suda nije bila u stanju pokazati da je u Presudi iz 1996. Sud utvrdio da Savezna republika Jugoslavija ima pristup Sudu. Sam je Sud priznao tu činjenicu kada je konstatirao u Presudama izrečenim 15. decembra 2004. u sporovima *Legalnost upotrebe sile* da “u svojoj Presudi povodom preliminarnih prigovora od 11. jula 1996...pitanje *statusa* Savezne republike Jugoslavije u odnosu na član 35 Statuta *nije bilo pokrenuto* i Sud nije vidio *nikakav razlog da ga ispita*” (*Ibid.*, paragraf 82; kurziv naknadno dodan). Pored toga, u tih osam presuda kaže se da:

“Sud se nije obavezao na definitivan stav po pitanju pravnog statusa Savezne republike Jugoslavije u odnosu na Povelju i Statut u svojim izjavama u okviru sporednih postupaka, u slučajevima [jedan od njih je i ovaj spor] koji obuhvataju ovo pitanje, a koji su iznijeti pred Sud u ovom periodu [1992-2000]” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 309, paragraf 74).*

21. Sud sada kaže stranama u sporu da prihvate odluku sadržanu u Presudi iz 1996. o tome “da ima nadležnost u skladu s Konvencijom o genocidu, stoga, treba tumačiti kao da implicitno podrazumijeva zaključak da su ispunjeni svi uvjeti u pogledu sposobnosti država da se pojave pred njim” (Presuda, paragraf 133).

To je tako zato što, po mišljenju većine, zaključak Suda da ima nadležnost “mora se *kao pitanje konstrukcije* shvatiti, po *nužnoj implikaciji*, u značenju da je Sud *u to vrijeme* posmatrao Tuženu stranu kao da je bila u poziciji da učestvuje u sporovima pred Sudom” (*Ibid.*, paragraf 132; kurziv naknadno dodan). Realnost očigledno nema nikakvu relevantnost za većinu; ono što je presudno jeste *percepcija* koju je Sud mogao imati 1996, što se sada *ex post* objašnjava putem *implicitne konstrukcije*. Ovakvo nategnuto rasuđivanje mi nije uvjerljivo.

22. Tužena strana sugerirala je da je sposobnost Savezne republike Jugoslavije da se pojavi pred Sudom čista “pretpostavka” u Presudi iz

1996 (*Ibid.*, paragraf 134). Većina, premda ne osporava takvu pretpostavku, odgovara da je sposobnost Savezne republike Jugoslavije “da se pojavi pred Sudom u skladu sa Statutom predstavljala element tog *rasuđivanja*” u Presudi iz 1996 (*Ibid.*, paragraf 135; kurziv naknadno dodan). Takav se element ne može nigdje pronaći u Presudi iz 1996. Međutim, to nije bitno, jer, prema većini, taj element “može se i zapravo *mora* čitati u presudi” (*Ibid.*, paragraf 135; kurziv naknadno dodan). Većina govori o razlici između “pravne istine” i stvarnosti. Jer kako drugačije da se razumije insistiranje na maksimi “*res judicata pro veritate habetur*, odnosno zaključke presude treba... uzeti kao ispravne”, bez obzira kakve sumnje “na njih mogu baciti kasniji događaji” (*Ibid.*, paragraf 120).

23. Većina sada priznaje samo jedan izuzetak u pogledu konačnosti presuda Suda, bez obzira da li se radi o nadležnosti ili o meritumu, a to je procedura revizije u skladu sa Statutom. Sud je 3. februara 2003. odbacio Zahtjev Tužene strane za reviziju. Zbunjen sam zašto je tada, 12. juna 2003, dopušteno jednoj od strana u sporu da pokrene dodatnu argumentaciju o nadležnosti tokom usmene rasprave o meritumu spora. Zar Sud tada nije bio svjestan toga da će takav pokušaj biti osuđen na neuspjeh zato što je Sud već utvrdio “pravnu istinu” i da “podliježe isključivo odredbi Statuta za reviziju presuda” (Presuda, paragraf 139)? Savjest mi ne dopušta da slijedim takav pristup i žalim što ne mogu potpisati takvo rasuđivanje koji većina zastupa.

#### **(4) Utvrđivanje *de novo* nadležnosti Suda**

24. Po mome mišljenju, Sud je trebao ponovo utvrditi da li ima ili nema nadležnost u ovom sporu. Vraćanjem na pitanje svoje nadležnosti, Sud bi postupio u skladu s garancijama koje je dao stranama u sporu juna 2003. da “neće donijeti *presudu o meritumu u ovom sporu* sve dok ne utvrdi svoju nadležnost” (Presuda, paragraf 82). Moje je polazište odluka Suda da je Savezna republika Jugoslavija postala članica Ujedinjenih nacija počev od 1. novembra 2000 (*Ibid.*, paragraf 83, u vezi s *Legalnošću upotrebe sile, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 311, paragraf 79) i da pozicija *sui generis* Savezne republike Jugoslavije tokom 1992-2000. u Ujedinjenim nacijama “ne bi se mogla svesti na njeno članstvo u toj organizaciji” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 310, paragraf 78). Dakle, Savezna republika Jugoslavija nije bila strana Statuta Suda tokom tog perioda i to je postala tek od 1. novembra 2000. Kao takva, Savezna republika Jugoslavija nije bila strana Statuta kada je Sud donio svoje Naloge

iz 1993. o privremenim mjerama zaštite i Presudu iz 1996. o nadležnosti i prihvatljivosti. Šta je onda izvor obavezujućeg karaktera tih odluka Suda za Saveznu republiku Jugoslaviju, ako ne Statut? Jer, kada su one donijete, Savezna republika Jugoslavija nije bila strana Statuta.

25. Ključno pitanje jeste da li je Savezna republika Jugoslavija bila članica Konvencije o genocidu 1993. zato što Podnosilac tužbe tvrdi da Sud ima nadležnost shodno članu IX te Konvencije. To je kompromisna klauzula sadržana u Konvenciji kojom se daje nadležnost Sudu. Činjenica da je neka država strana Statuta *ipso facto* ne znači da je ta država prihvatila nadležnost Suda. Takvo prihvatanje treba biti izraženo u drugačijoj formi. Međutim, činjenica da je neko strana Statuta značajan je preduvjet za vršenje nadležnosti Suda i njegove sudske funkcije. Kao što je Sud to obrazložio, on “može vršiti svoju sudsku funkciju samo u odnosu na države koje imaju pristup Sudu na osnovu člana 35 Statuta” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, strana 299, paragraf 46*). S obzirom da Savezna republika Jugoslavija nije bila strana Statuta do 1. novembra 2000, Sud nije trebao, 1993. ili 1996, vršiti svoju sudsku funkciju u odnosu na Saveznu republiku Jugoslaviju čak i da je mogao imati nadležnost u odnosu na nju. Od 1. novembra 2000, kada je Savezna republika Jugoslavija postala članica Ujedinjenih nacija i *ipso facto* strana Statuta Suda, nije postojalo nikakvo ograničenje da Sud vrši svoju sudsku funkciju u odnosu na Saveznu republiku Jugoslaviju (Srbija i Crna Gora). Prema tome, Sud mora utvrditi da li je Saveznu republiku Jugoslaviju obavezivao član IX Konvencije o genocidu 20. marta 1993. kada je Bosna i Hercegovina podnijela svoj Zahtjev za pokretanje sudskog postupka u ovome sporu. Ako jeste i ako je Savezna republika Jugoslavija i dalje bila obavezana Konvencijom o genocidu u periodu relevantnom za optužbe Bosne i Hercegovine (1992-1995), sada bi bili ispunjeni svi uvjeti za presuđivanje ovog spora u vezi s meritumom.

26. Naravno, Sud se uvijek mora uvjeriti da su ispunjeni uvjeti iz Statuta za vršenje njegove sudske funkcije. Ti su uvjeti obavezni za Sud kao sudsku instancu. S druge strane, Sud, kao i njegov prethodnik Stalni sud međunarodne pravde, u više je navrata primijenio princip da ne treba kažnjavati neki nedostatak u procesnom aktu koji Podnosilac tužbe može lahko otkloniti ili dopustiti sebi da ga omete neki formalni nedostatak čije otklanjanje ovisi o dotičnoj strani u sporu (vidjeti *Određeni njemački interesi u poljskoj Gornjoj Sileziji, Nadležnost, Presuda broj 6, 1925, Stalni sud međunarodne pravde, Sveska A, broj 6, strana 14*).

U sporu *Koncesije Mavromatisa u Palestini*, Stalni sud razmotrio je da li se valjanost pokretanja postupka može osporiti na osnovu toga što je zahtjev za pokretanje sudskog postupka podniet prije nego što se počeo primjenjivati ugovorni instrument na koji se pozvao Podnosilac tužbe. Kaže se da:

“Čak i pod pretpostavkom da Sud prije tog vremena nije imao nadležnost zato što nije bila na snazi međunarodna obaveza koja se spominje u članu II, uvijek bi bilo moguće da Podnosilac tužbe *ponovo podnese svoj zahtjev za pokretanje sudskog postupka* u istom obliku nakon stupanja na snagu ugovora iz Lausanne i, u tom slučaju, navedena argumentacija ne bi se mogla upotrijebiti. Čak i da je osnov za pokretanje postupka imao neki nedostatak iz gore spomenutog razloga, to ne bi bio adekvatan razlog za odbacivanje tužbe Podnosioca tužbe. Sud, čija je nadležnost međunarodna, nije dužan da pitanjima forme posvećuje isti stepen značaja koja ona mogu imati u građanskom pravu. Dakle, čak i da je prijedlog bio preuranjen zato što još nije bio ratificiran Lozanski ugovor, *ta bi okolnost sada bila pokrivena kasnijim deponiranjem neophodnih ratifikacija*” (*Koncesije Mavromatisa u Palestini*, Presuda broj 2, 1924, *Stalni sud međunarodne pravde, Sveska A*, broj 2, strana 34; kurziv naknadno dodan).

U sporu *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv SAD)*, kada je razmatrao argumentaciju SAD da je pokušaj da se prilagodi spor predstavljao preduvjet za podnesak Sudu, kako se predviđa kompromisnom klauzulom, Sud je konstatirao da:

“Iz toga nužno ne proizlazi da, zato što se neka država nije izričito pozvala u pregovorima s nekom drugom državom na konkretni ugovor prekršen ponašanjem te druge države, nije onemogućena da se pozove na kompromisnu klauzulu tog ugovora. Sjedinjene Američke Države potpuno su bile svjesne da ih Nikaragva optužuje da njihovo ponašanje predstavlja kršenje međunarodnih obaveza prije pokretanja ovoga spora; one su sada svjesne da se navodi da su prekršeni konkretni članovi Ugovora iz 1956. Ne bi *imalo nikakvog smisla tražiti* da Nikaragva sada *pokrene novi postupak* na osnovu tog Ugovora, na



šta bi imala potpuno pravo” (*Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi protiv Nikaragve (Nikaragva protiv SAD), Nadležnost i prihvatljivost, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1984, strane 428-429, paragraf 83; kurziv naknadno dodan*).

Sud je također primijenio ovaj princip u ovom slučaju. U Presudi iz 1996, ostavljajući sada po strani eventualne potencijalne reperkusije nepostojanja pristupa Tužene strane Sudu, u to vrijeme, na takvu odluku, Sud je, pozivajući se na preliminarni prigovor Tužene strane, koji se zasnivao na argumentu da Konvencija nije bila na snazi između Bosne i Hercegovine i Savezne republike Jugoslavije prije njihovog međusobnog priznanja 14. decembra 1995, **utvrdio** da:

“Čak i da je utvrđeno da su strane u sporu, svaka pojedinačno, bile obavezane Konvencijom kada je podniet Zahtjev za pokretanje sudskog postupka, da su bile isključivo obavezane međusobno počev od 14. decembra 1995, Sud ne bi mogao odbaciti svoju nadležnost po toj osnovi, u smislu da Bosna i Hercegovina *može bilo kada podnijeti novi zahtjev za pokretanje sudskog postupka*, identičan sa sadašnjim, koji bi bio *neoboriv* u tom smislu” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II), strana 614, paragraf 26; kurziv naknadno dodan*).

27. Primjenjujući ovaj princip, kako to potvrđuje sudska praksa Suda u ovome slučaju, Bosna i Hercegovina mogla bi “ponovo podnijeti” svoj zahtjev “u istom obliku” u bilo koje vrijeme počev od 1. novembra 2000, ali “ne bi imalo smisla da se od nje sada traži da pokrene novi postupak... na šta bi ona potpuno imala pravo” i njen Zahtjev za pokretanje sudskog postupka “bi bio neoboriv” u pogledu pristupa Sudu. Ukoliko je prvobitni Tužbeni zahtjev od 20. marta 1993. bio preuranjen zato što Tužena strana tada nije bila strana Statuta i nije imala pristup Sudu, “ova okolnost bi sada bila obuhvaćena” kasnijim prijemom Savezne republike Jugoslavije u Ujedinjene nacije i njenim postajanjem članicom Statuta Suda.

28. Tačno je da je u osam sporova *Legalnost upotrebe sile* Sud, kada je jednom zaključio da Podnosilac tužbe nije imao pristup Sudu u vrijeme pokretanja postupka, utvrdio da takav zaključak nameće razmatranje ostalih

preliminarnih prigovora koje je podnijela Tužena strana u vezi sa nadležnošću Suda (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strane 327-328, paragraf 127). U tim sporovima, međutim, bez obzira po kojem osnovu se Podnosilac tužbe pozivao na nadležnost, nije “mogao *regularno da se obrati* Sudu, ... iz prostog razloga što nije imao pravo da se pojavi pred Sudom” (*Ibid.*, strana 299, paragraf 46; kurziv naknadno dodan). Kao što je o tome pisao Fitzmaurice:

“Ukoliko se strana nije regularno obratila tribunalu, on nema nadležnost da razmotri taj spor. Međutim, iz toga ne proizlazi da tribunal, ukoliko mu se strana regularno obratila i on počeo razmatrati spor, po tom osnovu, ima materijalnu nadležnost i kompetenciju da razmotri i odlučuje o tom sporu u meritumu. Ono što regularno obraćanje pruža jeste nadležnost i kompetencija da se utvrdi sama stvar<sup>41</sup>.”

29. U ovome sporu, Podnosilac tužbe (Bosna i Hercegovina) imao je pristup Sudu 20. marta 1993. kada je podnio svoj Zahtjev za pokretanje sudske postupka i time se mogao “regularno obratiti Sudu”. Dakle, Sud je kompetentan da utvrdi da li ima nadležnost u skladu s članom IX Konvencije o genocidu. Sve dok Tužena strana nije bila strana Statuta, Sud nije trebao vršiti svoju funkciju u odnosu na tu državu, čak i da je mogao imati nadležnost. Međutim, sada, pošto je, počev od 1. novembra 2000, Tužena strana članica Statuta, ne postoji nikakva prepreka za vršenje funkcije i nadležnosti Suda u sporu u kojem se Podnosilac tužbe regularno obratio Sudu.

30. Pored toga, u sporovima *Legalnost upotrebe sile*, princip da Sud ne treba kažnjavati neki nedostatak proceduralne prirode, a koji Podnosilac tužbe može lahko ispraviti, nije korišten, jer je bilo teško da ponovo podnese svoj Zahtjev za pokretanje sudske postupka, s obzirom da je u svojim pismenim primjedbama povodom preliminarnih prigovora Tužene strane iznio da “nije obavezan Konvencijom o genocidu sve dok joj nije pristupio (uz rezervu na član IX) marta 2001” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 293, paragraf 29). Prema članu 38, stav 2, Pravila Suda, “u zahtjevu za pokretanje sudske postupka treba, u mjeri u kojoj je to moguće, navesti pravni osnov za koji se tvrdi da se na njemu zasniva nadležnost Suda”. Šta bi se moglo navesti kao pravni osnov za nadležnost u takvom novom zahtjevu za pokretanje sudske postupka? Podnosilac tužbe je tvrdio da je “položaj SRJ u pogledu

---

<sup>41</sup> G. Fitzmaurice, *Pravo i procedura Međunarodnog suda pravde*, Grocius publikacije, d.o.o, 1986, tom II, strane 440-441.

međunarodnih organizacija i ugovora bilo veoma delikatno i kontroverzno pitanje”, tako da “samo odluka ovog Suda mogla bi osigurati pojašnjenje” (*Ibid.*, strana 259, paragraf 37). Sud je tim povodom konstatirao da funkcija odlučivanja Suda “nije da se upušta u razjašnjavanje nekog kontroverznog pitanja” (*Ibid.*, strane 295-296, paragraf 38).

31. Sud je 1996. zaključio da Saveznu republiku Jugoslaviju “obavezuju odredbe Konvencije [o genocidu] u vrijeme podnošenja Zahtjeva za pokretanje sudskog postupka u ovom sporu, odnosno 20. marta 1993” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 610, paragraf 17). Prije donošenja takvog zaključka, Sud je prethodno podsjetio da je Socijalistička federativna republika Jugoslavija potpisala Konvenciju i da je kasnije, 29. augusta 1950, deponirala svoj ratifikacioni instrument bez stavljanja rezerve. Tom je prilikom Sud podsjetio na zvaničnu Deklaraciju usvojenu “prilikom proglašenja Savezne republike Jugoslavije 27. aprila 1992” (*Ibid.*). U toj Deklaraciji kaže se da:

“Savezna republika Jugoslavija, nastavljajući državni, međunarodnopravni i politički subjektivitet Socijalističke federativne republike Jugoslavije, striktno će poštivati sve obaveze koje je na međunarodnom planu preuzela Socijalistička federativna republika Jugoslavija” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 610, paragraf 17).

Sud ostaje neutralan, odnosno prije “nijem”, po pitanju kontinuiteta međunarodnopravnog subjektiviteta ograničavajući se na konstataciju da:

“Ovako izražena namjera Jugoslavije da ostane obavezana međunarodnim ugovorima čija je strana bila bivša Jugoslavija potvrđena je i zvaničnom notom od 27. aprila 1992, koju je Stalna misija Jugoslavije pri Ujedinjenim nacijama uputila Generalnom sekretaru (*Ibid.*, kurziv naknadno dodan).

Međutim, riječ ostaje, koju je Sud izabrao 1996, može opisati dvije situacije: (a) kada postoji kontinuitet međunarodnopravnog subjektiviteta neke države, ta država ostaje obavezana *svojim* ugovorima, ali i (b) kada dolazi do sukcesije države u slučaju odvajanja dijelova države, bez obzira da li ili ne prethodna država nastavlja postojati, bilo koji ugovor koji je bio na snazi u vrijeme sukcesije država u odnosu na teritorij prethodne države ostaje obavezujući u odnosu na svaku od tih država sukcesora. Konkretnije, član 34

Bečke konvencije o sukcesiji država u oblasti ugovora od 1978. koristi izraz “nastavlja važiti”.

Sud na kraju zapaža da “nije sporno da je Jugoslavija bila članica Konvencije o genocidu (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996(II)*, strana 610, paragraf 17).

32. Tvrdnja Savezne republike Jugoslavije o nastavljanju međunarodnog subjektiviteta bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije nije se održala<sup>42</sup>. Naime, podnoseći u oktobru 2000. zahtjev za prijem u članstvo Ujedinjenih nacija, Savezna republika Jugoslavija odustala je od te tvrdnje. Ona, dakle, nije mogla ostati obavezana Konvencijom o genocidu na osnovu nastavljanja međunarodnog subjektiviteta bivše Jugoslavije. Da li je ostala obavezana Konvencijom o genocidu na osnovu sukcesije *ipso jure*?

33. Član 34 Bečke konvencije, iz 1978, o sukcesiji država u pogledu ugovora, u prvome stavu predviđa:

“Kada se dio ili dijelovi teritorija neke države odvajaju da bi se obrazovala jedna ili više država, bez obzira da li ili ne država prethodnica nastavlja postojati:

(a) svi ugovori koji su bili na snazi u vrijeme sukcesije država u odnosu na cjelokupni teritorij države prethodnice i dalje ostaju na snazi u odnosu na svaku tako nastalu državu sukcesora.”

S obzirom da 1992. Bečka konvencija još nije bila na snazi kada je došlo do sukcesije Savezne republike Jugoslavije<sup>43</sup>, pitanje koje treba postaviti jeste kakva je priroda pravila o *ipso jure* sukcesiji, utvrđenog članom 34.

Član 34 Konvencije, pod istim podnaslovom “Sukcesija država u slučajevima odvajanja dijelova države”, bavi se kako raspadom država

---

<sup>42</sup> Vidjeti B. Stern, Pitanja sukcesije država u vezi s primjenom Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida pred Međunarodnim sudom pravde, *Liber Amicorum sudija Shigeru Oda*, N. Ando i ostali (edicija), tom I, 2003, strane 285-305. i njen stav da je “Jugoslavija primljena u svojstvu nove članice Ujedinjenih nacija, čime se negira svaki kontinuitet s bivšom Jugoslavijom” (strana 289).

<sup>43</sup> Ovdje se misli na Socijalističku federativnu republiku Jugoslaviju – napomena Izdavača.

kada država prethodnica prestaje postojati tako i odvajanjem dijela (ili više dijelova) teritorija države kada nastaje jedna ili više novih država i kada država prethodnica nastavlja postojati.

Sir Francis Vallat, bivši specijalni izvjestilac Komisije za međunarodno pravo (KMP) i ekspert konsultant Bečke konferencije za kodifikaciju, objasnio je da, iako se nacrtom članova iz 1972. predviđala primjena principa kontinuiteta u slučaju raspada, kao i principa “čistog lista” za novu državu koja nastaje secesijom, KMP se na kraju odlučila - u svjetlu komentara država na nacрте članova - da napravi dvije kategorije koje potpadaju pod jedinstven režim, odnosno *ipso jure* sukcesiju. Komisija je konstatovala da “postoji pravna veza između nove države i teritorije koja je postojala prije sukcesije, te da bi otuda bilo suprotno doktrini nepovredivosti ugovora primijeniti princip “čistoga lista” osim u posebnim okolnostima”<sup>44</sup>.

“Posebne okolnosti, prema Komisiji, predstavljaju one koje karakteriziraju secesiju izvršenu u uvjetima sličnim dekolonizaciji, ali ne i u slučajevima raspada država”<sup>45</sup>.

U svom komentaru KMP u vezi s raspadom navodi da:

“Smatra da danas svaki raspad države koji dovodi do nastanka novih pojedinačnih država treba tretirati na isti način kada se radi o nastavljanju važenja ugovora. Komisija je zaključila da, iako se u državnoj praksi mogu naći određena odstupanja, ipak, praksa je dovoljno dosljedna da se podrži formuliranje jednog pravila kojim bi se, uz neophodne kvalifikacije, predvidjelo da ugovori koji su važili u vrijeme raspada trebaju ostati na snazi *ipso jure* u odnosu na svaku državu koja je nastala raspadom.

Činjenica da se ta situacija može smatrati kao ona kada dolazi do “odvajanja dijela ili dijelova države”, a ne kao “raspad”, ne mijenja ovakav osnovni zaključak.”<sup>46</sup>

Na toj Konferenciji, diskusije su se koncentrirale na pitanje da li se princip *ipso jure* sukcesije odnosi na secesiju ili, u zavisnosti od slučaja, na

---

<sup>44</sup> Konferencija Ujedinjenih nacija o sukcesiji država u pogledu ugovora, tom II, 47. sjednica, strana 104, paragraf 36.

<sup>45</sup> *Ibid.*, strana 105, paragraf 1.

<sup>46</sup> *Godišnjak Komisije za međunarodno pravo 1974*, tom II, Prvi dio, strana 265, paragraf 25.

secesiju izvršenu u okolnostima sličnim dekolonizaciji, za koju su određene delegacije preferirale princip “čistoga lista”<sup>47</sup>. Ostale delegacije predlagale su da se princip *ipso jure* sukcesije proširi i na ove druge slučajeve. Mnoge delegacije navodile su da se, po njihovom mišljenju, princip “čistoga lista” primjenjuje isključivo u slučaju dekolonizacije.

Iako diskusije otkrivaju određena razmimoilaženja o primjeni pravila *ipso jure* sukcesije ugovora na veoma različite situacije obuhvaćene članom 34, jezgro te odredbe o raspadu država nije naišao na neka ozbiljnija protivljenja. Prema tome, po mome mišljenju, pravilo o *ipso jure* sukcesiji ugovora u slučajevima raspada države može se smatrati pravilom običajnog međunarodnog prava<sup>48</sup>.

34. Bivša Socijalistička federativna republika Jugoslavija saglasila se da pravilo o *ipso jure* sukcesiji, kodificirano u členu 34 Bečke konvencije, barem za slučajeve raspada države (dok bi za slučajeve secesije to trebao biti korak u postepenom razvoju međunarodnog prava), bude pravilo koje bi se primjenjivalo na buduće slučajeve sukcesije država tako što je potpisala, a kasnije, odnosno 28. aprila 1980, ratificirala Bečku konvenciju o sukcesiji država u pogledu ugovora. Vjerovatno tada nije ni pretpostavila da će deceniju kasnije pitanje sukcesije postati tako značajno za njen spor. Tačno je da Bečka konvencija nije stupila na snagu do 6. novembra 1996. i da se, na osnovu njenog člana 7, stav 1, primjenjuje isključivo u odnosu na sukcesiju država do koje je došlo nakon njenog stupanja na snagu.

Svih pet država sukcesora bivše Jugoslavije obavijestilo je o svojoj sukcesiji u skladu s Bečkom konvencijom o sukcesiji država u pogledu ugovora i time su postale njene članice. Srbija i Crna Gora je to učinila 12. marta 2001, istog onog datuma kada je obavijestila o svojoj sukcesiji u vezi s velikim

<sup>47</sup> Konferencija Ujedinjenih nacija o sukcesiji država u pogledu ugovora, tom II, 40, 42, 47. i 49. sjednica, strana 50. i nadalje.

<sup>48</sup> A. Zimmermann, u njegovom djelu na 960 stranica doktorske disertacije, *Sukcesija u međunarodnim ugovorima: Istovremeno prilog o mogućnostima i granicama međunarodnopravne kodifikacije* (Springer, 2000), sumira svoju analizu i zaključuje da: “U pogledu principa univerzalne sukcesije za slučajeve kako odvajanja tako i raspada, kako je predviđeno članom 34 Bečke konvencije..., treba napraviti razliku. Što se tiče potpunog raspada neke države, taj se princip 1978. već snažno ukorijenio u državnoj praksi. Što se tiče odvajanja, međutim, treba ga kvalificirati kao jednu od novina Konvencije, s obzirom na to da su u brojnim prethodnim slučajevima odnosne države primijenile pravilo čistoga lista” (*op.cit.* strana 860; kurziv preuzet iz originala).

brojem konvencija deponiranih kod Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija i izabrala od ugovora i konvencija deponiranih kod Generalnog sekretara samo jedan instrument - Konvenciju o genocidu u odnosu na koju je istovremeno deponirala svoj instrument o pristupanju uz stavljanje rezerve na član IX.

35. Nema sumnje da je ova odluka o obavještanju o pristupanju Konvenciji o genocidu, uz stavljanje rezerve na član IX, a ne sukcesije (gdje takva rezerva nije dopuštena) bila motivirana razlozima koji su se ticali ovoga spora. To je trebalo spriječiti optužbu da je Srbija i Crna Gora imala obaveze prema Konvenciji o genocidu i prije juna 2001 (posebno suštinske obaveze od 1992. do 1995, periodu relevantnom za optužbe Bosne i Hercegovine). Takva je odluka istovremeno imala za cilj da se izbjegne nadležnost Suda u skladu s članom IX i to ne samo za taj period već i ubuduće dok se konačno ne povuče rezerva. Bosna i Hercegovina je na vrijeme stavila prigovor u vezi s obavještenjem Savezne republike Jugoslavije o pristupanju Konvenciji o genocidu uz rezervu na član IX.

To jedinstveno obavještenje o pristupanju, po mome mišljenju, bilo je potpuno u neskladu sa sukcesijom Savezne republike Jugoslavije - o kojoj je Generalni sekretar Ujedinjenih nacija bio obaviješten istoga dana kada i o pristupanju Konvenciji o genocidu - u odnosu na Bečku konvenciju o sukcesiji država u pogledu ugovora, u kojoj se u članu 34 predviđa da ugovori države prethodnice ostaju na snazi u odnosu na svaku državu sukcesora. Obavještenjem o sukcesiji Bečke konvencije, Savezna republika Jugoslavija postala je strana ugovornica Bečke konvencije o sukcesiji država u pogledu ugovora, počev od aprila 1992. Ta Konvencija stupila je na snagu 6. novembra 1996. Iako se formalno ne odnosi na proces raspada bivše Jugoslavije, do kojeg je došlo u periodu 1991-1992, u svjetlu činjenice da se bivša Jugoslavija saglasila da je obavezuje Bečka konvencija još 1980, a da je Savezna republika Jugoslavija postala strana ugovornica te Konvencije počev od aprila 1992, po analogiji u vezi s članom 18 Bečke konvencije o pravu ugovora, ne bi se očekivalo da država, koja je obavijestila o svome pristupanju, izrazi svoju saglasnost da se smatra obavezanom u odnosu na Bečku konvenciju o sukcesiji država u pogledu ugovora, da postupi u jednom jedinom slučaju protivno pravilu sadržanom u članu 34 te Konvencije, dok u velikom broju drugih slučajeva postupi potpuno u skladu s tim pravilom. Ti razlozi, posmatrani zajedno, navode me na zaključak da Sud ne bi trebao vezivati nikakvo pravno djelovanje za obavještenje o pristupanju Savezne republike Jugoslavije Konvenciji o genocidu i, umjesto toga, trebao bi

smatrati da je ona obavezana tom Konvencijom na osnovu djelovanja običajnog pravila o *ipso jure* sukcesiji, kodificiranog u članu 34, kako se ono primjenjuje na slučajeve raspada neke države.

36. Imajući u vidu da Tuženu stranu smatram članicom Konvencije o genocidu tek od aprila 1992. i stranom Statuta Suda počev od 1. novembra 2000, a oba su uvjeta (pristup i nadležnost) time zadovoljena, slažem se da se pristupi presuđivanju spora u vezi s meritumom.

## II. MERITUM

### A. Tumačenje Konvencije o genocidu

37. U cilju utvrđivanja vrste obaveza koje Konvencija o genocidu nameće stranama, neophodno je tumačiti njene odredbe. Takvo tumačenje treba izvršiti u dobroj vjeri u skladu s *uobičajenim značenjem koje se daje odredbama Konvencije u njihovom kontekstu i u svjetlu njenog cilja i svrhe*. Pored toga, kako Sud na to podsjeća, mogu se koristiti i dopunska sredstva tumačenja, koja obuhvataju pripremni rad na Konvenciji i okolnosti njenog zaključivanja, kako bi se potvrdilo značenje koje proizlazi iz tumačenja “odredaba - konteksta - predmeta - cilja” ili otklanjanja nejasnoća, dvosmislenosti ili očiglednih apsurdnih ili nerazumnih rezultata (vidjeti Presudu, paragraf 160).

38. Prilikom primjene ovih pravila tumačenja, uglavnom se slažem s najvećim dijelom analize odredaba sadržanih u članovima V, VI i VII Konvencije. Što se tiče nekih drugih članova, međutim, ne mogu se u potpunosti složiti sa sudskim tumačenjem određenih aspekata relevantnih odredaba. Prije nego što pristupim elaboriranju moga shvatanja tih pitanja, smatram važnim da iznesem svoje stavove o cilju Konvencije.

39. Konvencija o genocidu pripada sve većem korpusu međunarodnog krivičnog prava. Njen je cilj da obaveže Strane ugovornice da spriječe izvršenje najtežeg zločina - genocida koji se smatra zločinom po međunarodnom pravu - a tamo gdje je on izvršen, da kazne njegove počinioce. Konvencija predviđa pravnu definiciju zabranjenoga djela (odnosno genocida), državama članicama Konvencije nameće obaveze da takav zločin kažnjavaju prema



domaćem zakonodavstvu, kao i da kažnjavaju udruživanje, podsticanje i vršenje genocida u pokušaju, kao i saučesništvo u genocidu. Države članice imaju obavezu da osiguraju efikasne kazne za počinioce ovoga zločina, kao i da donesu neophodno zakonodavstvo kojim će se sprovesti odredbe Konvencije (uključujući odredbe koje se odnose na nadležnost njihovih nacionalnih sudova da sude navodnim počiniocima). Konvencija sadrži i odredbu o ekstradiciji navodnih počinitelja.

## (1) Član I

40. Sada ću se osvrnuti na moje čitanje člana I. U članu I, Strane ugovornice potvrđuju da genocid, bez obzira da li je izvršen u miru ili ratu, predstavlja zločin po međunarodnom pravu. U istom članu, države se obavezuju da će spriječiti takav zločin i kazniti počinioce u slučaju da je takav zločin izvršen.

Prema tome, pored toga što se izražava pravno obavezujuća saglasnost država ugovornica da genocid predstavlja zločin po međunarodnom pravu, član I sadrži *dvije* obaveze za države ugovornice: (1) da spriječe vršenje zločina i (2) kazne počinioce.

Nametanje dužnosti kažnjavanja u vezi sa zločinom genocida podrazumijeva da ovaj član predviđa genocid kao zločin koji vrši pojedinac, a koji podrazumijeva individualnu krivičnu odgovornost tog pojedinca. Ne mogu zamisliti da su se države ugovornice saglasile s dužnošću države da “kazni” drugu državu za vršenje genocida.

41. Za sada se slažem sa onim što je Sud naveo u paragrafima 146-151 Presude. Međutim, Sud zatim prelazi na pitanje da li su “strane također u obavezi, u skladu s *Konvencijom*, da same ne vrše genocid” (Presuda, paragraf 166; kurziv naknadno dodan). Sud ne može a da ne prizna da “takva obaveza nije izričito nametnuta stvarnim odredbama Konvencije” (*Ibid.*). Sud nadalje tvrdi da član I “*expressis verbis* ne zahtijeva od država da se same uzdržavaju od vršenja genocida. Međutim, ... imajući u vidu utvrđeni cilj Konvencije, djelovanje člana I jeste da zabrani državama da same vrše genocid” (*Ibid.*). Sud zaključuje da “obaveza sprečavanja genocida nužno podrazumijeva zabranu vršenja genocida” (*Ibid.*). Imam sumnje o tome da je ovo “uobičajeno značenje” termina “sprečavanje”, čak i ako se on tumači u svjetlu predmeta i cilja Konvencije, koja u osnovi predstavlja međunarodnu

krivičnopravnu konvenciju. Jasno je, prema međunarodnome pravu, da države nemaju slobodu da vrše zločine koji se mogu podvesti pod genocid. U potpunosti se u tome slažem sa Sudom. Drugo je pitanje kako države, koje su sačinile i usvojile Konvenciju o genocidu, namjeravaju ostvariti ovaj plemeniti cilj da “oslobode čovječanstvo od tog stravičnog zla” (prema preambuli Konvencije). Većina smatra da obaveza država o nevršenju genocida nužno podrazumijeva u okviru obaveze sprečavanja genocida zato što bi bilo koje drugo tumačenje bilo paradoksalno (*Ibid.*). Većina zatim ovako rasuđuje da, zato što je djelo genocida uključeno u listu kažnjivih djela u članu III, njegovo tumačenje člana I “mora se odnositi i na druga djela taksativno navedena u članu III” (*Ibid.*, paragraf 167). Većina ne daje nikakvu podršku takvom stavu iz pripremnog rada; prije se poziva na “jedno neobično obilježje formulacije iz člana IX” (Presuda, paragraf 168), koje uključuje u okviru nadležnosti Suda ne samo sporove u vezi s tumačenjem i primjenom Konvencije već i sporove u vezi s “ispunjenjem... Konvencije, uključujući sporove koji se tiču odgovornosti države za genocid ili bilo koja druga djela taksativno navedena u članu III” (*Ibid.*, paragraf 146). Međutim, to je kompromisna klauzula koja obično nije izvor suštinskih obaveza. Većina zaključuje, na osnovu te kompromisne klauzule, da “odgovornost neke strane za genocid i druga djela taksativno navedena u članu III proizlazi iz njenog neispunjavanja obaveza predviđenih drugim odredbama Konvencije, a posebno... člana III, zajedno sa članovima I i II” (*Ibid.*, paragraf 169).

42. Moje razumijevanje namjere država kada su izrađivale i usvajale Konvenciju o genocidu je drugačije. Po mome mišljenju, one su imale namjeru ostvariti gore spomenuti plemeniti cilj, utvrđen u preambuli, nametanjem apsolutne dužnosti državam ugovornicama da smatraju krivično odgovornim pojedince koji izvrše jedno takvo gnusno djelo i da ih kazne “bez obzira da li se radi o ustavno odgovornim u vlasti, javnim dužnosnicima ili fizičkim osobama” (član IV Konvencije). Država kao apstraktni subjekt ne može postupati a konkretna osoba ne vršiti neko djelo. Potčinjavanje pojedinaca, uključujući one koji vrše vlast, međunarodnoj krivičnoj odgovornosti je, nesumnjivo, efikasan način ostvarivanja cilja Konvencije, jer država može postupati samo kroz postupke pojedinaca. Ovakva izloženost krivičnom gonjenju čini manje vjerovatnim da će te osobe zanemariti obaveze iz Konvencije o genocidu, posebno zato što se ne mogu pozvati na odbranu “djelom države” za takvo kršenje (vidjeti paragraf 48 dalje u tekstu).

43. Vraćajući se na tekst člana I i njegovo tumačenje, možda bi bilo korisno imati u vidu tekst preambule, s obzirom da ona predstavlja dio konteksta. U preambuli se spominje deklaracija Generalne skupštine iz Rezolucije broj 96 (I) od 11. decembra 1946, u kojoj stoji da:

“genocid predstavlja zločin prema međunarodnom pravu koji civiliziran svijet osuđuje i za čije vršenje glavni počinioci i njihovi saučesnici - bez obzira da li su oni fizičke osobe, javni dužnosnici ili državnici, kao i da li je zločin izvršen na vjerskoj, rasnoj, političkoj ili nekoj drugoj osnovi - podliježu kazni.”

Treba podsjetiti da je prijedlog predstavnika Ujedinjenog Kraljevstva u Šestom komitetu, Sir Hartleya Shawcrossa, da se zamijeni stav 3 iz originalnog nacrtu Rezolucije tekstem da Generalna skupština “proglašava genocid međunarodnim zločinom za čije izvršenje glavni počinioci i njihovi pomoćnici, *kao i države*, individualno su odgovorni” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/83; kurziv naknadno dodan), nije bio prihvaćen.

Nakon intervencije francuskog delegata, koji je spomenuo činjenicu da francuski pravni sistem ne predviđa krivičnu odgovornost država, predsjedavajući Potkomiteta Šestog komiteta, kome je bila povjerena izrada nacrtu Rezolucije, objasnio je da bi “pitanje utvrđivanja državne odgovornosti, za razliku od odgovornosti privatnih osoba, javnih dužnosnika ili državnika, bilo mnogo adekvatnije razmotriti u vrijeme izrade jedne konvencije na temu genocida” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/120).

44. Tekstom Rezolucije broj 96(I) ne predviđa se nikakva podrška stavu da, kada je Generalna skupština zamolila Ekonomsko i socijalno vijeće Ujedinjenih nacija (ECOSOC) “da pristupi izradi neophodnih studija u cilju izrade nacrtu konvencije o zločinu genocida”, zamislila je da takav nacrt konvencije obuhvati genocid i kao zločin koji vrši sama država. Ustvari, više dijelova teksta iz te Rezolucije, kao “Kažnjavanje zločina genocida je pitanje koje izaziva međunarodnu zabrinutost”; ili “genocid predstavlja zločin po međunarodnom pravu... za čije vršenje glavni počinioci i njihovi saučesnici - bez obzira da li se radi o fizičkim osobama, javnim dužnosnicima ili državnici... - *podliježu kažnjavanju*”; ili, nadalje, “poziva države članice da donesu neophodno zakonodavstvo radi *sprečavanja* i kažnjavanja”; ili, konačno, “preporučuje organiziranje međunarodne saradnje država u cilju bržeg *sprečavanja* i kažnjavanja zločina genocida”, sugeriraju da je namjera

bila da se genocid proglasi zločinom prema međunarodnom pravu i da se nametne obaveza zabrane u unutrašnjem krivičnom zakonodavstvu Strana ugovornica, čime bi se osigurala neophodna pravna osnova za kažnjavanje počinioca, bez obzira na položaj koji mogu zauzimati u državi u vrijeme izvršenja tog zločina.

45. Sve ovo gore spomenuto navodi me na zaključak da je genocid u članu I Konvencije koncipiran kao zločin pojedinaca, a ne države. Države ugovornice imaju obavezu da sprečavaju vršenje takvog zločina i, u slučaju njegovog izvršenja, da kazne počinioce.

## **(2) Član II**

46. Član II sadrži pravnu definiciju *stricto senso* zločina genocida. To je zločin koji podrazumijeva specifičnu namjeru (*dolus specialis*) “potpunog ili djelimičnog uništenja neke nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe kao takve”. Član II kvalificira samo djelo, ali ne i njegove počinioce.

## **(3) Član III**

47. Član III inkriminira ne samo djelo genocida samo po sebi već i četiri oblika učešća u tom zločinu (udruživanje, neposredno i javno podsticanje, pokušaj i saučesništvo). “Kažnjivost” zabranjenih djela, kako se predviđa članom III, predstavlja solidnu osnovu za stav da se ovaj član ograničava - *ratione personae* - na pojedince i da ne uključuje države. U protivnom, moralo bi se prihvatiti da države podliježu kažnjavanju *quod non*. Pojam kažnjavanja vezuje se za krivičnu odgovornost, koja nije prihvaćena kada se radi o državama.

## **(4) Član IV**

48. Član IV Konvencije ograničava se samo na pojedince i na njihovu osobnu odgovornost za genocid (“osobe koje vrše genocid će biti kažnjene...”). Štaviše, one se mogu smatrati krivično odgovornim za to djelo, bez obzira na položaj koji mogu zauzimati. Član IV predviđa da “osobe koje vrše genocid... bit će kažnjene, bez obzira da li se radi o ustavno odgovornim u vlasti, javnim dužnosnicima ili privatnim osobama”. Nikakva odbrana, koja se zasniva na djelu države, ne može uspješno zaštititi pojedinca od krivične odgovornosti za njegovo učešće u genocidu.

Tekst člana IV - za potrebe njegovog tumačenja - potpuno je nedvosmislen: njime se ne predviđa odgovornost države. Ovakav je zaključak pojačan činjenicom da je odbačen amandman Ujedinjenog Kraljevstva da se uključi krivična odgovornost države u tekst ove odredbe. Ujedinjeno Kraljevstvo je u Šestom komitetu predložilo da se izmijeni i dopuni nacrt člana V onako kako ga je podnio *ad hoc* Komitet za genocid ECOSOC-a [sada član IV Konvencije], tako da glasi:

“*Krivična odgovornost* za bilo koje djelo genocida, kako se utvrđuje u članu II i IV, proširuje se ne samo na sve fizičke osobe ili udruženja već i na *države*, vlade, odnosno organe ili vlasti države ili vlade koje vrše takva djela. Takva *djela izvršena od* ili u ime *države* ili vlada predstavljaju kršenje ove Konvencije” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/236 i *corrigendum 1*, u *Zvaničnim zapisnicima Generalne skupštine, Dio I, Šesti komitet, Aneksi*, 1948; strana 24; kurziv naknadno dodan).

Amandman Ujedinjenog Kraljevstva odbačen je s 24 glasa naspram 22.

Zapažanje Suda da se „odgovornost države za postupanje njenih organa“ ne „isključuje članom IV Konvencije, koji predviđa izvršenje djela genocida od ‘vladara’ ili ‘javnih dužnosnika’” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 616, paragraf 32) ne mijenja zaključak da se odgovornost države za genocid ne predviđa u članu IV. Predmet člana IV je prije dužnost države da kazni počiniocima genocida, bez obzira na položaj koji ta osoba može zauzeti u okviru države.

## **(5) Član VI**

49. Član VI bavi se nadležnošću na osnovu koje se “osobama koje se terete za genocid... sudi”. Takvim osobama, prije svega, sudi “nadležan tribunal te države na čijoj je teritoriji izvršeno takvo djelo”.

Ovim se članom također predviđa međunarodno krivično gonjenje počinioca na taj način što se predviđa da će njemu suditi “onaj međunarodni krivični tribunal koji ima nadležnost u odnosu na one strane ugovornice koje su prihvatile njegovu nadležnost”.

Korisno bi bilo napomenuti da je Ujedinjeno Kraljevstvo podnijelo amandman na nacrt člana VII [koji sada predstavlja član VI Konvencije]. Ono je sugeriralo brisanje nacrt člana “prije svega, zato što ne postoji niti jedan međunarodni krivični sud, a zatim, pošto je spominjanje nacionalnih sudova nepotrebno, imajući u vidu član VI” [član V Konvencije]. Umjesto toga, Ujedinjeno Kraljevstvo je predložilo slijedeći tekst:

“U onim slučajevima kada djelo genocida, kako se predviđa članovima II i IV, predstavlja ili se tvrdi da predstavlja djelo države ili same vlade ili nekog organa ili vlasti te države ili vlade, ta će se stvar, na zahtjev bilo koje druge strane u ovoj Konvenciji, uputiti Međunarodnom sudu pravde, čija će odluka biti konačna i obavezujuća. Sva djela ili mjere za koje Sud utvrdi da predstavljaju djela genocida odmah će se obustaviti ili poništiti, a ako su već obustavljeni, neće biti nastavljeni niti ponovo uvedeni” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/236 i *corrigendum* 1, u okviru *Zvaničnih zapisnika Generalne skupštine, Prvi dio, Šesti komitet, Aneksi, 1948, strana 25*).

Amandman Ujedinjenog Kraljevstva nije usvojen. Taj je amandman povučen, imajući u vidu primjedbe, prije svega Sjedinjenih Američkih Država, da “nije korektan, zato što predstavlja prijedlog kojim se dovodi u pitanje već usvojena odluka” aludirajući na neuspjeh amandmana Ujedinjenog Kraljevstva na nacrt člana V [član IV Konvencije], (vidjeti paragraf 48 ovoga mišljenja) (dok. Ujedinjenih nacija A/633, *Zvanični zapisnici Generalne skupštine, Prvi dio, Šesti komitet, 99. sjednica, strana 392*). Delegat Ujedinjenog Kraljevstva (Fitzmaurice) na kraju je povukao ovaj amandman u korist zajedničkog amandmana koji su podnijele Belgija i Ujedinjeno Kraljevstvo na nacrt člana X [član IX Konvencije] (vidjeti *Ibid.*, strana 394). Fitzmaurice je kasnije priznao da je “debata jasno pokazala želju Komiteta da ograniči odredbe člana VII [član VI Konvencije] na odgovornost pojedinaca” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/SR. 103, strana 430).

## (6) Član IX

50. Član IX predstavlja ključnu odredbu za svrhe ovoga spora. On glasi:

“Sporovi između strana ugovornica u vezi s tumačenjem, primjenom ili *ispunjavanjem* ove Konvencije, *uključujući sporove koji se tiču odgovornosti države za genocid ili neka druga djela taksativno navedena u članu III*, bit će iznijeti pred Međunarodni sud pravde na zahtjev bilo koje od strana u sporu” (kurziv naknadno dodan).

Ovakva klauzula o nadležnosti je, po riječima sudije Oda,

“jedinstvena u poređenju s kompromisnim klauzulama koje se nalaze u drugim multilateralnim ugovorima, a koje predviđaju iznošenje pred Međunarodni sud pravde onih sporova između strana ugovornica koji se odnose na *tumačenje ili primjenu* odnosnih ugovora” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 627, paragraf 5; kurziv preuzet iz originala).

Ustvari, nacrt Konvencije, onako kako ga je pripremio *ad hoc* komitet i podnio Šestom komitetu, uključivao je uobičajenu kompromisnu klauzulu kojom se predviđala obavezna nadležnost Suda za sporove “u vezi s tumačenjem ili primjenom ove Konvencije”.

Kakvo je značenje dodatnih riječi: “ili ispunjenjem ove Konvencije, uključujući sporove koji se tiču odgovornosti neke države za genocid”?

### (a) Sporovi koji se odnose na ispunjavanje Konvencije

51. Dodavanje riječi “ispunjenje” Sud ne smatra značajnim (Presuda, paragraf 168). Slažem se s tim. Razmatranje pripremnoga rada uvjerava me da se riječju “ispunjenje” ne dodaje ništa što je pravno relevantno za obavezu primjene Konvencije. Primjenjujući Konvenciju u dobroj vjeri, država ugovornica doprinosi ispunjenju cilja Konvencije o sprečavanju genocida, koji je jasno naveden u preambuli (“da se čovječanstvo oslobodi ovog užasnog zla”, odnosno zločina genocida), kao i u članu I. Upravo u vezi s tom obavezom, riječ “ispunjenje” prvi je put upotrijebljena prilikom izrade nacрта

Konvencije o genocidu (vidjeti belgijski amandman, dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/ 252).

52. Po mome mišljenju, dodavanjem formulacije “ispunjenje ove Konvencije” u okviru kompromisne klauzule ne dodaje se ništa suštinskim obavezama strana ove Konvencije i ne proširuje se nadležnost *ratione materiae* Suda u odnosu na koncept “primjene Konvencije” iz člana IX (i u velikom broju kompromisnih klauzula ili klauzula o nadležnosti u drugim instrumentima). Njime se samo dodatno stavlja naglasak na jedan aspekt Konvencije, a to je njen ukupan cilj da se spriječi “užasno zlo” genocida.

### **(b) Sporovi koji se odnose na odgovornost države za genocid**

53. Preostalo je samo da se razmotri onaj dio kompromisne klauzule iz člana IX kojim se predviđa da “sporovi... uključujući sporove koji se tiču odgovornosti države za genocid ili neka druga djela taksativno navedena u članu III” spadaju u nadležnost Suda.

Francuska verzija ove klauzule neznatno se razlikuje. Ona glasi: “sporovi... uključujući sporove koji se tiču odgovornosti neke države *u oblasti* genocida ili nekog od djela taksativno navedenih u članu III” (kurziv naknadno dodan).

Ovom konkretnom odredbom pokreće se niz pitanja, posebno pitanje njenog značenja. Ona se može tumačiti najmanje na tri različita načina.

54. Prvo, ova se odredba može jednostavno shvatiti kao da se njome predviđa nadležnost Suda za utvrđivanje odgovornosti neke države za kršenje neke njene obaveze prema Konvenciji. Nadležnost Suda u pogledu primjene nekog ugovora, međutim, također obuhvata nadležnost za utvrđivanje posljedica po neku državu nastalih njenim neispunjavanjem ugovornih obaveza, odnosno njenu međunarodnu odgovornost (vidjeti *Fabrika u Čorzou, Nadležnost, Presuda broj 8, 1927, Stalni sud međunarodne pravde, Sveska A, broj 9, strana 21*). Dakle, “bilo bi suvišno dodati [ovakvu formulu kompromisnoj klauzuli], osim ukoliko strane nemaju nešto drugo na umu” (*Krfski kanal (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Albanije), Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1949, strana 24*). Princip efikasnosti tumačenja ugovora, mada se on ne predviđa kao *takav* u Bečkoj konvenciji o pravu ugovora na koju se obično Sud oslanja, sugerira da bi takvo tumačenje bilo preusko. Pripremni rad otkriva veoma dugu i ponekad zbunjujuću



raspravu (vidjeti paragrafe 57 i 58 dalje u tekstu) i potvrđuje da ne bi trebalo zadržati takvo tumačenje.

55. Drugo, klauzula o kojoj je riječ može se, također, shvatiti kao davanje ovlaštenja ovom Sudu da utvrdi da je neka država izvršila genocid koji predstavlja zločin “koji zaslužuje posebnu osudu i gnušanje”, “koji je stravičan po svojim razmjerama” i koji predstavlja “zločin protiv cijelog čovječanstva”<sup>49</sup>. Međutim, takvo bi tumačenje podrazumijevalo krivičnu odgovornost država u međunarodnom pravu - koncept koji je prethodno odbacila značajna većina država i koji je, u novije vrijeme, napustila KMP prilikom izrade finalnog teksta Odredaba o odgovornosti država za međunarodna protupravna djela od 1998. do 2001.

56. Treće, ova se klauzula može shvatiti i kao ovlaštenje Suda da utvrdi da u nekom konkretnom slučaju država mora snositi posljedice zločina genocida koji je izvršio neki pojedinac za koga je utvrđena krivična odgovornost zato što je postojao određeni odnos između pojedinačnog počinioca genocida i dotične države. Drugim riječima, Sudu je data nadležnost za utvrđivanje odgovornosti države za genocid na osnovu pravila međunarodnog prava, na bazi pripisivanja državi genocidnih djela koja su izvršili pojedinci. Meni se ovakvo tumačenje čini najvjerojatnijim, imajući u vidu ne samo engleski tekst člana IX (“odgovornost države za genocid”) već i francuski tekst (“odgovornost države u oblasti genocida”), kao i povremeno konfuzne rasprave o nacrtu u Šestom komitetu, novembra 1948.

57. Rasprava i revizije u okviru procesa izrade nacrtu u Šestom komitetu, bez obzira na blagu konfuziju, potvrđuju ovu treću i najvjerojatniju konstrukciju. Historijat izrade teksta člana IX Konvencije pokazuje da su delegacije Ujedinjenog Kraljevstva i Belgije bile autori ovog teksta. Do njega je došlo nakon prethodnih neuspjelih pokušaja objiju država da se revidiraju druge odredbe. Ujedinjeno Kraljevstvo nije uspjelo osigurati dovoljnu podršku za svoje amandmane na nacrt člana V [član IV Konvencije] da se krivična odgovornost proširi “i na države, vlade ili organe ili vlasti države ili vlade” (za tekst amandmana vidjeti paragraf 48 gore u tekstu) i na nacrt člana VII [član VI Konvencije] (za tekst amandmana vidjeti paragraf 49 gore u tekstu). Isto tako, Belgija nije uspjela progurati svoj amandman na amandman Ujedinjenog Kraljevstva na nacrt člana VII. Nakon ovih neuspjeha, dvije

---

<sup>49</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Radislava Krstića*, IT-98-33-A, Presuda Žalbenog vijeća od 19. aprila 2004, strana 36.

delegacije podnijele su zajednički amandman na nacrt člana X [sada član IX Konvencije], predlažući slijedeći tekst tog člana (original na engleskom i francuskom jeziku):

“Svaki spor između visokih strana ugovornica u vezi s tumačenjem, primjenom ili ispunjavanjem ove Konvencije, uključujući sporove koji se tiču odgovornosti države za sva djela taksativno navedena u članovima II i IV, bit će iznijet pred Međunarodni sud pravde na zahtjev bilo koje od Visokih strana ugovornica” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/258, strana 28).

Na francuskom jeziku isti tekst glasi:

“Svaki spor između visokih strana ugovornica u vezi s tumačenjem, primjenom ili izvršenjem ove Konvencije, uključujući sporove koji se tiču odgovornosti neke države za djela taksativno navedena u članovima II i IV, bit će iznijeti pred Međunarodni sud pravde, na zahtjev neke Visoke strane ugovornice” (*Ibid.*).

58. Debata koja je uslijedila u Šestom komitetu u vezi sa zajedničkim amandmanom pokazala je slijedeće:

(i) U vrijeme kada se raspravljalo o tome da se briše spominjanje “nadležnog međunarodnog tribunala” za suđenje osobama optuženim iz nacrtu člana VII, jedina nadležnost koja se tada predviđala bio je domaći tribunal države na čijem je teritoriju izvršeno dato djelo. Spominjanje “međunarodnog krivičnog tribunala koji je nadležan u odnosu na one Strane ugovornice koje su prihvatile njegovu nadležnost” ubačeno je u član VI Konvencije tek u kasnijoj fazi rada Šestog komiteta, prilično nakon zaključenja rasprave o nacrtu člana X [člana IX Konvencije] i pošto su donijete odluke o raznim amandmanima, uključujući zajednički amandman Ujedinjenog Kraljevstva i Belgije.

(ii) U takvom ambijentu, pojedine delegacije bile su spremne prihvatiti zajednički amandman Ujedinjenog Kraljevstva i Belgije. Francuski delegat, koji se prethodno usprotivio amandmanu Ujedinjenog Kraljevstva na nacrt člana V kojim se tražilo proširivanje krivične odgovornosti na države, u raspravi o zajedničkom amandmanu Ujedinjenog Kraljevstva i Belgije na

nacrt člana X rekao je slijedeće:

“svakako bi bilo bolje da se predvidi takvo kažnjavanje [genocida] direktno na osnovu krivičnog prava umjesto da se njegov obim ograniči isključivo na države na osnovu građanskog prava; međutim, bez obzira da li je adekvatan ili ne, zajednički amandman bolji je od odsustva bilo kakvog teksta kojim se potvrđuje nadležnost nekom međunarodnom sudu” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/SR.103, strana 431).

Isto tako,

“delegacija Brazila je bila spremna prihvatiti zajednički amandman pod uvjetom da drugi dio člana X nacrta bude brisan, tako da bude u skladu s članom VII iz kojega je izbrisano spominjanje nadležnog međunarodnog tribunala” (*Ibid.*, strana 432).

Slične stavove iznio je i Urugvaj (*Ibid.*, strana 433).

(iii) Odgovornost neke države, koju su predviđali koautori zajedničkog amandmana, nije bila krivična odgovornost. Fitzmaurice, kao predstavnik Ujedinjenog Kraljevstva, odgovarajući na zahtjev delegata Kanade za pojašnjenjem, rekao je da “odgovornost predviđena zajedničkim amandmanom Belgije i Ujedinjenog Kraljevstva je međunarodna odgovornost država koja slijedi nakon kršenja konvencije”. Kao što je on to objasnio, “to je građanska, a ne krivična odgovornost” (dok. Ujedinjene nacije A/C.6/SR.103, strana 440).

(iv) Glasanju o zajedničkom amandmanu u cjelini prethodilo je više prethodnih glasanja. Prvo, Šesti komitet, glasovima 30 za, 9 protiv uz 8 suzdržanih glasova, usvojio je amandman Indije da se zamijene riječi “na zahtjev bilo koje od strana u sporu” riječima “na zahtjev bilo koje od visokih strana ugovornica” u zajedničkom amandmanu (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/SR.104, strana 447).

Drugo, glasovima 27 za, 10 protiv uz 8 suzdržanih glasova, odbačen je prijedlog da se briše riječ “ispunjenje” iz zajedničkog amandmana (*Ibid.*).

Treće, odbačeno je tijesnom većinom, 19 naspram 17 uz 8 suzdržanih

glasova, brisanje riječi “uključujući sporove koji se tiču odgovornosti neke države za bilo koji od djela taksativno navedenih u članovima II i IV” iz zajedničkog amandmana (*Ibid.*).

Na kraju, usvojen je zajednički amandman Ujedinjenog Kraljevstva i Belgije, onako kako ga je izmijenila i dopunila Indija, glasovima 23 naspram 13, uz 8 suzdržanih glasova (*Ibid.*).

(v) Redakcioni komitet Šestog komiteta unio je više stilskih izmjena<sup>50</sup> u zajednički amandman i prenumerirao ga u član IX (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/289 i *corrigendum 1*).

(vi) Indija je, zatim, ponovo neuspješno, pokušala brisati riječi “uključujući one koje se tiču odgovornosti neke države za genocid ili neki od drugih djela taksativno navedenih u članu III” (za indijski amandman vidjeti dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/299). Ujedinjeno Kraljevstvo, Belgija i Sjedinjene Američke Države predložile su alternativni nacrt člana IX. On je glasio (tekstovi na engleskom i francuskom jeziku predstavljali su originale):

“Sporovi između strana ugovornica u vezi s tumačenjem, primjenom ili provedbom ove Konvencije, uključujući *sporove koji su nastali zbog optužbe neke strane ugovornice da je izvršen zločin genocida ili neko drugo od djela taksativno navedenih u članu III u okviru nadležnosti neke druge strane ugovornice*, bit će iznijeti pred Međunarodni sud pravde na zahtjev jedne od strana u sporu” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/305; kurziv naknadno dodan).

Na francuskom jeziku:

“Sporovi između strana ugovornica u vezi s tumačenjem, primjenom ili izvršenjem ove Konvencije, uključujući one koji *proizlaze iz optužbe neke strane ugovornice da je zločin genocida ili neko drugo djelo taksativno navedeno u članu III izvršeno u okviru nadležnosti neke druge strane ugovornice*, bit će iznijeti pred Međunarodni sud pravde, na zahtjev jedne od strana u sporu” (*Ibid.*, kurziv dodao autor).

---

<sup>50</sup> Redakcioni komitet brisao je riječi “bilo koji” na samom početku teksta i “visoke” ispred “strana ugovornica”; zamijenio “one”, “sporovima” nakon riječi “uključujući” i upotrijebio formulaciju “za genocid ili bilo koja druga djela taksativno navedena u članu III”, umjesto: “za bilo koje od djela taksativno navedenih u članovima II i IV.”

Tri koautora ovog amandmana nisu smatrali da je to suštinski amandman, već samo da se radi o “alternativnoj varijanti”, čiji je cilj bio “brisanje riječi ‘odgovornost’, što se nekim delegacijama činilo nejasnim (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/SR. 131, strana 687)”. Oni su smatrali da je amandman Indije “suštinski amandman” i samo je “predstavnik Indije bio pozvan da zatraži ponovno razmatranje člana IX” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/SR. 131, strana 687). Nakon duge diskusije, predsjedavajući Šestog komiteta<sup>51</sup> je

“odlučio da se spomenuti amandman tiče suštine tog člana. Dakle, u članu IX predviđa se da oni sporovi koji se, između ostalog, tiču odgovornosti neke države za genocid ili neko od djela taksativno navedenih u članu III, trebaju biti iznijeti pred Međunarodni sud pravde” (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/SR. 131, strana 690).

On je nastavio:

“Prema tom zajedničkom amandmanu [Belgije, Ujedinjenog Kraljevstva i Sjedinjenih Američkih Država], s druge strane, sporovi ne bi bili oni koji se tiču odgovornosti države, već samo oni koji nastaju zbog optužbe da je izvršen zločin na teritoriji jedne od strana ugovornica” (*Ibid.*).

On je zaključio, “pošto je to tako, Komitet ne može razmatrati zajednički amandman Belgije, Ujedinjenog Kraljevstva i Sjedinjenih Američkih Država, niti amandman Indije, osim ukoliko ne donese odluku o ponovnom razmatranju člana IX” (*Ibid.*).

Takvu odluku predsjedavajućeg niko nije osporio. Predsjedavajući je zatim stavio na glasanje prijedlog da se ponovo razmotri član IX. Taj prijedlog nije usvojen, jer nije bila osigurana potrebna dvotrećinska većina (16 glasova za ponovno razmatranje, 13 protiv i 11 suzdržanih glasova) (*Ibid.*, strana 690).

59. U svjetlu izrade nacrtu člana IX Konvencije o genocidu, a u svjetlu odluke predsjedavajućeg Šestog komiteta povodom zajedničkog prijedloga Ujedinjenog Kraljevstva, Belgije i Sjedinjenih Američkih Država (dok. Ujedinjenih nacija A/C.6/305), teško je donijeti zaključak da bi nadležnost Suda na

---

<sup>51</sup> R. J. Alfaro, koji je kasnije postao sudija (1959-1964) i potpredsjednik (1961-1964) Međunarodnog suda pravde.

osnovu člana IX također obuhvatila optužbu da je “izvršen zločin genocida ili bilo koje drugo od djela taksativno navedenih u članu III”.

60. Sud nema krivičnu nadležnost. Možemo se zapitati kako Sud - koji je zamišljen kao sudski organ za presuđivanje međudržavnih sporova, koji nema krivičnu nadležnost, čija procedura (Pravila Suda) nije prilagođena zahtjevima (ili potrebama) krivičnih sporova i koji nema Pravila o dokazivanju - može utvrditi da je izvršen zločin (odnosno genocid koji podrazumijeva specifičnu namjeru (*dolus specialis*)). Da li je moguće utvrditi da je izvršen zločin u okviru procedure koja ne predviđa žalbu? To su, po mome mišljenju, važni razlozi koji onemogućavaju da se član IX Konvencije tumači tako da omogućava iznošenje optužbi neke države o tome da je druga država izvršila genocid u okviru nadležnosti Suda.

### **(7) Zaključci o tumačenju Konvencije**

61. Pošto smo analizirali i tumačili različite odredbe Konvencije o genocidu, sada bismo trebali izvući određene zaključke. Ti su zaključci, po mome mišljenju, slijedeći:

(i) Svrha Konvencije bila je da bude instrument za sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida.

(ii) Genocid kao zločin prema međunarodnom pravu u Konvenciji se tumači kao krivično djelo čiji počinioci snose individualnu krivičnu odgovornost i, kao takvi, kažnjavaju se, bez obzira na njihovu funkciju.

(iii) Konvencija *nije* koncipirala genocid kao krivično djelo neke države<sup>52</sup>.

(iv) Konvencija utvrđuje niz obaveza državama ugovornicama. One obuhvataju slijedeće obaveze:

(a) sprečavanje genocida (član I);

(b) kažnjavanje počinioca/počinitelja genocida (članovi I i IV);

---

<sup>52</sup> Ne treba izgubiti iz vida činjenicu da je Konvencija rađena u periodu nakon Nirnberškog suda. Taj Sud je istakao da “zločine protiv međunarodnog prava čine ljudi, a ne apstraktni subjekti” (Francuska i ostali protiv Goeringa i ostalih, (1946) 22 Međunarodni vojni tribunal 203, strana 466).

(c) donošenje neophodnog zakonodavstva (član V);

(d) vršenje nadležnosti kompetentnog tribunala teritorijalne države (član VI);

(e) ekstradicija počinioca/počinitelja (član VII).

(v) Neispunjavanje od države jedne od navedenih obaveza, koje proizlaze iz Konvencije, predstavlja protupravno djelo i povlači međunarodnu odgovornost države. Nadležnost Suda u skladu s članom IX Konvencije obuhvata utvrđivanje da li je neka država ispunila navedene obaveze, kao i međunarodne odgovornosti država za kršenje neke od gore navedenih obaveza (vidjeti pod (iv) od (a) do (e) gore u tekstu).

(vi) Nadležnost Suda, kao posljedica dodavanja riječi “uključujući one [sporove] koji se tiču odgovornosti neke države za genocid ili neka od drugih djela taksativno navedenih u članu III” u kompromisnu klauzulu člana IX je šira i uključuje ovlaštenje suda da utvrđuje međunarodnu odgovornost neke države za genocid” na osnovu pripisivanja toj državi krivičnog djela genocida koji je izvršila neka osoba. Ovaj Sud, međutim, ne predstavlja pravi forum u kojem bi se mogla dati pravno obavezujuća izjava da je izvršen *zločin* genocida. Do takvog zaključka treba se doći u okviru krivične procedure koja predviđa i pravo na žalbu. Ovaj Sud nema krivičnu nadležnost i njegova procedura *nije* krivična procedura.

## **B. Komentari nekih od zaključaka Suda**

### **(1) Obaveza sprečavanja**

62. Sud je presudio da je Tužena strana prekršila svoju obavezu sprečavanja genocida shodno članu I Konvencije o genocidu. Da bi došao do tog zaključka, Sud je najprije kvalificirao tu obavezu kao svojevrsnu obavezu “dužne pažnje” (Presuda, paragraf 430) i identificirao „sposobnost da se efektivno *utječe* na postupke osoba za koje je vjerovatno da mogu izvršiti ili su u toku izvršenja genocida“ (*Ibid.*; kurziv naknadno dodan) kao relevantan kriterij za „ocjenjivanje da li je neka država valjano izvršila datu obavezu“ (*Ibid.*). Sud je smatrao da je „SRJ na bosanske Srbe... imala utjecaj neuporediv s utjecajem bilo koje druge države Strane ugovornice

Konvencije o genocidu“ (*Ibid.*, paragraf 434). Iako Sud „nije utvrdio da su informacije koje su stajale na raspolaganju beogradskim vlastima ukazivale, sa sigurnošću, da genocid neposredno predstoji..., teško da one nisu bile svjesne ozbiljne opasnosti od genocida“ (Presuda, paragraf 436). Razmjere tragičnih događaja, „ako se nisu mogle sa sigurnošću predvidjeti, eventualno mogle barem *naslutiti*“ (*Ibid.*, paragraf 438; kurziv naknadno dodan). Sud je utvrdio da, s obzirom da „Tužena strana nije pokazala da je preduzela bilo kakvu inicijativu da se spriječi ono što se dogodilo“, time je “prekršila svoju obavezu da spriječi srebrenički genocid” (*Ibid.*). Sudu nije važno da li je Tužena strana „nesumnjivo imala moć da spriječi genocid; dovoljno je da je imala sredstva da reagira u tom smislu i da se ona očigledno uzdržala da ih primijeni“ (*Ibid.*). Sud nije precizirao kakva “sredstva i načine” je imao u vidu, ali je očevidno aludirao na utjecaj Savezne republike Jugoslavije na bosanske Srbe.

63. Ono što privlači pažnju u ovome dijelu Presude jeste činjenica da se skoro nikakva pažnja ne posvećuje argumentima strana u sporu. Osjećam se pozvanim da iznesem svoje mišljenje o pitanjima koja su one pokrenule.

64. Srbija i Crna Gora je iznijela argumentaciju da se “Konvencija o genocidu može primijeniti samo onda kada odnosna država ima teritorijalnu nadležnost ili kontrolu na područjima na kojima se tvrdi da su izvršene povrede Konvencije” (CR 2006/16, strana 15). Ona također ističe da:

“dužnosti mobilizacije domaćeg prava država ugovornica, kao i sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida koji su izvršili pojedinci očigledno se odnose na vršenje zakonodavne i izvršne nadležnosti u okviru državne teritorije ili područja pod kontrolom te države. Principi državne odgovornosti nalažu sposobnost vršenja kontrole nad odnosnom oblast” (*Ibid.*, strana 19).

Bosna i Hercegovina citirala je Presudu Suda u vezi s nadležnošću u ovome sporu “da obaveza svake države, dakle, o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida nije teritorijalno ograničena na osnovu Konvencije” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 616, paragraf 31). Međutim, Bosna i Hercegovina je također priznala da država mora vršiti barem određenu kontrolu nad teritorijom ili aktivnostima o kojima je riječ kada je navela:



“Ukratko, pitanje koje treba postaviti je slijedeće: da li je Tužena strana, u odnosu na teritorij Bosne i Hercegovine, vršila funkcije, ovlasti ili aktivnosti koji bi joj onemogućili sprečavanje ili zaustavljanje takvog genocida ili, u najmanju ruku, pokušala da to učini? Očigledno da, ukoliko je... odgovor na to pitanje pozitivan, u tom slučaju proizlazi da se obaveza postupanja radi sprečavanja i zaustavljanja genocida u potpunosti odnosila na Tuženu stranu” (CR 2006/34, strana 7; kurziv naknadno dodan).

65. Po mome mišljenju, izreka Suda da se “obaveza koju, dakle, ima svaka država da sprečava i kažnjava zločin genocida nije teritorijalno ograničena na osnovu Konvencije”, mora tumačiti razumno.

Prvo, kao što to Sud sada s pravom tvrdi, „dužnosti sprečavanja genocida i dužnosti kažnjavanja njegovih počinilaca su... dvije posebne, a ipak povezane obaveze, od kojih se svaka mora pojedinačno razmotriti“ (Presuda, paragraf 425). Drugo, u vezi s teritorijalnim opsegom ovih dviju obaveza, početak će najprije od obaveze kažnjavanja za koju se jasan odgovor nalazi u tekstu Konvencije i u pripremnom radu koji je doveo do njenog usvajanja. Ta je obaveza teritorijalno ograničena, kao što to Sud sada s pravom konstatira (Presuda, paragraf 184). *Ad hoc* komiteta u nacrtu člana VII odbacio je princip univerzalnosti obaveze kažnjavanja, prvobitno predviđen članom VII nacrta Sekretarijata, a opredijelio se za princip teritorijalnosti, upotpunjen nadležnošću kompetentnog međunarodnog tribunala koji tek treba biti uspostavljen. Ovakvo je rješenje načelno zadržano u članu VI Konvencije o genocidu. Dakle, u striktnom smislu, Konvencijom se nameće obaveza kažnjavanja države na čijoj je teritoriji izvršen zločin genocida. S druge strane, praksa država jasno potvrđuje da one priznaju *pravo* države da vrši svoju krivičnu nadležnost onda kada je zločin genocida izvršen van njene teritorije, bez obzira na državljanstvo navodnih počinilaca i žrtava. Bez obzira na to koliko je poželjno da država vrši svoju krivičnu nadležnost za kažnjavanje genocida, time se takvo pravo ne transformira u obavezu države, osim, naravno, ukoliko je genocid izvršen na njenoj teritoriji.

66. Osvrćući se sada na obavezu sprečavanja, rasprava vođena u Šestom komitetu mnogo ne pomaže. Ne iznenađuje to što je vodeći autor po pitanju genocida napisao da “vjerovatno najintragantnija faza u okviru člana I je obaveza država da sprečavaju i kažnjavaju genocid”. On je zatim nastavio, rekavši da: “iako konačna verzija Konvencije ima mnogo toga da kaže o

kažnjavanju genocida, malo se sugerira o tome šta predstavlja sprečavanje genocida. Svakako, ništa u diskusiji o članu I ne daje ni najmanju indiciju o obimu obaveze sprečavanja.”<sup>53</sup>

Sam Sud tvrdi da, iako „Konvencija, iako u drugim članovima obuhvata prilično detaljne odredbe koje se tiču dužnosti kažnjavanja (član III-VII), samo u članu VIII vraća na obavezu sprečavanja navedenu kao princip u članu I“ (Presuda, paragraf 426; kurziv naknadno dodan).

Ovaj drugi član potvrđuje mogućnost da država skrene pažnju nadležnim organima Ujedinjenih nacija na situaciju koju ta država smatra da predstavlja genocid ili podrazumijeva opasnost koja može dovesti do genocida. Međutim, nažalost, ovim se članom ne utvrđuje čvrsta obaveza postupanja nadležnog organa. Na tim organima Ujedinjenih nacija je da razmotre kakva bi akcija bila adekvatna u cilju sprečavanja ili suzbijanja genocida, odnosno situacija koje se mogu izroditi u genocid. Svaka takva akcija mora se zasnivati na Povelji Ujedinjenih nacija.

Član VIII je, prije svega, usmjeren na Vijeće sigurnosti koje ima “primarnu odgovornost za očuvanje mira i sigurnosti u svijetu” i koji je, prema Povelji, ovlašten da odlučuje o tome kakve mjere treba poduzeti radi očuvanja ili uspostavljanja mira i sigurnosti u svijetu. Drugi organ na koji se eventualno odnosio član VIII Konvencije o genocidu je Generalna skupština.

Kada je usvajana Konvencija o genocidu, države su u preambuli izrazile svoje uvjerenje da je “u cilju oslobađanja čovječanstva ovog stravičnog zla [odnosno genocida] potrebna međunarodna saradnja”.

Član VIII Konvencije predstavlja normativni izraz tog uvjerenja na taj način što se predviđa uloga nadležnih organa Ujedinjenih nacija u sprečavanju i suzbijanju djela genocida. To je razumljivo, budući da je jedan od ciljeva Ujedinjenih nacija, kako se navodi u članu 1 Povelje, “da predstavlja centar usaglašavanja djelovanja naroda u ostvarivanju zajedničkih ciljeva”, među kojima je i očuvanje mira i sigurnosti u svijetu, unapređenje i podsticanje poštivanja ljudskih prava, kao i osnovnih sloboda za sve.

---

<sup>53</sup> W. A. Schabas, Genocid u međunarodnom pravu, Cambridge University Press, 2000, strana 72.

Ali, ako se članom VIII ne nameće pravna obaveza postupanja nadležnih organa, može li se obaveza sprečavanja iz člana I tumačiti tako da se od neke države traži da postupa *izvan* svoje teritorije u cilju sprečavanja ili suzbijanja djela genocida? Imam ozbiljne sumnje u to. Tako široko zamišljena ova bi obaveza značila da se preventivna akcija, koju poduzima neka država na teritoriji druge države, smatra zakonitom. Međutim, u praksi, jednostrane ili višestranne akcije poduzete bez saglasnosti Vijeća sigurnosti još uvijek se smatraju kontroverznim. U ovome trenutku, isključivo akcije koje je odobrilo Vijeće sigurnosti nesumnjivo su zakonite i legitimne.

67. Bez obzira na to, međutim, uvjeren sam da se članom I Konvencije o genocidu predviđa obaveza države da spriječi genocid izvan svoje teritorije u mjeri u kojoj ona vrši nadležnost van svoje teritorije, odnosno kontrolu nad određenim osobama u okviru njihove aktivnosti u inozemstvu. Ovakva obaveza postoji pored nedvosmislene dužnosti da se spriječi izvršenje genocida u okviru vlastite teritorije.

68. U ovome sporu, nije utvrđeno da je Savezna republika Jugoslavija vršila nadležnost na područjima u okolini Srebrenice, gdje su se dogodila stravična masovna ubistva. Niti je utvrđeno da je ona vršila kontrolu nad izvršiocima koji su počinili ta ubistva izvan teritorije Savezne republike Jugoslavije.

Plan za strijeljanje što više vojnosposobnih bosanskih muslimana prisutnih u srebreničkoj enklavi osmislili su i sproveli bosanski Srbi poslije zauzimanja Srebrenice u julu 1995. Do takvog činjeničnog nalaza došao je Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju (MKTBJ)<sup>54</sup>. Pred ovim Sudom nije činjenično utvrđeno da su vlasti Savezne republike Jugoslavije unaprijed znale za ovaj plan. U takvoj situaciji nisu mogle spriječiti stravične masakre u Srebrenici.

Dakle, na moju žalost, ne mogu podržati zaključak većine mojih kolega, iako razumijem njihove motive, a koji su ih, uostalom, doveli do takvog zaključka.

---

<sup>54</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, IT- 98-33-T, Presuda Pretresnog vijeća, 2. august 2001, strana 87.

## (2) Odgovornost za nepoštivanje naloga o određivanju privremenih mjera

69. U onom dijelu ovog mišljenja u kojem sam se bavio nadležnošću Suda, zauzeo sam stav da Savezna republika Jugoslavija nije bila članica Statuta Suda od 1992. do 2000. i da je to postala tek od 1. novembra 2000 (paragrafi 25-36 gore u tekstu). Po mome mišljenju, ove su činjenice imale implikacije, kako na naloge iz 1993. o privremenim mjerama zaštite tako i na Presudu o nadležnosti i prihvatljivosti iz 1996. zato što se njihov obavezujući karakter zasniva na Statutu (članovi 41 i 59). Već sam izložio svoje mišljenje o problematičnim implikacijama za Presudu iz 1996, jer je ona donesena u vrijeme kada Savezna republika Jugoslavija nije bila članica Statuta, kao i za potrebu, koja iz toga slijedi, da se utvrdi nadležnost Suda *de novo* (paragrafi 16-25 gore u tekstu). Preostaje da iznesem još nekoliko konstatacija o nalogima o određivanju privremenih mjera.

70. Jedan od uvjeta za određivanje zatraženih mjera jeste da odredbe na koje se poziva Podnosilac tužbe *prima facie* osiguravaju osnov na kojem bi se *mogla* utvrditi nadležnost Suda. Član IX Konvencije o genocidu “Sudu se činio kao takav osnov na kojemu bi mogao zasnivati svoju nadležnost” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993*, strana 16, paragraf 26).

Nalozima o privremenim mjerama, doneseni na osnovu *prima facie* utvrđivanja nadležnosti Suda, proizvode efekt od trenutka kada su strane u sporu obaviještene o njima i ostaju na snazi sve dok Sud bilo presudom o preliminarnim prigovorima utvrdi da nema nadležnost da se bavi konkretnim sporom bilo da zaključi da je Zahtjev za pokretanje sudske postupka neprihvatljiv ili donese presudu o meritumu, odnosno dok se ne izrekne konačna presuda u sporu (član 41 Statuta). U svojoj Presudi u okviru spora *Anglo-iranska naftna kompanija (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Irana)*, pošto je Sud utvrdio da nema nadležnost u tom sporu, našao je da iz takvog nalaza proizlazi da Nalog o privremenim mjerama, koji je prethodno donesen, “prestaje važiti [po donošenju ove Presude], kao i da privremene mjere istovremeno zastarijevaju” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1952*, strana 114)<sup>55</sup>. Čini se da ovakva izjava navodi na to da predstoji zastarijevanje

---

<sup>55</sup> U sporovima o nuklearnim probama, Sud je ponovio istu formulu, pošto je utvrdio da ne postoji više nikakav osnov za optužbe i da nije pozvan da donosi bilo kakvu odluku o tome, u pogledu Naloga o određivanju privremenih mjera (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 272, paragraf 61 i strane 477-478, paragraf 64).

privremenih mjera; one nisu stavljene van snage ili poništene *ab initio*. Isto tako, u sporu *Južna plavoperajna tuna*, Arbitražni tribunal je, pošto je utvrdio da nema nadležnost da presuđuje o meritumu, odlučio “da se privremene mjere koje su na snazi na osnovu Naloga Međunarodnog tribunala za pravo mora povlače s danom potpisivanja arbitražne Presude”<sup>56</sup>. Tribunal je obrazložio da je Nalog kojim se propisuju privremene mjere “prestao važiti od dana potpisivanja arbitražne Presude”<sup>57</sup> i dodao da “međutim, povlačenje Naloga... ne znači da strane u sporu mogu ignorirati posljedice tog Naloga”<sup>58</sup>.

71. Nalozi Suda od 8. aprila i 13. septembra 1993. proizveli su efekt. Doneseni na osnovu *prima facie* utvrđivanja nadležnosti, strane u sporu trebale su ispoštovati tako određene privremene mjere. Period od 1993. do 1995. relevantan je za razmatranje poštivanja tih mjera. U to vrijeme, Savezna republika Jugoslavija je tvrdila da je članica Ujedinjenih nacija, a time i članica Statuta. Bez obzira na činjenicu što takva tvrdnja kasnije nije opstala, u vrijeme donošenja naloga, trebalo je da Savezna republika Jugoslavija smatra da je obavezana tim nalogima. Savezna republika Jugoslavija nije bila članica Statuta do 1. novembra 2000, kada je primljena u članstvo Ujedinjenih nacija. Formalno, dakle, nije imala nikakve pravne obaveze na osnovu Statuta od 27. aprila 1992. do 31. oktobra 2000. Iz tog razloga, smatram da bi tekst Presude bio precizniji da je korištena alternativna formulacija kojom bi se izbjegao termin “obaveza” (Presuda, paragrafi 435 i 471 (7)). Međutim, budući da su nalozi proizvodili efekte i da vlasti Savezne republike Jugoslavije u relevantnom periodu od 1993. do 1995. nisu ozbiljno shvatale zahtjeve iz tih naloga, slažem se sa zaključcima većine da Tužena strana nije ispoštovala neke od privremenih mjera. Zato sam glasao za tačku 7. dispozitiva.

\*

\* \*

## Zaključne napomene

72. Presudom se zaključuje jedan izuzetno dug spor. Njegov intrigantni proceduralni historijat, koji je započeo prije približno 14 godina, sumiran je u okviru *qualités* Presude. Složenost ovog spora nadalje se reflektira i kroz

---

<sup>56</sup> Međunarodnopravni izvještaji, tom 119, strana 556, paragraf 72.

<sup>57</sup> *Ibid.*, strana 554, paragraf 66.

<sup>58</sup> *Ibid.*, strana 555, paragraf 67.

najobimniji pismeni postupak u historiji Suda. Bilo je mišljenja da se isuviše dugo čekalo na presuđivanje spora. U međuvremenu, Pretresno i Žalbeno vijeće MKTBJ donijeli su veliki broj presuda na koje su se pozvale obje strane u ovom postupku. Sud je pažljivo razmotrio presude MKTBJ, kao i dokaze iznijete na suđenjima pred tim vijećima na koje su se strane u sporu pozvale. Bez posla koji je obavio MKTBJ bilo bi mnogo teže za Sud da obavi svoju ulogu u ovome sporu. Sporovi koji se tiču "odgovornosti neke države za genocid" isuviše su ozbiljni da bi bili presuđeni samo na osnovu optužbi strana u sporu.

73. Kao što to Sud nalazi, „dvojakost vezana za odgovornost i dalje predstavlja konstantno obilježje međunarodnog prava“ (Presuda, paragraf 173). Sud i MKTBJ imaju dvije različite misije, ali jedan zajednički cilj.

MKTBJ treba utvrditi osobnu krivicu i individualnu krivičnu odgovornost optuženih za zločin genocida, zločine protiv čovječnosti i ratne zločine. On nema nadležnost nad državama kao takvim i time se ne može izjašnjavati o odgovornosti država za brojne stravične zločine koji su počinjeni u ratovima na Balkanu od 1991.

Međunarodni sud pravde nema nadležnost nad pojedinačnim počiniocima takvih strašnih zločina. Članom IX Konvencije o genocidu, Sudu se daje nadležnost da utvrdi da li je Tužena strana ispunila svoje obaveze u skladu s Konvencijom o genocidu. Donoseći takvu odluku u ovome sporu, Sud je imao pravo da izvlači pravne posljedice iz presuda MKTBJ, posebno one koje se tiču optužbi za genocid ili neka druga djela zabranjena članom III. Samo u slučaju da se postupci osoba umiješanih u vršenje tih zločina mogu pripisati Tuženoj strani, može se govoriti o njenoj odgovornosti.

Rad Suda je, dakle, podrazumijevao sudski rad MKTBJ u okviru ostvarivanja uloge Suda u oblasti državne odgovornosti za genocid, nad kojom MKTBJ nema nadležnost. Izražavajući nadu da će rad ovih dviju sudskih institucija Ujedinjenih nacija, pri čemu Sud ostaje da bude glavni sudski organ Organizacije, doprinijeti, svako u svojoj oblasti, zajedničkome cilju - postizanju međunarodne pravde koliko god ona izgledala nesavršena.

(Potpisano) Peter TOMKA

## IZJAVA SUDIJE KEITHA

*Objašnjenje glasanja u vezi sa saučesništvom – Saznanje o genocidnoj namjeri glavnog izvršioca, neophodnoj u smislu prava, ali ne kao zajedničkoj namjeri – Utvrđen dokaz o pružanju pomoći i podrške – Utvrđen dokaz u smislu saznanja o činjenicama u vezi s postojanjem genocidne namjere – Nalaz o postojanju saučesništva u genocidu izvršenom u Srebrenici.*

1. Ova izjava objašnjava moje glasanje o navodnom saučesništvu Tužene strane, kršenjem člana III (e) Konvencije o genocidu, u genocidu izvršenome u Srebrenici u julu 1995. Ukratko, moj stav zasnovan na pravu je da se mora dokazati da je Tužena strana, kao navodni saučesnik, imala saznanja o genocidnoj namjeri glavnog izvršioca (što ne mora značiti da je ta namjera bila zajednička) i da je, s tim saznanjem, pružala pomoć i podršku izvršiocu. Moj stav u vezi s ovim činjenicama je da su ta dva elementa dokazana prema potrebnom standardu.

2. Moji razlozi da u pravnom smislu zaključim da je, shodno članu III (e), dovoljno utvrditi da je saučesnik imao saznanja o tome da je glavni izvršilac imao genocidnu namjeru, odnose se na definiciju i prirodu saučesništva u protupravnim djelima, svrhu zabrane saučesništva u genocidu i prethodno pravo.

3. Definicije koje rječnici daju o “saučesništvu” i “(sa)izvršiocu” pružaju uže i šire značenje. U pravnom smislu, uže značenje, naizgled, izjednačava saučesništvo s pomaganjem i podsticanjem (ili podržavanjem), dok šire značenje uključuje, također, i koinicijatora ili suizvršioca krivičnog djela. Dakle, Oksfordski rječnik engleskog jezika (OED internet verzija, 2 izdanje, 1989) definira “saučesnika” kao “osobu koja je u bilo kojem poslu udružena s drugom osobom, pri čemu se druga osoba smatra glavnim izvršiocom”, a također i kao “saradnika” ili “saborca”, pri čemu ove riječi mogu obuhvatati i suizvršioca. *Le Petit Robert* (elektronska verzija, verzija 2, 2001) definira “saučesništvo” kao učešće, uz namjernu pomoć, u kršenju zakona, a u dogovoru ili zajedništvu s drugom osobom. Pravni rječnici također nude uži i širi pristup. Gerard Cornu, *Pravna terminologija* (7 izdanje, 2005, strana 188), pozivajući se na članove 121-6 i 121-7 Francuskog krivičnog zakonika, definira “saučesništvo” kao doprinos u realizaciji kršenja zakona pomaganjem ili podržavanjem inicijatora krivičnog djela, ili njegovim podsticanjem; saučesnik se, po njenoj definiciji, razlikuje od glavnog

inicijatora ili koinicijatora; vidjeti, slično tome, *Rječnik međunarodnog javnog prava* (2001, strane 218-219) od Jeana Salmona. U *Halsburyjevima zakonima Engleske* (4 izdanje, II tom, paragraf 457) navodi se da je “neka osoba saučesnik ako je učesnik u krivičnom djelu za koje se tereti, bilo kao glavni izvršilac, podvođač, pomagač bilo kao podstrekivač”. U *Mellinkoffovom rječniku američkih pravnih pojmova* (1992, strana 463), “saučesnik” je definiran kao “opći naziv za osobu koja učestvuje, zajedno sa drugima, u izvršenju nekog krivičnog djela, bilo kao glavni izvršilac bilo kao pomagač”, pri čemu je ovaj posljednji poistovijećen s “osobom koja pomaže i podstiče”. Posljednja referenca koju ću koristiti je izdanje Kancelarije Ujedinjenih nacija u Ženevi *Pravna terminologija na engleskom, francuskom i španskom jeziku* (1990, strana 196). Korisno je što se ovdje pravi razlika između šireg i užeg značenja “saučesnika”; u širem smislu, saučesnik je osoba koja učestvuje u krivičnom djelu ili nanošenju štete drugome, uključujući i kao koinicijator; a u užem smislu, za razliku od koinicijatora, to je osoba koja učestvuje kao pomagač”.

4. Kao što se vidi iz ovih definicija, saučesništvo se često izjednačava, u cjelini ili djelimično, s pomaganjem ili podsticanjem. Ovaj aspekt spora ima veze sa saučesništvom samo u smislu pomoći i podsticanja. Slažem se sa Sudom da Podnosilac tužbe nije utvrdio da je Tužena strana prekršila svoju obavezu da, kao glavni izvršilac, ne vrši genocid. Sada ću se osvrnuti na psihički element koji je neophodan da bi se utvrdilo saučesništvo u ovom restriktivnijem smislu.

5. U mnogim nacionalnim pravnim sistemima, oni koji pomažu i podstiču trebaju samo biti svjesni toga da svojim doprinosom pomažu glavnog izvršioca u vršenju krivičnog djela (vidjeti, naprimjer, zakone Francuske, Njemačke, Švicarske, Engleske, Kanade, Australije i nekih država Sjedinjenih Američkih Država koji se spominju u slučaju *Tužilac protiv Krstića*, IT 98-33-A, Presuda, 19. april 2004, paragraf 141). Još je značajnije da je Žalbena vijeće MKTBJ u slučaju *Krstić*, poslije ranije donijetih odluka, donosilo odluke u skladu s djelom nacionalnog prava prema kome se “pojedinaac koji pomaže ili podstiče specifičnu namjeru da se izvrši krivično djelo može smatrati odgovornim ukoliko je pomagao u vršenju krivičnog djela znajući za namjeru koja se iza toga nalazi” (*Krstić*, paragraf 140). Pošto je podsjetilo na takvu dosljednu sudsku praksu i princip, Vijeće je to primijenilo na zabranu genocida sadržanu u Statutu, u kome je formulacija direktno preuzeta iz člana II Konvencije o genocidu.



6. Cilj takvog tumačenja psihičkog elementa, neophodnog u saučesništvu kada se ono svodi na pomoć i podsticanje, jeste da se sankcioniraju djela onih koji svjesno pomažu protupravna djela glavnog izvršioca, posebno kada imaju saznanja o njegovoj genocidnoj namjeri. Namjera koja treba postojati kod pomagača ili podstrekača je da osigura sredstva pomoću kojih izvršilac može realizirati svoju namjeru izvršenja genocida. Kao što je sudija Shahabudeen iznio u paragrafu 67 svoga mišljenja u slučaju *Krstić*, oni koji su pripremali tekst Konvencije o genocidu nisu mogli a da ne inkriminiraju djela komercijalnih isporučilaca otrovnog gasa koji su bili upoznati s namjerom kupaca da koriste taj gas za uništenje neke nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe, čak i ako ti isporučioци nisu dijelili takvu namjeru.

7. Tačno je da je Žalbena vijeće u slučaju *Krstić* predložilo da, u nekim okolnostima, da bi se utvrdilo saučesništvo, potrebno je da saučesnik ima istu namjeru kao i glavni izvršilac (*I bid.*, paragraf 142). Međutim, pošto se ta sugestija izričito svodi na šire ponašanje nego što je pomaganje i podsticanje, kao i da nije neophodna za donošenje odluke u ovome sporu (što je Vijeće priznalo u fusnoti 247), ona nije relevantna za ovaj spor. Dalje, dva razloga kojima je Vijeće obrazložilo svoju sugestiju su neuvjerljivi. Prvi razlog - prirodno tumačenje člana III (e) - samo je potvrđeno. Štaviše, to bi se tumačenje trebalo odnositi na pomaganje i podsticanje, kao i na šira pitanja obuhvaćena članom III (e), čija bi primjena bila u suprotnosti s glavnom odlukom Vijeća da je takvo saznanje dovoljno za pomoć i podsticanje. Taj se problem također javlja u drugoj argumentaciji zasnovanoj na ispitivanju historije izrade nacrtu u Šestome komitetu Generalne skupštine 1948. U svakome slučaju, taj je historijat bolje tumačiti u smislu da je potrebno da navodni saučesnik ima saznanja da glavni izvršilac ima potrebnu namjeru, a ne da je ona zajednička (Ujedinjene nacije, *Zvanični zapisnici Generalne skupštine, Treće zasjedanje, Šesti Komitet, Skraćeni zapisnici s 87. sjednice, strane 254-259*). Rasprava o predloženom amandmanu (u kojem je trebalo dodati riječ “namjerno” ispred “saučesništvo”, ali koji je povučen na osnovu toga što saučesništvo u genocidu mora biti “namjerno”) ukazuje na to da djela moraju biti izvršena “namjerno”, odnosno da postoji saznanje o namjeri izvršioca; ta namjera ne mora biti zajednička.

8. Sada prelazim na činjenice i na pitanje da li je Podnosilac tužbe dokazao da je Tužena strana, uprkos saznanju o genocidnoj namjeri izvršioca, nastavila snabdijevati izvršioce sredstvima kako bi olakšala realizaciju te namjere. Ne može biti nikakvog spora oko postojanja takvih isporuka i

njihove kontinuiranosti. To se tumači kao veoma široka umješanost Tužene strane u djelovanja Republike Srpske i Vojske Republike Srpske u Bosni i Hercegovini, a odnosi se konkretno na upućivanje od kraja 1991, a posebno od 19. maja 1992, 1.800 oficira u Vojsku Republike Srpske i njihovu kontinuiranu podršku (uključujući “zamjenu oznaka”, stambeno zbrinjavanje, unapređenja i disciplinsku kontrolu), snabdijevanje materijalom, kako u početku tako i kasnije, zajedničke operacije i angažiranje Ministarstva za unutrašnje poslove, kao i finansiranje, uključujući ogromnu podršku iz budžeta i integriranje centralnih banaka. Sudu je o tome dostavljena detaljna dokumentacija. To je jednom očigledno priznao predsjednik Karadžić u svome obraćanju na sjednici Skupštine Republike Srpske u maju 1994: “Bez Srbije se ništa ne bi dogodilo, mi nemamo sredstava i ne bismo bili u mogućnosti voditi rat”. Ili, kako je Sud zaključio, da je Tužena strana odlučila uskratiti vojnu i finansijsku podršku Republici Srpskoj, to bi znatno ograničilo mogućnosti koje bi bile na raspolaganju vlastima Republike Srpske (Presuda, paragraf 241).

9. Ali, da li je Tužena strana imala potrebnog saznanja u veoma kratkom periodu u kome se odigrao masakr u Srebrenici, u suštini od 13. do 16. jula 1995? Moj konkretan primarni izvor u odgovoru na to pitanje je Izvještaj Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija iz 1999, *Pad Srebrenice* (A/54/549, Glava VIII); vidjeti paragrafe 228-230 Presude Suda.

10. Ovu konkretnu informaciju treba shvatiti u kontekstu šire informacije o veoma tijesnim vezama između rukovodstava Beograda i Pala, a posebno između predsjednika Miloševića i predsjednika Karadžića i generala Mladića, a naročito između predsjednika Miloševića i generala Mladića. Sud raspolaže obilnim dokazima o tim odnosima, naprimjer, od dvojice komandanata UNPROFOR-a, generala Dannatta i generala Rosea. Kao što Sud iznosi, rukovodstvo Savezne republike Jugoslavije, a prije svega predsjednik Milošević, bili su potpuno svjesni atmosfere duboko ukorijenjene mržnje koja je postojala između bosanskih Srba i muslimana s područja Srebrenice (Presuda, paragraf 438). Konkretnije, oni su bili svjesni zaoštavanja i pogoršavanja situacije u Srebrenici u prvoj polovini 1995.

11. Kako se primicalo vrijeme u kome su se odigrali zločini, Vijeće sigurnosti je Rezolucijom broj 1004 (1995), usvojenoj 12. jula 1995. na osnovu Poglavlja VII Povelje, ukazivalo ne samo rukovodstvu iz Beograda, već i široj međunarodnoj zajednici na pogoršanje sigurnosne situacije u Srebrenici.

Vijeće sigurnosti izrazilo je ozbiljnu zabrinutost zbog stradanja civilnog stanovništva “u i oko zaštićene zone u Srebrenici”. Vijeće je zahtijevalo, s obavezujućom snagom, povlačenje snaga bosanskih Srba iz te oblasti, kao i da se međunarodnim humanitarnim organizacijama omogući nesmetan pristup tom području da bi se ublažilo stradanje civilnog stanovništva.

12. Slijedećeg dana, 13. jula, vojni posmatrači Ujedinjenih nacija izvijestili su da im je general Mladić rekao da se nekoliko stotina tijela ubijenih bosanskih vojnika nalazi u jednom dijelu enklave. Toga dana bilo je i drugih izvještaja o ubistvima i drugim zločinima. Istoga je dana otpravnik poslova Bosne i Hercegovine u New Yorku, u pismu Generalnom sekretaru, zvanično izrazio zabrinutost svoje vlade za sudbinu zatočenika i strah da su oni likvidirani. Izvještaj iz 1999. sadrži slijedeći rezime:

“Tako je 13. jula na različitim nivoima izražena snažna zabrinutost zbog vjerovatnoće da su počinjene ili da se vrše zloupotrebe muškaraca u Srebrenici, ali tada nikakvih potvrda nije bilo da se takvo nešto i dogodilo. Uprkos tome, uloženi su naponi na najvišem nivou da se ova situacija riješi” (A/54/549, paragraf 359).

Također tog dana, Specijalni izaslanik Generalnog sekretara Thorvald Stoltenberg dobio je uputstvo kako da postupi u pregovorima s bosanskim Srbima na visokom nivou i, po potrebi, s vlastima u Beogradu. Između ostalog, trebao je osigurati da se druga strana obaveže na humano postupanje prema izbjeglicama i raseljenim osobama. On je pozvan da koordinira sa Specijalnim predstavnikom Generalnog sekretara i pregovaračem Evropske unije Carlom Bildtom, koji se nadao da će moći pomoći putem kontakata s vlastima Savezne republike Jugoslavije (*Ibid.*, paragraf 360).

13. Masovna pogubljenja otpočela su slijedećeg dana, 14. jula, i trajala su do 16. ili 17. jula. Gospodin Bildt se sastao s predsjednikom Miloševićem 14. jula u Beogradu:

“Prema izjavi za javnost koju je gospodin Bildt dao s tog drugog sastanka, on je insistirao kod predsjednika da najhitnije osigura pristup UNHCR-u kako bi mogao pomoći narodu Srebrenice i Međunarodnom komitetu crvenog krsta (MKCK) da otpočnu evidentiranje osoba koje

VRS tretira kao ratne zarobljenike” (A/54/549, paragraf 372; “izjava za javnost” sadržana je u *Putovanje mira: Borba za mir u Bosni* Carla Bildta (1998), strana 61).

(Taj se sastanak naziva drugim sastankom, jer je gospodin Carl Bildt imao sastanak s predsjednikom Miloševićem i generalom Mladićem na istome mjestu prethodne sedmice (*Ibid.*, strane 52-54)). Gospodin Bildt je, također, imao i nekoliko drugih zahtjeva, kao što se vidi iz Izvještaja iz 1999:

“Predsjednik Milošević je očigledno izašao u susret raznim zahtjevima, ali je također tvrdio da nema kontrolu nad tom situacijom. Milošević je, očigledno, također objasnio ranije tokom sastanka, da su cijeli incident isprovocirali pojačani napadi muslimana iz enklava, što predstavlja kršenje Sporazuma o demilitarizaciji iz 1993.

Nekoliko sati nakon početka sastanka, u Dobanovce je došao general Mladić. Gospodin Bildt je konstatirao da se general Mladić bez oklijevanja saglasio s većinom zahtjeva u vezi sa Srebrenicom, ali da se i dalje suprotstavljao nekim aranžmanima koji su se odnosili na druge enklave, posebno na Sarajevo. Konačno, uz intervenciju predsjednika Miloševića, činilo se da je sporazum u principu postignut. Odlučeno je da se narednoga dana održi još jedan sastanak kako bi se potvrdili ti aranžmani. Gospodin Bildt se već dogovorio s gospodinom Stoltenbergom i gospodinom Akashijem [Specijalnim predstavnikom Generalnog sekretara] da mu se pridruže u Beogradu. Također je zahtijevao da komandant UNPROFOR-a dođe u Beograd radi konačnog dogovora o nekim vojnim detaljima u vezi s Mladićem” (A/54/549, paragrafi 372-373).

Istoga dana, 14. jula, Vijeće sigurnosti ponovo se sastalo i usvojilo predsjedničko priopćenje u kome se izražava duboka zabrinutost zbog vršenja nasilnog premještanja desetina hiljada civila, što je okarakterizirano kao jasno kršenje prava civilnog stanovništva.

“Vijeće je bilo ‘posebno zabrinuto zbog Izvještaja da su bosanski Srbi nasilno odveli iz sigurnosne zone u Srebrenici čak i do 4000 muškaraca i dječaka’. Zahtijevao je da ih bosanski Srbi, u skladu

s međunarodno priznatim standardima ponašanja i međunarodnog prava, odmah puste na slobodu, da u potpunosti poštuju prava civilnog stanovništva u sigurnosnoj zoni u Srebrenici, kao i drugih osoba zaštićenih prema međunarodnom humanitarnom pravu, kao i da se dopusti pristup Međunarodnom komitetu crvenog krsta” (*Ibid.*, paragraf 374).

14. Gospodin Bildt je 15. jula izvijestio visoke međunarodne dužnosnike o rezultatu svoga sastanka prethodnog dana s predsjednikom Miloševićem i generalom Mladićem, koji se također pridružio visokim dužnosnicima na veoma ceremonijalnom sastanku, uz ručak. Potom su se sastali komandant UNPROFOR-a i general Mladić kako bi se konačno dogovorili o detaljima. U tom momentu, dok su međunarodni dužnosnici bili upoznati s izvještajima da su, možda, izvršene teške povrede ljudskih prava muškaraca i dječaka iz Srebrenice, nisu znali da su sistematska ubistva već bila otpočela (*Ibid.*, paragraf 375). Tačke o kojima je postignut sporazum u vezi sa Srebrenicom bile su slijedeće:

“Potpun pristup UNHCR-a i MKCK-a toj oblasti;

Međunarodnom komitetu crvenog krsta osigurati hitan pristup “ratnim zarobljenicima” kako bi ocijenili njihovo stanje, evidentirali ih i ispitali da li su procedure u prihvatnim centrima bosanskih Srba u skladu sa Ženevskim konvencijama;

Da UNPROFOR 17. jula podnese zahtjeve za ponovno snabdijevanje Srebrenice preko Beograda, Ljubovije i Bratunca;

Da se pripadnicima Holandskog bataljona u Srebrenici omogući, da zajedno sa svojom opremom, 21. jula ili neposredno poslije tog datuma, napuste Srebrenicu preko Bratunca (a da komandant UNPROFOR-a i Mladić posmatraju to premiještanje);

Da UNPROFOR organizira hitnu evakuaciju ranjenika iz Potočara i Bratunca, kao i da osigura vozila za hitnu medicinsku pomoć; prisustvo UNPROFOR-a u “ključnim oblastima” “u ovom ili onom obliku” [bilo] je dogovoreno” (A/54/549, paragraf 377).

General Mladić tokom narednih dana jednostavno nije poštivao ove dogovore (*Ibid.*, paragrafi 383-390).

15. Ti su sporazumi, naravno, bili između UNPROFOR-a i generala Mladića, u ime vlasti na Palama. Međutim, njihov značaj za mene proizlazi iz toga što su oni direktno uslijedili iz razgovora i pregovora između predsjednika Miloševića i generala Mladića, s jedne, i gospodina Bildta, s druge strane. S obzirom na sveukupnu ulogu predsjednika Miloševića u ratovima na Balkanu, kao i njegovo saznanje, njegov poseban odnos s generalom Mladićem, kao i njegovu uključenost u detalje pregovora 14. i 15. jula, on je do tada morao znati za promjenu planova komande Vojske Republike Srpske 12. ili 13. jula, te da je, stoga, morao znati za njihovu namjeru da djelimično unište zaštićenu grupu. Uvjeren sam da je to saznanje Tužene strane, koje je dokazano prema potrebnim standardima, Sud iznio u svojoj Presudi (paragraf 209).

16. Stoga zaključujem da je Tužena strana bila saučesnik u genocidu izvršenome u Srebrenici u julu 1995, što predstavlja kršenje člana III (e) Konvencije o genocidu.

(Potpisano) Kenneth KEITH

## IZJAVA SUDIJE BENNOUNA

*Ostanak SRJ u Ujedinjenim nacijama – Posljedice prijema Srbije i Crne Gore u Ujedinjene nacije 1. novembra 2000. – Saučesništvo Srbije u genocidu – Mens rea saučesnika nasuprot onom glavnog počinioca – Veze između individualne krivične odgovornosti i državne odgovornosti – Definicija saučesništva – Škorpioni, paravojna formacija pod srpskom kontrolom.*

Ovom izjavom želio bih dopuniti i rasvijetliti izvjesna obrazloženja koja Sud posvećuje reafirmaciji svoje nadležnosti da donese Presudu u ovom slučaju. Potom ću objasniti razloge koji su me naveli da se ne složim sa Sudom kada je on donio zaključak o nesaučesništvu Srbije u genocidu izvršenome u Srebrenici.

*Vežano za pitanje nadležnosti*, potpuno se slažem s obrazloženjem Suda o karakteru *res judicata* Presude iz 1996, u onom navodu da je Savezna republika Jugoslavija (SRJ) imala status članice Ujedinjenih nacija i potpisnice Statuta Suda. Naime, iako u kritičnom trenutku pokretanja postupka same strane u sporu nisu osporile taj status, kao što je Sud podsjetio, dogodilo se da je Svjetska organizacija bila suočena sa situacijom bez presedana, koja, kako je istakao njen pravni savjetnik 29. septembra 1992,

“nije predviđena Poveljom Ujedinjenih nacija, a riječ je o posljedicama na planu pripadanja Organizaciji nakon dezintegracije jedne države članice, ukoliko nema saglasnosti po tom pitanju među neposrednim sukcesorima te države ili među drugim državama članicama Organizacije” (Ujedinjene nacije, dok. A/47/485).

Vijeće sigurnosti je primijetilo ovo neslaganje i iz njega izvuklo zaključak o nepostojanju automatske sukcesije SRJ u odnosu na Socijalističku federativnu republiku Jugoslaviju (Rezolucija 777, 1992). Shodno tome, Generalna skupština je Rezolucijom 47/1, od 22. septembra 1992, obustavila učešće SRJ u radovima i tražila joj je da dostavi zahtjev za pristup Organizaciji, međutim, ova je zemlja nastavila nesmanjeno učestvovati u debatama Vijeća sigurnosti i objavljivati svoja dokumenta kao zvanična dokumenta Ujedinjenih nacija.

Po mome mišljenju, situacija *sui generis* SRJ, navedena u Odluci Suda od 3. februara 2003. po Zahtjevu za reviziju, odnosi se na volju izraženu u okviru Ujedinjenih nacija da ova država ostane u okrilju ove Organizacije

sa smanjenim pravima, u iščekivanju da prođe test iz člana 4 da bi dokazala da je mirnodopska država koja prihvata obaveze iz Povelje, da je u stanju i voljna da ih ispuni.

Trebalo je sačekati 1. novembar 2000. da Srbija i Crna Gora bude primljena u Ujedinjene nacije, pošto je srušen Miloševićev režim a njegov vođa predat Međunarodnom krivičnom tribunalu za bivšu Jugoslaviju (MKTBJ) u Hagu. Ne može se, ipak, iz toga zaključiti da je bilo pravne praznine između raspada bivše Jugoslavije i ovoga prijema, to jest, tokom skoro osam godina. Kontinuirano prisustvo SRJ u okrilju Organizacije ujedinjenih nacija omogućilo je ovoj posljednjoj da sačuva sredstva za pritisak na ovu zemlju, posebno kroz sankcije na osnovu Poglavlja VII Povelje, dok se ponovo ne pridruži međunarodnom legalitetu. Sud je bio potpuno svjestan ove situacije, kada se 1996. izjasnio nadležnim da sudi u sporu koji mu je podnijela Bosna i Hercegovina. Čini nam se jasnim da su, u situaciji bez presedana, s kojom se suočila međunarodna zajednica, promjena stava Srbije i Crne Gore i njen prijem u Ujedinjene nacije 1. novembra 2000, mogli imati posljedice tek u budućnosti.

U Presudi po Zahtjevu za reviziju tako se ističe – da “[R]ezolucija 47/1 nije posebno ugrožavala pravo pojavljivanja SRJ na Sudu ili pravo da bude strana u sporu pred njim pod uvjetima koje Statut propisuje (*Zahtjev za reviziju Presude od 11. jula 1996. u sporu* Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), preliminarni prigovori (Jugoslavija protiv Bosne i Hercegovine), *Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2003*, strana 31, paragraf 70). I zaista, kada se izjašnjavao o svojoj nadležnosti 1996, Sud je savršeno pratio položaj SRJ u odnosu na Organizaciju ujedinjenih nacija. Zato je, kada mu je podnijet Zahtjev za reviziju, želio naglasiti da:

“Rezolucija Generalne skupštine 55/12 [o prijemu SRJ], od 1. novembra 2000, nije mogla retroaktivno izmijeniti položaj *sui generis* u kome se SRJ nalazila u odnosu na Organizaciju ujedinjenih nacija tokom perioda 1992-2000, niti njen položaj u odnosu na Statut Suda i Konvenciju o genocidu” (*Ibid.*, paragraf 71).

*Kada je u pitanju meritum ovoga spora*, smatram da su bili ispunjeni svi elementi da Sud zaključi o odgovornosti SRJ i njene vojske za saučesništvo, s Republikom Srpskom, u genocidu počinjenom u Srebrenici. Iz toga razloga glasao sam protiv



tačke 4 dispozitiva Presude. Razmatranje pitanja saučesništva u genocidu SRJ, u smislu člana III (e) Konvencije iz 1948, omogućilo je da se utvrdi, kada je trebalo procijeniti odgovornost države, do koje je mjere Sud bio pod utjecajem zaključaka Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, koji se odnose na odgovornost glavnih pojedinačnih učesnika ove drame, bilo da je riječ o gospodinu Miloševiću ili o gospodinu Mladiću. Uostalom, Sud se isključivo oslonio na odluku MKTBJ u predmetu *Krstić*, kada je trebalo definirati zločin u Srebrenici kao zločin genocida.

S obzirom da suđenje Miloševiću nije privedeno kraju niti je Mladić uhapšen i predat MKTBJ, Sud nije mogao raspolagati svim dokazima neophodnim za procjenu saučesništva Srbije u genocidu u Srebrenici. Kao posljedica toga, Sud je dao SRJ prednost, iako sumnja, po njemu, i dalje ostaje, vezano za postupanje vrha hijerarhije te države u julu 1995, tokom pripreme zločina u Srebrenici, prije svega u pogledu saznanja da li je SRJ znala ili imala razloga znati da se vojska Republike Srpske sprema počiniti genocid. Po mome mišljenju zahtijevani *mens rea* nije isti kod saučesnika kao onaj glavnog počinioca, odnosno specifična namjera (*dolus specialis*) da se izvrši genocid i ne može biti drugačije, jer tražiti ovakvu namjeru značilo bi poistovjećivanje saučesnika i supočinilaca.

Moguće je tim povodom, pozvati se, analogijom, na član 16 Odredaba Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti države, pod imenom “Pomoć ili podrška u izvršenju međunarodno protupravnog djela” prema kome:

“Država koja pomaže ili podržava neku drugu državu u činjenju međunarodno protupravnog djela, koje vrši ova posljednja, međunarodno je odgovorna što je tako postupila u slučaju kada

- a) spomenuta država tako postupala znajući za okolnosti međunarodno protupravnog djela i
- b) kada bi djelo bilo međunarodno protupravno da ga je počinila ta država.”

Iz ove odredbe proistječe, što može biti tumačeno kao da se odnosi na “saučesništvo” u međudržavnim odnosima, da su dva tražena elementa podrška i saznanje o okolnostima međunarodno protupravnog djela, a ne učešće u njegovom izvršenju.

U ovom slučaju, *mens rea* se sastoji u volji saučesnika da podrži glavnog počinioca, a uz to dobro zna ili treba znati prirodu zločina kakvu se ovaj posljednji sprema počinuti. Tako je Komisija za međunarodno pravo protumačila član III e) Konvencije o genocidu iz 1948. o saučesništvu (Izvještaj Komisije za međunarodno pravo o radovima s njenog Pedeset trećeg zasjedanja, 2001, strana 155).

Činjenica je da su mnogi podaci dostavljeni Sudu išli u pravcu dokazivanja da je SRJ morala znati da se sprema genocid, a da zbog toga nije prestala podržavati Republiku Srpsku i njenu vojsku u operacijama koje je vodila, uključujući i operacije u Srebrenici.

Teško je razumjeti zašto je Sud izbjegao da se izjasni o definiciji saučesništva, ostavljajući time nejasno pitanje da li sam saučesnik treba dijeliti specifičnu namjeru (*dolus specialis*) s glavnim počiniocem genocida (Presuda, paragraf 421). Sud je, međutim, dužan otkloniti jedan takav uvjet, koji je iznijela Tužena strana, jer je on u suprotnosti s općeprihvaćenom definicijom saučesništva i s logičkom tačkom gledišta jer bi vodio apsurdnom ishodu da se poistovjete saučesnik i glavni počinilac. Da se ne bi bavio presuđivanjem ovoga aspekta, što je za žaljenje zbog razjašnjavanja međunarodnog prava u ovoj oblasti, Sud je procijenio da je bilo neophodno barem saznanje saučesnika o specifičnoj namjeri glavnog počinioca; što mu je zatim omogućilo da, prepuštajući se tumačenju, po našem mišljenju neutemeljenom, elemenata slučaja, zaključi odsustvo saučesništva Srbije.

Tačno je da su zaključci MKTBJ u Presudi glavnim vođama, bilo na čelu SRJ ili Republike Srpske, mogli pružiti odlučujuće elemente koji bi mogli ukloniti sve eventualne sumnje o saznanju koje su čelnici Srbije i Crne Gore imali o onome što se spremalo u Srebrenici. To nas prirodno navodi da smatramo da kompletna ocjena odgovornosti države ostaje, ustvari, da zavisi od hapšenja glavnih počinilaca drame u Srebrenici, njihovoj osudi i otkrićima koja bi mogla slijediti u vezi s ulogom SRJ.

Tako sam ja, u svjetlu temeljnih rasprava koje su se odvijale na Sudu, bio uvjeren u usku povezanost između pojedinačne krivične odgovornosti i odgovornosti države u ovakvoj vrsti postupka. Naime, rijetko je da neka država nedvosmisleno objavi svoju namjeru da djelimično ili potpuno uništi jednu etničku, kulturnu ili vjersku grupu, ili saopći svoje saznanje da će

se takav zločin dogoditi ili, pak, da prizna da ga je počinila. Dakle, kroz ponašanje onih koji obavezuju državu i kroz njihova suđenja može se stići do odgovornosti same države; osim, naravno, ako se ne nalazimo u hipotezi jedne poražene zemlje, prepuštene onima koji su je okupirali, čije strukture, uništene, otkrivaju sve tajne svoje arhive međunarodnoj pravdi. Ali, to nije bio slučaj SRJ (Srbija i Crna Gora) koja je išla dotle da je odbila Sudu pristup neprečišćenim izvještajima njenog “Vrhovnog vijeća odbrane” (pismo zastupnika Srbije i Crne Gore od 16. januara 2006).

S obzirom na to, mišljenja sam da je Sud raspolagao elementima da već sada utvrdi saučesništvo SRJ u genocidu.

Materijalni element ovog zločina, odnosno pomoć i podrška Beograda u više oblika Republici Srpskoj i njenoj vojsci – VRS, Sud je široko podržao kada je razmatrao odgovornost SRJ za neispunjenje obaveze sprečavanja genocida. Ova stalna pomoć političke, vojne i finansijske prirode postojala je, naime, prije, za vrijeme i poslije masakra u Srebrenici.

Ostaje pitanje da li element namjere postoji, odnosno nastavak ove pomoći i podrške, onda kada je SRJ znala ili je trebala znati, da se primaoci pomoći spremaju izvršiti djelo genocida i da li ih je na taj način podržavala da dođu do svog cilja. Kada se pomoć i podrška pružaju, uz saznanje o genocidnoj namjeri primaoca, tada predstavljaju saučesništvo i na taj se način razlikuju od kršenja obaveze sprečavanja, gdje se samo traži uočavanje mogućeg rizika genocida.

Priznajem da poteškoća ovoga predmeta u dokazivanju da je Beograd znao za genocidnu namjeru vojske Srba iz Bosne proistječe iz činjenice da se ta namjera oformila, prema MKTBJ, tek dva dana prije materijalnog izvršenja genocida koji se dogodio između 13. i 17. jula 1995. Ali, iz te realne poteškoće ne može se automatski zaključiti da Beograd nije znao i nije mogao znati da se odlučivalo o genocidu.

Prije svega, beogradska Vojska Jugoslavije (VJ) sačuvala je prisustvo izvjesnog broja oficira u Vrhovnom štabu vojske Srba iz Bosne (VRS) u Han-Pijesku i nepojmljivo je da oni nisu obavijestili svoje nadređene (vidjeti Izvještaj Holandskog instituta za ratnu dokumentaciju, „Srebrenica – sigurnosna zona“, od 10. aprila 2002).

S druge strane, tokom suđenja Miloševiću, general Wesley Clark (američki vojni savjetnik) ovako je svjedočio:

General Clark: Oduvijek sam želio bolje razumjeti zašto je Milošević mislio da može sačuvati svoj autoritet i moć nudeći mirovni plan Srbima iz Bosne. Zato sam mu jednostavno postavio pitanje. Gospodine predsjedniče, kažete da imate veliki utjecaj na Srbe iz Bosne, ali kako je moguće da vaš utjecaj ide tako daleko da dopušta Mladiću da poubija sve te ljude koji su poubijani u Srebrenici?” I Milošević me pogledao. Za trenutak je zašutio, a onda je rekao: “E pa, generale Clark, ja sam osobno upozorio Mladića da ne treba to činiti, ali me nije poslušao.”

Pitanje: Vi razumijete na šta se ovdje aludira. Vi razumijete, nesumnjivo, da stvari prevazilaze riječi.

General Clark: Svakako.

Pitanje: Da li vam to objašnjava kontekst u kome je dogovor konačno postignut?

General Clark: Pa, bilo je sasvim jasno da ga pitam za masakr u Srebrenici. Kada sam rekao “da poubija sve te ljude”, nije bilo riječi o vojnoj operaciji nego o masakru. I to je bila realnost koju su mediji objavili svuda po svijetu” (*Milošević*, IT-02-54, Izvještaj sa saslušanja, 15. decembar 2003).

Naime, više izvora tvrdi da je general Mladić ostao u stalnom kontaktu s Miloševićem prije početka masakra, a naročito između 7. i 14. jula 1995 (vidjeti Izvještaj Generalnog sekretara o primjeni Rezolucije Generalne skupštine 53/35 nazvan “Pad Srebrenice”, Ujedinjene nacije, dok. A/54/549, strana 83).

Time je utvrđeno, po našem mišljenju, da su vlasti u Beogradu bile potpuno obaviještene o napadu na Srebrenicu i da su morale znati da se sprema masakr nad muslimanskim stanovništvom ovoga grada.

Kao dokaz dovoljno se podsjetiti Škorpiona, paravojne formacije pod kontrolom ministra za unutrašnje poslove Srbije i Crne Gore, na samome polju odvijanja masakra.

Sud, uostalom, priznaje da dokumenti koji su mu dostavljeni povezuju Škorpione s "MUP-om Srbije" ili ih nazivaju "jedinicom... Ministarstva za unutrašnje poslove Srbije" (Presuda, paragraf 389), ali ne izvlači iz toga nikakvu posljedicu na planu saučesništva, pitajući se samo, za potrebe procjene neposredne odgovornosti, da li su ove paravojne snage bile *de jure* organi Tužene strane ili su bile pod njenom potpunom zavisnošću. Ali, čak i da pretpostavimo da to nije slučaj, povezanost ovih snaga sa Ministarstvom za unutrašnje poslove Srbije i njihovo izvjesno učešće u masakru u Srebrenici moglo je, u najmanju ruku, navesti Sud da se upita nije li Srbija samim tim bila obaviještena o pripremi i izvršenju genocida u Srebrenici.

Srbija, koja je svesrdno pomagala Republiku Srpsku i njenu vojsku VRS u kojoj su službovali mnogi oficiri čija je karijera zavisila od Beograda, isplela je brojne veze s političkim i vojnim strukturama koje su donijele odluku o genocidu i izvršile ga; samim tim, ona je bila savršeno obaviještena o njemu, što od nje pravi saučesnika u ovom zločinu i povlači njenu međunarodnu odgovornost.

Po mome mišljenju, Sud je mogao zaključiti, čak ne čekajući druge presude MKTBJ, s elementima kojima raspolaže, o saučesništvu Srbije u genocidu izvršenom u Srebrenici; na taj bi način učinio pravdu hiljadama žrtava ovoga masakra, ujedno ispunjavajući očekivanje njihovih porodica.

Ne bi time optužio Srbiju, niti na bilo koji način otežao nezaobilazno pomirenje i neophodnu saradnju među državama Balkana; Sud se, naravno, obraća, djelovanju jedne zemlje, ali ona je imala na čelu režim koji je Vijeće ministara Srbije i Crne Gore okarakteriziralo u jednom saopćenju od 15. juna 2005. na slijedeći način:

„Oni koji su ubijali u Srebrenici i koji su naredili i organizirali taj masakr nisu predstavljali ni Srbiju ni Crnu Goru, nego jedan nedemokratski režim terora i smrti, kojemu je ogromna većina građana Srbije i Crne Gore pružila najsnažniji otpor.“

Izvjesno je da kontinuitet države ima za posljedicu trajnost njene odgovornosti za svako protupravno djelo koje bi bilo počinjeno u njeno ime. Da li je to razlog za pozicioniranjem u bilo kakvom negacionizmu? Sigurno ne. Jedna od najvrednijih pouka iz drama koje su zavile u crno prethodni vijek a koje udaraju po savjesti cijelog čovječanstva, sastoji se u prihvatanju prošlosti u

njenoj cijeloj istini i u zahtjevu, koji iz nje proizlazi, za oprostaj za nanijete patnje. To je, bez sumnje, jedini način da se najavi obnova zajedničke budućnosti. Jedan takav proces prevazilazi pravosuđe u užem smislu; ali mu ono može itekako doprinijeti.

(Potpisano) Mohamed BENNOUNA

## IZJAVA SUDIJE SKOTNIKOVA

*Nema nadležnosti – Tužena strana nije imala pristup Sudu kada je pokrenut postupak - Relevantnost sporova Legalnost upotrebe sile iz 2004. – Pitanje pristupa Sudu nije utvrđeno Presudom iz 1996. – Res judicata nije apsolutna niti je iscrpljena u sporednim postupcima.*

*Ne podrazumijeva se, na osnovu Konvencije o genocidu, obaveza država da ne vrše genocid – Nepotrebno je izricati takvu obavezu da bi se podrazumijevala odgovornost države za genocid – O odgovornosti države radi se kada neki pojedinac, čija se djela mogu pripisati državi, izvrši krivično djelo genocida – Sud nema krivičnu nadležnost neophodnu za utvrđivanje da li su neki pojedinci izvršili genocid – Utvrđivanje koje čine sudovi i tribunalali koji imaju takvu krivičnu nadležnost može predstavljati osnovu za odgovornost države za genocid, ukoliko je u skladu sa zahtjevima iz Konvencije o genocidu – Presude MKTBJ u slučaju Krstić i Blagojević nisu dosljedne, pošto su zasnovane na krivičnom djelu «pomaganja i podsticanja» i koriste nalaze koji se odnose na psihičko stanje osoba koja se ne nalaze pred MKTBJ – Izvršenje genocida u Srebrenici nije dovoljno dokazano.*

*Dužnost sprečavanja preširoko je tumačena – Primjenjiva je samo u okviru teritorije koja se nalazi pod nadležnošću ili kontrolom države – Dužnost sprečavanja predstavlja rezultat, a ne ponašanje.*

### **Nadležnost**

U sporovima *Legalnost upotrebe sile* iz 2004, Sud je konstatirao određenu pravnu realnost, koja postoji nezavisno od želja Suda ili strana u sporu, a koja se ne može ni po čemu razlikovati u ovome sporu: Srbija i Crna Gora nije bila članica Ujedinjenih nacija, te stoga nije bila ni strana Statuta Suda, sve dok nije primljena, 1. novembra 2000, u Ujedinjene nacije kao nova članica, u skladu s članom 4 Povelje Ujedinjenih nacija (vidjeti, naprimjer, *Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strane 314-315, paragraf 91). Na osnovu toga, Sud je zaključio da Srbija i Crna Gora nije imala pristup Sudu u vrijeme pokretanja postupka i da je, iz tog razloga, Sud odlučio da nije imao nadležnost da se bavi ovim sporovima (*Ibid.*, strane 327-328, paragrafi 127 i 129).

Međutim, rasuđivanje Suda u ovom slučaju znači da primjenom principa *res judicata* u sporednim postupcima, Sud može stvoriti paralelne realnosti: naime, u ovom sporu, za razliku od sporova *Legalnost upotrebe sile*, postoji pristup Tužene strane Sudu, shodno nalazu Suda o nadležnosti u Presudi o preliminarnim prigovorima iz 1996 (*Primjena Konvencije o kažnjavanju i sprečavanju zločina genocida, Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*).

Konstatacija da se pitanje pristupa Tužene strane Sudu, u skladu s članom 35, stav 1, Statuta, mora smatrati kao da je bilo razmatrano u Presudi iz 1996, iako je nesumnjivo da to nije bio slučaj, predstavlja dodatni udarac realnosti koja se, shodno Presudi, može mijenjati kao “pitanje logičke konstrukcije”, ukoliko to nalaže integritet principa *res judicata*:

“pravne komplikacije u vezi s položajem Tužene strane u odnosu na Ujedinjene nacije nisu konkretno pomenute u Presudi iz 1996. Sud je utvrdio... da su “Jugoslaviju obavezivale odredbe Konvencije [o genocidu] na dan podnošenja Prijedloga u ovome sporu” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 610, paragraf 17), te zaključio da “na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, ima nadležnost da presudi u sporu” (*Ibid.*, strana 623, paragraf 47(2)(a)). S obzirom da... pitanje državne sposobnosti da bude strana u postupku predstavlja pitanje koje ima primat u odnosu na nadležnost *ratione materiae*, i pitanje koje Sud, po potrebi, mora pokrenuti po službenoj dužnosti,... ovakav se zaključak implicitno mora shvatiti kao pitanje konstrukcije u značenju da je Sud, u to vrijeme, smatrao da je Tužena strana bila u poziciji da učestvuje u sporovima pred Sudom. Na toj osnovi, on je dalje izveo zaključak o nadležnosti koja bi imala snagu *res judicata*. Nije potrebno da Sud, za svrhe ovog postupka, ulazi u to šta se nalazi u pozadini tog zaključka i da razmatra na kojoj osnovi je Sud mogao utvrditi tu činjenicu. Bez obzira da li strane u sporu kategoriraju to pitanje kao pitanje “pristupa Sudu” ili kao pitanje “nadležnosti *ratione personae*”, ostaje činjenica da Sud ne bi bio u mogućnosti pristupiti utvrđivanju merituma osim ako Tužena strana nije imala sposobnost, u skladu sa Statutom, da bude strana u postupku pred Sudom” (Presuda, paragraf 132).



„Da SRJ ima sposobnost da se pojavi pred Sudom u skladu sa Statutom, predstavlja element u rasuđivanju Presude iz 1996, koja se može - i mora - čitati u okviru nje kao stvar logičke konstrukcije“ (*Ibid.*, paragraf 135).

Sud, zatim, potvrđuje da ne može, ni u kom slučaju, postupiti *ultra vires* prilikom utvrđivanja, primjenom principa *res judicata*, vlastite paralelne realnosti:

“funkcioniranje ‘obaveznih uvjeta predviđenih Statutom’ spada u nadležnost odlučivanja Suda u svakom konkretnom sporu pred njim; i kada jednom Sud utvrdi, sa snagom *res judicata*, da ima nadležnost, u tom slučaju, za svrhe tog spora, ne može se javiti nikakvo pitanje djelovanje *ultra vires*, a Sud ima isključivu nadležnost utvrditi takva pitanja shodno Statutu” (Presuda, paragraf 139).

Linija argumentacije Suda zasniva se na konstataciji općeg zaključka u vezi s nadležnošću, postignutom u sporednim postupcima koji imaju apsolutni i iscrpni karakter (podrazumijeva se da odluke Suda o konkretnim preliminarnim prigovorima imaju punu snagu *res judicata*).

Međutim, jasno je da to nije bilo mišljenje Suda kada je ovlastio Registrara da obavijesti Tuženu stranu da:

“Sud, štaviše, kao što je Srbija i Crna Gora zapazila u dokumentu ‘Inicijativa’ i kao što je Sud ranije istakao, ima pravo razmatrati pitanja nadležnosti *proprio motu* i mora “uvijek utvrditi da ima nadležnost” (*Žalba u vezi s nadležnošću Vijeća ICAO, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972, strana 52*). Stoga se podrazumijeva da Sud neće donositi presudu o meritumu ovog spora, osim ukoliko ne utvrdi da ima nadležnost. Ukoliko Srbija i Crna Gora bude željela prezentirati daljnju argumentaciju u vezi s pitanjima nadležnosti Sudu, tokom usmene rasprave o meritumu, ona je slobodna to učiniti” (Pismo od 12. juna 2003).

Sadržaj ovoga pisma jasno je ukazao stranama u sporu da nije donijeta konačna odluka o nadležnosti, jer bi za Sud bilo nezamislivo da priopći Tuženoj strani da je slobodna prezentirati daljnju argumentaciju Sudu u vezi s

pitanjima nadležnosti, ukoliko ne bi postojala mogućnost da se ona pozitivno riješe. Bilo bi nezamislivo za Sud da spomene akciju *proprio motu*, a da nije razmotrio mogućnost preduzimanja te akcije, kao i daljnju mogućnost da bi rezultat ove akcije mogao biti negativan zaključak o nadležnosti. U protivnom bi poziv Srbiji i Crnoj Gori da iznosi argumentaciju o pitanjima nadležnosti u fazi merituma bio potpuno nesvrshodan.

Pismo iz juna 2003. ukazuje na prihvatljivost stavljanja prigovora Tužene strane na primjenu člana 35 Statuta. Zapravo, prigovori na nadležnost Suda stavljeni su u dio završnih podnesaka i Sud ih je odbacio u *dispozitivu* ove Presude.

Stav suda zasniva se na tumačenju principa *res judicata* u sporednim postupcima kao apsolutnog i iscrpnog. Ovo tumačenje predstavlja oštro odstupanje od njegovog ranijeg opreznijeg i nijansiranijeg stava o ovome pitanju. On dolazi u sukob s “neiscrpnim karakterom postupka u vezi s preliminarnim prigovorima” (prema kojem “bez obzira na to da li pitanja nadležnosti jesu ili nisu pokrenuta u fazi predviđenoj za preliminarne prigovore, ona ipak mogu biti pokrenuta kasnije, čak i od strane Suda *proprio motu*”, Shabtai Rosenne, *Pravo i praksa Međunarodnog suda 1920-2005*, tom II, strana 876, II.229). Time se ograničava pravo i dužnost Suda da postupi *proprio motu* kako bi se osiguralo da nadležnost stvarno postoji u svim fazama postupka. Konačno, kao što je slučaj u ovome postupku, to može dovesti Sud u sukob sa pravnim činjenicama koje su utvrdili drugi subjekti, a ne Sud, kao i sa sopstvenim zaključcima utvrđenim u nekom drugom sporu o potpuno istim činjenicama. Također je prisutna, u izvjesnoj mjeri, nepogrešivost samoga Suda u njegovom rasuđivanju, što je za mene teško da prihvatim.

Iz gore navedenih razloga, ja nisam mogao da podržim zaključak Suda sadržan u paragrafu 1 dispozitiva Presude.

### **Meritum**

U skladu s članom IX Konvencije o genocidu, Sud treba rješavati sporove između strana ugovornica, “uključujući one [sporove] koji se odnose na odgovornost država za genocid ili za bilo koja druga djela taksativno navedena u članu III”. Logika koja proistječe iz Presude je da se nijedna država ne može smatrati odgovornom za genocid ili za bilo koja druga djela taksativno navedena u članu III, osim ukoliko Konvencija o genocidu ne

nameće stranama ugovornicama obavezu da same ne vrše genocid i druga djela taksativno navedena u članu III ove Konvencije.

U Presudi se kaže da “imajući u vidu da je član IX u osnovi odredba o nadležnosti, Sud smatra da treba najprije utvrditi da li suštinska obaveza država o nevršenju genocida može proisteći iz drugih odredaba Konvencije” (Presuda, paragraf 166). U Presudi se priznaje da “takva obaveza nije izričito sadržana u stvarnim odredbama Konvencije” (*Ibid.*). Zatim, prema logici Presude, ova se obaveza mora podrazumijevati u članu I: “obaveza sprečavanja genocida nužno podrazumijeva zabranu vršenja genocida” (*Ibid.*). U Presudi se također zaključuje da se dužnost država da same ne vrše genocid odnosi na druga djela taksativno navedena u članu III (*Ibid.*, paragraf 167).

Ne nalazim da je ova konstrukcija održiva iz slijedećih razloga:

Prvo, može se staviti opća zamjerka na samu ideju o neizrečenoj obavezi.

Drugo, “neizrečena obaveza” koja je u pitanju ne uklapa se s Konvencijom. Konvencija se, u svome suštinskom dijelu, bavi krivicom pojedinaca u krivičnom smislu. Presuda se dotiče ove činjenice i pokušava je pomiriti s idejom o odgovornosti države da ne vrši upravo ona krivična djela koja nastoji spriječiti i kazniti. Međutim, ovaj pokušaj nije uvjerljiv. Niti bi mogao biti, pošto to prosto nije ono što se zapravo u Konvenciji kaže.

Treće, pojam obaveze države da ne vrši genocid, kao i druga djela iz člana III, dolazi u sukob sa samim osnovama Konvencije o genocidu, jer u Konvenciji nema riječi o nečemu kao što je genocid (ili bilo koja druga djela iz člana III), a da ne predstavlja zločin. Ipak, općeprihvaćeno je da ne postoji takvo nešto kao što je krivična odgovornost države. Sud, strane i Komisija za međunarodno pravo (KMP) saglasni su u tome da države ne vrše zločine. Stoga, ono što se postiže uvođenjem koncepta da neka država sama vrši genocid predstavlja dekriminalizaciju genocida, koji je, usljed toga, transformiran u međunarodno protupravno djelo. Ova transformacija je isto toliko nevjerovatna koliko je nemoguća prema Konvenciji o genocidu.

Iako Sud zaključuje da su “države ugovornice Konvencije dužne da ne vrše genocid” daje pojašnjenje da su strane obavezne da to ne čine

“preko postupaka svojih organa ili osoba ili grupa čiji se postupci mogu njima pripisati” (Presuda, paragraf 167).

Sud kaže da “ako neki organ države ili osoba ili grupa čiji postupci se legalno mogu pripisati toj državi, izvrši neka od djela zabranjenih članom III Konvencije, nastaje međunarodna odgovornost te države” (*Ibid.*, paragraf 179). Ovo je potpuno tačno. Radi se o odgovornosti države kada zločin genocida izvrši neki pojedinac čija se djela pravno mogu njoj pripisati. Nikakva “neizrečena odgovornost” država da same ne vrše genocid nije potrebna da bi za njih ta odgovornost nastala putem pripisivanja.

Stoga, ne mogu prihvatiti rasuđivanje Suda da, osim ukoliko se u Konvenciji navodi da ona sadrži odgovornost država članica da same ne vrše genocid, državama se ne “zabranjuje vršenje takvih djela putem njihovih organa ili osoba nad kojima imaju čvrstu kontrolu tako da se njihovo ponašanje može pripisati odnosnoj državi u skladu s međunarodnim pravom” (*Ibid.*, paragraf 166). KMP je utvrdila nešto što je očigledno rekavši:

“Država je stvarni organizirani subjekt, pravna osoba s punim autoritetom da djeluje po međunarodnom pravu. Ali, priznati ovo ne znači da se negira elementarna činjenica da država ne može sama po sebi djelovati. ‘Djelo države’ mora podrazumijevati neko činjenje ili nečinjenje od pojedinca ili grupe: ‘Države mogu djelovati samo putem i preko svojih agenata i predstavnika’” (Nacrt Odredaba o odgovornosti država za međunarodno protupravna djela, s komentarima, 2001, strana 71).

Bilo bi zaista nevjerovatno čitati Konvenciju o genocidu tako da dopušta državama “kao takvim” da vrše genocid ili bilo koja druga djela iz člana III, pošto će njihova odgovornost nastati kada zločin genocida izvrše osobe koje mogu izazvati odgovornost države. Uopćeno rečeno, kao stvar principa, kada god međunarodno pravo kriminalizira neko djelo, ako to djelo izvrši osoba koja može izazvati odgovornost države, država se može smatrati odgovornom. Činjenica da neke međunarodne konvencije koje kriminaliziraju određena djela sadrže “klauzule za zaobilaznje”, kao što je slučaj s Međunarodnom konvencijom o suzbijanju terorističkih bombaških napada i Međunarodnom konvencijom o suzbijanju djela nuklearnog terorizma, isključujući oružanu silu za vrijeme oružanog sukoba iz opsega

ovih konvencija<sup>1</sup>, samo potvrđuje ovaj princip. Ovaj je princip definitivno sadržan u Konvenciji o genocidu koja se, prvo, konkretno poziva, u članu IX, na odgovornost države za genocid, zločin koji su, prema njenom suštinskom dijelu, izvršili pojedinci, i drugo, odražava apsolutnu zabranu genocida na osnovu općeg međunarodnog prava<sup>2</sup>. Vještačko poimanje obaveze države, u skladu s Konvencijom o genocidu, da ne vrši genocid ni na koji način ne pojačava ovu neprikosnovenu zabranu.

Postoji izvjesna mjera saglasnosti među stranama o ovom pitanju. Prema Tuženoj strani

“da bi država bila odgovorna u skladu s Konvencijom o genocidu, prvo se moraju utvrditi činjenice. Pošto genocid predstavlja zločin, on se može ustanoviti u skladu s pravilima krivičnog prava, pri čemu je individualna odgovornost prvi uvjet koji se mora ispuniti. Država se može smatrati odgovornom samo ukoliko nema osnova za sumnju da se radi o genocidu. Potom se, također, mora pokazati da osoba koja je izvršila genocid može izazvati odgovornost države...” (CR 2006/18, strana 20, paragraf 38).

Prema Podnosiocu tužbe

“u punom značenju pojma, genocid predstavlja međunarodni zločin koji, ne samo da podrazumijeva krivičnu odgovornost pojedinaca koji su ga izvršili već i države kojoj se mogu pripisati djela koja su počinili pojedinci, postupajući *de jure* ili *de facto* u njeno ime” (CR 2006/33, strana 31, paragraf 44).

Da je Sud prihvatio pristup prema kojem odgovornost države nastaje kada zločin genocida ili druge zločine iz člana III izvrše pojedinci koji su u stanju izazvati takvu odgovornost, stajao bi čvrsto na stanovištu Konvencije i svakako bi mogao dati konstataciju koju zahtijeva član IX, u pogledu “odgovornosti države za genocid ili za bilo koja druga djela taksativno navedena u članu III”.

<sup>1</sup> Vidjeti Međunarodnu konvenciju o suzbijanju terorističkih bombaških napada, koju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija 15. decembra 1979, član 19, stav 2, i Međunarodnu konvenciju o suzbijanju djela nuklearnog terorizma, koju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija 13. aprila 2005, član 4, stav 2.

<sup>2</sup> Činjenica da je član IX predmet rezervi više država članica ne mijenja, na bilo koji način, apsolutni karakter zabrane genocida, kako je izraženo u Konvenciji o genocidu. Stavljanje rezerve u odnosu na član IX ne oslobađa državu odgovornosti za genocid, već samo sprečava ovaj Sud da rješava spor u vezi s takvom odgovornošću.

Član IX proširuje opseg rješavanja sporova izvan uobičajenog “tumačenja i primjene” (dodavanje “ispunjavanja” nije posebno značajno) tako da uključuje odgovornost države za genocid i druga djela iz člana III.

Međutim, ništa u članu IX ne sugerira da Sud ima ovlaštenje da ide dalje od rješavanja sporova u vezi s odgovornošću države i da, ustvari, izvrši istragu i utvrdi da li zločin genocida jeste ili nije izvršen.

Sud prosto ne može utvrditi individualnu odgovornost za zločin genocida izvršen od osoba koje mogu izazvati odgovornost države, jer nema krivičnu nadležnost.

Posebno zbog izostanka krivične nadležnosti, Sud ne može utvrditi postojanje ili nepostojanje genocidne namjere, jer ništa u Konvenciji o genocidu ne ukazuje na to da se radi o genocidnoj namjeri u bilo kojem drugom smislu osim kao neophodnom dijelu, mentalnom elementu zločina genocida.

Ono što Sud može i mora učiniti jeste da utvrdi da li je dovoljno uvjeren da je genocid izvršen.

Da bi se došlo do takvog zaključka, bilo bi dovoljno da se Sud, u ovom sporu, oslonio na nalaze Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (MKTBJ), u mjeri u kojoj su oni u skladu s Konvencijom o genocidu, koja predstavlja isključivu osnovu za nadležnost u ovom postupku.

Umjesto toga, Sud je stao na stanovište prema kojem može sam donijeti zaključak o tome da li genocid jeste ili nije izvršen, a da neki sud ili tribunal koji vrši krivičnu nadležnost nije donio izričitu odluku o tome. U Presudi se ne daje nikakvo objašnjenje pravnog osnova za takav stav. Umjesto toga, Sud konstruira svoju “sposobnost” za to (Presuda, paragraf 181), o čemu nema nikakve potvrde u Konvenciji o genocidu.

Sud tvrdi da:

“Bilo koje drugo tumačenje podrazumijevalo bi da ne bi bio na raspolaganju nikakav pravni lijek na osnovu Konvencije u pojedinim situacijama koje se mogu zamisliti: da je genocid navodno izvršen u

okviru neke države od njenih rukovodilaca i da oni nisu izvedeni pred sud zato što, naprimjer, još uvijek u velikoj mjeri kontroliraju vlast u toj državi, uključujući policiju, tužilaštvo i sudove, a da ne postoji nikakav krivični tribunal koji bi vršio nadležnost za te navodne zločine; ili da je odgovorna država priznala kršenje” (Presuda, paragraf 182).

Međutim, pozivanje na nepostojanje pravnog lijeka u nekim situacijama, kao argument *au contrario*, niti podržava niti pojašnjava ovakav stav Suda. Ne postoji, naprimjer, nikakav pravni lijek kada je dotična država stavila rezervu na član IX. Što se tiče gore navedenog primjera o rukovodiocima država koji još uvijek kontroliraju svoju zemlju, naprotiv, pravni lijek još uvijek bi bio raspoloživ da je obraćanje Sudu izvršeno na regularan način; štaviše, Sud, pošto utvrdi svoju nadležnost na bazi *prima facie* može, ako se to od njega traži, odrediti privremene mjere obavezujućeg karaktera. Nadalje, da bi se odmah riješila takva situacija, vjerovatno bi bilo neophodno djelovanje Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija, u skladu s Poglavljem VII Povelje. Što se tiče nepostojanja međunarodnog krivičnog tribunala, Vijeće sigurnosti može osnovati jedan *ad hoc* krivični tribunal, ako dotična država nije strana Rimskoga statuta Međunarodnoga krivičnoga suda, otvorenoga za potpisivanje 17. jula 1998. Naravno, ukoliko neka država prizna svoju odgovornost za genocid pred ovim Sudom, pitanja utvrđivanja da li je genocid izvršen ili nije, kao i o tome da li je Tužena strana odgovorna za to, u tom se slučaju jednostavno ne bi postavljala, što bi Sudu omogućilo da odmah pristupi rješavanju pitanja reparacija.

Teza da Sud ne samo da utvrđuje odgovornost neke države za genocid već utvrđuje i da li genocid jeste ili nije izvršen, proizlazi, svakako, iz ideje o odgovornosti države da sama ne vrši genocid, o čemu Sud izvodi zaključak na osnovu Konvencije. Prema takvoj konstrukciji, Sud jednostavno utvrđuje kršenje te “ugovorne obaveze”. Prema tome, slijedeći takvu logiku, nedostatak krivične odgovornosti ne predstavlja uopće prepreku, jer se Sud ne bavi genocidom kao zločinom koji je, neosporno, takav na osnovu Konvencije o genocidu. Takav pristup nije u skladu ni s Konvencijom o genocidu ni sa Statutom Suda.

Rekavši da on “sam mora donijeti svoj sud o činjenicama koje su relevantne za pravo za koje Podnosilac tužbe tvrdi da ih je Tužena strana prekršila”, Sud priznaje da su “mnoge od optužbi iznijetim pred Sudom već bile predmet procesa i odluka MKTBJ” (Presuda, paragraf 212) i zaključuje da:

“u načelu, treba prihvatiti kao veoma uvjerljive relevantne zaključke o činjenicama do kojih je došao Tribunal na suđenjima, osim, naravno, ako oni nisu bili osporeni po žalbi. Iz istih razloga, svaka procjena Tribunala zasnovana na činjenicama koje su, naprimjer, utvrđene u smislu postojanja neophodne namjere, ima također pravo da dobije adekvatnu težinu” (*Ibid.*, paragraf 223).

Pošto je tako, u načelu, utvrđena mogućnost donošenja zaključaka koji se razlikuju od zaključaka ovog krivičnog tribunala u pogledu toga da li je genocid izvršen ili nije, Sud je pristupio razmatranju optužbi koje je već razmotrio i o kojima je odlučivao MKTBJ, čime je potencijalno došao u koliziju s Tribunalom.

Međutim, u praksi nije došlo do takve kolizije. To ipak ne umanjuje neuspjeh Suda da uspostavi adekvatnu ravnotežu između nadležnosti Suda i nadležnosti krivičnog tribunala, na osnovu Konvencije o genocidu.

Istovremeno, treba napraviti jasnu razliku između Suda koji sprovodi svoju vlastitu istragu i dolazi do pravno obavezujućih zaključaka u pogledu toga da li je genocid izvršen ili nije, a što ne može činiti, i Suda koji primjenjuje test iz Konvencije o genocidu na odluke MKTBJ o genocidu, a što on mora činiti, imajući u vidu da se njegova nadležnost zasniva isključivo na Konvenciji o genocidu, a da se nadležnost Tribunala zasniva na njegovom Statutu. Taj test govori o tome da li su odluke MKTBJ u skladu s Konvencijom o genocidu. Ako neki nalaz MKTBJ ne prođe taj test, Sud mora zanemariti taj konkretan nalaz prilikom odlučivanja o sporu koji se nalazi pred njim.

Nažalost, Sud nije to učinio u neophodnoj mjeri primjenjujući test Konvencije o genocidu na odluke MKTBJ.

Sud je zaključio da su djela genocida izvršili “pripadnici VRS [Vojska Republike Srpske] u Srebrenici i njenoj okolini negdje oko 13. jula 1995” (Presuda, paragraf 297). Prilikom donošenja takvog zaključka, Sud se oslonio na nalaze MKTBJ u slučajevima *Krstić* i *Blagojević* (*Krstić*, IT-98-33-A, Presuda Žalbenog vijeća, 19. april 2004 (dalje u tekstu “*Krstić*”) i *Blagojević i Jokić*, IT-02-60-T, Presuda Pretresnog vijeća I, 17. januar 2005 (dalje u tekstu “*Blagojević*”)).



Ove dvije osobe (od kojih je samo osuda za Krstića konačna) osuđene su za zločin koji je utvrđen Statutom Tribunala (član 7, stav 1), ali koji ne priznaje Konvencija o genocidu – pomaganje i podsticanje genocida. Kako je to utvrdio MKTBJ, ni Krstić ni Blagojević nisu imali genocidnu namjeru (“Pretno vijeće očigledno nije uspjelo osigurati adekvatne dokaze da je Radislav Krstić imao genocidnu namjeru”, (*Krstić*, paragraf 134)). Tribunal je, na osnovu svoga Statuta, smatrao da se osobe koje su pružale pomoć i podršku mogu osuditi za pomaganje i podsticanje genocida, a da pritom nisu imale genocidnu namjeru. U Konvenciji o genocidu, međutim, predviđa se postojanje genocidne namjere za svako od zabranjenih djela navedenih u njoj, što je sam MKTBJ prihvatio (*Krstić*, paragraf 142), a strane u sporu nisu osporile.

Prema tome, ove dvije osude - za sada jedine - u vezi s optužbama za genocid, Sud ne može uzeti u obzir s obzirom da se njegova nadležnost zasniva isključivo na Konvenciji o genocidu, što nije slučaj s ovim dvjema osudama.

I pored toga, ove dvije Presude relevantne su za spor pred Sudom u mjeri u kojoj se u njima iznosi da se genocid dogodio u Srebrenici. Ustvari, cjelokupan slučaj u ovoj Presudi zasniva se na tom konkretnom zaključku MKTBJ.

Međutim, postavlja se pitanje da li je ovaj zaključak izveden unutar specifičnog okvira Konvencije o genocidu ili to nije slučaj.

Način na koji je MKTBJ, između ostalog, tretirao pitanje genocidne namjere sugerira najvjerojatnije negativan odgovor na ovo pitanje. U slučaju *Blagojević*, Pretresno vijeće je zaključilo da su snage bosanskih Srba imale namjeru da unište muslimansko stanovništvo Srebrenice (*Blagojević*, paragraf 677). U slučaju *Krstić*, MKTBJ je bio nešto konkretniji, govoreći o nekim pripadnicima Glavnog štaba VRS. Žalbeno vijeće odlučilo je da Pretresno vijeće, zaključujući da su neki (neimenovani ili nepoznati) pripadnici Glavnog štaba VRS namjeravali uništiti bosanske muslimane iz Srebrenice, “nije odstupilo od pravnih zahtjeva predviđenih za genocid” (*Krstić*, paragraf 38).

Drugim riječima, Žalbeno vijeće nije reklo da Pretresno vijeće nije odstupilo od pravnih zahtjeva predviđenih Konvencijom o genocidu, zato što je, između ostalog, krajnje sporno da se, prema Konvenciji, genocidna namjera, mentalni element koji treba utvrditi u krivičnom postupku, može

utvrditi bez suđenja (ili u najmanju ruku, bez identificiranja i podnošenja neophodnih dokaza) osobi ili osobama koje su imale takvu namjeru. Zapravo, sam Tribunal priznao je da je potrebno imati uvid u stanje svijesti navodnih počinitelja, kako bi se izveo zaključak o tome da su ti počinioci imali genocidnu namjeru.

U slučaju *Stakić* navodi se da:

“Pošto je saslušalo sve dokaze, Pretresno vijeće nalazi da nije raspolagalo potrebnim uvidom u stanje svijesti navodnih počinitelja koji su postupali na višem nivou političke strukture od dr. Stakića, kako bi moglo izvesti zaključak da su ti počinioci imali specifičnu genocidnu namjeru” (IT-97-24-T, Presuda, 31. juli 2003, paragraf 547).

Veoma je teško pomiriti uvjet o “neophodnom uvidu u stanje svijesti navodnih počinitelja”, što je u potpunosti u skladu sa Konvencijom o genocidu, sa pristupom koji je usvojio MKTBJ u slučaju *Krstić*: “Štaviše, može se izvesti zaključak o tome da je konkretan zločin bio motiviran genocidnom namjerom, čak i onda kada pojedinci kojima se pripisuje takva namjera nisu precizno identificirani.” (*Krstić*, paragraf 34). Ne samo da ovakav pristup nije u skladu sa uvjetima predviđenim Konvencijom o genocidu, već se njime pokreću i pitanja u vezi sa pravičnošću krivičnog postupka i tačnošću tako izvedenih zaključaka. Šta bi bilo, na primjer, kada bi Tribunal, u kasnijoj fazi, tokom eventualnog suđenja za sada neimenovanim pripadnicima Glavnog štaba VRS, pošto je pribavio “neophodan uvid u stanje svijesti navodnih počinitelja”, zaključio da ti pojedinci nisu imali genocidnu namjeru? Odnosno, da li su te osobe proglašene krivim čak i prije nego što im je suđeno? A, s obzirom da se to nije dogodilo, ostaje otvoreno pitanje da li se masakr u Srebrenici može okarakterizirati kao genocid.

U takvim okolnostima, Sud je trebalo da donese zaključak da nije u dovoljnoj mjeri utvrđeno vršenje genocida ili drugih djela iz člana III u Srebrenici.

I pored teškoća koje imam sa tumačenjem Konvencije o genocidu od strane Suda, kao što je gore navedeno, a time, i sa formulacijama iz paragrafa 2, 3 i 4 dispozitiva Presude, našao sam se u polazaju da glasam za te paragrafe jer, u suštini, one sadrže odgovor na ključno pitanje u ovome

sporu: Tužena strana nije odgovorna za genocid niti za bilo koje drugo djelo taksativno navedeno u članu III. Moj glas u prilog tih paragrafa ni na koji način ne kompromitira moj stav da nije u dovoljnoj mjeri utvrđeno da se masakr u Srebrenici može okarakterizirati kao genocid.

Imam dodatne teškoće s tretmanom, od strane Suda, obaveze sprečavanja prema Konvenciji o genocidu, kojeg smatram preširokim.

Mišljenja Podnosioca tužbe o sprečavanju bila su sasvim razložna:

“Ova obaveza izražena je u veoma općem smislu i, takoreći, u vidu uvodnih napomena u članu I, što je potpuno u skladu s formulacijom iz naslova Konvencije. Kasnije odredbe u članovima od IV do VIII dodaju niz konkretnih pojedinosti i pojašnjenja bitnih za njenu primjenu. Međutim, u tim daljnjim odredbama, naglasak je, prije svega, na kažnjavanju, dok se pravila o sprečavanju tek nagovještavaju.

Tačno je, međutim, da se ne može povući precizna granica između sprečavanja i kažnjavanja. Prvo, dobro je poznato da dobro organizirani sistem izvršenja, koji je u stanju nametnuti kazne koje su srazmjerne težini krivičnih djela, igra veoma značajnu preventivnu ulogu; i drugo, efikasno sprečavanje zahtijeva kažnjavanje svih djela pripremanja genocida (kao što su udruživanje radi vršenja genocida ili pokušaj vršenja genocida, itd.) ili djela koja predstavljaju podsticanje na vršenje genocida. Drugim riječima, kažnjavanje većine od ovih tzv. ‘pomoćnih’ djela utvrđenih u članu III Konvencije... igra određenu, iako očevidno neiscrpljenu, ulogu u oblasti sprečavanja” (CR 2006/11, strana 16, paragrafi 1-2).

“Odsustvo teritorijalnih granica u pogledu obaveze sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida, što je [Sud] naglasio 1996, znači, dakle, da država članica Konvencije mora izvršavati ovu obavezu čak i izvan svoje sfere teritorijalnoga suvereniteta kada vrši - legalno ili ilegalno - efektivnu kontrolu nad teritorijom izvan njenih granica, preuzimajući prerogative javne vlasti na toj teritoriji” (*Ibid.*, strana 20, paragraf 12).

Tužena strana nije osporila ovaj pristup. Sa svoje strane, ona je iznijela da bi “preventivne mjere bile zakonski propisi usmjereni protiv genocida” (CR 2006/20, strana 21, paragraf 343). Kao i da se “Konvencija o genocidu može primijeniti samo onda kada odnosna država ima teritorijalnu nadležnost ili kontrolu na područjima na kojima se tvrdi da su izvršena kršenja Konvencije” (CR 2006/16, strana 15, paragraf 20).

Prema tome, između strana u sporu ne postoji spor o tumačenju dužnosti sprečavanja. Međutim, Sud se opredijelio da izađe s inicijativom o toj temi, iznoseći da je “dužnost sprečavanja nametanje pozitivnih obaveza državama da učine sve da do takvih djela ne dođe” (Presuda, paragraf 432), te dodajući da “nije potrebno da je [država] imala određena saznanja o tome šta će se dogoditi: dovoljno je da je bila svjesna, ili je trebala biti svjesna, da je postojala ozbiljna opasnost da će se dogoditi neka od djela zabranjenih Konvencijom” (*Ibid.*).

Prema tome, Sud izjednačuje pojam “dužne pažnje” s dužnošću sprečavanja na osnovu Konvencije o genocidu i primjenjuje ga na međunarodnu scenu na kojoj različite države imaju različit stepen sposobnosti “da utječu efikasno na postupke osoba za koje se pretpostavlja da će izvršiti, ili su već izvršila, genocid” (*Ibid.*, paragraf 430), svaka u okviru svoje sposobnosti “da utječe” mora učiniti sve da osigura da do vršenja djela genocida ni ne dođe.

To se može posmatrati kao pohvalni apel državama svijeta da učine sve što mogu da spriječe genocid, ali to nije ispravno tumačenje Konvencije u skladu s običajnim međunarodnim pravom, kako je sadržano u članovima 31 i 32 Bečke konvencije o pravu ugovora. Sadržaj koji Sud daje obavezi sprečavanja (a ne njenog tumačenja) predstavlja politički iskaz koji je jasno izvan konkretnog okvira Konvencije o genocidu.

Po mome mišljenju, Sud je o toj temi trebao reći slijedeće: neka država nije uspjela izvršiti svoju dužnost sprečavanja prema Konvenciji o genocidu ako je genocid izvršen u okviru teritorije na kojoj ona vrši svoju nadležnost ili koja je pod njenom kontrolom. Čak i u slučaju da počinioci nisu njeni organi ili osobe sposobne da izazovu njenu odgovornost na osnovu običajnog međunarodnog prava, neuspjeh je očigledno prisutan. Čak i u slučaju da dotična država poduzme iscrpne mjere predviđene Konvencijom, kao što je donošenje relevantnog zakonodavstva, ako dođe do vršenja genocida u okviru teritorije koja je pod njenom nadležnošću ili kontrolom, ona ipak nije izvršila svoju dužnost

sprečavanja. Dužnost sprečavanja predstavlja dužnost rezultata, a ne dužnost ponašanja.

Umjesto toga, Sud je veopolički privlačan, premda pravno neodređen, zapravo, teško mjerljiv u pravnom smislu, koncept dužnosti sprečavanja s bitnim elementom kontrole, koji je zamijenjen visoko subjektivnim pojmom utjecaja. Ne smatram da tumačenje Suda dužnosti sprečavanja kao dužnosti ponašanja, a ne dužnosti rezultata, (Presuda, paragraf 430), što predstavlja logički element spomenutog koncepta, čini uslugu cilju sprečavanja genocida.

Stoga, ne mogu podržati zaključak Suda sadržan u paragrafu 5 dispozitiva. Pored toga, moje negativno glasanje u vezi sa tim paragrafom odražava i moj stav, koji je iznijet gore u tekstu, da nije u dovoljnoj mjeri utvrđeno da se masakr u Srebrenici može okvalificirati kao genocid.

Iz ovoga posljednjega razloga ne mogu podržati nalaz Suda, sadržan u paragrafu 7 dispozitiva u pogledu nepoštivanja od strane Tužene strane privremenih mjera koje je Sud naložio 8. aprila i 13. septembra 1993. Međutim, mišljenja sam, da vlasti Savezne republike Jugoslavije nisu postupile po tim nalogima onako kako je trebalo. Da su to uradile, to je moglo imati efekt sprečavanja mnogih zlodjela koja ne predstavljaju genocid. Tužena strana ne poriče činjenicu da su se ti zločini dogodili u Bosni i Hercegovini, tokom relevantnog perioda.

Podržao sam nalaz sadržan u paragrafu 6, jer Tužena strana nije pružila Sudu jasan iskaz da je učinila sve što je u njenoj moći da liši slobode i prebaci Ratka Mladića, koji je optužen za genocid i saučesništvo u genocidu, radi suđenja pred MKTBJ.

Slažem se s odlukom Suda iz paragrafa 8 dispozitiva kada se radi o obavezi Tužene strane da saraduje s tim Tribunalom u pogledu osoba optuženih za genocid ili za bilo koja druga djela zabranjena članom III Konvencije.

(Potpisano) Leonid SKOTNIKOV

## IZDOJENO MIŠLJENJE SUDIJE MAHIU

*1. Tok procesa i njegov utjecaj – Postupanje Tužene strane i pristup Sudu – Hronologija događaja – Analiza ponašanja Tužene strane – Jednostrane izjave Tužene strane i njihove implikacije na obaveze iz Konvencije i njen status u Ujedinjenim nacijama – Problem prešutnog pristajanja i zabrane poricanja prethodnog stanja – Značaj postupanja Tužene strane i Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida.*

*2. Odgovornost država prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida – Sadržaj i obim pripremljenih radova – Problem obuhvatanja odgovornosti država za djela genocida – Priznavanje građanske odgovornosti država – Veza između Konvencije o genocidu i pravila međunarodnog prava o odgovornosti.*

*3. Problem dokaza u oblasti genocida – Teret dokaza – Kriteriji koje treba usvojiti – Doprinos sudske prakse međunarodnih krivičnih sudova a posebno Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju – Ovlaštenja Suda – Član 49 Statuta i član 62 Pravilnika – Kritika stava Suda koji odbija sprovesti ovlaštenje koje ima u oblasti dokaza.*

*4. Namjera u zločinu genocida – Definiranje elementa namjere – Uništiti potpuno ili djelimično jednu grupu kao takvu – Uništiti jednu nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku grupu – Potpuno ili djelimično uništenje muslimana u Bosni i Hercegovini – Pozitivna ili negativna definicija grupe – Osnovanost primjene na ovaj slučaj – Dokaz i dedukcija genocidne namjere – Namjera počinitelaca djela genocida – Genocidna namjera ili saznanje o takvoj namjeri za saučesnike – Politika etničkog čišćenja i njene veze s genocidom – Doprinos sudske prakse međunarodnih krivičnih sudova.*

*5. Pripisivost odgovornosti za zločin genocida Tuženoj strani – Odgovornost Tužene strane za djela koja su počinili njeni de jure organi – Odgovornost Tužene strane za djela Republike Srpske smatranom de facto organom Tužene strane – Odgovornost Tužene strane za djela Republike Srpske zbog kontrole koju je nad njima vršila Tužena strana – Odgovornost Tužene strane zbog podsticaja i dogovora u cilju izvršenja genocida – Odgovornost Tužene strane zbog saučesništva u genocidu.*

## SADRŽAJ

	<b>Strana</b>
Uvod.....	2
I. Tok procedure i njegov utjecaj .....	4
A. Utjecaj postupanja tužene strane i pristup Sudu .....	5
1. Hronologija.....	5
2. Analiza ponašanja Tužene strane .....	7
a) <i>Implikacije jednostrane izjave SRJ da se smatra članicom Organizacije ujedinjenih nacija kao nastavljač bivše SFRJ</i> .....	7
b) <i>Problem prećutnog prihvatanja i zabrane poricanja prethodnog stanja</i> .....	7
B. Utjecaj postupanja tužene strane i Konvencija o genocidu.....	10
1. Hronologija.....	10
2. Analiza ponašanja tužene strane.....	10
II. Odgovornost država prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida .....	18
A. Razmatranje pripremnih radova na Konvenciji o genocidu.....	20
B. Priroda odgovornosti država.....	22
III. Problem dokaza.....	24

IV. Problem namjere u zločinu genocida .....	31
A. Element namjere.....	32
1. Potpuno ili djelimično uništenje jedne grupe kao takve.....	34
2. Nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa .....	35
B. Dedukcija genocidne namere .....	37
1. Dokaz elementa namjere .....	37
2. Etničko čišćenje.....	38
3. Sudska praksa MKTBJ .....	40
V. Problem pripisivosti odgovornosti za djela genocida tuženoj strani .....	42
A. Odgovornost tužene strane za djela koja su počinili njeni organi <i>de jure</i> .....	42
B. Odgovornost tužene strane za djela organa Republike Srpske .....	45
1. Organi Republike Srpske smatrani kao <i>de facto</i> organi tužene strane.....	45
2. Kontrola koju je vršila tužena strana nad organima Republike Srpske.....	50
C. Odgovornost tužene strane za druga djela vezana za genocid .....	52
D. Pomoć ili podrška tužene strane za izvršenje genocida .....	54

\*

\*           \*



## UVOD

1. Osim užasne drame koju predstavlja – pošto se strane slažu da je blizu 100 000 ljudi poginulo u generalno veoma okrutnim uvjetima, na koje se dodaju fizičke i psihološke posljedice nezamislivog dometa – predmet *Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore* nesumnjivo je najvažniji, najsloženiji i najteži predmet dostavljen Međunarodnom sudu pravde. Već se izdvojio na proceduralnom planu, jer sad je već četrnaest godina kako je predmet na Sudu, a rasprave o meritumu neprestano se odlažu procesnom bitkom bez presedana; svi mogući i zamislivi izvori primijenjeni su i upotrijebljeni čak i preko onoga što je Statut Suda legitimno mogao ponuditi; čini se dakle, primjerenim vratiti se toku procesa i ponašanju tužene strane. Izdvaja se i volumenom spisa, izlaganja i svjedočenja. Prije svega se izdvaja činjenicom da je ovo prvi put da se od Suda traži da se izjasni o optužbi za genocid i njegovim posljedicama, budući da je genocid shvaćen kao najstrašniji zločin koji se može pripisati kako nekoj osobi tako i državi, kao u ovom slučaju. Ovaj slučaj omogućava Sudu da primijeni Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida i da protumači većinu njenih odredaba od kojih su neke izazvale velike rasprave o značaju i obimu koje im je trebalo dati<sup>3</sup>. Uostalom, kroz spominjanje genocida u predmetu *Oružane akcije na teritoriji Konga* Sud se oslobodio svojih nedoumica i rezervi prema *jus cogens*, izričito saopćavajući da norma kojom se zabranjuje genocid sigurno predstavlja imperativnu normu međunarodnog prava (*Oružane akcije na teritoriji Konga (Demokratska Republika Kongo protiv Ruande)*, *Odluka, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2006*, strana 31-32, paragraf 64).

2. Značaj, složenost i poteškoća tiču se isto tako i prije svega merituma slučaja, kao što uostalom pokazuje dužina odluke Suda čija bi većina obrazloženja mogla tražiti napomene da bi se izrazilo slaganje ili neslaganje s ovim ili onim vidom učinjenih konstatacija, prihvaćenih razmišljanja ili zaključaka do kojih je došao. Nije mi se učinilo prikladnim ili potrebnim da krenem u tom pravcu; po mom skromnom mišljenju, mišljenje jednog sudije, makar bilo oprečno, nema za cilj da započne izuzetno duga, značajna obrazloženja, da pristupi ponovnom razmatranju i procjeni svake od tačaka kojom se bavio Sud niti da na neki način rekonstruira neku drugačiju odluku; prije je riječ o tome da se stavi akcent na nekoliko ključnih tačaka

<sup>3</sup> Sud tako demantira mišljenje jednog autora koji je malo ishitreno zaključio: “Konvencija o genocidu je nepotrebna kada je primjenjiva a neprimjenjiva kada je potrebna” (G. Schwarzenbeger, *International Law, Voll, 3<sup>rd</sup> edition, 1957, paragraf 143*).

postupanja Suda da bi se naznačili stvarni i pravni motivi na osnovu kojih se možemo složiti ili ne složiti s cjelinom ili dijelom njegove argumentacije ili njegovih zaključaka. Čini mi se, prije svega, da je ovaj slučaj genocida, novinom i posebnošću problema postavljenih pred ovaj Sud, pokazao ne samo nedovoljnosti u preduzetom postupku nego možda i ograničenja vršenja sudske funkcije Suda. I dok Sud za sebe smatra da je potpuno sposoban da odlučuje o svim teškim i složenim pitanjima vezanim za jednu tvrdnje o zločinu genocida, nije zaista sebi dao sredstva da ispuni taj zadatak. Ovo mišljenje ima prije svega za cilj da s jedne strane pokaže način na koji ja vidim neke aspekte problema koje je sam Sud naveo čak i kad se slažem s utvrđenim rješenjima, a s druge strane da navedem i d objasnim, uz sve dužno poštovanje Sudu, tačke neslaganja u pristupu koji je usvojio u vršenju svoje sudske funkcije i u glavnim zaključcima do kojih je došao.

3. Kao što sam već pojasnio, ne radi se o tome da se odgovori na sva pitanja koja legitimno može da pokrene svaka od tačaka kojima se bavio Sud, niti čak na većinu njih; ovo mišljenje ograničiće se na nekoliko važnih tačaka za koje mi se čini da predstavljaju srž problema. Tačno je, međutim, da je mnogo pitanja vezano, sa manjom ili višom snagom jedno za drugo, i da odgovor na jedno od njih donosi često eksplicitan ili implicitan odgovor na drugo; samim tim može postojati ušteda sredstava u obrazloženju razmatranja koja slijede a koja se tiču toka procedure, odgovornosti država spram Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, problema dokaza, problema namjere u zločinu genocida i problema pripisivosti tuženoj strani zločina genocida i srodnih djela.

## **I. TOK PROCEDURE I NJEGOV UTJECAJ**

4. Iako je na Tuženoj strani da primijeni sva moguća sredstva koja joj omogućuju Statut i Pravila Suda da bi dokazala svoju tačku gledišta, čini mi se da je korisno u ovom predmetu vratiti se na tok procedure jer je njeno odvijanje navelo Sud da se u više navrata izjašnjava o svojoj nadležnosti, nakon što se proglasio nadležnim jedanaest godina ranije, 1996. S obzirom da su tokom ove procedure dominirale inicijative Tužene strane, poučno bi bilo osvrnuti se na njeno ponašanje sa svim posljedicama koje bi iz toga mogle proizaći.

5. Od 1992. do 2000. Savezna republika Jugoslavija (u daljem tekstu SRJ) tvrdila je da je jedina država “nastavljač” bivše Socijalističke

federativne republike Jugoslavije (SFRJ) i stalno je ponavljala da je vezana svim međunarodnim obavezama koje je preuzela bivša SFRJ. Smatrala je sebe članicom Organizacije ujedinjenih nacija, dakle, potpisnicom Statuta Suda i nije uostalom propustila da iskoristi pravo pristupa Sudu koje joj pruža Statut. Država Tužena strana u ovom predmetu, koji se odnosi na *Primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore)*, SRJ, osporila je nadležnost Suda, ali po drugim osnovama, a ne po članu IX Konvencije o genocidu; ne samo da je učestvovala u proceduri podnoseći zahtjeve s preporukom zaštitnih mjera kao odgovor na zahtjeve koje je podnijela Bosna i Hercegovina 1993. i tražeći preliminarna izuzeća 1995. nego je podnijela i protutužbene zahtjeve 1997. SRJ je bila i država Podnosilac tužbe Sudu; naime, 29. aprila 1999. podnijela je deset tužbenih zahtjeva protiv država članica NATO-a. Najzad, SRJ je Tužena strana u jednom predmetu pred Sudom, u kome je Hrvatska 2. jula 1999. pokrenula tužbeni zahtjev zbog kršenja Konvencije o genocidu.

6. U septembru 2000, gospodin Koštunica pobjeđuje na predsjedničkim izborima, a demokratska opozicija vrši smjenu režima u Srbiji i Crnoj Gori. Nova vlada Srbije i Crne Gore tada odlučuje promijeniti svoj stav u pogledu automatskog kontinuiteta pravnog subjektiviteta bivše SFRJ, produženja statusa člana Organizacije ujedinjenih nacija, potpisnice Statuta Suda i potpisnice Konvencije o genocidu. Stoga podnosi zahtjev za prijem u Organizaciju ujedinjenih nacija u svojstvu novog člana, osam godina poslije rezolucija Savjeta sigurnosti i Generalne skupštine koji je na to pozivaju. SRJ biva primljena u Organizaciju ujedinjenih nacija 1. novembra 2000. Od tada na Sudu ima potpuno drugačiji stav od onog do tog datuma, s riječima da je *a posteriori* otkrila da prije 1. novembra 2000. nije bila članica Organizacije ujedinjenih nacija, te da stoga nije bila potpisnica Statuta ni Konvencije o genocidu. Tako je, 23. aprila 2001, Tužena strana podnijela zahtjev za reviziju Presude o preliminarnim prigovorima (kojom se utvrđuje nadležnost Suda na osnovu člana IX Konvencije o genocidu) od 11. jula 1996, s obrazloženjem da se poslije njenog prijema u Organizaciju ujedinjenih nacija, 1. novembra 2000. nepogrešivo uspostavilo da ona nije bila potpisnica Statuta Suda ni Konvencije o genocidu prije ovog datuma. Ona je 4. maja 2001. podnijela Sudu svoju Inicijativu s ciljem ponovnog razmatranja nadležnosti u ovom predmetu po službenoj dužnosti, gdje se oslanja na iste argumente kako bi osporila nadležnost Suda. Kao i u usmenim izlaganjima iz 2006, Srbija i Crna Gora brani poziciju da “nije bila potpisnica Statuta i nije imala pravo pojavljivati se pred sudom, kada je Tužba podnijeta... Tužena strana nije nikada bila vezana

članom IX Konvencije o genocidu. Srbija i Crna Gora nije prihvatila nadležnost Vašeg cijjenjenog Suda u ovom slučaju” (CR 2006/12, strana 41).

7. Podsjetimo da državi, pravnoj osobi, nije ugrožen identitet smjenom ličnosti ili orijentacijom njenih rukovodilaca. Očigledno, sudnica nije otvorena za vlade nego za države. S druge strane, međunarodno pravo vezuje pravne posljedice određenim iskazivanjima jednostrane volje država. Tako su priznavanje situacije, obavještanje, prešutno pristajanje, postupanje jedne države u nekom procesu, isto tako izvori obaveza za države od kojih potječu. Sudska praksa Međunarodnog suda pravde je u više navrata dala pravne posljedice ponašanju država (*Arbitražna presuda donesena od kralja Španije 23. decembra 1960, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1960, strana 213*, “Nikaragva je, svojim izričitim izjavama i postupanjem, priznala validni karakter presude i više nema pravo vraćati se na to priznavanje da bi osporila validnost presude”; *Hram Preah Vihear (Kambodža protiv Tajlanda), Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1962, strana 32*, (“da Tajland, zbog svog ponašanja, ne može danas tvrditi da nije prihvatio mapu”). Ako je Sud već imao priliku da kaže da je “[s]igurno neobično da država koja je podnijela zahtjev za pokretanje tužbe dođe da osporava nadležnost suda kome se dobrovoljno obratila” (*Monetarno zlato uzeto iz Rima 1943, preliminarno pitanje, (Italija protiv Francuske, Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske i Sjedinjenih Američkih Država), Odluka, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1954, strana 28*), Srbija i Crna Gora je otišla još dalje i zauzela stavove koji su u suprotnosti s onim što je prije toga prihvatila, eksplicitno ili prešutno, u ovom predmetu. Ova promjena stava Srbije i Crne Gore u odnosu na nadležnost Suda, kroz dovodenje u pitanje njenog članstva u Organizaciji ujedinjenih nacija i njenih obaveza prema Konvenciji o genocidu, pokreće mnoge probleme koji zavređuju da nad njima zastanemo.

## **A. Utjecaj postupanja Tužene strane i pristup Sudu**

### **1. Hronologija**

8. SRJ je stalno tvrdila da je ona država nastavljač bivše SFRJ i, dakle, članica Organizacije ujedinjenih nacija, situacija koju je veoma dobro opisala Srbija i Crna Gora tokom izlaganja iz 2006:

“Stav bivše vlade SRJ u suštini je bio slijedeći: Uspjeli smo sačuvati pravac. Mi smo članica osnivač Organizacije ujedinjenih nacija. Zadržali smo status člana Organizacije ujedinjenih nacija i potpisnice međunarodnih konvencija osiguravajući kontinuitet pravnog subjektiviteta bivše Jugoslavije. Mi smo još uvijek ista država od koje su se drugi pokušali odvojiti (ili su se odvojili). Naš prijem u Organizaciju ujedinjenih nacija, dakle nije, u pitanju i nepotrebno je provjeravati da li mi ispunjavamo uvjete iz člana 4 Povelje, pošto nikada nismo prestajali biti član Organizacije. Zbog principa kontinuiteta, mi smo ostali članovi Organizacije ujedinjenih nacija i zadržali smo status strane ugovornice koje je potpisala SFRJ” (SR 2006/12, strana 53, paragraf 1.33).

9. Prilikom proglašenja Savezne republike Jugoslavije, 27. aprila 1992, u njeno je ime usvojeno zvanično saopćenje, po kome:

“Savezna republika Jugoslavija, osiguravajući državni kontinuitet i međunarodni pravni i politički subjektivitet Socijalističke federativne republike Jugoslavije, strogo će poštovati sve obaveze koje je Socijalistička federativna republika Jugoslavija preuzela na međunarodnom planu.”

Tako izražena namjera SRJ da poštuje međunarodne ugovore, čija je potpisnica bila bivša Jugoslavija, potvrđena je zvaničnom notom od 27. aprila 1992, koju je Generalnom sekretaru uputila Stalna misija Jugoslavije pri Ujedinjenim nacijama (Ujedinjene nacije, dok. A/46/915, aneks I). Pred ovim sudom, ona nije prestala preduzimati inicijative, brojne i ponovljene, koje dokazuju njeno puno učešće. Tako:

- 1. aprila 1992. i 10. augusta 1993, u svojim pisanim napomenama o privremenim mjerama koje je tražila Bosna i Hercegovina, SRJ sa svoje strane formulira zahtjeve s preporukom privremenih mjera;
- 26. juna 1995. SRJ pokreće preliminarne prigovore vezane za prihvatljivost Tužbe i nadležnost Suda, ali nijedan od ovih prigovora ne tiče se pitanja pristupa Sudu, prihvatanja nadležnosti Suda od SRJ ili njenog pripadanja Konvenciji o genocidu;
- 23. jula 1997. SRJ predaje svoju protutužbu u kojoj formulira protutužbene zahtjeve;

- 26. aprila 1999. SRJ daje izjavu priznavajući obaveznu nadležnost Suda na osnovu člana 36, stav 2, Statuta Suda;
- 29. aprila 1999. SRJ podnosi zahtjeve za pokretanje sudskog postupka protiv deset država članica NATO-a. U svim ovim zahtjevima ona je izabrala da nadležnost suda utemelji na članu IX Konvencije o genocidu. U svom zahtjevu s preporukom o privremenim mjerama precizirala je da je zaista članica Ujedinjenih nacija;
- 20. aprila 2001. SRJ povlači svoje protutužbene zahtjeve protiv Bosne i Hercegovine.

10. Ipak, i pored ovih procesnih radnji, uslijedit će druge, mnogo problematičnije procedure. Tako je u junu 1999. član srpskog kolektivnog Predsjedništva Bosne i Hercegovine, koristeći privremeno, naizmjenično vršenje funkcije predsjednika Predsjedništva Bosne i Hercegovine<sup>4</sup>, obavijestio Sud o dvjema odlukama: imenovanje jednog zamjenika zastupnika, pismom od 9. juna 1999, te namjeru Bosne i Hercegovine da odustane od Tužbe protiv SRJ, pismom od 10. juna 1999; ova dva pisma poslata su Sudu mimo prvog zastupnika koji je do tada zastupao Bosnu i Hercegovinu, koji 14. juna 1999. obavještava Sud da nije preduzeta nikakva mjera odustajanja; 15. juna SRJ žuri da prihvati odustajanje, međutim 21. juna 1999. prvi zastupnik Bosne i Hercegovine ponovo intervenira, da bi ponovio da nije bilo odustajanja. Taj spor ponovo oživljava 3. septembra 1999. kada SRJ navodi Sudu da se dogovorila sa srpskim predsjednikom Bosne i Hercegovine da se proces okonča. Novi predsjednik Bosne i Hercegovine 15. septembra 1999. pred Sudom ukazuje na zajedničke manevre SRJ i srpskog predsjednika Bosne i Hercegovine, navodeći da nije bilo ni odustajanja ni imenovanja zamjenika zastupnika u ovom sporu.

## **2. Analiza ponašanja Tužene strane**

### ***(a) Posljedice jednostrane izjave SRJ kojom sebe smatra članicom Organizacije ujedinjenih nacija kao nastavljajući bivše SFRJ***

11. Specijalni izvjestilac Komisije za međunarodno pravo o jednostranim aktima država, tokom diskusije o nacrtu člana za definiranje jednostranog akta, predložio je:

“[N]jedvosmisleno ispoljavanje volje države uobličeno u namjeri da se proizvedu pravne posljedice u njenim odnosima s jednom ili više država, s jednom ili više međunarodnih organizacija, a za koju

<sup>4</sup> Predsjedništvo Bosne i Hercegovine je kolektivni organ s tri člana (jednog Bošnjaka, jednog Hrvata i jednog Srbina) koji predsjedavaju naizmjenično.

znaju spomenuta ili spomenute države ili spomenuta ili spomenute međunarodne organizacije”<sup>5</sup>.

Općeprihvaćeno je da diplomatsko ponašanje obavezuje državu i Sud prihvata da neke izjave određuju stav neke države tako da ga ona više ne može samovlasno mijenjati. U sporu *Nuklearne probe* Sud je zauzeo sljedeći stav:

“Prihvaćeno je da izjave koje poprimaju oblik unilateralnih akata, a tiču se pravnih ili faktičkih situacija, mogu imati za posljedicu stvaranje pravnih obaveza. Izjave ovakve prirode mogu imati i često imaju veoma konkretan cilj. Kada država autor izjave očekuje da bude vezana shodno tim izjavama, ta namjera daje njenom zauzimanju stava karakter pravnog obavezivanja, budući da država o kojoj je riječ sada pravno ima obavezu da slijedi pravac ponašanja koji je u skladu s njenom izjavom. Obaveza ovakve vrste, javno iznijeta u namjeri vezivanja, pa čak i van okvira međunarodnih pregovora, ima obavezujuću snagu” (*Nuklearne probe (Australija protiv Francuske), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974, strana 267, paragraf 43*).

12. Tako je Deklaracija koju je usvojila vlada SRJ 27. aprila 1992, potvrđena zvaničnom notom, upućena istog dana Generalnom sekretaru Organizacije ujedinjenih nacija, u kojoj se ona obavezuje da poštuje međunarodne ugovore čija je potpisnica bivša Jugoslavija, zaista unilateralno izražavanje volje, pripisivo SRJ, s ciljem da se s namjerom izazovu pravne posljedice. Štaviše, “da bi njene izjave imale pravnu posljedicu, nije bilo neophodno da one budu poslate jednoj određenoj državi, niti da bilo koja država potpiše njeno prihvatanje” (*Ibid.*, strana 269, paragraf 50); stav Bosne i Hercegovine u pogledu jednog unilateralnog čina SRJ, u principu nema utjecaja na njegove pravne posljedice.

### **(b) Problem prešutnog prihvatanja i zabrane poricanja prethodnog stanja**

13. Ako i *zabrana poricanja* i prešutno prihvatanje proizlaze iz općeg principa pravičnosti, ono što u užem smislu razlikuje *zabranu poricanja* od prešutnog prihvatanja to je elemenat uštrba ili štete izazvane promjenom stava neke države u odnosu na neku drugu državu.

---

<sup>5</sup> Ujedinjene nacije, *Zvanična dokumenta Generalne skupštine, Izvještaj KMP s Pedeset drugog zasjedanja, dodatak br: 10 (A/55/10)*, strana 161.

14. *Rječnik međunarodnog javnog prava* ovako definira prešutno prihvatanje: “Saglasnost data nekoj državi, zbog njenog ponašanja (aktivnog ili pasivnog) u određenoj situaciji.”<sup>6</sup> Prema Sudu, prešutno prihvatanje je “ekvivalent prešutnog priznavanja koje se ispoljava jednostranim ponašanjem koje druga strana može protumačiti kao saglasnost” (*Utvrdjivanje pomorske granice u području zaliva Mejn (Kanada/SAD), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji, 1984*, strana 305, paragraf 130). Da bi neka država bila vezana svojom pasivnošću, trebaju se ispuniti neki uvjeti, pošto izgleda da obična šutnja samo po sebi nije dovoljna da obaveže državu; mora se raditi o “kvalificiranoj šutnji”: “Ukoliko se država, koja zna za namjere neke suparničke strane, tokom izvjesnog vremenskog perioda suzdrži od reagiranja, uprkos svom interesu i pored prilika koje se ukazuju za reagiranje, može se osnovano pretpostaviti da ona ima namjeru da se obaveže.”<sup>7</sup>

15. U ovom predmetu, činjenica da SRJ pristupa zahtjevu s preporukom privremenih mjera, a zatim formulira protutužbene zahtjeve u svojoj protutužbi (Sud je svojom odlukom od 17. decembra 1997. proglasio te zahtjeve prihvatljivim)<sup>8</sup>, odražava aktivno ponašanje, pokazujući njeno pravo pojavljivanja na Sudu. Činjenica da se pokreću preliminarna izuzeća o prihvatljivosti Tužbe i nadležnosti Suda vezano za Bosnu i Hercegovinu, a da se ni u jednom od tih izuzeća ne spominje nadležnost Suda u odnosu na SRJ ili njeno pravo pristupa pred njim, podjednako je značajna; kada se legitimno moglo očekivati da država Tužena strana pokrene sva preliminarna izuzeća koja bi mogla navesti Sud da odbaci svoju nadležnost, jer je ovdje riječ o prilici “koja se ukazuje da se protestuje”<sup>9</sup>, SRJ nije iskoristila jednu takvu priliku. Činjenica da se nije postavio problem pristupa Sudu, tokom osam godina procedure, iako je bilo u interesu Tužene strane da iznese jedan takav argument, elementi su koji dokazuju prešutno prihvatanje Tužene strane i dokaz da u to vrijeme SRJ nije sumnjala u svoj status države članice Statuta Suda. Ovo prešutno prihvatanje je aktivno a ne pasivno, pošto je SRJ zaista koristila svoje pravo pojavljivanja na Sudu, ne samo učestvujući u proceduri i sama dostavljajući protutužbene zahtjeve u ovom sporu nego i podnoseći deset zahtjeva za pokretanje postupka 1999 (*Opravdanost upotrebe sile*).

---

<sup>6</sup> J. Salmon (dir. izd.), *Rječnik međunarodnog javnog prava*, Bruylant, Brisel, 2001, strana 21.

<sup>7</sup> H. Das, “Poricanje i prihvatanje: pragmatička poistovjećivanja i koncepcijske razlike”, *Belgijski časopis za međunarodno pravo*, 1997/1, strana 619.

<sup>8</sup> U članu 80 Pravilnika Suda stoji: “Sud može biti upoznat s nekim protutužbenim zahtjevom jedino ako taj zahtjev spada u njegovu nadležnost.”

<sup>9</sup> H. Das, navedeno djelo, 1997/2, strana 622.



16. *Rječnik međunarodnog javnog prava pod zabranom poricanja ranijeg stanja* podrazumijeva:

“[o]bavezujući prigovor, često analiziran kao proceduralni izuzetak, koji se protivi da država strana u sporu može dokazati namjeru ili podržati argument u suprotnosti s njenim ranijim ponašanjem ili ranije zauzetim stavom, a u koje su (ili u koji su) treće strane položile svoje opravdano povjerenje.”<sup>10</sup>

*Zabrana poricanja* (ili princip zabrane kontradikcije nauštrb drugog) izričito je priznala državna sudska praksa u oblasti međunarodne arbitraže<sup>11</sup>. Bez obzira što međunarodna sudska praksa koja se bavila pitanjem zabrane poricanja nije obimna, Međunarodni sud pravde je imao priliku da se ponekad izjasni o ovom principu i da iznese uvjete koji omogućavaju pozivanje na njega (*Kontinentalno zaleđe Sjevernog mora (Savezna Republika Njemačka/Danska)*, (*Savezna Republika Njemačka/Holandija*), *presude, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1969, strana 26; Utvrđivanje pomorske granice u oblasti zaliva Mejn (Kanada/SAD)*, *Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1984, strana 309; Vojne i paravojne akcije u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)*, *Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1984, strana 415; Arbitražna presuda kralja Španije, 23. decembar 1906, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji, 1960, strana 213*). Imao je prilike precizirati da:

“zabrana poricanja može biti izvedena iz nekog ponašanja, izjava... jedne države kojima se nije samo na jasan i konstantan način potvrdilo prihvatanje od te države jednog posebnog režima, nego koji bi doveli jednu ili više drugih država, povodeći se za tim stavom, da promijene svoju poziciju na svoju štetu ili da pretrpe štetu” (*Vojne i paravojne akcije u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)*, *nadležnost i prihvatljivost, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1984, strana 415, paragraf 51*).

<sup>10</sup> J. Salmon (dir.izd.), navedeno djelo, strana 450.

<sup>11</sup> Tako je, naprimjer, prvo civilno vijeće Kasacionog suda, odlukom od 6. jula 2005, smatralo da je neprihvatljivo “na osnovu principa zabrane poricanja” da tužilac u arbitraži osporava postojanje Konvencije o arbitraži na koju se prethodno bezrezervno pozvao prilikom podnošenja tužbe:

“G. Iks..., koji je sam podnio zahtjev za arbitražu Sudu za iransko-američke sporove i koji je bez ikakvog ograničenja učestvovao više od devet godina u arbitrnom procesu, neprihvatljivo je, na osnovu pravila o zabrani poricanja, podržati, oprečnim sredstvom, da je ovaj Sud odlučivao bez Konvencije o arbitraži ili na osnovu nevažeće konvencije, u nedostatku konvencije koja može za njega važiti” (Civ.v. 1, 6. juli 2005, Bilten 2005 1, br. 302, strana 252).

17. Ako se uzmu tri elementa *zabrane poricanja*, koja teorija obično navodi<sup>12</sup> (prvobitno ponašanje ili izjava koji su jasni i nedvosmisleni; stvarno povjerenje, legitimno i iskreno, nekog drugog subjekta u tu izjavu ili to ponašanje, koji su ga naveli na neki postupak s njegove strane; šteta nastala iz povjerenja ili promjene pozicija koje se odnose na strane), bez svake sumnje, u ovakvim okolnostima bili bi ispunjeni uvjeti da se pozovemo *na zabranu poricanja*. Suprotno navodima SRJ da ona 1993. ili 1996. nije mogla dokazati prigovore na nadležnost koje sada pokreće, zapravo ništa je nije sprečavalo da ih pokrene, pošto je pokrenula pitanje *locus standi* Bosne i Hercegovine, a i znala je da je njeno članstvo u Organizaciji ujedinjenih nacija predmet oštre rasprave, što ju je moralo potaknuti da upotrijebi izvore i sredstva kako bi to ispravila.

18. I pored toga, treba istaći i dvosmislenost stava Podnosioca tužbe povodom pripadnosti SRJ Organizaciji ujedinjenih nacija kao nastavljača bivše SFRJ. Naime, upravo dok je osporavala namjeru SRJ da bude nastavljač bivše Jugoslavije i da ostane član Organizacije ujedinjenih nacija, Bosna i Hercegovina je otpočela proces na Međunarodnom sudu pravde protiv te države. Naravno, pozivajući se na kontekst tog perioda, protivrječnost se može objasniti ili otkloniti činjenicom da je ona osporavala da SRJ bude *jedina* država nastavljač i da može imati privilegiran status u odnosu na druge države nasljednice; smatrala je da sve države trebaju biti podjednako tretirane kao države nasljednice, te da svaka nasljednica treba podnijeti zahtjev za prijem u Organizaciju ujedinjenih nacija. Drugim riječima, trebalo bi razlikovati političko djelovanje vođeno pred organima Organizacije ujedinjenih nacija u to vrijeme i pravno djelovanje na Sudu, posebno što je tokom tog perioda status SRJ prema Organizaciji ujedinjenih nacija bio veoma složen i što je Bosna i Hercegovina željela sačuvati svoja prava za budućnost, nasuprot SRJ koja je uvijek odbijala da zatraži razjašnjenje svog položaja. Bilo kako bilo, ne čini se ni razumno ni pravedno da Tužena strana sada izvlači korist iz svog stava koji karakterizira retroaktivno pogrešnim i pretenduje da nije imala pristup Sudu u trenutku pokretanja postupka. Princip pravičnosti nameće državama i njihovim zastupnicima obavezu da djeluju u duhu lojalnosti, poštujući pravo i odanost obavezama.

---

<sup>12</sup> R. Kolb, *Pravičnost u međunarodnom javnom pravu*, PUF, 2000, strana 360 i dalje.

## B. Značaj postupanja Tužene strane i Konvencija o genocidu

### 1. Hronologija

19. Kao što smo upravo vidjeli, tokom cijelog procesa i sve do 2000, Jugoslavija je stalno tvrdila da je Konvencija o genocidu obavezuje, kako implicitnim ili eksplicitnim prihvatanjem nadležnosti na osnovu člana IX Konvencije o genocidu tako i odbacivanjem svake druge osnove za nadležnost koju je naveo Podnosilac tužbe:

- 1. aprila 1993. u svojim pisanim prigovorima dostavljenim Sudu s preporukom privremenih mjera, vlada SRJ isto tako predlaže Sudu privremene mjere i izjavljuje da “ne prihvata nadležnost Suda za priznavanje bilo kakvog zahtjeva Podnosioca tužbe koji izlazi van okvira Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida”;
- na javnom ročištu 2. aprila 1993, savjetnik SRJ izjavio je da “Savezna republika Jugoslavija ne pristaje ni na kakvo proširivanje nadležnosti Suda van onoga što je strogo iznijeto u samoj Konvenciji (CR 93/13, strana 16);
- ovaj stav potvrđen je 23. augusta 1993. kada je SRJ u svojim pisanim prigovorima navela: “Podrazumijeva se da SRJ, tražeći privremene mjere 1. aprila 1993, nije nikako namjeravala prihvatiti nadležnost Suda, osim u granicama onoga što je strogo navedeno u Konvenciji o genocidu”;
- 26. augusta 1993. zastupnik SRJ se pozvao na “naš spor o primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina” (CR 93/34, strana 11);
- u Dejtonskom sporazumu, koji je stupio na snagu 14. decembra 1995, strane su se obavezale da poštuju i garantiraju prava i slobode utvrđene u više međunarodnih konvencija, među kojima je i Konvencija o genocidu<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Prvi član prvog poglavlja Aneksa 6 Dejtonsko-pariskog sporazuma glasi:

„Stranke će osigurati svim osobama koje spadaju pod njihovu nadležnost najvišu razinu međunarodno priznatih ljudskih prava i temeljnih sloboda, uključujući prava i slobode osigurane Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te njenim Protokolima, kao i drugim međunarodnim sporazumima navedenim u Dodatku ovog Aneksa.”

Taj “Dodatak” pod nazivom “Sporazumi o ljudskim pravima” nabraja te sporazume, a na prvom je mjestu “Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948”.

## 2. Analiza ponašanja Tužene strane

20. Pošto je SRJ tvrdila da prihvata nadležnost Suda samo u okviru Konvencije o genocidu, ovdje je riječ o aktivnom i nedvosmislenom ponašanju s njene strane da priznaje da je potpisnica Konvencije o genocidu i da prihvata nadležnost Suda samo po tom osnovu. Ovaj stav joj je sada pripisiv i ona ne može pretendirati suprotno a da ne ugrozi princip pravičnosti. Naime, 1. aprila 1993. i 23. augusta 1993, SRJ je sama tražila preporuku privremenih mjera i molila Sud da preporuči Bosni i Hercegovini poštovanje obaveza prema Konvenciji o genocidu i odmah preduzme sve neophodne mjere za sprečavanje izvršenja genocida nad Srbima. Od tada se Bosna i Hercegovina oslanjala na član IX Konvencije o genocidu kao “jedinoj osnovi nadležnosti”, pošto ta osnova više nije dovođena ni u kakvu sumnju.

21. Elementi zabrane poricanja prethodnog stava ispunjeni su u ovom slučaju. Prvo, izjave SRJ su jasne, precizne, ponavljane u vremenu. Drugo, stvarno i iskreno povjerenje Podnosioca tužbe u odnosu na položaj Tužene strane prema Konvenciji o genocidu potaklo ga je da se ograniči na ovu Konvenciju kao osnovu za nadležnost Suda. Treće, Bosna i Hercegovina bi pretrpjela materijalnu i moralnu štetu činjenicom promjene stava Tužene strane. Prema tome, Tužena strana, budući da je prihvatila činjenicu da je potpisnica Konvencije o genocidu i priznala nadležnost Suda po tom osnovu, obavezala se svojim ponašanjem i logično zabrana poricanja prethodnog stanja protivi se tome da ona ostvari suprotnu namjeru, posebno što je na ovaj argument dodat još jedan vezan za *forum prorogatum*.

22. Teorija *forum prorogatum* sastoji se, s jedne strane, “od proširenja nadležnosti međunarodnog sudije..., [a s druge strane] *forum prorogatum* može biti smatran za *supstitut obraćanju međunarodnom sudiji*”<sup>14</sup>. Prvo značenje teorije nije od značaja za ovaj predmet<sup>15</sup>, nasuprot drugom koje se sastoji u tome da jedna država prihvata “nadležnost jednog institucionaliziranog međunarodnog suda, kao što je Međunarodni sud pravde, nakon obraćanja istom... putem dokaznih akata koji podrazumijevaju prešutno prihvatanje”<sup>16</sup>, a koje nalazi široku primjenu u sporu o *Primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije)*. Sud

<sup>14</sup> Ch. Roussau, “Sudski pravilnik” u *Međunarodnom javnom pravu*, t. V, Sirey, 1983, strana 398.

<sup>15</sup> Pitanje proširenja nadležnosti Suda pokrenuto je povodom zahtjeva za preporukom privremenih mjera koje je uputila SRJ, od kojih su neki izlazili van okvira Konvencije o genocidu. Ali Sud nije prihvatio taj argument.

<sup>16</sup> J. Salmon (dir.izd.), navedeno djelo, strana 518.

je imao priliku da prihvati suštinu *forum prorogatum* u više navrata (*Krfski kanal (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Albanije), preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1947-1948*, strana 28; *Anglo-Iranian Oil Co. (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Irana), preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1952*, strana 114; *Koncesije Mavrommatis u Jerusalimu, Presuda broj 5, 1925, Stalni sud međunarodne pravde, serija A br. 5*, strana 27-28). Sud je smatrao u predmetu *Haya de la Torre* da izlagati o meritumu predmeta znači prešutno priznanje njegove nadležnosti: “One [strane] su raspravile do kraja sva pitanja dostavljena Sudu i nisu u suštini ništa prigovorile protiv odluke o meritumu. Ovakav stav strana dovoljan je za utemeljenje nadležnosti Suda” (*Haya de la Torre, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1951*, strana 78). U predmetu *Anglo-Iranian Oil Co.*, Sud je rekao: “Da bi se u ovom slučaju mogao primijeniti, princip *forum prorogatum* bi trebao biti utemeljen na nekom činu ili izjavi vlade Irana koji implicira neki element prihvatanja nadležnosti Suda” (*Anglo-Iranian Oil Co. (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Irana), Preliminarni prigovor, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1952*, strana 114); u tom predmetu taj je element nedostajao, tako da se Sud s pravom proglasio nenadležnim. Što nije slučaj u našem predmetu.

23. Potrebno je znati šta se u ovom sporu može smatrati “dokaznim aktima”. Naime, od 1993. do 2001. SRJ nije nijednom osporila da je potpisnica Konvencije o genocidu i prihvatila je da ova Konvencija predstavlja osnovu nadležnosti Suda. Sud je u više navrata potvrdio taj stav:

- najprije u svom nalogu od 13. septembra 1993:

“Smatrajući da je Sud u svom nalogu od 8. aprila 1993. ocijenio da se čini da član IX Konvencije o genocidu, čiji su potpisnici i Podnosilac tužbe i Tužena strana, ‘predstavlja osnovu za nadležnost Suda, u mjeri u kojoj je predmet spora vezan za ‘tumačenje, primjenu ili izvršenje’ Konvencije, uključujući i sporove ‘vezano za državnu odgovornost u oblasti genocida ili bilo kog drugog od djela pobrojanih u članu III Konvencije’» (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije (Srbije i Crne Gore)), privremene mjere, Nalog od 13. septembra 1993, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993*, strana 338, paragraf 25).
- Zatim u Presudi iz 1996. o preliminarnim prigovorima:

“Sud osim toga primjećuje da nije bilo osporavanja da je Jugoslavija članica Konvencije o genocidu. Dakle, Jugoslavija je bila vezana odredbama Konvencije na dan podnošenja Tužbe po ovom predmetu, 20. marta 1993” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 610, paragraf 17).

Podnosilac tužbe, u svojim izlaganjima iz 2006, podvlači da je “Jugoslavija, propuštajući da pokrene jedno takvo izuzeće, u tom smislu *de facto* prihvatila nadležnost Suda po ovom pitanju i stvorila jednu vrstu *forum prorogatum* za koju joj elementarni princip *dobre vjere* zabranjuje da je ponovo osporava danas (CR 2006/3, strana 19, paragraf 19). Štaviše, kao što smo prethodno vidjeli, SRJ je priznala ovu činjenicu javno, u više navrata tokom procesa, tvrdeći da ona prihvata nadležnost Suda samo u okvirima Konvencije o genocidu.

- Najzad, SRJ je Sudu dostavila protutužbene zahtjeve po istoj osnovi nadležnosti i tražila od Suda da presudi da je Bosna i Hercegovina počinila zločine genocida nad Srbima (protutužba podnijeta 23. jula 1997). Iako se Sud nije izjašnjavao o ovom pitanju, postupanje SRJ znači da ona nema prigovora na nastavak rasprave o meritumu i bilo bi onda opravdano pozvati se na nadležnost Suda u ovom predmetu po principu *forum prorogatum*, bez obzira na zakašnjelo osporavanje koje se javilo tek u aprilu 2001, tokom zahtjeva za reviziju koji je Sud odbacio, potvrđujući još jednom svoju nadležnost.

24. Kao zaključak, bilo da je riječ o prešutnom prihvatanju, zabrani poricanja ili *forum prorogatum*, osnovni princip koji podrazumijeva ove pojmove je princip *dobre vjere* koji se može direktno primijeniti na slučaj ove vrste i biti izvor prava i obaveza<sup>17</sup>. U svom izdvojenom mišljenju u predmetu *Arbitražna presuda kralja Španije*, sudija Urrutia Holguin je veoma dobro objasnio da:

“Izuzetak *dobre vjere*, koji postoji u skoro svim pravnim sistemima i koji zabranjuje da se izvlači korist iz vlastitih pogreški, a koji je u anglo-saksonskom pravu dobio ime “*estoppel*”, važio bi u ovom slučaju ako se dokaže da su postupci jedne od država naveli

---

<sup>17</sup> R. Kolb, navedeno djelo, strana 157.

drugu da se pouzda u prešutna prihvatanja i da povjeruje u odustajanje od osporavanja validnosti presude” (*Arbitražna presuda kralja Španije, 23. decembar 1906 (Honduras protiv Nikaragve), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1960, strana 222*).

U istom smislu, potpredsjednik Alfaro, u svom individualnom mišljenju, izjavljuje, u predmetu Hram Preah Vihear:

“Kakav god da je termin ili termini koji se koriste za obilježavanje principa kakav je bio primjenjivan u međunarodnoj oblasti, njegova je suština uvijek ista: kontradikcija između zahtjeva i navoda jedne države i njenog prethodnog ponašanja po tom pitanju nije prihvatljiva (*allegans contraria non audiendus est*). Njegov je cilj uvijek isti: državi nije dopušteno da izvlači korist iz vlastitih kontradiktornosti nauštrb neke druge države (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). Tim više što toj državi ne može biti dopušteno da koristi svoje kontradiktornosti kada je zbog njenog pogrešnog ili nedopuštenog postupanja druga strana lišena svog prava ili spriječena da ga ostvari (*nullus commodum capere de sua injuria propria*). Najzad, pravna posljedica ovog principa je uvijek ista: strana koja je svojim priznanjem, predstavljanjem, izjavom, ponašanjem ili šutnjom zadržala stav koji je očigledno suprotan pravu na koje se poziva pred međunarodnim sudom, neprihvatljiva je kao tražilac tog prava (*venire contra factum proprium non valet*)” (Hram Preah Vihear (Kambodža protiv Tajlanda), Presuda, *Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1962, strana 40*).

25. Nadležnost Suda treba procijeniti kroz prizmu važeće situacije u trenutku pokretanja Tužbenog zahtjeva; kao što podsjeća jedan autor “jedna činjenica se procjenjuje u odnosu na pravo koje joj je savremenik; ocjenjivati je prema pravilu koje još ne važi u doba činjenice značilo bi anahrono joj dati retroaktivnu vrijednost”<sup>18</sup>. Ponašanje Tužene strane u trenutku procjene nadležnosti Suda svodilo se na jasno izražavanje prihvatanja obavezivanja Statutom Suda i posebno Konvencijom o genocidu, tako da su tu svi elementi za utemeljivanje nadležnosti Suda. Tužena strana istakla je da “Sud ne sudi u jednom platonski idealnom svijetu; on presuđuje u datom trenutku, u datim okolnostima, u zavisnosti od informacija kojima raspolaže o okolnostima u tom trenutku (CR 2006/37, strana 43, paragraf 24). Ako je SRJ ponovo

<sup>18</sup> J. Combacau, “Protok vremena”, u: *Međunarodno pravo i vrijeme*, Pariz, Pedone, 2001, strana 87.

primljena kao nova članica Organizacije ujedinjenih nacija 1. novembra 2000, te ako je promijenila svoju sudsku politiku, to ne bi trebalo imati retroaktivnih posljedica na prethodnu situaciju i njene međunarodne obaveze, prije svega na činjenicu da ona ostaje vezana Konvencijom o genocidu iz koje proistječe nadležnost Suda u trenutku podnošenja Tužbenog zahtjeva, na osnovu pravila o sukcesiji država.

26. Deklaracija Savezne republike Jugoslavije i zvanična nota stalne misije Jugoslavije pri Organizaciji ujedinjenih nacija upućena Generalnom sekretaru (A/46/915), obje od 27. aprila 1992, jasno pokazuju namjeru SRJ da se predstavi kao nastavljajući SFRJ.

U prvoj stoji:

„Predstavnici naroda Republike Srbije i Republike Crne Gore,

Izražavajući volju građana njihove dvije republike da ostanu u okviru zajedničke države Jugoslavije,

.....

Žele da izraze [ovom deklaracijom] svoja gledišta o ključnim neposrednim i dugoročnim ciljevima politike njihove zajedničke države, kao i o odnosima s bivšim jugoslavenskim republikama, u tu svrhu izjavljuju sljedeće:

1. Savezna republika Jugoslavija, garantirajući državni kontinuitet i pravni i spoljnopolitički subjektivitet Socijalističke federativne republike Jugoslavije, strogo će poštovati obaveze koje je Socijalistička federativna republika Jugoslavija preuzela na međunarodnom planu.

.....

Ostajući vezana svim njenim obavezama prema međunarodnim institucijama i organizacijama kojima pripada.“

U drugoj se kaže:

„Skupština Socijalističke federativne republike Jugoslavije, na sjednici održanoj 27. aprila 1992, usvojila je Ustav Savezne republike Jugoslavije. Po



Ustavu, a s obzirom na kontinuitet subjektiviteta Jugoslavije i legitimnih odluka koje su donijele Srbija i Crna Gora da nastavljaju živjeti zajedno u Jugoslaviji, Socijalistička federativna republika Jugoslavija postaje Savezna republika Jugoslavija, sastavljena od Republike Srbije i Republike Crne Gore.

Strogo poštujući međunarodni subjektivitet Jugoslavije, Savezna republika Jugoslavija će nastaviti koristiti sva prava povjerena Socijalističkoj federativnoj republici Jugoslaviji i ispunjavati sve obaveze koje je ona preuzela u međunarodnim odnosima, uključujući one koje se odnose na njenu pripadnost svim međunarodnim organizacijama i njeno učešće u svim međunarodnim ugovorima koje je Jugoslavija ratificirala ili čija je potpisnica.

27. SRJ je, dakle, posredstvom ova dva akta, izrazila svoju volju da osigura kontinuitet SFRJ, a ne njenu sukcesiju. Njena pozicija jasno je bila za:

„jednu prostu amputaciju jugoslavenske države, koja je nastavljala postojati iako su se njene četiri republike odvojile. Ovdje se radi(lo) o volji da se primijeni princip ustavne i teritorijalne varijabilnosti države koji omogućava jednoj pravnoj osobi da opstane uprkos suštinskim promjenama.“<sup>19</sup>

Nastavljanje znači, ustvari, da:

„Država pravno ostaje ista, čak iako pretrpi neke promjene, naprimjer smanjenje ili povećanje svoje teritorije, promjenu vlade ili promjenu imena: drugim riječima, pravni identitet potvrđen je iznad historijskih okolnosti.“<sup>20</sup>

28. Kao što smo istakli, nastavljanje predstavlja neke prednosti u odnosu na sukcesiju:

“Država nastavljač, za koju važi da je ista kao i prethodna država u pogledu pravnog subjektiviteta, nema potrebu da pristupi međunarodnoj zajednici. Nastavljač prirodno zamjenjuje prethodnu državu i tako izbjegava sve procedure prijema u međunarodne organizacije ili procedure priznavanja od drugih država.”<sup>21</sup>

<sup>19</sup> A. Vahlas, “O tri stalna pitanja u oblasti sukcesije država: primjena na jugoslavenski slučaj”, u: P.M. Eisemann, M. Konskenniemi, *Sukcesija država: kodifikacija i ispit činjenica – State Succession: Codification Tested against the Facts*, Haška akademija za međunarodno pravo, *Martinus Nijhoff Publishers*, Hag, 2000, strana 853.

<sup>20</sup> B. Stern, “Sukcesija država”, *RCADI*, 1996, t. 262, strana 40.

<sup>21</sup> A. Vahlas, navedeno djelo, strana 854.

Samim tim, “nijedan problem prenošenja prava ili obaveza ne bi se trebao postaviti pod tom pretpostavkom, pošto, po definiciji, subjekt tih prava i obaveza ostaje isti”<sup>22</sup>. Pravne posljedice kontinuiteta su, dakle, zadržavanje prava i obaveza početne države. U principu, namjera kontinuiteta postaje stvarna bez potrebe da međunarodna zajednica prizna tu situaciju. Ali, činjenično, priznavanje drugih država čini se generalno neophodnim, naročito od onih država kojih se to najviše dotiče.

29. Što se tiče sukcesije, ona znači da postoji “na mjestu i umjesto početne države, koju od sada možemo zvati prethodna država, pojava nove države koja će biti okvalificirana kao država sukcesor”<sup>23</sup>. Sukcesija, dakle, ima za cilj supstituiranje jedne države drugoj u odgovornosti za međunarodne odnose jedne teritorije. Kao posljedica toga, javlja se izvjestan diskontinuitet u organizaciji, sastavu i funkcioniranju države. Ona zahtijeva priznavanje države sukcesora od međunarodne zajednice.

30. U ovom slučaju, deklaracija i zvanična nota SRJ, obje od 27. aprila 1992, mogle bi biti dovoljne da SRJ automatski bude nastavljatelj SFRJ, jer se u principu ne traži nikakav zahtjev za priznavanjem od međunarodne zajednice. Naime, “država nastavljatelj u principu uživa *ipso facto* međunarodno priznanje koje je uživala – i uživa i dalje – kao država koja nastavlja da postoji”<sup>24</sup>. Praksa je, ipak, pokazala neophodan karakter ispoljavanja jednog takvog priznavanja. Naime, država nastavljatelj različita je od prethodne države. Iako nastavlja njen pravni i spoljnopolitički subjektivitet i ostaje vezana njenim međunarodnim obavezama, polje prostorne primjene preuzetih obaveza izmijenjeno je zbog teritorijalnih promjena svojstvenih svakom procesu sukcesije. Korisnost novog međunarodnog priznavanja nalazi onda opravdanje u prilagođavanju situaciji prethodne države.

31. Osim toga, utvrđivanje statusa SRJ kao države nastavljajča, nameće potrebu ispitivanja prirode procesa raščlanjivanja SFRJ. Raspad znači da se jedna država raspala na dvije ili više novih država od kojih nijedna ne može tražiti svoje poistovjećivanje s državom koja je prethodno postojala. Sve države, u principu, treba smatrati sukcesorima. Otcjepljenje podrazumijeva, kada se radi o njemu, kontinuitet jedne države subjektiviteta prethodne države i sukcesiju drugih država toj prethodnoj državi. Dakle, teoretski je na trećim

<sup>22</sup> B. Stern, navedeno djelo, strana 41.

<sup>23</sup> *Ibid.*, strana 40.

<sup>24</sup> *Ibid.*, strana 59.

državama da odrede da li je raspad SFRJ bio disolucija ili otcjepljenje putem međunarodnog priznanja. Po ovom pitanju, SRJ se proklamovala za nastavljača SFRJ, dok su druge države, nastale razdruživanjem (Hrvatska, Makedonija, Bosna i Hercegovina, Slovenija) smatrale sebe državama sukcesorima SFRJ i uglavnom su odbijale priznati svojstvo nastavljača SRJ, mada su sporazumi zaključeni u tom smislu kao što ćemo kasnije vidjeti. Stoga, da su treće države priznale SRJ kao nastavljača SFRJ, to bi značilo da one smatraju da su se nove države otcijepile. U protivnom SFRJ bi bila smatrana raspadnutom, a SRJ bi mogla biti smatrana jedino sukcesorom te države, pošto je ona prestala postojati. Ipak, razlika između raspada i otcjepljenja manje je delikatna nego što to ovdje izgleda. Tako Bečka konvencija o sukcesiji država u oblasti ugovora predviđa otcjepljenje bilo da prethodna država prestaje postojati ili ne (član 34). Osim toga, što se tiče ugovora, primjenjuju se ista pravila bilo da se radi o raspadu bilo o otcjepljenju. Prema članu 34 Konvencije iz 1978, u oba slučaja, svaki ugovor koji važi na dan sukcesije država u odnosu na cijelu teritoriju prethodne države ostaje važiti za svaku državu sukcesora. Prema tome, malo je važno da SRJ bude priznata ili ne kao nastavljač SFRJ: ako se SFRJ raspala, SRJ bi mogla biti priznata kao jedan od sukcesora i naslijediti svojstvo članice u ugovorima koje je ratificirala bivša Jugoslavija; ukoliko je, pak, raščlanjivanje SFRJ nastalo iz više otcjepljenja dijelova njene teritorije, SRJ bi onda imala osnovu da postane njen nastavljač i da tako nastavi međunarodne obaveze koje je preuzela SFRJ. U oba slučaja, SRJ nasljeđuje SFRJ u pogledu ugovora koji su ovu drugu vezivali, posebno Konvencije o genocidu, naročito zato što je SRJ potpisala i ratificirala Konvenciju o sukcesiji država u oblasti ugovora od 6. februara 1979. i 28. aprila 1980.

32. Dvije deklaracije od 27. aprila 1992. predstavljaju dva nezavisna jednostrana akta koja, pokazujući volju SRJ da bude nastavljač SFRJ, obavezuju je da se tako i ponaša. Kao što kaže Komisija za međunarodno pravo u svom izvještaju s pedeset sedmog zasjedanja, jednostrani akti, kao oni od 27. aprila 1992, sadrže određene pravne posljedice. Tako prema Komisiji za međunarodno pravo čini se “jasno... da se ne [može] više sumnjati u postojanje jednostranih akata, koji proizvode pravne posljedice i stvaraju konkretne obaveze”<sup>25</sup>. Sudska praksa Međunarodnog suda pravde pruža više primjera priznavanja jednostranih akata i njihovih međunarodnih pravnih posljedica, prije svega za državu koja ih čini (*Pravni status Istočnog*

---

<sup>25</sup> Izvještaj KMP o radovima Pedeset sedmog zasjedanja (2005), Ujedinjene nacije, dok. A/60/10, strana 132.

*Grenlanda, Presuda, Stalni sud međunarodne pravde, serija A/B, broj 53, strana 22; Nuklearne probe (Australija protiv Francuske), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974, strana 253; Nuklearne probe (Novi Zeland protiv Francuske), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974, strana 457; Hram Preah Vihear (Kambodža protiv Tajlanda), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1962, strana 6).*

33. Kada je riječ o namjeri SRJ da se obaveže na međunarodnom planu, svojim jednostranim aktima od 27. aprila 1992, čini se da ona ne može biti dovedena u pitanje. Deklaracija je upućena predsjedniku Savjeta sigurnosti, što podvlači činjenicu da ona nije neki akt koji bi mogao imati posljedice samo u unutrašnjem pravu. Pored toga, deklaracija i nota dostavljene su Generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija pismom od 6. maja 1992. Tim se pismom preciziralo da se ta dva dokumenta mogu smatrati “zvanični[m] dokument[ima] Generalne skupštine”<sup>26</sup>.

34. Iako su države sukcesori bivše Jugoslavije osporili u Ujedinjenim nacijama status SRJ kako bi tražile jednakost s njom, imale su prilike, tokom istog tog perioda da se izjasne za kontinuitet SRJ u odnosu na SFRJ. One su to učinile ne političkim deklaracijama pred tom i tom instancom, čija pravna valjanost može biti izvor rasprave, nego su to učinile i sporazumima u potrebnoj i valjanoj formi, koji jasno obavezuju svoje autore. Tako se aneks Sporazuma o međusobnom priznavanju između Makedonije i SRJ od 8. aprila 1996. pojavljuje kao eksplicitno priznavanje kontinuiteta; naime, ugovoreno je sljedeće: “Uzimajući u obzir historiju, dvije Države poštuju svaka kontinuitet one druge (Republika Makedonija poštuje kontinuitet u statusu države Savezne republike Jugoslavije i obrnuto)”<sup>27</sup>.

35. Osim toga, “Sporazum o normalizaciji odnosa između Savezne republike Jugoslavije i Republike Hrvatske” potpisan je 23. augusta 1996, u kome se kaže da Hrvatska prihvata kontinuitet između SFRJ i SRJ; član 5 isto tako sadrži:

“Polazeći od historijske činjenice da su Srbija i Crna Gora postojale kao nezavisne države prije stvaranja Jugoslavije, te imajući u vidu činjenicu da je Jugoslavija produžila međunarodnopravni subjektivitet ovih država, Republika Hrvatska konstatira postojanje

<sup>26</sup> Ujedinjene nacije, dok. A/46/915.

<sup>27</sup> Sporazum o obostranom priznavanju između Makedonije i SRJ, Beograd, 8. april 1996, aneks, Ujedinjene nacije, dok. S/1996/291.

kontinuiteta Savezne republike Jugoslavije u njenom statusu Države.”<sup>28</sup>

36. Najzad, Bosna i Hercegovina se izjasnila u tom smislu, iako drugim riječima, u zajedničkoj deklaraciji koju su potpisali u Parizu 3. oktobra 1996. srpski i bosanski predsjednik; tačka IV govori u tom smislu:

“Savezna republika Jugoslavija će poštovati integritet Bosne i Hercegovine, u skladu s Dejtonskim sporazumom, kojim je afirmiran kontinuitet različitih oblika državnosti BiH koje su narodi BiH imali u toku svoje historije. *Bosna i Hercegovina prihvata državni kontinuitet Savezne republike Jugoslavije.*

Strane su saglasne da pitanja sukcesije rješavaju na osnovu pravila međunarodnog prava o sukcesiji država”<sup>29</sup> (kurziv autora mišljenja).

Iz svih ovih elemenata proistječe da su tumačenja statusa SRJ varirala u zavisnosti od instanci, sagovornika i momenata; ove varijacije sa svojim dvosmislenostima ne mogu biti tumačene tako što će se prosto i mehanički dati retroaktivna posljedica odluci o prijemu SRJ u Ujedinjene nacije u novembru 2000. Svakako, ova odluka razjašnjava situaciju za sadašnjost i za budućnost, ali ne rješava pitanje za prethodni period, naročito za ključni period kada je Tužbeni zahtjev Bosne i Hercegovine iznijet pred Sud i kada je status SRJ ostao neriješen. U svakom slučaju, ne bi bilo osnovano u ovom predmetu dovesti u pitanje odluku nadležnosti Suda od 11. jula 1996, oslanjajući se na stanje stvari na dan podnošenja spomenutog Tužbenog zahtjeva u oblasti statusa SRJ u okrilju Organizacije ujedinjenih nacija, posebno kada se uzme u razmatranje postupanja Tužene strane od 1993. do 2000, kao što smo prethodno vidjeli.

---

<sup>28</sup> Sporazum o normalizaciji odnosa između SRJ i Republike Hrvatske, Beograd, 23. august 1996, član 5, Ujedinjene nacije, dok. A/51/318-S/1996/706.

<sup>29</sup> Zajednička deklaracija predsjednika Srbije Miloševića i bosanskog predsjednika Izetbegovića, Pariz, 3. oktobar 1996, Ujedinjene nacije, dok. A/51/461-S/1996/830.

## II. ODGOVORNOST DRŽAVA PREMA KONVENCIJI O SPREČAVANJU I KAŽNJAVANJU ZLOČINA GENOCIDA

37. Odredbe Konvencije o genocidu pokrenule su probleme tumačenja u pogledu dvosmislenosti kod njihovog pisanja, nesigurnosti nekih korištenih koncepata ili značaja koji im treba dati<sup>30</sup>. Član IX, u kojem se kaže da:

„[s]porovi između strana ugovornica koji se odnose na tumačenje, primjenu ili izvršenje ove konvencije, uključujući one o odgovornosti jedne države u oblasti genocida ili bilo kog drugog djela pobrojanog u članu III, bit će predati Međunarodnom sudu pravde, na zahtjev jedne od strana u sporu“,

nije izbjegao svoje proturječnosti, iako one ponekad prenaplaćavaju poteškoće u tumačenju, jer su neke reference dovoljno jasne i ne traže posebne napomene, osim ako se žele pretjerano eksploatirati da bi se došlo do nerazumnih rezultata. Povodom ovog predmeta Sud daje tumačenje s kojim se uveliko slažem; ipak, mislim da je neophodno da pojasnim svoj stav o ovom pitanju.

38. Pozivanje na odgovornost država u ovom članu izazvalo je sumnje: „postojale su mnoge sumnje o stvarnom značenju pozivanja na odgovornost<sup>31</sup>; kaže se i da je taj član IX „pravni mehanizam ... već tako slab“<sup>32</sup>, s jednim „dvosmislenim značenjem“<sup>33</sup>; moglo bi se tvrditi, najzad, da odgovornost iz

<sup>30</sup> Teorija je ukazala na te probleme tumačenja, povodom više članova, podvlačeći odsustvo prakse koja ih čini oštrijim (vidjeti, naprimjer, Joe Verhoeven, “Zločin genocida: originalnost i dvosmislenost”, Belgijski časopis za međunarodno pravo, tom XXIV, 1991/1, strane 5 i dalje). Ipak, po stvaranju međunarodnih krivičnih sudova i zahvaljujući doprinosu njihove prakse, mnoga su pitanja razjašnjena, što smanjuje unekoliko poteškoće u tumačenju, ali ih ne uklanja potpuno (v. A. M. La Rosa i S. Villalpando, “Osvrt na zločin genocida. Novi pogled na definiciju Konvencije iz 1948. u vrijeme njenog pedesetog rođendana. Pokušaj teoretskog sagledavanja sastavnih dijelova zločina”, u K. Boustany i D. Dormoy (dir.izd.), *Genocid(i)*, Brisel, Bruylant, 1999, strana 53 i dalje; W.A. Schabas, “The Crime of Genocide, Recent problems of Interpretation”, *International Humanitarian Law*, tom 1, Ardsly, Transnational, 2003, strane 239 i dalje; G. Verdirame, “The Genocide Definition in the Jurisprudence of the *Ad Hoc* Tribunals”, *The International and Comparative Law Quarterly*, tom 49, 2000, strane 578 i dalje).

<sup>31</sup> N. Robinson, “The Genocide Convention. Its Origins and Interpretation”, Institut za jevrejska pitanja, New York, 1949, strana 42.

<sup>32</sup> A. Cassese, “Međunarodna zajednica i genocid”, u *Mélanges Michel Virally: Međunarodno pravo u službi mira, pravde i progresu*, Pariz, Pedone, 1991, strana 185.

<sup>33</sup> N. Jorgensen, “State Responsibility and the 1948 Genocide Convention”, in *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999, strane 273-275.

tog člana podrazumijeva jedan krivični ili kriminalni aspekt odgovornosti države<sup>34</sup>, iako ovako proturječno tumačenje ne dijeli većina u teoriji, kako ćemo vidjeti kasnije<sup>35</sup>.

39. Tužena strana tvrdi da se na pravila koja obično reguliraju međunarodnu odgovornost država ne može pozivati u vezi s članom IX i vraća se na taj stav, iako je 1996. Sud odbacio izuzeće koje je pokrenula Srbija i Crna Gora govoreći da bi odgovornost jedne države za čin genocida koji je izvršila sama država bio isključen iz polja primjene Konvencije<sup>36</sup>. Strane su, dakle, ponovo raspravljale o tom pitanju kako pismeno tako i usmeno. Podnosilac tužbe oslonio se na normalan i običan smisao teksta člana IX da bi utvrdio odgovornost države u oblasti genocida, insistirajući na činjenici da „[j]e prema tome ključno imati u vidu svaku riječ člana IX“ (CR 2006/8, strana 18, paragraf 22) i da znanje da li Konvencija o genocidu predviđa odgovornost države „ne bi trebalo prevazilaziti naše sposobnosti da tumačimo ugovore“ (CR 2006/11, strana 50, paragraf 7), da bi zaključio priznavanjem odgovornosti države za sva djela zabranjena Konvencijom. Što se tiče Srbije i Crne Gore, ona je branila drugačiji pristup, insistirajući prije svega na tumačenju člana IX kog su dala dvojica sudija Suda u svojoj zajedničkoj izjavi uz presudu od 1996, u kojoj tvrde da:

„Konvencija o genocidu u značajnoj mjeri i na prvom mjestu ima za cilj da kazni osobe koje su počinile genocid ili djela genocida i da spriječi da pojedinci počine takve zločine.

.....  
.....

Dakle, ... Međunarodni sud pravde nije možda odgovarajuća instanca za izjašnjavanje o tužbi koju je Podnosilac tužbe podnio ovoj

---

<sup>34</sup> F. Malekian, “International Criminal Law. The legal and Critical Analysis of International Crimes”, tom 1, Uppsala, 1991, strana 305 (“termin odgovornost države (u članu IX) također se može interpretirati kao međunarodna krivična odgovornost države”).

<sup>35</sup> M. N. Shaw, “Genocide and International Law”, in *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Nijhoff, 1989, strana 813 i dalje; N. Jorgensen, “State Responsibility and the 1948 Genocide Convention” navedeno djelo, strana 273 i dalje.

<sup>36</sup> “Sud će primjetiti da imajući za cilj „odgovornost države u oblasti genocida ili bilo kog drugog djela taksativno navedenog u članu III“ član IX ne isključuje nijedan oblik odgovornosti države“ (Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji, 1996 (II), strana 616, paragraf 32).

instanci“ (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II), zajednička izjava gospodina Shia i gospodina Vereshchetina, strane 631-632*).

40. Ukoliko mišljenje dvojice sudija ostaje oprezno, s korištenjem izraza „možda“, mišljenje sudije Oda u njegovoj izjavi:

„Prihvatam da izuzetno maglovite i nejasne odredbe člana IX Konvencije o genocidu ostavljaju možda Sudu neophodnu širinu da se bavi ovim predmetom, ali smatram da bi se jedan takav zaključak zasnivao na pogrešnom tumačenju pravog duha Konvencije“ (*Ibid.*, strana 630, paragraf 10),

a posebno mišljenje sudije *ad hoc* Kreće u njegovom izdvojenom mišljenju: „Uvjeren sam da međunarodna građanska odgovornost država za zločin genocida ne ulazi u predviđanja Konvencije“ (*Ibid.*, strana 772, paragraf 105), mnogo su oštrija u zaključcima kojima se otklanja pozivanje na odgovornost države. Prema Tuženoj strani, „Konvencija o genocidu ne poziva na odgovornost države zbog djela genocida kao takvih“ (CR 2006/16, strana 15, paragraf 20); član IX poziva zaista na odgovornost država, ali „treba naravno tumačiti ovaj dio rečenice s ostalim bitnim odredbama Konvencije. Pojedinci su ti koji su krivično odgovorni prema odredbama unutarnjeg prava koje primjenjuje nacionalno sudstvo“ (CR 2006/16, strana 19, paragraf 41). Tužena strana dodaje, oslanjajući se na pripreme radove, da „obim člana IX nije kompatibilan s odredbama merituma Konvencije. Naime, član IX je bio posvećen mehanizmima rješavanja sukoba, on sigurno ne može imati prvenstvo“ (CR 2006/16, strana 21, paragraf 49). Razmatranje pripremljenih radova Konvencije navodi nas, ipak, na zaključak da su autori Konvencije namjeravali da uključe odgovornost država za svaki čin genocida predviđen Konvencijom (I), a kako nije riječ o krivičnoj odgovornosti u trenutnom stanju međunarodnog prava, može biti riječi samo o međunarodnoj odgovornosti država (II).

### **A. Razmatranje pripremljenih radova Konvencije o genocidu**

41. U principu i shodno članu 32 Bečke konvencije o ugovornom pravu, pozivanje na pripremljene radove sprovodi se „s ciljem da se ili potvrdi smisao koji proizlazi iz primjene člana 31, ili da se utvrdi smisao kada



tumačenje dato shodno članu 31 ili (a) ostavlja dvosmisleno ili nejasno značenje; ili (b) vodi rezultatu koji je očividno apsurdan ili nerazumljiv<sup>37</sup>. U predmetu Lotus, Stalni međunarodni sud pravde je dobro rekao da „ne treba uzimati u obzir pripremne radove ukoliko je tekst konvencije dovoljno jasan sam po sebi“ (Lotus, *Presuda br. 9, 1927, Stalni sud međunarodne pravde, serija A, broj 10*, strana 16).

42. Za Tuženu stranu član IX Konvencije o genocidu nije dovoljno jasan kada se utvrđuje odgovornost države za djela genocida. Prema savjetniku Tužene strane, koja osporava rješenje koje je usvojio Sud:

„Privremeni način tumačenja od Suda nije poduprt nikakvim upućivanjem na važne radove vezane za Konvenciju.

U takvim uvjetima nema nikakvog principijelnog razloga niti razumnog razmatranja koje navodi da pitanje tumačenja nije sada još otvorenije“ (CR 2006/16, strana 14, paragraf 16-17).

I dodaje da:

„Pripremni radovi pokazuju da je u završnoj fazi izrade Konvencije, veoma malom većinom od 19 prema 17 glasova, s 9 suzdržanih, odredba o odgovornosti država za genocid ili djela genocida bila uključena ... a da neophodne izmjene nisu istovremeno unijete u druge članove Konvencije“ (*Ibid.*, strana 14, paragraf 18).

43. Osim što to stavlja u pitanje autoritet principa već presuđene pravne stvari, ovaj koncept daje i jedno diskutabilno tumačenje pripremljenih radova. Nije mnogo uvjerljivo reći da je pozivanje na odgovornost država za genocid bilo u zadnji čas uvedeno u član koji se odnosi na rješavanje sporova, bez unošenja neophodnih izmjena drugih članova. Objektivno i temeljno razmatranje pripremljenih radova na Konvenciji pokazuje da je pitanje odgovornosti država bilo raspravljano tokom cijele debate o članovima II, IV, VI i IX, prije nego što će biti usvojeno pozivanje na tu odgovornost u članu IX<sup>38</sup>. Najprije, tokom debate o nacrtu člana II izvještaja Specijalnog komiteta za genocid, pitanje odgovornosti država bilo je posredno pokrenuto. Francuska delegacija htjela

---

<sup>37</sup> Bečka konvencija o ugovornom pravu od 23. maja 1969.

<sup>38</sup> O ovim raspravama vidjeti prije svega N. Jorgensen, "State Responsibility and the 1948 Genocide Convention", navedeno djelo, strane 275 i dalje.

je staviti akcent na „ulogu vlada u izvršenju zločina genocida“<sup>39</sup> i predložila je amandman na definiciju genocida dodajući rečenicu: „Počinile su ga, pomogle ili tolerirale vođe jedne države“<sup>40</sup>. Predstavnik Ujedinjenog Kraljevstva, iako izražavajući namjeru da glasa protiv francuskog amandmana jer „pravi grešku isključujući slučajeve genocida počinjenog od pojedinaca“, podvlači, ipak, da „tekst Specijalnog komiteta ne ističe dovoljno ni odgovornost države u djelima genocida počinjenim na njenoj teritoriji, niti međunarodnu odgovornost u slučajevima genocida koje je počinila neka država“. Gospodin Fitzmaurice ističe i da je „zaista, teško zamisliti da genocid može biti izvršen u velikoj razmjeri bez dogovora vođa“<sup>41</sup>. Tokom te rasprave, ideju neophodnosti odgovornosti država za sprečavanje i kažnjavanje genocida podržalo je nekoliko drugih delegacija kao Peru<sup>42</sup>, Sjedinjene Američke Države – restriktivnije<sup>43</sup> – i naravno Ujedinjeno Kraljevstvo.

44. Zatim, tokom debate, na momente prilično konfuzne oko člana V, Belgija i Ujedinjeno Kraljevstvo predložili su amandmane kojima se povezuje počinjenje genocida i država. Belgijskim amandmanom predlagalo se kažnjavanje agenata države, dok je amandman Ujedinjenog Kraljevstva imao za cilj da uvede „krivičnu odgovornost“ država; ova dva različita amandmana, predložena da bi se uvela nadležnost Međunarodnog suda pravde povodom odgovornosti država, najprije odbijena, vraćena su na dnevni rad tokom debate o članu VII i nakon jedne prilično duge diskusije više amandmana na inicijalni tekst koji je predložio Specijalni komitet, konačno je prihvaćeno da se uvede odgovornost države u član IX<sup>44</sup>. Pripremni radovi nisu suprotni običnom i jasnom smislu termina iz člana IX; može se čak zaključiti da ga oni

<sup>39</sup> *Zvanični dokumenti Trećeg zasjedanja Generalne skupštine, prvi dio, Šesta komisija*, 69. sjednica, strana 56 (Francuska, Chaumont).

<sup>40</sup> *Zvanični dokumenti Trećeg zasjedanja Generalne skupštine, prvi dio, Šesta komisija, aneksi analitičkih izvještaja sa sjednica*, dok. A/S.6/211, strana 14.

<sup>41</sup> *Zvanični dokumenti Trećeg zasjedanja Generalne skupštine, prvi dio, Šesta komisija*, 79. sjednica, strana 160 (Ujedinjeno Kraljevstvo, Fitzmaurice).

<sup>42</sup> *Zvanični dokumenti Trećeg zasjedanja Generalne skupštine, prvi dio, Šesta komisija*, 69. sjednica, strana 60 (Peru, Mauritua): “Pojedinaac mora biti zaštićen nacionalnim zakonodavstvom, a međunarodna jurisdikcija mora se sprovesti protiv vlada koje ne ispunjavaju svoju obavezu po tom pitanju ili ohrabruju zločin genocida.”

<sup>43</sup> *Zvanični dokumenti Trećeg zasjedanja Generalne skupštine, prvi dio, Šesta komisija*, 79. sjednica, strana 158 (SAD, Maktos):

“[U]koliko, uprkos svim preduzetim mjerama, država ne uspije, naprimjer, uhvatiti krivca, međunarodna institucija, djelujući umjesto nacionalnih sudova, neće imati veće šanse da u tome uspije. Nasuprot tome, ako neka država nije učinila sve što je u njenoj moći da spriječi ili kazni zločin, međunarodna odgovornost mora ući u igru.”

<sup>44</sup> Član broj X u nacrtu Specijalnog komiteta.

potvrđuju, kao što pokazuje procjena predstavnika Ujedinjenog Kraljevstva na Šestoj komisiji, kada Fitzmaurice izjavljuje: „Svi se slažu u definiranju djela genocida koje je počinila neka država ili vlada kao kršenja Konvencije, ali izgleda da ima značajnih poteškoća da se ova ideja pretoči u sam tekst Konvencije“<sup>45</sup>.

45. Iz svih ovih objašnjenja proizlazi da Konvencija o genocidu zaista uvodi direktnu odgovornost države za djela genocida<sup>46</sup>, a ne samo obavezu sprečavanja i kažnjavanja izvršenja istog od pojedinaca, kako pretendira Tužena strana. Ne može biti drugačije jer je jedan genocidni poduhvat teško zamisliv bez učešća ili saučesništva države, a posebno što bi svako drugo rješenje dalo kako paradoksalan tako i apsurdan rezultat, u suprotnosti s pravilima tumačenja člana 32 Bečke konvencije o ugovornom pravu;<sup>47</sup> kao što podvlači L.A. Sicilianos:

„Bilo bi apsurdno, naime, da Konvencija pokriva samo odgovornost neke države koja proistječe iz neispunjenja obaveze sprečavanja i kažnjavanja, a ne i odgovornost države za čin genocida koji se njoj samoj može pripisati; utoliko prije što član IV Konvencije kaže da će ‘osobe koje su počinile genocid... biti kažnjene, bilo da su to *vladari*, državni službenici ili pojedinci’. Drugačiji pristup oduzeo bi Konvenciji razlog njenog postojanja“<sup>48</sup>.

U tom smislu, Sud se jasno i čvrsto oglašava u paragrafu svoje Presude od 11.

<sup>45</sup> Ujedinjene nacije. *Zvanični dokumenti Trećeg zasjedanja Generalne skupštine, prvi dio, Pravna pitanja, Šesta komisija, Analitički izvještaji sa sjednica*, 21. septembar – 10. decembar 1948, strana 352.

<sup>46</sup> Samim tim, teško je shvatiti izuzetno restriktivan pristup sudije Ode, u jednoj rečenici iz njegove izjave dodate uz Presudu od 11. jula 1996, prema kojoj bi Konvencija bila “jedna nova vrsta ugovora koji se tiče prava pojedinaca u cjelini, ali ne prava i obaveza država u njihovim odnosima” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996(II)*), izjava gospodina Ode, strana 629, paragraf 9).

<sup>47</sup> Naime, proces tumačenja ne smije isprazniti sadržaj pojmova jedne konvencije osim ako tekst, kontekst i predmet jasno ne povlače jedan takav zaključak (vidjeti slijedeće predmete: *Krfski kanal (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Albanije), Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1949*, strane 4 i 24; *Oružane pogranične i prekogranične akcije (Nikaragva protiv Hondurasa), nadležnost i prihvatljivost, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1988*, strane 69 i 89).

<sup>48</sup> L. A. Sicilianos, “Odgovornost države za odsustvo sprečavanja i kažnjavanja međunarodnih zločina” u: *Međunarodno krivično pravo*, Paris, Pedone, 2000, strana 116.

jula 1996, koji zaslužuje da bude naveden u cijelosti: „Sud će primijetiti da idući za ‘odgovornošću države u oblasti genocida ili bilo kojeg drugog djela nabrojanog u članu III’, član IX ne isključuje nijedan oblik odgovornosti države“ (*Međunarodni sud pravde*, Izvještaji 1996(II), strana 616, paragraf 32). Sud potvrđuje i objašnjava razloge koji čine ovo rješenje, u paragrafu 166 ove Presude, riječima s kojim se ja u potpunosti slažem. Iz toga prirodno proizlazi da je Sud u stanju iz toga izvući posljedice koje bi mogle proisteći za odgovornost države o kojoj se radi<sup>49</sup>.

## B. Priroda odgovornosti država

46. Ako ideja o odgovornosti države više ne predstavlja sumnju u nacionalnim i međunarodnim pravnim okvirima, ideju krivične odgovornosti države ne dijele svi, svojstvo „krivična“, dodato na odgovornost države, nekima čak izgleda pretjerano, jer „čak i kada je neko nedopušteno djelo države kvalificirano kao zločin, ono ne povlači iste pravne posljedice kao i kriminalna djela pojedinaca“<sup>50</sup>. Duge rasprave u okviru Međunarodni sud pravde, tokom razmatranja nacrtu članova o odgovornosti država za međunarodno protupravna djela, odražava teoretske i praktične probleme tih koncepata<sup>51</sup>; zna se da je Komisija, pošto je u prvom čitanju zadržala termin međunarodni zločin države, odustala od njega u drugom čitanju baš zato da bi izbjegla bilo kakvu zabunu između zločina pojedinaca i protupravnih izuzetno teških djela

---

<sup>49</sup> O ulozi Suda u ovoj oblasti vidjeti poglavlje 9, V. A. Shabas, “State Responsibility and the Role of the International Court of Justice”, in *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, strane 418-446.

<sup>50</sup> M. Kamto, “Odgovornost države i odgovornost pojedinca za zločin genocida – Koji mehanizmi primjene?”, u *Genocid(i)*, Bruylant, Brisel, 1999, strana 489.

<sup>51</sup> Dva suprotna mišljenja koja su se uočila tokom tih rasprava, vezana za razliku između delikata i zločina, rezimirana su u stavovima dvojice članova Komisije, jednog koji je bio za i drugog protiv priznavanja zločina države u dijelu koji sadrži doprinos Komisije deceniji Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission – Međunarodno pravo na pragu XXI vijeka: razmišljanja zakonopisaca*, Ujedinjene nacije, New York, 1997; prema A. Pellet (“Živio zločin! Napomene o stupnjevima protupravnog u međunarodnom pravu”): “Veoma jaki razlozi, kako teorijski tako i praktični, na strani su očuvanja razlike između dviju kategorija međunarodno protupravnih djela”, *Ibid.*, strane 287-288; prema R. Rosenstock (“An International Criminal Responsibility of States?” in *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission - Međunarodno pravo na pragu XXI vijeka: razmišljanja zakonopisaca*, navedeno djelo): “ne postoji osnov u državnoj praksi za razlikovanje između ‘delikata’ i ‘zločina’. Ne postoji, po mišljenju pisca, bilo koji logički i politički nesavladiv razlog da bi se kreirala takva distinkcija.” (P.284).

država<sup>52</sup>; zbog toga je ona izabrala da ove posljednje okarakterizira uz pomoć jedne duge opisne rečenice koja spominje „ozbiljno kršenje obaveza koje proistječu iz obaveznih normi općeg međunarodnog prava“ (pog. III, član 40 i 41 nacrtu)<sup>53</sup>, izbjegavajući tako riječ „zločin“, ali vraćajući ipak ideju koju ona sadrži.

47. Srbija je posvetila dobar dio svojih usmenih izjašnjenja da bi pokazala da Konvencija o genocidu ne poziva ni na kakvu krivičnu odgovornost država za genocid (CR 2006/16, strane 19-30, paragrafi 38-82 (Brownlie)), mada nema realnih neslaganja između Tužene strane i Podnosioca tužbe po ovom pitanju; to se objašnjava sigurno širinom koju je dobila ova ista rasprava u radovima kodifikacije Komisije za međunarodno pravo o nacrtu člana 19 o međunarodnom zločinu države<sup>54</sup>. Naime, neslaganje je drugdje, jer ako Tužena strana ima pravo kada kaže da Konvencija ne sadrži termin krivične odgovornosti država, to ne znači da je svaka druga odgovornost država uklonjena iz Konvencije. Ukoliko Bosna i Hercegovina ne podržava ideju da Srbija treba biti krivično odgovorna<sup>55</sup>, to je zato što se ta odgovornost država dodaje odgovornosti pojedinaca. To je rješenje sadržano u nacrtu članova o odgovornosti države koju je usvojila Komisija za međunarodno pravo na Pedeset trećoj sjednici 2001. i Statutu Međunarodnog krivičnog suda, čijim se članom 25 precizira da „[n]ijedna odredba ovog statuta o krivičnoj odgovornosti pojedinaca ne utječe na odgovornost država u međunarodnom pravu“<sup>56</sup>. To je opći stav teorije koji može biti ovako rezimiran: „ni građanska ni krivična, nego s elementima jedne i druge, međunarodna odgovornost predstavlja vlastita svojstva i ne bi mogla biti poistovjeđena s kategorijama nacionalnog prava, u toj je mjeri tačno da društvo država ima malo veze s nacionalnom

---

<sup>52</sup> v. E. Wyler, “From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’”, *European Journal of International Law*, tom 13 (2002), broj 3, strane 1156 i dalje.

<sup>53</sup> Vidjeti komentar ovih članaka (Izvještaj KMP, 2001, strane 298 i dalje).

<sup>54</sup> Odjek ovih rasprava nalazimo u obrazloženjima Suda kada je presudio 1996, kako pokazuju mišljenja sudija Shi, Vereshchetin, Oda i posebno ad hoc sudije Kreće, koji posvećuje više stranica pojmu krivične odgovornosti države (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji, 1996 (II)*, strane 767-772, paragraf 103-105).

<sup>55</sup> “Odgovornost država u međunarodnom pravu nije ni građanska ni krivična – ona je međunarodna” (CR 2006/8, strana 11, paragraf 6 (Pellet)).

<sup>56</sup> Član 10 Statuta isto tako kaže i: “Nijedna odredba ovog poglavlja ne smije biti tumačena kao ograničavajuća ili na bilo koji način ugrožavajuća za pravila postojećeg međunarodnog prava ili onog u razvitku, a koja imaju druge ciljeve od ovog statuta.”

zajednicom<sup>57</sup>.

48. Istaknuto je i da, pošto Konvencijom nije predviđena nikakva procedura odštete, Sud ne može biti nadležan za tu oblast<sup>58</sup>. Tačno je da može biti praznina u ugovorima, posebno u Konvenciji o genocidu, naročito kada je riječ o procedurama odštete. Ali, sud je u stanju da odgovori na ove praznine pozivajući se na opće međunarodno pravo; radovi Komisije za međunarodno pravo u ovoj oblasti imaju doprinos od najvećeg značaja kroz razjašnjavanje sadržaja pravila o odgovornosti država.

49. Sve u svemu, kako je jasno istakao Sud u svojoj Presudi od 1996, koja ima autoritet već presuđene pravne stvari, „član IX ne isključuje nijedan oblik odgovornosti države“, a ovo tumačenje je u skladu s pripremnim radovima Konvencije koji pokazuju da je princip odgovornosti države za genocid postignut poslije duge rasprave koja je uslijedila nakon zajedničkog prijedloga Ujedinjenog Kraljevstva i Belgije. Sud potvrđuje ovo tumačenje na jasan i eksplicitan način da bi zaključio da „strane ugovornice mogu biti smatrane odgovornim za genocid ili za bilo koje drugo djelo navedeno u članu III Konvencije“ (paragraf 169). To je i u skladu s idejom da je zabrana genocida i pravilo običajnog međunarodnog prava koje obavezuje države čak i u odsustvu svake ugovorne veze (*Rezerve na Konvenciju o genocidu, Konsultativno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1951*, strana 23 („principi koji su u osnovi Konvencije su principi koje su priznali civilizirani narodi kao obavezujuće za države čak i van svake ugovorne veze“)); stoga, svako kršenje te zabrane predstavlja ne samo protupravno djelo nego i ozbiljno kršenje obaveza koje proistječu iz imperativnih normi općeg međunarodnog prava<sup>59</sup>, povlačeći za državu počinioca sve odgovarajuće pravne posljedice koje proistječu iz važećih pravila međunarodne odgovornosti, posebno

<sup>57</sup> P. Daillet i A. Pellet, “Međunarodno javno pravo”, *LGDJ*, 7. izdanje, 2002, strana 764. Nije sigurno, međutim, da ova dupla negacija – ni građansko ni krivično - koju koriste i drugi autori (v. J. Barbosa, “State Crimes: a Decaffeinated Coffee?”, u L. Boisson de Chazournes i V. Gowlland-Debas (izd.), *Liber Amicorum Georges Abi Saab*, 2001, strana 360), u potpunosti razjašnjava problem; bilo bi sigurno jasnije da se kaže da je riječ o građanskoj odgovornosti jer je glavni ishod koji se traži reparacija; moguće je da postoji jedan vid kažnjavanja u ideji reparacije, ali, u aktuelnom stanju međunarodnog prava, aspekt sankcioniranja države ostaje politička odluka koja pripada Vijeću sigurnosti koji djeluje na osnovu odgovarajućih odredbi Povelje Ujedinjenih nacija.

<sup>58</sup> N. Robinson, “The Genocide Convention. Its Origins and Interpretation”, navedeno djelo, strana 43, “Pošto Konvencija specifično ne navodi reparacije, strane ugovornice nisu prihvatile obavezu nadležnost Suda po ovom pitanju”.

<sup>59</sup> Član 40 Pravila o odgovornosti države za međunarodno protupravno djelo Komisije za međunarodno pravo.

obavezu da ga prekine, da pruži garancije da ga neće ponoviti i da nadoknadi štetu nastalu tim kršenjem<sup>60</sup>.

### III. PROBLEM DOKAZA

50. Donoseći svoj prvi Nalog o zaštitnim mjerama, 8. aprila 1993, Sud je već ukazao na postojanje „opasnog rizika da djela genocida budu počinjena“ u ovom predmetu. Kada mu je stigao novi zahtjev za zaštitnim mjerama, Sud je konstatirao, u svom drugom Nalogu od 13. septembra 1993, da ne samo da Tužena strana nije poštovala navedene mjere za zaštitu i sprečavanje spomenutih djela nego je čak preduzela mjere koje mogu pogoršati stanje; on, naime, izjavljuje:

„[O]tkada je donijet Nalog od 8. aprila 1993, i uprkos tom Nalogu i brojnim rezolucijama Savjeta sigurnosti Ujedinjenih nacija, narod Bosne i Hercegovine je pretrpio velike žrtve i teške gubitke u ljudskim životima u okolnostima koje potresaju ljudsku savjest i očevidno su u suprotnosti s moralnim zakonom, kao i s duhom i ciljevima Ujedinjenih nacija“ (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1993*, strana 348, paragraf 52).

I naročito, Sud je dodao da „nije uvjeren da je sve što se moglo učiniti, [u] činjeno da bi se spriječilo počinjenje zločina genocida na teritoriji Bosne i Hercegovine“ (*Ibid.*, strana 348-349, paragraf 57).

I pored sve obazrivosti Suda u upotrebi termina i činjenici da se ovdje radi o konstatacijama *prima facie*, jasno je već ovdje da su dokazi koje je dostavio Podnosilac tužbe bili dovoljno uvjerljivi da se podrži optužba protiv Tužene strane, ojačaju već propisane zaštitne mjere i pozove na činjenicu počinjenja genocida.

51. Od 1996, a posebno zbog odvijanja suđenja pred Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju (MKTBJ), dokazi su se nagomilali u vidu impresivne gomile podataka: zvanična ili nezvanična dokumenta različitih instanci Srbije, posredno ili neposredno uključenih u djela genocida; usmene ili pisane izjave učesnika u bosanskoj drami, uključujući i glavne krivce kojima se sudilo ili su optuženi za ta djela; rezolucije, izvještaji i druga dokumenta Ujedinjenih nacija; izvještaji i dokumenta obavještajnih službi različitih država; svjedočanstva žrtava i počinitelaca svirepih djela pred MKTBJ ili državnim

---

<sup>60</sup> Vidjeti: član 28 KMP i dalje.

sudovima; izjave svjedoka, svjedoka-eksperata i eksperata pred Sudom; procesi i presude MKTBJ (vijeća i Žalbeno vijeće), itd. Naravno, sve ove informacije ne mogu se tretirati na isti način kao dokazni elementi; kao što Sud s pravom navodi, one moraju biti razmatrane sa svom potrebnom pažnjom i obazrivošću da bi se ustanovila istinitost i vjerodostojnost činjenica, njihova pripisivost i dio odgovornosti koja može iz njih proisteći za Tuženu stranu.

52. Trebalo je u ovom predmetu pružiti dokaze da je jedna država umiješana u genocid, bilo kao počinitelj ili supočinitelj ovog zločina bilo kao saučesnik u izvršenju, ili ne čineći ništa da ga spriječi ili kazni počinioce. Međutim, pošto je država pravno lice, to jest apstrakcija koja ne može sama po sebi počiniti djelo, činjenja ili nečinjenja koja joj se imputiraju materijalno čine fizička lica, djelujući pojedinačno ili kolektivno, u vezi s odnosnom državom po ovom ili onom osnovu. Dakle, s jedne strane treba dokazati ta činjenja ili nečinjenja, a s druge, eventualnu vezu s državom Tuženom stranom. Druge instance osim Suda već su imale priliku upoznati se s takvim situacijama, jer je oformljen jedan međunarodni krivični tribunal i pred nekoliko državnih sudova bio je pokrenut zahtjev za procesuiranjem i suđenjem osoba optuženih za genocid u bivšoj Jugoslaviji. Ova suđenja, pored suđenja Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu, koja se tiču pojedinaca, bila su prilika da se razmotre različiti aspekti zločina genocida i predstavljaju značajan doprinos za razumijevanje višestrukosti ovog zločina, razjašnjavanje sastavnih elemenata i karakteriziranje djela na koje se odnosi optužnica.

53. Kada je riječ posebno o Međunarodnom krivičnom tribunalu za bivšu Jugoslaviju, njegova djelatnost vrlo široko i direktno pokriva ista djela kao i ona koja su podnijeta na procjenu Sudu; ipak, postoji značajna razlika zato što ih je MKTBJ posmatrao pod posebnim uglom, uglom isključivo pojedinačne krivične odgovornosti svakog optuženog, dok ih je Sud posmatrao pod različitim uglom, uglom međunarodne odgovornosti države. Iako presude MKTBJ ne obavezuju Međunarodni sud pravde, one kreću od činjeničnih konstatacija koje predstavljaju odgovarajuće i čak odlučne elemente dokaza postojanja zločina genocida koje Sud ne može ne uzeti u obzir. Naime, u toku svakog procesa, Tribunal je poštovao sve procedure i garancije koje omogućavaju da se utvrde tačne okolnosti počinjenih zločina; u prisustvu obje strane razmotrio je svaki od brojnih dokaza ili pretpostavki u vezi s djelima za koje se terete optuženi; razmotrio je sve argumente, optužujuće i oslobađajuće, prije nego što je donio odluke, prvostepeno i ponekad u žalbenom postupku, u potpunosti promišljene i dobro odmjerene s



obzirom na profil optuženog i svaku konkretnu situaciju. Svakom predmetu bilo je posvećeno uglavnom dugo ali neophodno vrijeme da bi se “dokazalo izvan svake osnovane sumnje” da li je ili ne okrivljeni učestvovao u djelima genocida. U svakom slučaju, svaka presuda kojom se priznaje postojanje djela genocida u Bosni i Hercegovini polazna je tačka da se zapitamo da li i u kojoj mjeri se ta djela pripisuju organima ili osobama zavisnim od Tužene strane ili koji djeluju za njen račun, čija bi onda odgovornost bila uključena.

54. Zna se da, iako su optužbe za genocid bile usmjerene na više osoba, Pretresna vijeća zadržala su tu optužbu za osudu nekoliko osoba kao počinitelja ili saučesnika u zločinu genocida u slučaju masakra u Srebrenici (predmeti *Tadić, Krstić, Blagojević*); Žalbeno vijeće nije slijedilo sve ove presude i do danas je zadržalo zločin genocida samo u jednom slučaju da osudi optuženog kao saučesnika, a ne kao počinioca ili supočinioca jednog takvog zločina (predmet *Krstić*)<sup>61</sup> pokazujući se vrlo zahtjevnim u pogledu kvaliteta dokaza. Ipak, čak i kad presuda na osnovu izvedenih dokaza ne uspije zaključiti da je optuženi kriv za genocid (predmeti *Brđanin, Jelisić, Stakić i Sikirica i pomagači*), to ne znači da nije bilo genocida. Čini mi se da zahtjevi dokaza nisu potpuno isti kada se radi o pojedinačnoj umiješanosti i kada se radi o umiješanosti države. Najstrožiji zahtjev opravdan je kada smo u krivičnoj materiji gdje se radi o tome da se osudi jedno konkretno pojedinačno postupanje i kada treba dati dokaz utvrđene namjere – van svake osnovane sumnje – jednog optuženog da izvrši čin genocida; znamo da je stepen strogosti ovog zahtjeva izvor rasprave i osporavanja, kako pokazuju i različita mišljenja koja ponekad prate neke presude<sup>62</sup> i brojni komentari koje su izazvale ove presude u teoriji. Ostaje da, iako jedan takav zahtjev nije ispunjen i lično učešće u genocidu nije prihvaćeno, oslobađanje jedne osobe od optužnice za ovaj zločin ne isključuje automatski njegovo postojanje; naime, optuženi može izvršiti strašna djela izvršavajući naređenja, a da ne bude potpuno obaviješten ili da nema svijest da se ona uklapaju u politiku koja za cilj ima genocid. Može, dakle, biti neslaganja pravne prakse, posebno između nekog vijeća MKTBJ koje usvaja krivicu za genocid i Žalbenog vijeća koje odbacuje tu krivicu, a da to ne bude odlučujuće za postojanje

<sup>61</sup> Žalbeno vijeće nije još presudilo u predmetu *Blagojević*, koga je Pretresno vijeće 17. januara 2005. proglasilo krivim za saučesništvo u genocidu.

<sup>62</sup> Vidjeti, naprimjer, djelimično izdvojena mišljenja sudije Shahabuddeena u predmetima *Krstić i Jelisić*, sudija Wald i Pocar u predmetu *Jelisić*.

politike genocida<sup>63</sup>. Naime, u ovom slučaju, nije riječ o tome da se dokaže da je optuženi lično izvršio djelo genocida ili je bio saučesnik; prije je riječ o tome da se identificiraju elementi dokaza koji bi mogao dokazati da su zločini počinjeni u takvim uvjetima da se direktno povezuju s genocidnom politikom koja se može pripisati jednoj državi i konkretnije, da su počinjena od ili na podsticaj osoba direktno povezanih s državom Tuženom stranom ili koje su djelovale u njeno ime ili za njen račun ili pod njenom kontrolom, u izvršenju jednog takvog kriminalnog plana.

55. Kao što smo istakli, rijetko je da neka država zvanično ili javno iznese svoju namjeru da vodi neku protupravnu radnju; *a fortiori*, još je rjeđe da iznese svoju namjeru da počini težak zločin, u ovom slučaju genocid koji je po općem mišljenju “zločin nad zločinima”. Čak i u slučaju dva primjera u kojima je jedan takav zločin priznat da je počinjen, genocid nad Jevrejima koji je počinila nacistička Njemačka i genocid nad Tutsijima u Ruandi, zločin nije proglašen jasno zvanično i javno, jer proklamovanje politike “konačnog rješenja” u prvom slučaju i plan “etničkog čišćenja” u drugom, ostavljaju izvjesnu dvosmislenost; trebalo je da se zaista dogodi poraz i pad dva spomenuta režima, s pristupom arhivi, posebno nekih povjerljivih ili tajnih dokumenata, da bi se sakupila cjelina dokaza koja potvrđuje da je planiran i izveden genocid protiv posebnih, jasno definiranih grupa.

56. U ovom predmetu, promjena političkog režima i pad predsjednika Miloševića, koji se smatra jednim od glavnih krivaca za rat i zločine počinjene u Bosni i Hercegovini, donio je samo ograničen i djelimičan pristup izvorima informacija o načinu na koji su vođene operacije. Jedan od glavnih dokaza o direktnoj umiješanosti države Srbije u operacije vođene protiv nesrpskih populacija je izvještaj sa sastanaka Vrhovnog savjeta odbrane; ovaj dokument bio je predöčen MKTBJ-u i saopćen Sudu, ali tek pošto je veliki dio njegovog sadržaja cenzuriran tako što je zacrnjen da ne bi bio čitljiv. Ova operacija kamuflaže izaziva opravdanu sumnju da vlasti u Beogradu žele spriječiti Sud da se

---

<sup>63</sup> To je, uostalom, ono što otkriva teorija (v. W. Schabas, navedeno djelo, strana 227; L. van den Herik and E. van Sliedregt, “Ten Years Later, the Rwanda Tribunal Still Faces Legal Complexities: Some Comments on the Vagueness of the Indictment, Complicity in Genocide and the Nexus Requirement for War Crimes”, *Leiden Journal of International Law*, tom 17, 2004, strane 537-557; C. Eboe-Osuji, “Complicity in Genocide versus Aiding and Abetting Genocide, Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes”, *Journal of International Criminal Justice*, tom 3, 2005, strane 56-81).

upozna s određenim informacijama, nesumnjivo odlukama koje otkrivaju direktnu umiješanost oficira vojske Srbije u aktivnost u vojsci srpskog entiteta u Bosni (Republika Srpska) tokom cijelog trajanja tragedije. Naime, ako je veliki broj srpskih oficira visokog ranga bio prisutan u Bosni i Hercegovini, to znači da je i jedan još veći broj vojnika i drugih elemenata paravojsnih snaga isto tako bio tamo, što bi moglo navesti na zaključak da je država Srbija zaista direktno umiješana u zločinački poduhvat, uključujući eventualno i djela genocida. Bosna i Hercegovina je tražila od Suda da pribavi od Tužene strane taj dokument bez brisanja, najprije u jednom pismenom zahtjevu, a zatim i u vrijeme usmenih izlaganja, ali nikad joj nije ispunjen zahtjev. Na ovom veoma važnom pitanju stav Suda izgleda sporan, jer ne samo da odbacuje zahtjev Podnosioca tužbe nego i ne daje objašnjenje ni opravdanje; Sud se zadovoljava time da veoma lakonski kaže da “Podnosilac tužbe raspolaže obimnom dokumentacijom i drugim dokaznim elementima koji potječu, prije svega, iz lahko dostupnih dosijea MKTBJ” i da se “[o]n time obilato služio” (paragraf 206). Međutim, problem nije u tome. Problem je što u toj obilatoj raspoloživoj dokumentaciji i predmetima MKTBJ treba tražiti one koji mogu činiti elemente dokaza koji će biti uvjerljivi. Zahvaljujući izuzetnom istražnom poslu MKTBJ, Podnosilac tužbe je uspio dobiti jedan takav dokument, ali voljom Tužene strane, nepotpun. Želja Podnosioca tužbe da se upozna s cjelinom dokumenta je potpuno legitimna, jer bi njegova sadržina mogla biti važan element, odnosno odlučujući za otkrivanje manje ili više direktne umiješanosti Tužene strane u zločinački poduhvat za koje se tereti. Ali, zahtjev mu nije ispunjen i sam Sud nije koristio nijedno svoje pravo da dobije bilo koji dokument.

57. Znamo, naime, da Sud “može, čak prije svake rasprave, tražiti od zastupnika da dostave bilo koji dokument (Statut, član 49) i on može i “pozvati strane da dostave dokaze ili da daju objašnjenja za koje on smatra da su neophodna da bi se razjasnio bilo koji aspekt problema o kojima se radi” (Pravila Suda, član 62, stav 1). Pošto Sud nije postupio po zahtjevu Podnosioca tužbe ili pozvao *proprio motu* Tuženu stranu da dostavi dokument, nije bilo moguće dobiti razjašnjenja o skrivenom dokumentu; trebalo se zadovoljiti samo jednim prostim pitanjem koje je jedan sudija postavio Tuženoj strani o vezi njenog odbijanja da dostavi dokument u cjelini i ovog slučaja pred Sudom, s odgovorom Tužene strane koji ne pruža željena razjašnjenja. Odgovor Tužene strane, prema kojem je zacrnjavanje dokumenata dostavljenih pred MKTBJ bilo povezano sa zaštitom državnih interesa a ne s ovim predmetom pred Sudom, nije zadovoljavajući. Više od deset godina po odvijanju događaja, teško je

razumjeti kako bi objelodanjivanje sadržaja zapisnika Vrhovnog savjeta odbrane moglo ugroziti interese državne sigurnosti; čini se očiglednim da je prikrivanje imalo za cilj da se učine nečitkim imena brojnih oficira srpskih vojnih snaga angažiranih direktno na teritoriji Bosne i Hercegovine gdje su se odvijali zločini i eventualno djela genocida.

58. Naravno, može se razumjeti oklijevanje ili skrupule Suda da odgovori na jedan zahtjev ili da odluči *proprio motu* da naredi dostavu jednog dokumenta; to može podrazumijevati izvjestan broj poteškoća koje se mogu sažeti na sljedeći način:

- ostaviti utisak da će Sud pomoći – čak odmijeniti – stranu koja podnosi zahtjev u zadatku tereta dokazivanja koji joj pripada, iako to nije njegova uloga i on mora održavati savršenu ravnotežu između strana;
- preduzeti mjeru čija simbolička snaga može ugroziti suverenitet jedne države, što bi još više moglo raspiriti nepovjerenje drugih država u pogledu moći i uloge Suda;
- naići na odbijanje Tužene strane koja bi se pozvala na interes državne odbrane i tajnu koja je okružuje i tako se naći u nezgodnoj situaciji za povjerenje Sudu koji nema sredstva da primora neku državu da poštuje njegove odluke<sup>64</sup>. U jednom manje dramatičnom predmetu nego što je ovaj, Sud je tražio od Ujedinjenog Kraljevstva da dostavi neke dokumente vezane za naredbe o prolasku ratnih brodova u Krfskom kanalu, ali ova dokumenta nisu dostavljena pozivajući se na tajnost plovidbe i svjedoci su se suzdržali od odgovaranja na pitanja o njoj (*Krfski kanal (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Albanije)*, *Meritum*, *Presuda*, *Međunarodni sud pravde*, *Izveštaji 1949*, strana 32).

59. I pored svega, značaj i prikladnost ovih argumenata nisu dovoljni da ih učine uvjerljivim u slučajevima kakav je ovaj. Možemo ostaviti ovdje po strani drugi i treći argument koji spadaju u pravnu politiku Suda i uravnoteženog tretiranja zahtjeva pravde, s jedne, i prilike da se poštedi suverenitet i osjetljivost država, s druge strane, problem nije primjeren ovom slučaju, i premda ovdje dobija izuzetan značaj, nije neophodno razrađivati

---

64 O problemu tajne, vidi: G. Niyungeko, "Dokaz na međunarodnom sudu", teza, Slobodni univerzitet Brisel, 1988, strane 188-189 i 287-292.

diskusiju. Međutim, prvi argument o ulozi Suda u oblasti dokaza<sup>65</sup> zaslužuje da se na njemu kratko zaustavimo, posebno zato jer je prvi put pred Sudom teška optužba za genocid protiv jedne države i zato što pred takvom jednom optužbom problem dokaza dobija izuzetan značaj i oštrinu; logično je, dakle, i normalno da on bude pozvan ili da sam sprovede sva sredstva koja mu njegov statut nudi da dođe do jasnih zaključaka o realnosti određenih navedenih činjenica.

60. U svim pravnim sistemima, bilo da su državni ili međunarodni, utvrđeno je da teret dokaza pada strani koja se na njih poziva; u ovom slučaju, pred Međunarodnim sudom pravde na Bosni i Hercegovini je da pokaže da je Srbija počinila genocid ili, u nedostatku, da je bila saučesnik. Jedna od glavnih tvrdnji je da su pripadnici vojnih i paravojnih snaga Srbije bili počinioci ili makar saučesnici u djelima genocida koja su se dogodila na teritoriji Bosne i u potvrdu te tvrdnje, ona dostavlja dokument iznijet pred MKTBJ koji može potkrijepiti i učiniti uvjerljivom tvrdnju; ali je ovaj dokument nepotpun voljom Tužene strane koja je prikrila jedan veliki njegov dio i nemoguće je imati kompletan uvid u njega bez intervencije Suda sa zahtjevom da se dostavi u cjelini. Uostalom, ima dovoljno potkrijepljenih i ozbiljnih pretpostavki koje opravdavaju jednu takvu intervenciju jer ovaj dokument može “pojasniti svaki od aspekata problema o kojima se radi” (spomenuta Pravila, član 62), tj. stepen i vrstu umiješanosti Srbije u odvijanju tragičnih događaja u Bosni i Hercegovini; osim toga, iako ovaj nepotpuni dokument sada čini dio elemenata predmeta, Sud ga je razmotrio suviše sažeto i u okolnostima malo pogodnim za tumačenje da bi se izvukli zaključci u jednom ili drugom pravcu u vezi s prikrivenim dijelovima.

61. Dopušteno je misliti da ovaj dokument nije bio predmet prikladnog tretiranja od Suda, koji se suzdržao od korištenja svojih prava da bi došao do istinitosti činjenica. U jednoj smo sasvim specifičnoj situaciji gdje je strana, zadužena za dokaz, ispoštovala svoju obavezu do određene mjere gdje se

65 O širem problemu dokaza pred Sudom, vidi G. Guillaume, “Dokaz i istražne mjere pred međunarodnim sudstvom”, u: *Međunarodni sud pravde na pragu XX vijeka: pogled jednog sudije*, Paris, Pedon, 2003, strane 85-110; M. Lachs, “Dokaz i Međunarodni sud pravde” u Ch. Perelman i P. Foriers (dir.izd.), *Dokaz i pravo*, Brisel, Bruylant, 1981, strane 109-123; S.F. Amerasinghe, “Principi u oblasti dokaza u međunarodnom suđenju”, *Godišnjak Instituta za međunarodno pravo*, tom 70, 1, 2002-2003, strane 139-398; H.W.A. Thirlway, “Evidence before International Courts and Tribunals” u: R. Bernardt et al. (eds), *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, 2, strana 330 i dalje; J.S. Witenberg, “Teorija dokaza pred međunarodnim sudovima”, RCADI, 1936-II, t. 56, strane 5-102.

sudara s voljom svog protivnika koji posjeduje traženi dokument i samim tim i ključ rješenja; iz toga proizlazi situacija nejednakosti na štetu Podnosioca tužbe, a intervencija Suda samo bi povratila jednakost strana primjenjujući, razumno i pravično, princip tereta dokaza. Jedno takvo rješenje bilo bi u skladu sa zaključcima iz rasprava Instituta za međunarodno pravo<sup>66</sup> i ne bi dovelo u pitanje, prema mišljenju nekadašnjeg predsjednika Suda, njegovu nepristrasnost ili nezavisnost<sup>67</sup>. Osim toga, iako ni u Statutu ni u Pravilima Suda nema odredaba o obavezi saradnje u oblasti dokaza, suprotna se strana, ipak, mora ponašati pravično i da se ne protivi predstavljanju dokumenta koji ona posjeduje a koji je neophodan za utvrđivanje činjenica<sup>68</sup>; teorija se uglavnom slaže u tome da ovdje postoji jedan opći pravni princip<sup>69</sup> i kao što podsjeća izvjestilac Komisije za međunarodno pravo, profesor George Scelle, povodom radova na modelu pravila za arbitražni postupak: “postoji... jedan izvjestan princip, a to je da države u sporu imaju obavezu da sarađuju u dobroj namjeri u izvođenju dokaza”<sup>70</sup>. Dakle, možemo samo konstatirati ili žaliti malodušnost i odbijanje Suda da pruži, potpuno legalno i pravično, jedno sredstvo, jedan način među ostalima, da bi se potvrdila istinitost tvrdnje u jednom predmetu gdje je potraga za istinom izuzetno očekivana i neophodna. Izuzetno rigidan stav u ovoj oblasti može samo dovesti do nerazumnih ili nepravednih rezultata,<sup>71</sup> jer “okolnosti činjenica”, koje Sud treba uzeti u razmatranje (Pravila, član 95, paragraf 1), nisu to stvarno bile, zbog odsustva jednog dokaznog elementa čije je iznošenje mogao tražiti; dopušteno je ovdje podsjetiti na odgovarajuću primjedbu sudije Bustamante u slučaju *Barcelona Traction*:

<sup>66</sup> Prema izvjestiocu, S.F. Amerasinghe, “U primjeni ovog principa tribunal može u odgovarajućim okolnostima podijeliti težinu dokazivanja u vezi s određenom situacijom” i predlaže u nacrtu članova odredbe koje predviđaju da strane moraju sarađivati sa sudom u izvođenju dokaza, posebno onih koji su u njihovom posjedu ili pod njihovom kontrolom (v. *Principi u oblasti dokaza u međunarodnom suđenju*, strane 197. i 392. i dalje).

<sup>67</sup> Vidjeti primjedbe predsjednika G. Guillaume o izvještaju S.F. Amerasinghe na Institutu za međunarodno pravo, *Principi u oblasti dokaza na međunarodnom suđenju*, strana 314.

<sup>68</sup> Taj je princip neosporno inspirisao ponašanje Švicarske u predmetu *Interhandel*, kada ona izjavljuje: “Ipak, ako Sud to želi, švicarska vlada bila bi spremna odreći se svakog strogog pravila o podjeli tereta dokaza između Podnosioca tužbe i Tužene strane” (Tužba Švicarske od 3. marta 1958, MSP, *Tužbe 1959*, strana 128, paragraf 82).

<sup>69</sup> v. G. Niyungeko, navedeno djelo, strana 172. i dalje; J.C. Witenberg, navedeno djelo, strane 47-49; Amerasinghe, navedeno djelo, strane 305-306, kao i primjedbe sira Ian Sinclair, strane 327.

<sup>70</sup> Vidjeti: *Godišnjak Komisije za međunarodno pravo*, 1950, strana 134.

<sup>71</sup> Vidjeti: S.F. Amerasinghe, “Principi u oblasti dokaza u međunarodnom suđenju”, navedeno djelo, strana 219.

“Svakako, prihvatam da u svakom slučaju teret dokaza pada na jednu od strana; ali istina je i da viši interesi pravde daju Sudu sposobnost da učini sve od sebe kako bi naveo strane da razjasne nedovoljno jasne činjenice” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgija protiv Španije), Preliminarni prigovori, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1964, strana 80*).

Dopušteno je misliti da je Sud propustio povoljnu priliku da legitimno sprovede prava koja mu daje Statut u oblasti dokaza; ako je ovo za veliko žaljenje u dramatičnom kontekstu ovog predmeta, to može biti i generalno, u budućnosti, u svim predmetima u kojima bi zločini bili iznijeti na bazi elemenata dokaza koji su identificirani, ali koje posjeduje jedna od strana koja ih odbija predočiti. Suzdržavajući se od intervencije, na zahtjev druge strane ili po vlastitoj inicijativi – onda kada potraga za istinom traži jednu takvu intervenciju – Sud može stvoriti jedan zbnjujući i zabrinjavajući presedan.

62. Ako, u budućnosti, Sud bude trebao ponovo odlučivati o postojanju nekog genocida, možemo se upitati kako će moći zaista obaviti taj zadatak. U ovom predmetu, da nije bilo ogromnog istražnog posla koji je obavio tužilac MKTBJ i preciznog rada pretresnih vijeća Tribunala da utvrde činjenice i konstatiraju realnost djela genocida, Sud ne bi bio u mogućnosti da raspolaze odgovarajućim saznanjem o činjenicama koje bi mu omogućile da se izjasni o navedenim zločinima i odgovarajućim odgovornostima. Ma šta rekao i suprotno onome što najavljuje u paragrafu 181, Sud nije pravno i materijalno opremljen da vodi istrage neophodne da se utvrdi krivica osoba koje bi bile počinioci djela genocida, iako je to polazna tačka da bi se potom utvrdilo da li su ta djela pripisiva osobama ili organima koji su, po ovoj ili onoj osnovi, u vezi s državom optuženom zbog kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. U ovom predmetu, uloga koju je odigrao MKTBJ, doprinos različitih organa Ujedinjenih nacija i drugih regionalnih i državnih instanci kao i promjena režima koja se dogodila u Beogradu, s padom vođa SRJ umiješanih u nasilništva u Bosni, olakšali su utvrđivanje činjenica i pristup dokazima. Ali, u jednom drugom kontekstu gdje bi vođe odnosne države bile i dalje na vlasti i gdje ne bi bilo međunarodnog krivičnog tribunala zaduženog da goni počinioce djela genocida, Sud bi praktično bio u nemogućnosti da sakupi dovoljno elemenata koji bi mu omogućili da presudi o realnosti djela genocida i iz toga izvuče zaključke o eventualnoj umiješanosti neke države; ovo bi bilo utoliko prije istinito što je Sud pokazao da ima veoma restriktivan

pristup u primjeni i tumačenju svojih Pravila, odbijajući da igra aktivniju ulogu u utvrđivanju činjenica i potrazi za istinom.

63. Odbijajući da traži dostavljanje dokumenta, Sud predočava da je slobodan da izvuče odgovarajuće zaključke iz njegovog nedostavljanja (paragraf 206); ipak, ništa slično se nije dogodilo. Naime, glavni nepovoljan zaključak koji proistječe iz Presude – koji se u ovom slučaju sastoji u tome da se kaže da Tužena strana nije poštovala svoju obavezu da spriječi i da kazni zločin genocida – izgleda bez povezanosti s dokumentom za koji Sud nije procijenio da je korisno da traži njegovo izvođenje. Bez saznanja o tačnom sadržaju prikriivenog dokumenta, objektivno je teško i vrlo proizvoljno reći da li bi taj sadržaj imao ili ne odlučujući utjecaj za prevagu na jednu ili na drugu stranu povodom glavnih tvrdnji iznijetih protiv Tužene strane:

- izvršenje genocida preko njenih organa ili osoba za čija je djela pokrenuta njena odgovornost;
- udruživanje u cilju izvršenja genocida ili podsticaj da se poćini genocid;
- saućesništvo u genocidu.

Zbog ove nesigurnosti i imajući u vidu objašnjenja koja slijede, mogu se samo osjećati ozbiljne sumnje zbog postupka Suda; zaključujući da nema kršenja tri gore spomenute obaveze, ne ulažući odgovarajući napor da ohrabri iznošenje dokaznih elemenata, Sud može samo izazvati pitanja i primjedbe kako u vezi s primjenom i tumačenjem njegovih Pravila, tako i sa zaključcima do kojih je došao.

#### **IV. PROBLEM NAMJERE U ZLOČINU GENOCIDA**

64. Definicija zloćina genocida data u ćlanu II Konvencije počiva na spoju dva sastavna elementa zloćina, materijalni (*actus reus*) i element namjere (*mens rea*). Osim genocida, Konvencija kaćnjava djela dogovora, podsticaja, pokušaja i saućesništva u genocidu. Sve države vezane Konvencijom dućne su i sprećavati i kaćnjavati izvršenje genocida. Djela genocida uvijek izvršavaju



pojedinci koji pripadaju nekom subjektu koje je pravi dirigent ovih djela<sup>72</sup>; a on je obično neka država koja djeluje preko svojih organa ili preko trećih organa koji djeluju u njeno ime i čak na osnovu odnosa *de facto* s državom, a da pravno nisu u vlasti. Dakle, veza između pravnog lica, što je država, s prestupom je posredna, preko fizičkih lica koji zavise od nje po jednom ili drugom osnovu i, samim tim, što može povući odgovornost date države. Ova realnost ima ključni značaj za dokazivanje genocidne namjere, to jest ko su počinioci čija se namjera tuži: materijalni počinilac djela, onaj koji je planirao zločin ili oba.

65. Budući da su svi zločini kažnjeni Konvencijom zločini s namjerom, oni mogu poslužiti kao osnova za, s jedne strane, pojedinačnu odgovornost počinilaca, a s druge strane, odgovornost države, pošto Konvencija ne ograničava pobrojana djela u članu III samo na pojedinačnu odgovornost, kao što smo vidjeli u prethodnim obrazloženjima. Specifičnost zločina genocida je što on zahtijeva spajanje opće i specifične namjere, pošto su dokazi i element namjere podvrgnuti općim pravilima dokazivanja pred Sudom koji treba tražiti ili izvesti namjeru iz okolnosti slučaja, s okolnošću da je njegov zadatak u velikoj mjeri olakšan radom koji su već obavili međunarodni krivični sudovi koji pružaju ujedno i dokaze i razjašnjenja o namjeri.

## A. Element namjere

66. Često se raspravlja o značaju datom elementu namjere, neki žale zbog subjektivizma uvedenog u Konvenciju sa strahom da će “počinioci nekog zločina izbjeći kaznu pod izgovorom izostanka krivične namjere”<sup>73</sup> i da to “pruža ugodno skrovište za države”<sup>74</sup>. “Rašireno je mišljenje po kome se, naime, radije smatra da postoji genocid čim postoji masovna eksterminacija,

<sup>72</sup> Prema MKTR, “čak i kad postojanje nekog preciznog plana za uništenje grupe ne bi predstavljalo po sebi element genocida, izgleda, ipak, da je virtualno nemoguće izvršiti zločin genocida u odsustvu jednog takvog plana ili jedne takve organizacije” (predmet *Kayishema*, Presuda od 21. maja 1999, paragraf 94). Što se tiče MKTBJ, on zapaža “da će biti u praksi veoma teško pružiti dokaz o genocidnoj namjeri neke osobe ukoliko počinjena zlodjela nemaju masivni karakter i ako kriminalno djelo iz optužnice ne podržava neka organizacija ili neki sistem (predmet *Jelisić*, Pretresno vijeće, Presuda od 14. decembra 1999, paragraf 101).

<sup>73</sup> J. Verhoeven, “Zločin genocida: originalnosti i dvosmislenost”, navedeno djelo, strana 17.

<sup>74</sup> A. Cassese, navedeno djelo, strana 184.

bez obzira na traženi cilj<sup>75</sup>, ali ovakav stav može ugroziti konvencijsku definiciju genocida po kojoj se akcent stavlja na specijalnu namjeru da se uništi jedna grupa kao takva. Ukoliko masivne eksterminacije nemaju za cilj pojedince zbog same njihove pripadnosti jednoj posebnoj grupi, ne može se govoriti o genocidu u smislu Konvencije; međutim, kao što ističe jedan autor:

“Radit će se o... genocidu čim se, u toku neke politike čije štetne posljedice izgledaju nedvosmislene, ma kakav njen predmet bio, pojavi namjera da se uništi neka grupa kao takva. Nastaviti, ako ne definirati, takvu jednu politiku u takvom slučaju treba biti sastavni dio genocida, čak i ako rušilačka djelovanja uopće nisu željena u početku.”<sup>76</sup>

67. Neki autori ističu da genocid pokriva djela koja, nemajući za prvi cilj da fizički unište jednu grupu, izazivaju nestajanje ili rizik od nestajanja njihovim izvršenjem. Ovo prihvatanje “omogućilo bi da se zločinom genocida okarakterizira, osim namjernog uništenja neke grupe, praksa nasilnog pomjeranja stanovništva i druga djela ’etničkog čišćenja’<sup>77</sup>, kao što ćemo vidjeti kasnije. U svakom slučaju, osobenost zločina genocida, onako kako je definiran u Konvenciji, jest u postojanju namjere i to jedne opće i jedne specifične namjere.

68. Opća namjera je realno saznanje o materijalnim elementima prestupa i želja počinioca da djeluje. Definicija genocida zahtijeva opću namjeru da se počini jedno od pet djela pobrojanih u članu II, a to su:

- a) ubistvo pripadnika grupe;
- b) težak napad na fizički ili psihički integritet pripadnika grupe;
- c) namjerno podvrgavanje grupe uvjetima života sračunatim da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja;
- d) mjere s ciljem sprečavanja rađanja u okviru jedne grupe;
- e) nasilno premještanje djece iz jedne u drugu grupu.

Samom prirodom ova djela predstavljaju svjesna i namjerna djela i ne mogu proistjecati iz nezgode ili nemara. Akcent stavljen na namjeru pod c) (namjerno podvrgavanje) nema stvarne pravne posljedice, jer namjera treba biti

<sup>75</sup> J. Verhoeven, navedeno djelo, strana 23.

<sup>76</sup> *Ibid.*, strane 19-20.

<sup>77</sup> L. Boisson de Chazournes, “Nalozi s preporukom zaštitnih mjera u predmetu o Primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida”, *AFDI*, 1993, tom XXXIX, strana 530.

ustanovljena za svako od pobrojanih djela. Kao što je primijećeno:

“Ograničavajući karakter pobrojavanja sadržanog u članu II u načelu se lahko razumije, s obzirom na tradicionalna pravila koja u krivičnom pravu izražavaju maksime *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege*. Uostalom, ne treba pretjerivati, jer upotrijebljeni pojmovi relativno su široki i trebaju takvi i ostati i pored principa restriktivnog tumačenja odredaba sankcioniranja.”<sup>78</sup>

69. Kod zločina genocida nije dovoljno da je počinitelj htio počiniti jedno od djela pobrojanih u članu II, potrebno je i da je djelovao “u namjeri da uništi, potpuno ili djelimično, jednu nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku grupu”. Ova specifična namjera zahtijeva, dakle, da djelo može izroditi posebnu štetu i da počinitelj bude svjestan toga. Realno uništenje grupe nije neophodan uvjet za karakteriziranje zločina genocidom, jedino je namjera da se traži ta posebna šteta dovoljna da se zaključi da postoji prestup<sup>79</sup>.

70. Specifična namjera mora biti različita od motiva. Neki autori smatraju da je specifična namjera uključivanje motiva u prekršajnu namjeru, a da “teorija genocida... odstupa od općeg prava time što obuhvata motiv u legalno konstituiranje delikta”<sup>80</sup>. Ipak, ove analize nisu uvijek jasne i uvode sumnju u dva različita pojma za koja se čini da ponekad zamjenjuju jedan drugog, posebno kada neki poistovjete motiv sa specifičnom namjerom i zovu “razlozima” druge uzroke neovisne o prestupu. Naprimjer, ono što neki autori zovu “motivi” i isključuju iz definicije prestupa<sup>81</sup>, drugi zovu “razlozima” i oni ih isključuju iz definicije prestupa<sup>82</sup>. Ono što je važno u primjeni Konvencije o genocidu je da su njeni autori odlučili da uključe u definiciju

<sup>78</sup> J. Verhoeven, navedeno djelo, strana 15.

<sup>79</sup> N. Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary*, (1960) paragraf 58 (“Actual destruction need not occur; intent is sufficient.”), Shaw, M. N. “Genocide in International Law” in *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honor of Shabtai Rosenne*, paragrafi 797-805 (1989) (“Actual physical destruction is not required; what is essential is the need to demonstrate the subjective element”).

<sup>80</sup> H. Donnedieu De Vabres, “Od piraterije do genocida: novi načini kriminalnog kažnjavanja”, *Mélanges G. Ripert*, 1950, t. I, strana 245, naveo Joe Verhoeven, navedeno djelo, strana 17.

<sup>81</sup> A.M. La Rosa i S. Villapando, “Osvrt na zločin genocida. Novi pogled na definiciju Konvencije iz 1948, u vrijeme njene pedesetogodišnjice. Pokušaj spoznaje sastavnih elemenata zločina», navedeno djelo (“prijestup je nezavisan od motiva, kakvi god oni bili”).

<sup>82</sup> J. Verhoeven, navedeno djelo, strana 19 (“razlozi zbog kojih je izvršen genocid potpuno su nezavisni”).

zločina genocida specifičnu namjeru da se uništi jedna posebna grupa (što neki zovu “motiv”), a da isključe druge razloge koji mogu podrazumijevati ovu destruktivnu želju. Namjera se sastoji u želji za jednim prestupničkim rezultatom, dok je motiv razlog koji navodi subjekta da počini prestup (naprimjer osveta, bogaćenje, itd.); motiv može varirati od jedne do druge osobe u istoj vrsti djela, prestup je nezavisan od motiva, kakvi god oni bili<sup>83</sup>. Specifična namjera u zločinu genocida može biti složena i sadržavati više aspekata, ali se uvijek mora raditi o namjeri da se “uništi, potpuno ili djelimično, jedna grupa... kao takva”, a spomenuta grupa može biti “nacionalna, etnička, rasna ili vjerska” (Konvencija o genocidu, član II).

## 1. Uništiti potpuno ili djelimično grupu kao takvu

71. Doslovno, uništiti to je “duboko i nasilno oštetiti (nešto što je organizirano) tako da izgubi izgled, oblik, glavne odlike”<sup>84</sup>. Ubijanje je jedan od načina uništenja, ali nije jedini. Žalbeno veće MKTBJ je navelo, u slučaju *Krstić*, da namjera uništenja grupe kao odvojenog i različitog subjekta može se pokazati kroz nasilno odvođenje populacije što je onda jedan drugi način da se dođe do fizičkog uništenja ciljane zajednice<sup>85</sup>. Zabranjeno djelo mora biti počinjeno zbog pripadnosti žrtve određenoj grupi i u cilju ostvarivanja globalnog cilja uništenja grupe. Ali, nije neophodno da počinilac genocida želi uništiti cijelu grupu, dovoljno je da njegova namjera bude da uništi jedan njen dio. Prema nekim autorima, dodavanje riječi “kao takve” “ima samo jedan uzrok, a to je da se istakne suština jednog posebnog zločina koji se sastoji u želji da se uništi jedna grupa ljudskih bića; ono ne pokreće nikakvu drugu restrikciju, ma kako diskutabilno izgledala njena upotreba”<sup>86</sup>. Prema komentaru nacrtu zakonika zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva, koji preuzima definiciju genocida iz Konvencije iz 1948, uništiti grupu “kao takvu” znači uništiti “jedan odvojen, različit subjekt, a ne samo nekoliko osoba zbog njihove pripadnosti toj grupi”<sup>87</sup>.

72. Zapazimo da Konvencija ne predviđa kvantitativni prag za izvršenje zločina genocida. Čim je namjera utvrđena i počne izvršenje zločina, ništa ne

<sup>83</sup> A.M. La Rosa i S. Villapando, navedeno djelo, strana 83.

<sup>84</sup> *Le Robert*, rječnik francuskog jezika, 2. izdanje, 1992.

<sup>85</sup> Presuda od 19. aprila 2004, paragraf 31.

<sup>86</sup> J. Verhoeven, navedeno djelo, strana 19.

<sup>87</sup> Izvještaj KMP o radovima njene četrdeset osme sjednice, Ujedinjene nacije, dok. A/51/10, strana 47.

sprečava da genocid bude izvršen, čak iako je broj žrtava mali. Dovoljno je počiniti bilo koje od pobrojanih djela u namjeri da se dođe do potpunog ili djelimičnog uništenja jedne zaštićene grupe; na planu principa i eventualno se može reći da “jedno jedino ubistvo, jedini napad na fizički integritet jednog pripadnika grupe bili bi dovoljni, samo da su praćeni specifičnom namjerom njihovog počinioca”<sup>88</sup>; pa ipak, ovakva jedna situacija spada u školsku hipotezu, jer u svakoj politici genocida neizbježno ili nužno postoji jedan kvantitativni aspekt i barem zločin mora imati za cilj dovoljno veliki broj, ili značajan dio zaštićene grupe, kao što ističe Sud (paragraf 198). U ovom slučaju, dokazi o velikom broju ubistava i drugih surovosti sistematski počinjenih na različitim mjestima bosanske teritorije ne manjkaju. Pisani podnesci i izlaganja Podnosioca tužbe puni su primjera za koje se Tužena strana – pošto ne osporava istinitost za većinu njih – trudi da ih minimizira ili da im da drugu kvalifikaciju. Iz mnogih upoređenih svjedočenja vidi se da su desetine hiljada nesrba, većinom muslimana, ubijeni između 1992. i 1995. i ta stalna praksa predstavljala je za jedan dio njih oblike uništavanja “nesrpske” zajednice, ukoliko prihvatimo da grupa može biti definirana negacijom. Ne pretendirajući da iscrpi sve, Sud daje porazan primjer značaja i težine ubistava počinjenih nad civilnim stanovništvom u paragrafima 245-276; ako se njihov broj često računa desetinama ili stotinama, ponekad se računa hiljadama, kako navodi Sud u nekoliko paragrafa (247, 252, 257-259, 262 i 271).

## 2. Nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa

73. Cilj Konvencije je da štiti što šire grupe, čim one pokazuju “značajan element stabilnosti”<sup>89</sup>. Stabilnost i stalnost grupe su među razlozima zbog kojih autori Konvencije nisu među zaštićenim grupama uključili ekonomske, političke, kulturne ili socijalne grupe. Konvencija ne daje definiciju pojmova “nacionalni, etnički, rasni ili vjerski”, što nije prava praznina, jer ono što je važno nije toliko objektivno utvrđivanje osobina svojstvenih svakoj grupi nego činjenica da su “u praksi preduzete mjere za njihovo razlikovanje”<sup>90</sup>. Razmatrajući pripremne radove Konvencije iz 1948, MKTBJ precizira da Konvencija ima za cilj zaštititi “svaku stabilnu i stalnu grupu”<sup>91</sup>. To je bio slučaj s Tutsima, kojima se u ličnoj karti vidjela etnička pripadnost. To je

<sup>88</sup> A.M. La Rosa i S. Viljapando, navedeno djelo, strana 87.

<sup>89</sup> *Zvanična dokumenta Trećeg zasjedanja Generalne skupštine, prvi dio, šesta komisija, šezdeset deveta sjednica*, strana 58 (gospodin Peres Peroso, Venecuela).

<sup>90</sup> A.M. La Rosa i S. Villapando, navedeno djelo, strana 90.

<sup>91</sup> Predmet *Akayesu*, Presuda od 2. septembra 1998, paragraf 701.

slučaj i sa Srbima, Hrvatima i muslimanima, priznatim kao takvim u Ustavu SFRJ, zatim u onom Bosne i Hercegovine.

74. Muslimanski identitet u Bosni i Hercegovini nije shvaćen kao obična pripadnost jednoj vjeri; on se odnosi na “grupu osoba koje imaju posebnu zajedničku kulturu, jezik i tradicionalni način života”, kako navodi Podnosilac tužbe. Dakle, izraz “etnička grupa” najtačnije pokriva motivaciju u osnovi zločina koje su Srbi počinili u Bosni i Hercegovini. Etničkom grupom se uglavnom definira kulturna ili jezička grupa, **podnacionalna i podržavna**. Žrtva mogu biti “muslimani iz Srebrenice”<sup>92</sup> ili iz bilo koje druge općine jer oni predstavljaju dio jedne šire grupe, a to su “muslimani iz Bosne”. Podnosilac tužbe je iznio mogućnost da se grupa definira negacijom, to jest kao “nesrbi” (CR 2006/32, strana 23, paragraf 9); to ne implicira odsustvo djela genocida zbog odsustva specifičnih ciljanih grupa, kao što tvrdi Tužena strana; naime, dvije zajednice su posebno bile meta: Hrvati iz Bosne i Hercegovine i naročito muslimani iz Bosne i Hercegovine. Kao što Sud konstatira nakon MKTBJ, na osnovu podataka kojima su utvrđene činjenice, genocid je bio upravljen uglavnom protiv muslimana: kvantitativno jer su oni glavne žrtve masivnih zločina; namjerno jer su oni meta ratobornih izjava srpskih vođa (naročito političkog vođe Srba iz Bosne, R. Karadžića). Činjenica da su i Hrvati bili žrtve zločina ne oduzima shemi zločina njenu genocidnu dimenziju. U svim počinjenim i priznatim genocidima (Jevreji, Tutsi), osobe iz drugih grupa van ciljane grupe bili su žrtve, a da to ne utječe na realnost i kvalifikaciju genocida. Stoga se možemo pitati je li opravdano držati se samo pozitivne definicije ciljane grupe i isključiti svaku definiciju negacijom; takav pretjerano restriktivan stav i tumačenje u smislu pripremnih radova Konvencije o genocidu i konsultativnog mišljenja Suda iz 1951 (*Zadržke na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida*), u paragrafu 194 Presude, ne počiva na uvjerljivim osnovama.

75. Na osnovu masakra oko 7000 muslimana MKTBJ je proglasio djela počinjena 1995. u Srebrenici genocidom. Generala Radislava Krstića, čija pojedinačna genocidna namjera nije ustanovljena, Tribunal je osudio za saučesništvo u genocidu, prvostepeno 2. augusta 2001, što je potvrdilo Žalbeno vijeće 19. aprila 2004. Na osnovu činjeničnih istina i opće namjere u osnovi počinjenih zločina, Podnosilac tužbe ističe, uz dovoljno uvjerljive argumente, postojanje želje Srba, ne samo da u potpunosti iskorijene nesrbe, naročito muslimane, s određenih bosanskih teritorija nego i da ih unište najvećim dijelom

---

<sup>92</sup> Ovaj naziv upotrebljava MKTBJ u više predmeta (*Tadić, Krstić, Blagojević*).

a ponekad čak i cjelini na određenim teritorijama. Imajući u vidu poseban kontekst počinjenih djela u Bosni i Hercegovini, opravdano je, naime, proširiti značenje “etničke grupe” ili prije usvojiti negativnu ili obrnutu definiciju. Svjesni vlastite pripadnosti jednoj etničkoj grupi, Srbi su imali namjeru da unište na bosanskoj teritoriji osobe koje nisu bile njen dio. Koncept objektivne istine o etničkoj grupi zaslužuje nijansiranje u zavisnosti od okolnosti, da bi se uzelo u razmatranje i subjektivno shvatanje etničke grupe kod počinitelaca zločina u izboru žrtava. Važan je diskriminirajući izbor žrtava, na osnovu pripadnosti ili nepripadnosti koje su subjektivno procjenjivali zločinci.

76. Analizirajući djela počinjena u Bosni, Victor-Yves Ghebali podsjeća da je prije raspada SFRJ ona okupljala različite ogranke slavenske etničke linije (dakle, Srbe, Hrvate i muslimane) i neslavenske (kao što su Albanci)<sup>93</sup>; etnički sukob izbija čim jedan od učesnika uzdiže zaštitu kolektivnog identiteta svoje proto-nacije kao ulog za borbu. Autor podsjeća i na nadrealnu dimenziju svojstvenu svakom genocidu, precjenjivanje “kolektivnog ja” jedne etničke grupe, praćeno ontološkom dijabolizacijom druge etničke grupe jedne države-nacije u razrušenju. Potreba da se ponovo uspostavi mitska država početne etničke čistoće opravdava onda eliminaciju dijabolizirane etničke grupe. Ukazujući na etno-nacionalističko samoprecjenjivanje Srba gospodin Ghebali potvrđuje da je etničko čišćenje bilo cilj a ne posljedica rata, sa skretanjem u podsticanje da se izvrši genocid.

77. Zapazimo da podsticanje mora biti u isto vrijeme neposredno i javno, pošto autori Konvencije nisu usvojili privatno podsticanje. Element namjere u ovom prestupu sastoji se u svijesti počinioca da djela koja čini podstiču na izvršenje genocida. Radi se o volji za podsticanjem, neovisno o činjenici da su ti podsticaji dostigli cilj i doveli zaista do genocida; neposredan i javan podsticaj na izvršenje genocida ne traži nužno dokaz da je genocid i bio počinjen. Činjenica da se namjerno propagira ideologija “Velike Srbije” i da se izaziva rasna mržnja u kontekstu tog vremena, pozivajući na stvaranje isključivo srpske države, podstičući “etničko čišćenje” i proizvedeći opći duh etničke i vjerske mržnje, itd., sve su to neposredni i javni podsticaji u smislu Konvencije. Naprimjer, u slučaju *Tadić*, MKTBJ prati trag propagandne kampanje vođene od 1989. za pripremu Srba iz Bosne na događaje koji

<sup>93</sup> V.-Y. Ghebali, “Ujedinjene nacije i regionalne organizacije u jugoslavenskim sukobima: komplementarnost ili konkurencija?”, *Ujedinjene nacije i bivša Jugoslavija, međunarodni susreti u Aix-en-Provence*, Pedone, 1998, strana 41. Od istog autora, “Slično i različito. Razmišljanja o etničkim sukobima u postkomunističkoj Evropi”, *Zbirka u čast Nicolasa Valticosu*, Pedone, 1998.

će uslijediti, govoreći im da su oni meta masakra koji muslimani upravo pripremaju<sup>94</sup>. Stvaranje nezdrave klime mržnje i straha fokusiranih na jednu određenu grupu uvijek je početna tačka politike diskriminacije koja se malo po malo preobražava u kampanju zlodjela, a zatim eliminacije.

78. Element namjere dogovora da bi se počinio genocid sastoji se u odlučnosti da se radi u cilju izvršenja genocida i učešću u zajedničkom planu. Postojanje plana logično je dio takve jedne kriminalne organizacije, čak i ako nije nužno ostvaren u praksi. Iz svih elemenata koje je prikupio Podnosilac tužbe izdvaja se postojanje dogovora između vlasti u Beogradu i one na Palama, radi planiranja i sprovođenja politike eliminacije muslimanske populacije preko različitih oružanih formacija Republike Srpske, srpskih paravojnih i nekih elemenata srpskih vojnih snaga (VRS ili vojska Republike Srpske). Ako se namjera može ponekad konstatirati, ona se uglavnom izvodi iz određenog broja djela i postupaka čija se procjena prirodno prepušta na slobodnu procjenu sudijama, mada treba imati u vidu “nadmoćnost dokaza ili uravnoteženost vjerovatnoća”<sup>95</sup>.

## B. Izvođenje genocidne namjere

79. Onaj ko navodi neku činjenicu mora je dokazati i jednom kada Podnosilac tužbe ispuni obavezu da iznese dokaze o kršenju Konvencije, na Tuženoj strani je da iznese oslobađajuće dokaze koji pokazuju da iznijete činjenice nisu tačne ili da nisu bile počinjene u namjeri da se uništi grupa zaštićena Konvencijom. Sudije onda mogu prihvatiti sve dokaze koje smatraju odgovarajućim i mogućim, zato što:

“[Sud] raspolaže, u okvirima svog Statuta i Pravilnika, izvjesnom širinom u slobodnom procjenjivanju vrijednosti različitih dokaza, pošto je jasno, uostalom, da opći principi sudskog postupka nužno upravljaju određivanjem onoga što može biti smatrano utvrđenim” (*Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država), meritum, Odluka, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986, strana 40, paragraf 60*).

---

<sup>94</sup> Tadić, IT-94-I-T, Pretresno vijeće, Presuda od 7. maja 1997, paragraf 96.

<sup>95</sup> A.M. La Rosa i S. Villapando, “Osvrt na zločin genocida. Novi pogled na definiciju Konvencije iz 1948. u vrijeme njene pedesetogodišnjice. Pokušaj teoretske spoznaje sastavnih elemenata zločina”, navedeno djelo, strana 101.



80. Dokazi u vidu dokumenata zadržavaju posebno mjesto, ali su važan izvor i zvanične izjave kojima Sud dokazuje materijalnost činjenica. Sam Sud je rekao da:

“jedna od pravnih posljedica koja se može vezati za ove izjave [izjave zvaničnika] jeste da se za njih može smatrati da utvrđuju materijalnost činjenica, njihovu pripisivost državama čiji su organi dali izjave i, u manjoj mjeri, pravnu kvalifikaciju činjenica” (*Ibid.*, strana 43, paragraf 71).

Uostalom, “Sud se ne mora ograničiti na elemente [dokaza] koje mu formalno dostave strane” (*Ibid.*, strana 25, paragraf 30) i može sam tražiti da dobije druge elemente dokaza. Ipak, kao što smo sa žaljenjem prethodno primijetili, Sud nije primijenio sva sredstva kojima raspolaže, uključujući i moment kada je to izgledalo oportuno.

## 1. Dokaz elementa namjere

81. Konvencija ne daje nikakvo posebno pravilo u oblasti dokaza moralnog elementa. Specifična namjera da se uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa u potpunosti ili djelimično, koja se uklapa u jednu opću državnu politiku, rijetko je izričita i mora nužno biti izvedena iz datih okolnosti, posebno kada se radi o dokazivanju namjere o krivnji jedne države. Da bi se dokazala genocidna namjera Srbije, nije neophodno da sva kriminalna djela počine agenti te države direktno niti da sve osobe koje su počinile zvjerstva dijele genocidnu namjeru. Utvrđivanje postojanja zajedničkog plana genocidne politike koju su pronosile vojne i paravojne jedinice, kome se je odnosna država priključila, dala pomoć i podršku za njegovo izvršenje, bilo bi dovoljno da se utvrdi namjera da se počinu genocid ili da se bude saučesnik u njemu, što onda povlači odgovornost te države.

82. Podnosilac tužbe je istakao da je moguće “pretpostaviti namjeru genocida”, ali prije se radi o tome da se ta namjera izvede iz elemenata slučaja, a ne da se iznose proste pretpostavke kad je u pitanju dokaz o zločinu, a posebno o ovako teškom zločinu. Moglo se reći: “Jasno je da najbolji dokaz elementa namjere leži u izjavama, spisima i drugim direktnim indicijama mišljenja počinioca zločina”<sup>96</sup>; naravno, ali u praksi zbog same prirode ovog

<sup>96</sup> D. Boyle, “Genocid i zločini protiv čovječnosti, sličnosti i razlike”, u: *Međunarodna krivična pravda u odlukama ad hoc sudova – Studije o Law Clinics u međunarodnom krivičnom pravu*, Dalloz, Giuffrè Editore, Milano, 2003, strana 137.

zločina, teško je zamislivo da će vladari javno ili pismeno proklamovati da imaju plan genocida i zbog toga je neophodno postupiti dedukcijom da bi se utvrdila namjera da se učestvuje u jednom takvom zločinu. Dakle, dokaz o namjeri izvodi se logičkom dedukcijom u pogledu djela optuženog na osnovu principa po kome počinitelj treba željeti posljedice svojih djela. U oblasti genocida, multiplikacija i sistematizacija govora mržnje, žestoki izrazi agresivnosti, uništavanja<sup>97</sup>, surova ponašanja i *a fortiori* masakri nad jednom grupom koju štiti Konvencija, sugeriraju ili pretpostavljaju namjeru da se izvrši genocid. Broj žrtava je također jedan važan element dokaza, jer kada broj žrtava prelazi desetine hiljada osoba koje pripadaju istoj grupi a rasprostiru se na više geografskih zona, to pokazuje da je riječ o ozbiljnom elementu namjere genocida. Sve u svemu, zbog toga što je jedan tako subjektivan element, kao što je namjera da se uništi jedna grupa, tako teško konkretno utvrditi, neophodno je imati u vidu sve odgovarajuće okolnosti u slučaju, a posebno srodnost indicija. Stoga, ne mogu potpisati ono što se tvrdi u nekim paragrafima Presude Suda, posebno u paragrafima 373-376 gdje on odbacuje svako postojanje općeg plana za uništenje značajnog dijela bosanskog muslimanskog stanovništva; u razmatranju ovog predmeta Sud ne uzima stvarno u razmatranje i ne stavlja u perspektivu ukupnost materijalnih elemenata i elemenata namjere koji proistječu iz predmeta koji su mu dati na razmatranje.

## 2. Etničko čišćenje<sup>98</sup>

83. Izraz „kliničko“ etničko čišćenje je izgleda prvi put upotrijebljen 1981. u jugoslavenskim medijima, koji su spominjali formiranje „etnički čistih teritorija“ na Kosovu<sup>99</sup> i u početku je to bio novinarski i vojni rječnik bez precizne pravne definicije. Zatim je termin koristilo nekoliko tijela, počevši od Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija, da bi opisao situaciju u Bosni; on je ocijenio da je etničko čišćenje nelegalno i neprihvatljivo, opravdavajući produženje i čak jačanje sankcija protiv SRJ (Rezolucija 752 (1992) od 15. maja 1992; Rezolucija 787 (1992) od 16. novembra 1992). Činjenica da Rezolucija 827 (1993) od 25. maja 1993, kojom se uspostavlja MKTBJ da bi sudio različita kršenja

<sup>97</sup> Naprimjer, u predmetima *Karadžić* i *Mladić*, optužnica Tribunala se oslanja, između ostalog, i na uništavanje spomenika kulture da bi došao do zaključka prisustva te specifične namjere.

<sup>98</sup> Drugi izrazi (etničko očišćavanje, etničko pročišćavanje) ponekad su upotrebljavani, mada se ne može uočiti razlika jer su se pokazali kao sinonimi.

<sup>99</sup> D. Petrović, “Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology”, *European Journal of International Law*, 1994, t. 5, br.3, strana 342.

humanitarnog prava u Bosni (preambula Rezolucije), izričito spominje „etničko čišćenje“ u svojoj preambuli kao težak zločin i već prvu indiciju da ga treba smatrati kao da može spadati u zločin genocida. Generalna skupština je razmotrila u prvo vrijeme „gnusnu praksu etničkog čišćenja“ koje predstavlja teško i ozbiljno kršenje međunarodnog humanitarnog prava (Rezolucija 46/242 od 25. augusta 1992), zatim mu se vraća preciznije da bi osudila „strašnu politiku ‘etničkog čišćenja’, koja je jedan vid genocida“ (Rezolucija 47/121 od 18. decembra 1992). Komisija za ljudska prava je upotrijebila termin „etničko čišćenje“ 13. augusta 1992. Sljedeće godine je preuzela stavove Generalne skupštine podsjećajući da, s jedne strane, muslimanskom stanovništvu „potencijalno prijeti istrebljenje“, s druge strane, da etničko čišćenje, čije je ono bilo glavna žrtva, predstavlja oblik genocida. Prema Specijalnom izvjestiocu Komisije za ljudska prava o vansudskim pogubljenjima, „[n]azvati ‘etničkim čišćenjem’ surovosti počinjene s namjerom da se uništi, u cjelini ili djelimično, jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa čini se da spada u eufemizam“<sup>100</sup> i bio je mišljenja da ubistva muslimana i Hrvata koja su počinili Srbi odgovaraju genocidu kako je definiran u Konvenciji iz 1948. U predmetu *Brđanin*, MKTBJ govori o „koherentnoj i konstantnoj strategiji etničkog čišćenja nad bosanskim muslimanima“<sup>101</sup>.

84. Etničko čišćenje u početku može biti obično nasilno odvođenje populacije, koje se ne nalazi među djelima pobrojanim u Konvenciji i ne može samo za sebe predstavljati dokaz o namjeri uništenja, jer pomjeranje pretpostavlja preživljavanje grupe dok genocid ima za cilj njeno uništenje. Ali, operacija se može izroditi u nešto gore, kao što navodi W. Schabas i postati: „[djela] koja imaju za cilj raseliti stanovništvo kako bi se promijenila etnička kompozicija date teritorije i generalno da se teritorija učini etnički homogenom ili ‘čistom’.“<sup>102</sup> Posebno zbog toga što je etničko čišćenje rijetko izoliran čin nasilnog odvođenja, jer je ono obično praćeno ubistvima, silovanjima, mučenjima i drugim djelima nasilja, uništenjem vjerskih i kulturnih dobara da bi se izbrisao svaki trag progonjene etničke grupe. Stoga, na polju činjenica, etničko čišćenje i genocid su dva pojma koja se približavaju i W. Schabas prihvata da je etničko čišćenje alarm upozorenja koji

---

<sup>100</sup> “Vansudska pogubljenja, po kratkom postupku ili arbitrarna, nota Generalnog sekretara”, Ujedinjene nacije, dok. A/51/457, paragraf 69.

<sup>101</sup> IT-99-36-T, Presuda od 1. septembra 2004, paragrafi 548-551; CR 2006/5, strana 30 (Karagiannakis).

<sup>102</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, strana 199.

najavljuje genocid<sup>103</sup>. Najava je, nažalost, potvrđena u Srebrenici, gdje su svi vojnosposobni muškarci sistematski ubijani, a ostatak stanovništva je silom odveden; oko 7000 muslimana je ubijeno, što predstavlja 20% stanovništva te regije. U predmetu *Krstić*, kao što smo već naveli, MKTBJ je rekao da je „nasilno odvođenje moglo biti drugi način da se dođe do fizičkog uništenja zajednice muslimana“<sup>104</sup> i dodao:

„Činjenica da prisilno premještanje ne predstavlja samo po sebi genocidni čin, ipak ne sprečava Pretresno vijeće da se na to osloni u utvrđivanju namjere pripadnika Vrhovnog vojnog štaba VRS. Genocidna namjera može biti izvedena, između ostalog, iz dokaza o „izvršenju drugih kažnjivih djela sistematski uperenih protiv iste grupe“<sup>105</sup>.

85. Nadalje, doprinos predmeta *Nikolić* je zanimljiv po ovom pitanju jer uvodi uopćavajuću viziju genocida koji je opisan kao zločin koji reflektira i obuhvata čitav niz različitih djela, gdje namjera može biti izvedena iz politike „etničkog čišćenja“ i čak iz težine diskriminatornih djela<sup>106</sup>. Dakle, u takav jedan kontekst treba staviti etničko čišćenje što čini da se malo po malo briše granica sa samim genocidom; ono je njegova najava, sredstvo i cilj.

### 3. Sudska praksa MKTBJ

86. Statut MKTBJ, član 4, stav 2, definira genocid inkorporirajući članove II i III Konvencije iz 1948, na taj način omogućavajući sudijama da primijene tu konvenciju, uz priznavanje da je ona kodificirala jednu normu *jus cogensa*. Presude MKTBJ su od velike koristi i od stvarne valjanosti za Sud u utvrđivanju činjenica i definiranju genocida jer je Tribunal imao prilike da procijeni činjenice kao i namjere počinitelaca, otkrivajući pri tom elemente dokaza postojanja plana genocida na nivou počinitelaca i planera operacija započetih u Bosni i Hercegovini. Među osobama gonjenim pred MKTBJ, osamnaest ih je optuženo za genocid i/ili za saučesništvo u genocidu. Pretresno vijeće je izjavilo da je „uvjeren van svake osnovane sumnje da je zločin genocida bio počinjen u Srebrenici“ u dva slučaja (predmet *Radislav*

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, strana 201.

<sup>104</sup> *Tužilac protiv Krstića*, Žalbeno vijeće, Presuda od 19. aprila 2004, paragraf 31.

<sup>105</sup> *Ibid.*, paragraf 33.

<sup>106</sup> *Tužilac protiv Nikolića*, Odluka od 20. oktobra 1995, paragraf 34

*Krstić*<sup>107</sup> i predmet *Blagojević*<sup>108</sup>) i proglasilo je krivim dvojicu optuženih za saučesništvo u genocidu. Četiri druge osobe oslobođene su zločina genocida, ali proglašene krivima za druge zločine<sup>109</sup>, tri lica priznala su krivicu i optužnica za genocid je povučena<sup>110</sup>, šest predmeta je još u toku<sup>111</sup>, a tri optuženika su još uvijek u bjekstvu<sup>112</sup>.

87. Pravna praksa presuda krivičnih sudova, kad je u pitanju element namjere, može biti poučna. Naprimjer, doprinos presude *Ntakirutimana*<sup>113</sup> leži u činjenici da je Žalbeno vijeće Međunarodnog tribunala za Ruandu (MTR) preuzelo, u ovom predmetu, neke zaključke Žalbenog vijeća MKTBJ u predmetu *Krstić*. Stoga, zaključci iz presude *Krstić* nameću se pretresnim vijećima MKTBJ i MTR. Na kraju svoje analize Žalbeno vijeće MTR je usvojilo i primijenilo zaključke presude *Krstić* ocjenjujući da „se namjera za izvršenje genocida ne zahtijeva za optuženog da bi se on proglasio krivim za pomaganje i poticanje na izvršenje genocida” (paragraf 508) i da „osuda za pomaganje i poticanje na izvršenje genocida, ukoliko je dokazano da je optuženi znao o glavnoj genocidnoj namjeri izvršitelja, je dozvoljena Statutom i sudskom praksom ovog Tribunala.” (paragraf 501). Razmatrajući činjenice u ovom slučaju, Žalbeno vijeće je smatralo da krivična odgovornost Gerarda Ntakirutimane postoji jer je „pomogao i podržao genocid“ i donijelo je novu presudu u tom smislu (paragraf 509 i 560).

88. Presuda *Blagojević i pomagači* (MKTBJ, 17. januar 2005) formulira najvažnija obrazloženja iz presude *Krstić* povodom određenih elemenata zločina genocida. U ovom predmetu, naime, jedno pretresno vijeće MKTBJ je, s jedne strane, preciziralo pojam “fizičkog ili biološkog uništenja” jedne grupe (što ulazi u definiciju *dolusa specialisa*, a s druge strane definiralo je *mens rea* hijerarhijski nadređenog, potrebnog po članu 7, stavu 3, Statuta MKTBJ, za osudu zločina genocida.

89. Oslanjajući se na mišljenje sudije Shahabuddeena u presudi *Krstić*, a pošto je analiziralo tekstove i situaciju, Vijeće je smatralo da

<sup>107</sup> *Krstić* (IT-98-33).

<sup>108</sup> *Blagojević* (IT-02-60).

<sup>109</sup> *Brđanin* (IT-99-36), *Jelisić* (IT-95-10), *Sikirica* (IT-95-8) i *Stakić* (IT-97-24).

<sup>110</sup> *Momir Nikolić* (IT-98-33), *Obrenović* (IT-02-60/2) i *Plavšić* (IT-00-39&40/1).

<sup>111</sup> *Beara* (IT-02-58), *Borovčanin* (IT-02-4), *Krajišnik* (IT-00-39&40), *Drago Nikolić* (IT-03-63), *Pandurević* (IT-05-86), *Popović* (IT-02-57).

<sup>112</sup> *Karadžić, Mladić i Tolimir*.

<sup>113</sup> *Tužilac protiv Ntakirutimane*, ICTR-96-10-A i ICTR-96-17-A, Žalbeno vijeće, Presuda od 13. decembra 2004.

“termin ‘uništiti’ u definiciji genocida može obuhvatiti prisilno premještanje stanovništva.” (paragraf 665) i da:

“Fizičko ili biološko uništenje grupe ne predstavlja nužno smrt pripadnika grupe. Dok ubijanje velikog broja pripadnika grupe može biti najizravnije sredstvo uništavanja grupe, ostala djela ili skupina djela mogu također voditi uništenju grupe. *Grupa je sastavljena od njenih pojedinaca, ali također od njene historije, tradicija, veze između njenih pripadnika, veza s drugim grupama, veza sa zemljom.* Pretresno vijeće nalazi da fizičko ili biološko uništenje grupe je vjerovatno posljedica prisilnog premještanja stanovništva kada je ovo premještanje vođeno na način da se grupa ne može više obnoviti – naročito kada to uključuje razdvajanje njenih pripadnika. U takvim predmetima Pretresno vijeće nalazi da *prisilno premještanje pojedinaca može dovesti do materijalnog uništenja grupe, jer grupa prestaje postojati kao grupa ili u, najmanju ruku, kao prijašnja grupa.* Pretresno vijeće naglašava da njegovo rasuđivanje i zaključivanje nisu argument za prepoznavanje kulturocida, nego pokušaj da se razjasni značenje fizičkog i biološkog uništenja“ (paragraf 666).

90. U svjetlu događaja u ovom slučaju i shodno ovom pristupu, presuda *Blagojević i pomagači* zaključuje: “krivična djela koja su izvršili snage bosanskih Srba bili su dijelovi jednog obrasca za izvršenje genocida nad bosanskim muslimanima Srebrenice“ (paragraf 674). Nastavljajući, u ovom predmetu, svoje razmatranje saučesništva u genocidu na osnovu članova 4 (3) (e), 7 (1) i 7 (3) Statuta, Vijeće je preciziralo doprinos presude *Krstić* u vezi sa saučesništvom hijerarhijski nadređenih i s *mens rea* zaključujući:

“Pretresno vijeće nalazi da *mens rea* zahtijeva da nadređeni budu odgovorni za genocid prema članu 7(3) ukoliko su nadređeni znali ili imali razloga znati da će njihovi podređeni (1) počinili ili su već počinili genocid i (2) da su podređeni imali potrebnu specifičnu namjeru“ (paragraf 686).

91. Tačno je da presude koje je MKTBJ donio po meritumu u slučajevima genocida nisu brojne, ali konstatacije *de facto* i *de jure* o izvršenju zločina protiv čovječnosti, djela ubistva, silovanja, nasilnog odvođenja, uništavanja džamija i drugih obilježja muslimanske kulture brojne su i kada se ove konstatacije uzmu kumulativno, one omogućavaju da se utvrdi postojanje

šireg plana koji nosi politiku genocida; kao što navodi tužilac, oslanjajući se na tu masu kriminalnih djela, “to je ta strašna shema koja, na kraju krajeva, neumitno pretvara niz običnih zločina u jedan opći genocid” (CR 2006/5, strana 19, paragraf 34).

## V. PROBLEM PRIPISIVOSTI ODGOVORNOSTI ZA DJELA GENOCIDA TUŽENOJ STRANI

92. Da bi bila povučena odgovornost države na osnovu izvršenja zločina genocida, neophodno je pokazati da se ponašanje organa i osoba koji su zaista počinili taj zločin može pripisati državi. Odredbe Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti države za međunarodno protupravna djela, dodate kao aneks Rezoluciji Generalne skupštine 56/83<sup>114</sup>, predviđaju različite načine pripisivanja ponašanja državi. Inkriminirano ponašanje može biti čin nekog organa države u kom će se slučaju to ponašanje moći pripisati direktno državi ili ga može počinuti neki organ ili osobe koje zvanično ne potpadaju pod autoritet države, ali djeluju kao njen organ *de facto* ili pod njenim instrukcijama ili kontrolom.

93. U ovom slučaju, odgovornost za zločin genocida počinjen u Bosni i Hercegovini može se pripisati Tuženoj strani jer je više njenih organa učestvovalo, neposredno ili posredno, u njegovom izvršenju. Postupanje različitih organa Republike Srpske je isto tako pripisivo Tuženoj strani ako se oni pojavljuju kao njeni *de facto* organi ili su barem djelovali pod njenom kontrolom. Najzad, odgovornost Tužene strane postoji ne samo ako je direktno počinila genocid nego može biti odgovorna i za djela vezana za genocid kao što ćemo vidjeti dalje.

### A. Odgovornost Tužene strane za djela koja su počinili njeni *de jure* organi

94. Na osnovu člana 4 navedenih odredaba Komisije za međunarodno pravo, „postupanje bilo kog državnog organa smatra se djelom države prema međunarodnom pravu, bilo da taj organ vrši zakonodavnu, izvršnu, sudsku ili drugu vlast, bez obzira na poziciju koju zauzima u organizaciji države i bilo da

<sup>114</sup> Generalna skupština, Rezolucija 56/83, A/RES/56/83, 12. decembar 2001, Pedeset šesta sjednica.

je on po prirodi organ centralne vlade ili teritorijalnog kolektiviteta države“. Javnosti je dobro poznato, a posebno postoje dokazi pred MKTBJ, da su organi, kako politički tako i vojni, koji potpadaju pod Tuženu stranu, počinili ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, u kontekstu politike „etničkog čišćenja“ s jakim pretpostavkama genocidne namjere i nastavili svoje izvršenje čak i poslije „zvaničnog“ povlačenja jugoslavenske vojske Tužene strane s bosanske teritorije. Izvršenje ovih operacija od srpskih borbenih snaga moglo je počivati jedino na planu velikog dometa koji su napravile najviše političke vlasti Tužene strane da bi omogućile kontrolu određenih teritorija i da s njih uklone nesrbe, pa i putem njihove deportacije ili ponekad eksterminacije zaštićenih grupa.

95. Djela JNA, zatim VJ i srpskih paravojskih jedinica u cjelini su pripisiva Tuženoj strani i to, bilo da ta djela predstavljaju činjenje ili nečinjenje. Došli bismo do istog zaključka čak i kad bi bilo dokazano da su oružane snage djelovale pod kontrolom Republike Srpske, jer se Tužena strana ne može osloboditi odgovornosti za međunarodno protupravna djela koja su počinili elementi zavisni od njenih oružanih snaga; naime, član 7 odredaba Komisije za međunarodno pravo predviđa odgovornost države čak i kada njeni organi nisu slijedili njene instrukcije ili su slijedili instrukcije neke druge vlasti. Utvrđivanje odgovornosti beogradskih vlasti u djelima počinjenim u Bosni i Hercegovini svodi se na dokazivanje da su JNA i druge borbene snage bile izvršioci jednog željenog plana koji je sproveden sa saglasnošću i uz učešće spomenutih vlasti.

96. Etničko čišćenje su tako pripremile političke vlasti Tužene strane. Uvedena je propaganda koja vodi u tom pravcu od raspada komunističke partije Jugoslavije u januaru 1990. Ova se propaganda vrti oko ideje da je srpski narod žrtva “genocida” više od jednog vijeka i da se mora zaštititi za budućnost, otud ideja “Velike Srbije” na bazi jednog prostog principa: svi Srbi u istoj državi. Ideja vodilja je da, u slučaju raspada Jugoslavije, granice nove države Srbije ne bi trebale biti iscrtane prema granicama bivših republika nego u zavisnosti od etničkih kriterija. Već od 15. januara 1991. Milošević će se pozivati na tu srpsku *naciju* okupljenu u okviru jedne jedine države koja bi obuhvatala najmanje tri federalne jedinice: Srbiju, Crnu Goru i jednu regiju ujedinjene Bosne i Knina.

97. Događaji u Bosni bili su, dakle, dio globalnog plana koji predstavlja samo jedan aspekt projekta “Velike Srbije”, a koji se reflektira kroz trostruku operaciju: vojnu, političku i propagandnu operaciju. Vojna



operacija imala je za cilj da organizira etničko čišćenje vođeno redovnom jugoslavenskom vojskom i borbenim snagama okupljenim oko nje. Prethodno je trebalo “pročistiti” vojsku Tužene strane od njenih nersrpskih elemenata da bi se osigurala odanost u budućim sukobima, zatim organizirati naoružavanje srpskog stanovništva. Beogradske vlasti bile su te koje su pokrenule neprijateljstva protiv Bosne i Hercegovine odmah poslije njene nezavisnosti. Politička operacija sastojala se u tome da se koordiniraju akcije različitih srpskih strana i da se pomogne u provedbi paralelnih institucija, kako na nivou Republike Srpske tako i na nižim nivoima tog novog entiteta. Srpska politička vlast pazila je da “zvanično” povlačenje JNA ne dovede u opasnost etničko čišćenje. Volja SRJ da realizira ovaj plan i njena direktna umiješanost mnogo poslije 19. maja 1992, osudila je, uostalom, Generalna skupština u svojoj Rezoluciji 49/10 od 8. novembra 1994. U toj Rezoluciji Generalna skupština Ujedinjenih nacija:

“obavezuje sve strane, posebno Saveznu republiku Jugoslaviju (Srbiju i Crnu Goru), da se potpuno povinuje svim rezolucijama Savjeta sigurnosti o situaciji u Bosni i Hercegovini i da strogo poštuje njen teritorijalni integritet i zaključuje, u tom smislu, da aktivnosti koje su imale za cilj integriranje okupiranih teritorija Bosne i Hercegovine u sisteme državne uprave, vojske, prosvjete, saobraćaja i telekomunikacija Savezne republike, a što bi odgovaralo *de facto* okupaciji, ilegalne su, ništavne, nevažeće i moraju odmah prestati.”<sup>115</sup>

Skupština je osudila planove koje joj pripisuje, posebno onaj da stvori “Veliku Srbiju”, te joj naređuje da prestane s izvršavanjem mjera preduzetih na terenu od Republike Srpske, ali za koje odgovornost pripisuje Tuženoj strani.

98. JNA (vojska Tužene strane) kao i srpske snage sigurnosti i paravojne snage nisu, dakle, prekoračile svoja ovlaštenja; ustvari, one su djelovale u saradnji s dvjema vlastima, s Tuženom stranom i Republikom Srpskom, a intervenirajući na teritoriji Bosne i Hercegovine. Prisustvo snaga Tužene strane proizlazi iz internih dokumenata snaga Republike Srpske koji ukazuju, prije svega, na to prisustvo tokom masakra u Srebrenici u julu 1995, precizno navodeći implicirane subjekte (specijalne snage Ministarstva za unutrašnje poslove i paravojna jedinica Škorpioni)<sup>116</sup>. Ali, kako Sud podsjeća, uostalom, „ponašanje bilo kog organa jedne države mora biti posmatrano kao

<sup>115</sup> Generalna skupština, Rezolucija 49/10 od 8. novembra 1994, dok. A/RES/49/10.

<sup>116</sup> Dokumenta koja dokazuju to prisustvo su telegrami komande u Trnovu navedeni u odgovoru Tužene strane, dostavljeni u prilogu i komentirani tokom izlaganja.

djelo te države“ (*Spor o sudskom imunitetu jednog Specijalnog izvjestioca Komisije za ljudska prava, Konsultativno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaj 1999*, strana 87, paragraf 62). Ovaj princip, proizvod općeg međunarodnog prava u vezi s pravom u oružanim sukobima, kodificiran u ženevskim konvencijama a zatim preuzet u nacrtu članova Komisije za ljudska prava, nedavno je reafirmirao Međunarodni sud pravde u sporu Konga i Ugande:

„Prema utvrđenom pravilu običajnog tipa, navedenog u členu 3 Četvrte haške konvencije o zakonima i običajima kopnenog rata iz 1907, kao i členu 91 Dopunskog protokola I Ženevskih konvencija iz 1949, jedna strana oružanog sukoba odgovorna je za sva djela osoba koja sačinjavaju njene oružane snage“ (*Oružane aktivnosti na teritoriji Konga (Demokratska Republika Kongo protiv Ugande), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaj 2005*, strana 242, paragraf 214).

Sud je, uostalom, trebao primijeniti ovaj princip i priznati u tom istom predmetu da je:

„Uganda odgovorna za sva činjenja i nečinjenja njenih oružanih snaga na teritoriji Demokratske Republike Kongo, koje krše obaveze koje proistječu iz pravila, odgovarajućih i primjenjivih u slučajevima ove vrste, međunarodnog prava u vezi s ljudskim pravima i međunarodnim humanitarnim pravom“ (*Ibid.*, strana 203, paragraf 180; vidjeti i paragrafe 220, 250 i 345).

99. Tužena strana je nedavno priznala odgovornost svojih određenih organa za neke zločine počinjene tokom konflikta. Ovo je priznanje ipak izraženo nejasnim terminima i bliže je osudi ratnim zločinima i zločincima nego zločinima genocida. Savjet ministara Srbije i Crne Gore je tako 15. juna 2005. usvojio zvaničnu deklaraciju i javno osudio „zločine počinjene protiv zatvorenika i bosanskih civila u Srebrenici 1995“. Deklaracija sadrži jedan drugi paragraf, mnogo indikativniji:

„[O]ni koji su ubijali u Srebrenici i koji su naredili i organizirali taj masakr nisu predstavljali ni Srbiju ni Crnu Goru, nego jedan nedemokratski režim terora i smrti, kom je ogromna većina građana Srbije i Crne Gore pružila najsnažniji otpor. Naša osuda zločina u Srebrenici ne završava se osudom neposrednih izvršilaca. Zahtijevamo

krivičnu odgovornost svih koji su, ne samo u Srebrenici, činili ratne zločine ili su ih organizirali i naređivali. Zločinci ne mogu biti heroji. Svaka zaštita ratnih zločinaca, iz bilo kog razloga, i sama je zločin.“

100. Savjet ministara Srbije i Crne Gore osuđuje dakle „masakr“, implicirajući izvršioce i vođe te države. Navedeno nepredstavljanje tadašnjih vlasti ne može ublažiti i *a fortiori* izbrisati pravne posljedice koje iz toga proizlaze za Tuženu stranu, jer se radilo o vladi jedne države koja je tada postojala, koja je efektivno vršila vlast i koju je kao takvu priznala međunarodna zajednica. Postupci te vlade, u ime univerzalno prihvaćenog principa kontinuiteta države uprkos promjenama režima<sup>117</sup>, ostaju djela te države koja nastavljaju povlačiti njenu međunarodnu odgovornost. Čak iako deklaracija izbjegava govoriti o genocidu, postoji makar priznanje masakra u Srebrenici; ona govori o „zločinima“, „ubistvima“ i „ratnim zločinima“, ali Srbija i Crna Gora ne treba jednostrano kvalificirati činjenice; ono što ona smatra „zločinima“, „ubistvima“, „ratnim zločinima“ i drugim zlodjelima može isto tako biti kvalificirano drugačije. Očigledno je da ova zakašnjela izjava može biti shvaćena kao oblik priznavanja odgovornosti države Srbije za „ubistva“ u Srebrenici koja je MKTBJ okvalificirao kao genocid. Nije beznačajno što ona priznaje istinitost nekih činjenica i što ih pripisuje tadašnjoj vladi čiji postupci povlače međunarodnu odgovornost države. Osim toga, genocid u Srebrenici ne može se izdvojiti iz konteksta i on je samo ishod jednog zločinačkog poduhvata pokrenutog prije više godina.

## **B. Odgovornost Tužene strane za djela organa Republike Srpske**

101. Nakon vidljivog povlačenja snaga Tužene strane, 19. maja 1992, sprovođenje etničkog čišćenja dostiže vrhunac preko Republike Srpske i paralelnih institucija koje su stvorili Srbi u Bosni. To „preuzimanje“ zločina bilo je u velikoj mjeri samo strategija koja je imala za cilj da se izbjegne da pritisak međunarodne zajednice na Tuženu stranu ne postane suviše jak i ne ugrozi srpski plan. Republika Srpska i njene borbene snage bile su, ustvari, pod tako bliskom kontrolom Tužene strane da mogu biti čak poistovjećene s njenim *de facto* organima.

---

<sup>117</sup> Ovdje se misli na promjenu sistema u okviru SRJ a ne na raspad SFRJ.

## 1. Organi Republike Srpske smatrani kao *de facto* organi Tužene strane

102. Prije nego što se utvrdi da li se organi Republike Srpske mogu poistovjetiti s Tuženom stranom, neophodno je vratiti se na prirodu i cilj paralelnih institucija uspostavljenih na bosanskoj teritoriji. Cilj u Bosni je bio da se stvori teritorijalni kontinuitet između svih srpskih teritorija Bosne i Hercegovine tako da se omogući pripajanje tih teritorija Srbiji i da se onemogući bilo kakva nesrpska država na tim teritorijama. Da bi to postigli, Srbi iz Bosne su stvorili paralelne institucije na nivou njihove republike kako na regionalnom tako i na općinskom nivou. Srpska skupština Bosne i Hercegovine tako je oformljena 24. oktobra 1991. Ova skupština je 9. januara 1992. proglasila Srpsku republiku Bosne, prekrštenu u Republiku Srpsku (RS) 12. augusta 1992. U martu 1992. Ministarstvo za unutrašnje poslove (MUP) vezano za saveznu strukturu (MUP) Tužene strane oformljeno je za Srbe iz Bosne. Stvaranje ovih institucija trebalo je zvanično omogućiti priznavanje samostalnosti teritorija Bosne na kojima je srpsko stanovništvo većinsko te olakšati njihovo pripajanje SRJ. Naročito su trebale biti instrumentalizirane da bi se pristupilo etničkom čišćenju, tako da željene teritorije postanu, po svaku cijenu, teritorije na kojima bi srpsko stanovništvo bilo ili jedino ili većinsko.

103. Na prvi pogled može izgledati malo očigledna tvrdnja da se oružane snage Srba iz Bosne (VRS) mogu pripisati Tuženoj strani prostim poistovjećivanjem s organom države Srbije. Čini se da ove snage formalno ne mogu biti nazvane organima Tužene strane po internom pravu; naime, u članu 4, stav 2, navedeni članovi, Komisija za međunarodno pravo precizira da “organ podrazumijeva bilo koju osobu ili subjekt koja ima taj status po nacionalnom pravu države”. Dakle, glavni kriterij za određivanje statusa organa države neke osobe ili neke grupe osoba počiva na definiciji koje nacionalno pravo države pripisuje toj osobi ili toj grupi osoba. Ipak, prema komentaru KMP “država se ne bi mogla, da bi izbjegla svoju odgovornost zbog nekog subjekta koji zaista djeluje kao jedan od njenih organa, zadovoljiti poricanjem tog statusa predmetnom subjektu pozivajući se na nacionalno pravo. Zbog ove ideje u paragrafu 2 upotrijebljena je riječ ‘podrazumijeva’”<sup>118</sup>. Na netačnu klasifikaciju jedne osobe u nacionalnom pravu, u cilju da se država oslobodi međunarodne odgovornosti, ne može se pozivati ukoliko se ta osoba zaista ponaša kao organ države u okviru državne strukture.

---

<sup>118</sup> Izvještaj Komisije za međunarodno pravo, Pedeset treća sjednica, 2001, A/56/10, paragraf 11.

104. U ovom predmetu, Tužena strana u svojim izlaganjima (CR 2006/10), kada govori o poistovjećivanju s državnim organom na planu efektivnosti, navodi ovo postupanje. U tom slučaju, efektivne veze koje sjedinjuju državu s ovim očigledno spoljnim subjektima trebaju biti uzete u obzir. Organ preko kog država djeluje može biti *de jure* ili *de facto*, ono što je važno je da se on ponaša u tom statusu i da djeluje u ime države, da date osobe ili grupe osoba mogu biti poistovječene s državnim organima. U slučaju *Tadić* MKTBJ smatra da djela koja je počinila jedna grupa osoba mogu biti poistovječena “čak i u nedostatku instrukcija koje je dala država ili državni organi zbog njihovog postupanja u djelima u okviru strukture spomenute države”<sup>119</sup>.

105. Nadalje, Republika Srpska i njene strukture smatrale su se teritorijalnim pododjeljcima Tužene strane. Republika Srpska je za jedini cilj imala da se pripoji SRJ, da se ponaša kao federalna republika, što implicira da se nije htjela ponašati kao nezavisni subjekt i trebala je imati samo veoma relativnu neovisnost u odnosu na SRJ. Ovaj je cilj uostalom javno potvrđen “Ustavom” Republike Srpske: prema članu 3 konsolidirane verzije ovoga teksta, “Republika je dio Savezne republike Jugoslavije”, prema članu 6 “Građani Republike imaju jugoslavensko državljanstvo i državljanstvo Republike”. Ovim se ustavom tako omogućavaju veze subordinacije i potčinjavanja Republike Srpske SRJ tim prije što je ta konsolidirana verzija usvojena poslije povlačenja oružanih snaga JNA i navodnog proglašenja neovisnosti Republike Srpske. Ove paralelne institucije međunarodna zajednica nije priznala i jedino legalno postojanje im je bilo preko Tužene strane, kako pokazuju dejtonski pregovori na kojima je bila samo jedna srpska delegacija koja je predstavljala i SRJ i vlasti s Pala.

106. U više aspekata je stvaranje Vojske Republike Srpske (VRS), kao strukture odvojene od Tužene strane, izuzetno formalno, jer po činjenicama ona više izgleda kao jedna komandna jedinica obnovljene jugoslavenske armije, jedan produžetak JNA (vojska SRJ) s izvjesnom neovisnošću, prije nego jedna neovisna vojska. Ovdje bi bilo veoma poučno pozvati se na optužnicu protiv generala Momčila Perišića; on je, kao komandant Vrhovnog štaba vojske SRJ od 1993. do 1998. zadužen za sprovođenje odluka Vrhovnog savjeta odbrane SRJ, bio glavni pokretač akcije podrške VRS, kao što se konstatira optužnicom:

---

<sup>119</sup> MKTBJ, *Tadić*, IT-94-1-A, Žalbeno vijeće, Presuda od 15. jula 1999, paragraf 141.

“U okviru svoje funkcije... Momčilo Perišić je koristio svoj položaj, na način i prema granicama koje je utvrdio Vrhovni savjet odbrane, da bi dostavljao značajnu vojnu pomoć VRS znajući da se njen veliki dio koristi za izvršenje zločina koji su predmet ove optužnice.

Ta se pomoć ogledala prije svega u nastavljanju prakse da se daje većina viših oficira VRS kao i velike količine oružja, municije i logističkog materijala neophodnog za izvršenje zločina... U nekim slučajevima, ova se pomoć ogledala slanjem redovnih trupa VJ, stacioniranih u SRJ, u Bosnu i Hercegovinu. Momčilo Perišić je pružio tu pomoć lično ili preko svojih potčinjenih.”<sup>120</sup>

Optužnica dodaje malo dalje sljedeću konstataciju:

“Između VJ i VRS postojala je tako tijesna usklađenost da su političke vođe Republike Srpske i general Ratko Mladić mogli tražiti da taj i taj oficir VJ bude stavljen pod njihovu operativnu komandu ili da bude povučen preko Tridesetog kadrovskeg centra” (paragraf 14).

Naravno, nije riječ samo o optužnici čije tvrdnje još nije potvrdilo neko od vijeća Tribunala, nego one imaju sve šanse da to postanu ako se osvrnemo na već donijete odluke za osobe čiji je nivo odgovornosti manji; kao što to potvrđuje Pretresno vijeće MKTBJ u predmetu *Tužilac protiv Brđanina*:

“mjere preduzete da bi se stvorila VRS neovisna o JNA bile su samo strategija da bi se spriječila svaka eventualna optužba za intervenciju SRJ u oružanom sukobu koji se odvijao na teritoriji Bosne i Hercegovine i da bi se odgovorilo na zahtjev međunarodne zajednice da se prestane sa svakim učešćem u sukobu.”<sup>121</sup>

107. Komanda vojske Republike Srpske u Bosni nije u realnosti bila neovisna i moglo bi se prije govoriti o autonomiji u odnosu na JNA, čiji su oficiri u velikom broju bili priključeni VRS da joj pomažu i ponekad osiguraju vođenje vojnih operacija. Dana 25. aprila 1992, kada je Bosna i Hercegovina već bila priznata kao neovisna država, beogradske vlasti postavile su generala Mladića za zapovjednika drugog odsjeka JNA. Povjerena mu je i odgovornost komandovanja svim snagama JNA u Bosni. Poslije “zvaničnog” povlačenja srpskih trupa, on je ipak ostao na licu mjesta. JNA je promijenila ime na toj teritoriji da bi postala VRS, ali general Mladić nije opozvan u Beograd,

<sup>120</sup> MKTBJ, IT-04-81, Izmijenjena optužnica, paragrafi 8-9.

<sup>121</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Brđanina*, IT-99-36-T, Presuda od 1. septembra 2004, paragraf 151.

naprotiv, postaje glavni zapovjednik te vojske zadržavajući iste odgovornosti (iste trupe, ista teritorija, itd.); 24. juna 1994. Vrhovno vijeće odbrane u Beogradu – najviši politički i vojni organ Tužene strane – unaprijedio ga je u čin generala korpusa vojske Tužene strane, čin koji će imati do maja mjeseca 2002.

108. U Beogradu, u okviru vojske Tužene strane, prekrštene u VJ, Vrhovni savjet odbrane oformio je novu službu radi upravljanja i kontroliranja svih oficira vojske Tužene strane (VJ) angažiranih u bosanskom sukobu u okviru VRS: Trideseti kadrovski centar. Preko ove službe oficiri su nastavili primati plaću od VJ, iako su izvršavali svoje zadatke u službi VRS. Svim kadrovskim pitanjima vezanim za ove oficire (plaće, penzije, unapređenja) bavila se ova služba VJ pošto su oni i dalje bili oficiri vojske Tužene strane dok je ostatak vojnika VRS bilo plaćeno iz budžeta Srpske republike Bosne, iako je i ovaj budžet u velikoj mjeri osiguravao Beograd. Zapisnici sa sjednica Vrhovnog vijeća odbrane dokazuju da je Beograd držao u šaci značajan dio oficira Republike Srpske koji su prije svega bili oficiri vojske Tužene strane, počevši od glavnokomandujućeg. U tom pogledu, iznenađujući su zaključci Suda u paragrafu 388. Jedan od njih kaže da nije pružen nikakav dokaz da je general Mladić niti bilo koji drugi oficir koji je pripadao Tridesetom kadrovskom centru bio, po internom pravu, oficir vojske Tužene strane. Kako se oficiri mogu unaprijediti u veoma visoke komandne činove Tužene strane ako ne pripadaju korpusu viših oficira te komande? Koji još dokaz treba pružiti pored upisa spomenutih oficira na zvaničnu listu Tužene strane, koja na tu listu može staviti samo oficire koji statutarno pripadaju njenom internom pravnom poretku? Drugi zaključak navodi da se ova pripadnost ne pojavljuje po nacionalnom pravu Tužene strane, što ne samo da se može osporiti, kao što sam upravo rekao, nego se pokazuje, osim toga, suprotno onome što je rečeno na kraju istog paragrafa; naime, Sud zapaža da su oficiri (a posebno general Mladić) mogli zavisiti “na administrativnom planu” od Beograda; ali oni ne mogu zavisiti od Beograda, čak ni “na administrativnom planu”, osim ako nisu regulirani nacionalnim pravom Tužene strane. Nadalje, argument upravljanja Beograda “na administrativnom planu”, koji je iznijela Tužena strana a preuzeo Sud, nije ništa drugo nego pravni izgovor kao što je naveo MKTBJ u nekim od svojih presuda, da bi se sakrila umiješanost predstavnika Tužene strane.

109. Čak i ako ne smatramo VRS *de facto* organom Tužene strane – mada je možemo tako okvalificirati na osnovu kriterija globalne kontrole kao što ćemo vidjeti u nastavku – jasno se pokazuje da je ona, zbog kadrovskih veza koje je spajaju s tom državom i uske osmoze ostvarene veoma značajnim

prisustvom oficira Tužene strane, djelovala pod njenim vodstvom i kontrolom. Za Pretresno vijeće MKTBJ:

“Tokom 1991. i do 1992, srpske vođe u Bosni sa svojim kolegama iz SFRJ održavale su kontakte vezane za strategiju koju treba usvojiti ako bi Bosna i Hercegovina dobila nezavisnost. Pretresno vijeće smatra da ovi faktori, pridodati činjenici da je Beograd nastavio isplaćivati plaće oficirima VRS, dovoljno pokazuju da VRS [Vojska Republike Srpske] i VJ [jugoslavenska vojska] poslije 19. maja 1992. nisu bile dvije odvojene vojske; da je od tog datuma JNA preimenovana u Vojsku Srpske republike Bosne i Hercegovine, a zatim u VRS, a da to nije imalo posljedica u činjeničnom stanju. Kao što promjena imena nije pokazivala nikakvu promjenu vojnih ciljeva i strategija, tako su i oprema, hijerarhija, infrastrukture i izvori nabavki ostali nepromijenjeni.”<sup>122</sup>

110. Već smo isto tako iznijeli da je MUP (Ministarstvo za unutrašnje poslove) Srba iz Bosne – i njegove borbene snage, posebno paravojne grupe – bio isto tako u osmozi sa saveznim MUP-om. Funkcionalne veze zavisnosti organa Republike Srpske prema Tuženoj strani potvrđuju mogućnost poistovjećivanja s organima ove posljednje. Efektivnost ovih veza, prije svega na strukturalnom planu, dovoljna je i nije neophodno dokazivati da je RS bila pod “totalnom zavisnošću” SRJ. Tužena strana potpuno je osigurala naoružavanje VRS tako što se pobrinula da joj ostavi vlastiti arsenal tokom povlačenja 19. maja 1992; nije propustila opskrbiti VRS i paravojne formacije oružjem, municijom i benzinom, da isplati plaće oficirima preko Tridesetog kadrovskeg centra, da prilagodi svoje finansijske strukture koje su na kraju dovele do neke vrste integracije finansija SRJ i Republike Srpske. Beograd je osiguravao budžet Republike Srpske, ako ne u cijelosti, ono najvećim dijelom; ako su plaće drugih vojnika VRS bile teoretski plaćane iz budžeta Srpske republike Bosne, one su u stvari bile osigurane emisijom novca Tužene strane. Republika Srpska je bila u tako uskoj vezi sa SRJ da je tražena neovisnost bila samo vrsta kamuflaže da bi se izbjeglo kompromitiranje SRJ prema međunarodnoj zajednici i izazivanje sankcija, prije svega onih Savjeta sigurnosti Ujedinjenih nacija.

111. Ova konstatacija navela je predsjednika Pretresnog vijeća MKTBJ u predmetu *Tadić* da se u svom individualnom i izdvojenom mišljenju razide od druga dva člana sudskog vijeća, tvrdeći da je umiješanost Tužene strane

<sup>122</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Brđanina*, IT-99-36-T, Presuda od 1. septembra 2004, paragraf 151.



očigledna poslije detaljne i argumentirane analize, čije je ključne elemente zanimljivo preuzeti u tri naredna paragrafa:

“7. Dokaznim elementima utvrđuje se da je stvaranje VRS bilo pravna fikcija. Jedine izmjene poslije Rezolucije Savjeta sigurnosti od 15. maja 1992. bile su: transfer trupa, formiranje generalštaba VRS, promjena nomenklature vojne organizacije i raznih jedinica kao i promjena oznaka. Ostalo je isto oružje, ista oprema, isti oficiri, isti zapovjednici, u velikoj mjeri iste trupe, isti logistički centri, dobavljači, ista infrastruktura, isti izvor plaćanja, isti ciljevi i zadaci, iste taktike i operacije. Što je još važnije, cilj je ostajao isti: stvoriti etnički čistu srpsku državu ujedinjujući Srbe iz Bosne i Hercegovine i proširujući tu državu od Savezne republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) na Hrvatsku krajinu, duž značajnih puteva za logistiku i snabdijevanje, koji su prolazili kroz općinu Prijedor, zahtijevajući time izbacivanje nesrpskog stanovništva iz općine.

8. Malo dokaznih elemenata pokazuje da je VRS nastavila zvanično biti pod komandom Beograda poslije 19. maja 1992, ali VRS je jasno nastavila operirati kao integrirani i odlučujući udarni element srpskog rata. Ovaj je zaključak poduprt dokazom da je svaka od njenih jedinica bila jedinica JNA, komanda i ljudstvo ostajali su praktično isti nakon što bi dobili novo ime. Generalštab VRS, čiji su svi pripadnici bili generali JNA i od kojih je dobar dio na ta mjesta postavio generalštab JNA, održavao je direktnu komunikaciju s generalštabom VJ preko jedne komunikacione veze iz Beograda. Pukovnik Selak, zapovjednik logističkog odreda koji je osiguravao logističku podršku jedinica u oblasti Banje Luke (kako prije tako i poslije 19. maja 1992), izjavio je:

“[N]eki oficiri dobili su direktne linije [telefonske], Beograd/Pale. Bila je jedna veza koja je korištena za svakodnevne razgovore zbog neophodnosti direktnih komunikacija između komandanta vojske *Republike Srpske* s vojskom Jugoslavije.”

Pored toga, VRS su nastavili snabdijevati isti dobavljači u Saveznoj republici Jugoslaviji (Srbija i Crna Gora) koji su sklopili ugovore s JNA, iako su porudžbenice poslije 19. maja 1992. išle preko vrhovnog zapovjednika VRS, koji je ih je potom slao u Beograd. I veze između

vojske u Bosni i Hercegovini i političke partije SDS, zagovornika Velike Srbije, ostale su iste nakon izmjene imena.

10. Svi ovi elementi, računajući dokaze na koje se poziva većina, jasno pokazuju da je promjena imena motivirana isključivo željom Savezne republike Jugoslavije (Srbije i Crne Gore) da izbjegne da uvrijedi međunarodnu zajednicu kršenjem rezolucije Savjeta sigurnosti kojom se naređuje JNA da prestane intervenirati u Bosni i Hercegovini.<sup>123</sup>

U svjetlu ove argumentacije predsjednik vijeća zamjera dvojici drugih sudija što su, s jedne strane, izabrali kriterij realne kontrole koji je neadekvatan i nije bio potreban u ovom predmetu, a s druge strane što su loše primijenili ovaj kriterij, jer u svakom slučaju iz analiziranih elemenata proizlazi da je takva kontrola postojala<sup>124</sup>. Možemo se samo složiti s ovom analizom i ovim zaključcima.

## **2. Kontrola koju je Tužena strana vršila nad organima Republike Srpske**

112. Odgovornost Srbije za djela njenih organa ili propuste da reagiraju ne isključuje odgovornost za druge optužbe, a posebno za ponašanje osoba ili grupe osoba koje su ustvari postupale po instrukcijama ili direktivama ili pod kontrolom beogradskih vlasti. Zbog gore spomenute osmoze između osoblja vojski Republike Srpske i Tužene strane, proizlazi da su instrukcije i direktive bile, na neki način, skoro automatske što se tiče kako planiranja tako i izvršenja vojnih operacija koje je vodila VRS. Sistem informiranja, kojim je raspolagala vojska SRJ, omogućavao joj je da bude potpuno upoznata s odvijanjem operacija. Spomenuta optužnica protiv Momčila Perišića, komandanta generalštaba vojske SRJ, daje dobru ilustraciju tog sistema:

„Tokom čitavog perioda koji pokriva ova optužnica, VJ je raspolagala vlastitom obavještajnom službom koja je aktivno skupljala informacije o razvoju sukoba u Bosni i Hercegovini... Ova služba dostavljala je Momčilu Perišiću, blagovremeno i u pravilnim razmacima, izvještaje o događajima. Generalštab VJ je primao i

<sup>123</sup> MKTBJ, IT-94-1-A, Tadić, Pretresno vijeće, Presuda od 7. maja 1997, individualno i izdvojeno mišljenje sudije Gabrielle Kirk McDonald.

<sup>124</sup> Prema sudiji McDonald: “Zato, ako je realna kontrola stepen dokaza koji je potreban da bi se utvrdio status predstavnika u [predmetu] Nikaragva, zaključujemo da je ovaj kriterij ispoštovan” (*Ibid.*, paragraf 15).

izvještaje koje su mu dostavljale obavještajne službe VRS. Drugi činioци nužno su utjecali da privuku pažnju Momčila Perišića na zločine počinjene od osoblja VJ ili uz njenu materijalnu i logističku podršku.<sup>125</sup>

Kao što to potvrđuju brojni dokumenti koji proizlaze kako iz pisanih tužbi tako i tokom saslušanja, ne samo da su intenzivne i neprekidne komunikacije uspostavljene i održavane tokom čitavog rata u Bosni, između vojnih i političkih krugova, nego je bilo i važnih i redovnih koordinacionih sastanaka između glavnih odgovornih Tužene strane i onih iz Republike Srpske, kao što pokazuje prije svega čuveni zapisnik Vrhovnog vijeća odbrane. Glavni predmet ovih sastanaka je upravo da se napravi bilans događaja koji su se dogodili da bi se izvukle pouke i donijele nove instrukcije ili direktive za nastavak događaja. U jednom takvom kontekstu, postoji artikulacija različitih modaliteta kontrole koji se stapaju u jednu globalnu kontrolu koja nudi najprikladniji put da se opišu i pokažu odnosi između organa Republike Srpske i onih Tužene strane koji su takve prirode da mogu proizvesti odgovornost ove posljednje.

113. Sud je imao priliku precizirati kriterij pripisivanja odgovornosti nekoj državi na osnovu kontrole u drugim predmetima. Sud je procijenio u svojoj presudi u predmetu *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)* da je u principu trebalo biti utvrđeno da su [Sjedinjene Američke Države] imale stvarnu kontrolu nad vojnim operacijama tokom kojih su se predmetna nasilja dogodila. Sud zadržava restriktivnu definiciju kontrole i morao je procijeniti u istom predmetu da:

„Čak i ako je nadmoćno i odlučujuće, učešće Sjedinjenih Američkih Država u organizaciji, formiranju, opremanju, finansiranju i opskrbljivanju *kontraša*, u izboru njihovih vojnih ili paravojnih ciljeva i u planiranju svih njihovih operacija ostaje nedovoljno samo po sebi... da bi se Sjedinjenim Američkim Državama mogla pripisati djela koja su počinili *kontraši* tokom svojih vojnih ili paravojnih operacija u Nikaragvi. Svi vidovi učešća Sjedinjenih Američkih Država koji su upravo pobrojani, pa čak i opća kontrola koju su vršile nad snagama vrlo zavisnih od njih, ne bi značile same po sebi, bez dopunskog dokaza, da su Sjedinjene Američke Države naredile ili nametnule izvršenje djela suprotnih ljudskim pravima i humanitarnom pravu na koje se poziva država Podnosilac tužbe. Ova su djela mogli lahko počinuti pripadnici

<sup>125</sup>

IT-04-81, izmijenjena optužnica, paragraf 33.

snage *kontraša* van kontrole Sjedinjenih Američkih Država“ (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986*, strana 65, paragraf 115).

114. Slijedeći ovo rasuđivanje u okviru ovog predmeta, da bi krivica za djela Republike Srpske bila pripisana Tuženoj strani, kontrola koju je ona vršila ne treba samo biti kontrola koja predstavlja opći karakter koji se vrši nad snagom izuzetno zavisnom od njih; kontrola je trebala biti takva da Republika Srpska izgubi svoju autonomiju ili svoju „slobodnu volju“. Drugim riječima, treba pokazati da je širina kontrole bila takva da je Tužena strana zaista naredila ili nametnula izvršenje djela genocida i da bi njihovo izvršenje bilo nemoguće van specifičnih instrukcija koje su dali organi Tužene strane. Ako se jedan takav nivo kontrole, koji izgleda vrlo strog, zahtijeva i može objasniti u slučaju *Nikaragve*, nije sigurno da isti kriterij treba primijeniti u slučaju Bosne i Hercegovine. Dovoljno je uporediti dvije situacije da bi se vidjela ograničenja jednog takvog poređenja i da bi se shvatilo da okolnosti slučaja *Nikaragva* i slučaja *Bosna i Hercegovina* pokazuju neke sličnosti, ali da naročito pokazuju mnogo značajnijih i većih razlika.

115. Okolnosti u kojima je Sud donio presudu u predmetu *Nikaragva* su sljedeće: *kontraši* nisu bili američki građani; oni nisu bili dio osnovnog hijerarhijskog aparata, strukturalno povezanog sa Sjedinjenim Američkim Državama; nisu se borili da bi spojili teritoriju Nikaragve teritoriji Sjedinjenih Američkih Država; nisu vršili kontrolu nad jednim dijelom teritorije Nikaragve, jer su uglavnom bili bazirani na granicama susjednih država. Ako su Sjedinjene Američke Države podržavale ovu paravojnu organizaciju, njihovi obostrani „projekti“ bili su dosta udaljeni jedni od drugih i dodirivali su se samo u jednoj tački: destabilizirati i srušiti postojeću vladu u Nikaragvi. U ovim uvjetima teško je dokazati umiješanost Sjedinjenih Američkih Država kroz nejasnu i neizvjesnu opću kontrolu, trebalo je, dakle, potražiti veoma precizne elemente da bi se tvrdilo da su Sjedinjene Američke Države vršile „efektivnu kontrolu“ nad aktivnostima *kontraša*, što može, u ovom slučaju, objasniti pojmove definicije kontrole koje je Sud usvojio.

116. Nadalje, kada se radi o vezama između Republike Srpske i Tužene strane, upravo smo detaljno vidjeli kakva je bila njihova priroda i tip kontrole koja je realno vršena između dva subjekta. Iz istog tog razloga MKTBJ je usvojio kriterij kontrole različit od onoga u predmetu *Nikaragva*, bazirajući se na činjenicama koje je analizirao s mnogo strogosti da bi došao do zaključka pojma „opća kontrola“. Prema MKTBJ, „stepen kontrole može... biti različit prema faktičkim

okolnostima svojstvenim svakom predmetu<sup>126</sup>. U predmetu *Delalić*, Žalbeno vijeće je zaključilo da je „kriterij ‘opće kontrole’ mogao... biti ispunjen čak i ako su vojne snage djelujući u ime ‘države vršioca kontrole’ imale, u isto vrijeme učestvujući u strategiji utvrđenoj zajedničkim dogovorom sa spomenutom državom, izbor sredstava i taktike<sup>127</sup>. Žalbeno vijeće, u predmetu *Tadić*, isto je tako navelo da je stepen kontrole mogao biti promjenjiv i razlikuje najmanje dva slučaja s obzirom na situaciju na terenu i ulogu protagonista<sup>128</sup>:

- slučaj kada država čija se odgovornost istražuje nije država na čijoj se teritoriji odvijaju oružani sukobi, u kom slučaju postojanje realne kontrole mora biti utvrđeno od slučaja do slučaja;
- slučaj kada je država koja vrši kontrolu prvi susjed državi gdje se odvijaju sukobi koji ulaze u politiku koja teži ostvariti jedan ekspanzionistički plan. U ovom slučaju, generalna kontrola je dovoljna da Tužena strana bude realno i efikasno umiješana u akciju preduzetu od različitih srpskih snaga koje su djelovale na teritoriji Bosne i Hercegovine.

117. Ovo razgraničenje podrazumijeva jednu veliku razliku u predmetu *Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država*, gdje se američki cilj ograničavao samo na rušenje postojeće vlasti, dok u ovom predmetu postoji savršena saglasnost viđenja Tužene strane i Republike Srpske oko projekta „Velike Srbije“, koji je okupio sve Srbe oba subjekta. U ovom slučaju nije neophodno dokazivati umiješanost sličnu konkretnoj kontroli svake izvršene operacije na teritoriji Bosne i Hercegovine; dovoljna je opća kontrola da bi se odlučujuće utjecalo na politiku koju je sprovodila Republika Srpska. Drugim riječima, vršiti striktnu kontrolu svakog čina VRS nije bilo posebno neophodno, s obzirom na identičan cilj dva partnera. Finansirajući i osiguravajući najveći dio njenog budžeta i naoružanja, kontrolirajući jedan dio njenih oficira, naročito onih s vrha Republike Srpske, propagirajući ideju etnički čiste „Velike Srbije“, Tužena strana je zaista vršila dovoljnu opću kontrolu, iako to nije isključivalo eventualno izvjesnu autonomiju ili ponekad neka razilaženja i sukobe o putu i sredstvima da se ostvari zajednički cilj. Nadalje, pod pretpostavkom da oružane snage Tužene strane nisu učestvovalе direktno u djelima genocida koje je konstatirao MKTBJ, one su u najmanju ruku pružale pomoć u više oblika, toliko

<sup>126</sup> MKTBJ, *Tadić*, IT-94-1-A, Presuda od 15. jula 1999, paragraf 117.

<sup>127</sup> MKTBJ, *Delalić i pomagači*, IT-96-21, Žalbeno vijeće, Odluka od 20. februara 2001, paragraf 47.

<sup>128</sup> Vidjeti: navedenu Presudu od 15. jula 1999, paragraf 138-139.

važnu i odlučujuću da je podstakla borbene snage Republike Srpske da istraju u politici etničkog čišćenja, koja je po svemu upućivala na misao da će preći u djela genocida.

### C. Odgovornost Tužene strane za druga djela vezana za genocid

118. Prema članu III Konvencije o genocidu iz 1948, postoje tri tipa kažnjivih djela osim genocida u užem smislu, a to su neposredni i javni podstrek na izvršenje genocida, dogovor da se počini genocid i saučesništvo u genocidu.

119. Podstrek i dogovor su dvije kvalifikacije odgovornosti različite od genocida. SRJ može biti proglašena odgovornom za ova dva prekršaja a da to ne dovede u pitanje njenu neposrednu odgovornost za izvršenje genocida u užem smislu. Za saučesništvo, prema MKTR, „jedna ista osoba ne može biti ujedno i glavni izvršilac i saučesnik u nekom specifičnom djelu. Isto djelo za koje se tereti optuženik ne može, dakle, biti ujedno osnova za genocid i za saučesništvo u genocidu“<sup>129</sup>. SRJ ne može, dakle, biti proglašena saučesnikom u genocidu, osim ako Sud smatra da ona nije glavni izvršilac.

120. Kada je riječ o direktnom i javnom podsticaju na izvršenje genocida (član III (c) i (IX)), Sud je imao priliku potvrditi zabranu podstreka na druga kršenja međunarodnog prava osim genocida. U svojoj presudi u predmetu *Nikaragva*, Sud je smatrao da su Sjedinjene Američke Države imale, na ime „općih principa humanitarnog prava čije su konvencije [Ženevska iz 1949] samo konkretan izraz“, „obavezu da ne podstiču pojedince ili grupe, učesnike u sukobu u Nikaragvi, na djelovanje nasiljem“ (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986*, strana 114, paragraf 220) iz njihovih osnovnih odredbi.

121. Podsticanje na nasilja nije strano SRJ, uključujući najekstremnija, propagirajući ideologiju „Velike Srbije“, pozivajući na stvaranje jedne “države za sve Srbe“ i pripremanje terena za etničko čišćenje sa skretanjem koje može da se izrodi u djela genocida. U svojoj presudi *Tadić* od 7. maja 1997, Pretresno vijeće MKTBJ ističe činjenice koje stvaraju taj direktni i javni podsticaj<sup>130</sup>. Propagandna kampanja „Velike Srbije“ bila je praćena jednim drugim pokretom koji je počeo 1989. s proslavom 600. godišnjice Kosovske bitke. Mediji pod srpskom dominacijom izjavili su da su Srbi bili prepušteni

<sup>129</sup> MKTR, ICTR-96-13, *Tužilac protiv Alfreda Museme*, Žalbeno vijeće, Presuda i obrazloženje, 27. januar 2000, paragraf 175.

<sup>130</sup> Vidjeti: *Tadić*, Žalbeno vijeće, Odluka od 15. jula, paragraf 30-35.

svojoj sudbini tokom invazije Otomanskog muslimanskog carstva. Opasnosti vezane za muslimanski integritet u okviru same bivše SFRJ bili su, isto tako, isticani. Glavna je tema bila da, ako se SFRJ mora raspasti i Srbi naći u manjini, čitava njihova egzistencija rizikuje da bude dovedena u opasnost, te da bi u takvoj situaciji jedina alternativa bila ili da se vodi totalni rat ili da se nađu, kao u prošlosti, u koncentracionom logoru. Na početku devedesetih godina, mitinzi na kojima su učestvovali srpske vođe organizirani su da bi branili i propagirali ove ideje. Radoslav Brđanin, predsjednik krizne ćelije srpske autonomne regije Banja Luka, javno je 1992. izjavio da je 2% maksimalan procent nesrba koji se može tolerirati u regiji<sup>131</sup>. Preporučivao je kako se riješiti nesrba u tri faze: (1) stvaranjem nepodnošljivih uvjeta za život nesrbima, (2) deportacijom i progonom, (3) likvidacijom nesrba koji ostanu. Srpske novine i beogradska televizija optuživali su ekstremističku prijetnju nesrba i širili ideju da se oni naoružavaju ne bi li istrijebili Srbe. Ova propagandna kampanja nastavljala se sve do 1993.

122. U pogledu dogovora, treba utvrditi da li je postojao združeni plan za izvršenje ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti i eventualno djela genocida. Ovaj plan proistječe iz ukupnog ponašanja Tužene strane, koja je nakon direktnog i javnog podsticanja na etničko čišćenje, omogućila da se stvore uvjeti neophodni za njegovo izvršenje. Ta je država tako eliminirala iz jugoslavenske vojske sve nesrpske elemente da bi osigurala njenu odanost. Obogatila ju je „dobrovoljcima“ tako što je njima zamjenila nesrpske elemente. Iako je organizirano povlačenje JNA pod međunarodnim pritiskom, predviđeno je da se naoružaju Srbi iz Bosne, a da se razoružaju nesrbi. Isto tako je bilo predviđeno da se nezvanično Srbi iz Bosne i njihove paralelne institucije integriraju u federalnu strukturu tako da ih se može kontrolirati i nastaviti dostavljati im neophodno naoružanje i budžet. Ove konkretne i detaljne pripreme i uska saradnja između RS i beogradskih vlasti, koje one podrazumijevaju, dokazuju postojanje dogovora da se izvrše najveća nasilja, s ozbiljnim rizikom da se sklizne niz krivulju genocida. Ono što je u ovom slučaju važno jeste postojanje „namjernog čina“ i da on utječe „direktno na pripremu zločina u užem smislu“<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Izjava koju prenosi MKTBJ u: *Tadić*, IT-94-1-T, Presuda od 7. maja 1997, paragraf 89.

<sup>132</sup> *Ibid.*, paragraf 678.

## D. Pomoć ili potpora Tužene strane u izvršenju genocida

123. Mišljenje koje se ovdje podržava je da je Tužena strana jedan od počinitelja zločina izvršenih na teritoriji Bosne i Hercegovine, pa je samim tim saučesništvo isključeno, jer se logično ne može biti u isto vrijeme glavni počinitelj i saučesnik u istom djelu; kao što podsjeća Međunarodni krivični tribunal za Ruandu i kao što smo već istakli u paragrafu 119: „[I]sto djelo za koje se tereti jedan optuženi ne može biti osnova za genocid i za saučesništvo u genocidu.“<sup>133</sup> Ipak, treba ispitati tu hipotezu, pošto Sud nije usvojio zločin saučesništva, dok ima, po mom mišljenju, dovoljno elemenata koji omogućavaju dolaženje do drugačijeg zaključka.

124. Odredbe Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti države odnose se na pomoć ili podršku u izvršavanju međunarodno protupravnog djela iz člana 16, prema kome:

„Država koja pomaže ili podržava neku drugu državu u izvršenju međunarodno protupravnog djela od ove druge, međunarodno je odgovorna što je tako postupila u slučaju da:

- a) spomenuta država postupa tako znajući za okolnosti međunarodno protupravnog djela i
- b) djelo bi bilo međunarodno protupravno da ga je počinila ta država.“

Kako izgleda, ova odredba o odnosima između država nije direktno primjenjiva u ovom slučaju, s obzirom da se upućena pomoć tiče jednog subjekta, Republike Srpske, koji nema međunarodni status. Ali, kao što Sud prigodno kaže, ako ova odredba nije direktno prikladna, on „ne vidi razlog da pravi suštinsku razliku između ‘saučesništva u genocidu’ u smislu *litt. e)* člana III Konvencije i ‘pomoći ili podrške’ neke države u izvršenju međunarodno protupravnog djela od neke druge države u smislu navedenog člana 16 (Presuda, paragraf 420). Iz toga proizlazi da će država koja je dala svoju pomoć ili podršku biti odgovorna u mjeri u kojoj je olakšala izvršenje međunarodno protupravnog djela.

125. Saučesništvo podrazumijeva više učesnika koji po različitim osnovama učestvuju u izvršenju jednog istog prekršajnog poduhvata. Neposredni izvršilac je onaj koji izvršava prekršaj, a saučesnik olakšava

<sup>133</sup> MKTR, *Tužilac protiv Museme*, navedeni predmet, paragraf 220



izvršenje prekršaja za koji zna i koga je svjestan. Saučesnik može intervenirati i prije i poslije kriminalnog čina<sup>134</sup>. Općeprihvaćeno je u svim nacionalnim represivnim sistemima da je saučesništvo neodvojivo od kriminalne namjere<sup>135</sup>; radi se o namjernom prekršaju, saučesnik treba svjesno prići glavnom činu. Ali, mora li dijeliti specifični predumišljaj glavnog izvršioca? Ovo pitanje izazvalo je nekoliko rasprava i Konvencija o genocidu ima prazninu po ovom pitanju. Zna se da se MKTBJ pitao da li treba pružiti dokaz da je sam saučesnik imao namjeru da poćini genocid<sup>136</sup>; on nije usvojio takvo tumaćenje i da bi se bilo saučesnik zloćina genocida, dovoljno je da se djeluje uz saznanje, odnosno da se bude obaviješten da protupravna djela predstavljaju ili mogu da predstavljaju genocid<sup>137</sup>. Sud navodi pitanje u paragrafu 421, ali izbjegavajući da odgovori uz motiv da se u ovom predmetu ne postavlja to pitanje. Međutim, za žaljenje je što se ne izjašnjava jasno iako sve rezonovanje koje se podrazumijeva počiva na ideji prema kojoj je saznanje dovoljno da povuće saučesništvo, kao što to, uostalom, proizlazi malo dalje iz paragrafa 432 o saučesništvu i kršenju obaveze sprećavanja; Sud je trebao biti jasniji u iskazu da saučesništvo ne traži da njegov izvršilac dijeli specifićnu namjeru glavnog izvršioca zloćina genocida i da je dovoljno da zna za tu specifićnu namjeru. Dakle, dovoljno je konstatirati da je SRJ znala za genocidnu namjeru kriminalaca kojima je pružila podršku – čak i ako je ona nije dijelila – da bi se zaključilo saučesništvo u zloćinu genocida.

126. U ovom slučaju, Tužena strana je znala za okolnosti koje su činile međunarodno protupravnim ponašanje subjekta koji je pomagala, a to je politika etnićkog čišćenja za koju su svi znali, a osudile su je najviše međunarodne instance, prije svih Savjet sigurnosti i Generalna skupština Organizacije ujedinjenih nacija; dobro je znala da je njena pomoć služila da se počine sve vrste zloćina, uključujući djela genocida koje Republika Srpska nije mogla počiniti u tolikoj mjeri, kao u Srebrenici, bez podrške SRJ. To je, uostalom, konstatacija do koje Sud dolazi u tri navrata: s jedne strane, primjećujući da je Tužena strana „odlućila povući tu podršku, to bi u velikoj mjeri ogranićilo vojne opcije otvorene vlastima Republike Srpske“ (paragraf 241), s druge strane, pozivajući se na „veoma važnu potporu koju je Tužena strana pružila Republici

<sup>134</sup> N. Robinson, navedeno djelo, strana 21.

<sup>135</sup> Tako u predmetu *Zyklon B*, u presudi Britanskog vojnog suda od 8. marta 1948. smatra se da je dobavljanje plina ubrzalo likvidaciju u logorima, a optuženi je znao za upotrebu za koju će biti korišten (citat C. Laucci “Krivićna odgovornost nosilaca vlasti: novija studija prakse međunarodnih krivićnih sudova”, *L’Observatoire Ujedinjenih nacija*, br. 6, 1999, strana 151-152).

<sup>136</sup> Predmet *Krstić*, Žalbeno vijeće, Presuda od 19. aprila 2004, paragraf 140-142.

<sup>137</sup> Predmet *Krstić*, Žalbeno vijeće, Presuda od 19. aprila 2004, paragraf 143-144.

Srpskoj, potporu bez koje ona ne bi mogla „voditi svoja vojna i paravojna djelovanja, najznačajnija ili najveća“ (paragraf 394) i na kraju, a naročito, kada vezano za Srebrenicu izjavi sljedeće:

„Nesumnjivo je da je značajna pomoć, pružena na političkom, vojnom i finansijskom planu od SRJ „Republici Srpskoj“ i VRS, započeta mnogo prije tragičnih događaja u Srebrenici, nastavljena za vrijeme i poslije ovih događaja. U tom smislu, nema nikakve sumnje da su zvjerstva u Srebrenici mogla biti počinjena, makar dijelom, sredstvima kojima su počinioi tih djela raspolagali zbog opće politike pomoći i podrške koju je SRJ vodila u njihovu korist“ (paragraf 422).

127. Poslije jedne takve konstatacije, bilo je logično da Sud izvuče sve konsekvence i da zaključi naročito saučesništvo Tužene strane. Pa ipak to nije zaključak koji je donijela većina. Drugim riječima, uvjeti postojanja materijalnog elementa pomoći ili podrške zločinu genocida su ispunjeni, ali ih Sud nije prihvatio tako da je odgovornost Tužene strane odbačena s obrazloženjem da nedostaje element namjere i još preciznije zato što „ u razmjeni argumentacije između strana u sporu nije utvrđeno na neosporan način da su vlasti SRJ snabdijevale - i da su nastavile snabdijevati - lidere VRS koji su donosili odluke o spomenutim djelima genocida i izvršavali ih uz pomoć i podršku tih vlasti, u vrijeme kada su one nesumnjivo bile svjesne da će se genocid dogoditi ili da je on već u toku“; (paragraf 422). Sud se ponovo vraća na to odsustvo dokaza o namjeri u sljedećem paragrafu, kao da bi sam sebe bolje uvjerio, ističući: „U ovim uvjetima nije utvrđeno da je SRJ pružila, u ključnom momentu, pomoć izvršiocima genocida uz punu svijest o tome da će ta pomoć biti upotrijebljena za izvršenje genocida“ (paragraf 423). Ali ova konstatacija, i zaključak koji sadrži, nisu niti očigledni niti uvjerljivi; oni izazivaju mnogo pitanja u pogledu izvjesnog broja elemenata. Da li je trebalo intervenirati samo „u ključnom momentu“, prema navodu iz paragrafa 423, da bi se bilo saučesnikom u genocidu? Da li se zaista može masakrirati više od 7000 osoba improvizirajući i spontano, a da prije toga nije bilo minimuma pripremanja i planiranja? Imajući u vidu uske i redovne veze između vlasti SRJ i onih Republike Srpske – posebno veze u ljudstvu preko oficira visokog ranga koji potpadaju pod SRJ u okviru VRS – može li se smatrati neospornim odsustvo saznanja za jedan takav plan od autoriteta SRJ? Između ostalih elemenata koji su se nakupili vezano za saznanje vođa države Tužene strane za namjeru počinilaca masakra, ne pruža li svjedočenje generala Weslija Clarka, navedeno i razmatrano u paragrafu 437 Presude, dovoljno uvjerljiv

ključni element koji navodi da je predsjednik Milošević bio veoma svjestan onoga što će se dogoditi u Srebrenici? Uostalom, Sud priznaje da je bio svjestan, jer na tom osnovu utvrđuje kršenje obaveze sprečavanja predviđene Konvencijom. Naime, bez takvog jednog saznanja ne bi se moglo utvrditi kršenje spomenute obaveze.

128. Upravo o ovoj tački, koja se odnosi na element informiranosti ili saznanja za počinjene zločine, ne možemo a da ne istaknemo izvjesnu nedosljednost ili kontradikciju između dva zaključka Suda. Naime, s jedne strane on odbija priznati postojanje saučesništva vlasti države Tužene strane jer one nisu bile obaviještene ili, preciznije, nisu bile „potpuno svjesne da će genocid biti izvršen ili se upravo vrši“ (paragraf 422); s druge, on ipak smatra da ovi organi nisu odgovorili svojoj obavezi da spriječe genocid, jer vlasti u Beogradu „nisu mogle da ne budu svjesne ozbiljnog rizika“ koji je postojao za izvršenje genocida (paragraf 436) ili još preciznije:

„[S] obzirom na svu zabrinutost međunarodne zajednice oko onoga što je rizikovalo da se dogodi u Srebrenici i s obzirom na same primjedbe Miloševića Mladiću, koje su jasno pokazivale da je opasnost koja je prijetila bila poznata i činile se da su takve prirode da su mogle navesti na pomisao da je postojala namjera da se počini genocid ako se ništa ne učini da se spriječi ta opasnost, trebalo je biti jasno da je postojao ozbiljan rizik genocida u Srebrenici“ (paragraf 438).

Više je nego teško slijediti rezonovanje Suda; uprkos začuđujućoj suptilnosti koju razvija u svojoj kompliciranoj analizi za objašnjenje razlike između saznanja potrebnog da se bude saučesnik u genocidu i saznanja potrebnog da se genocid spriječi, kako sa logičke tačke gledišta tako i s obzirom na *de facto* okolnosti koje prevladaju u ovom predmetu, teško je razumjeti podjelu a samim tim i razliku zaključka koja se tiče umiješanosti Tužene strane. Drugim riječima, pošto je jasna svijest o ozbiljnoj opasnosti genocida postojala kod organa Tužene strane, oni su najprije, kao prvu obavezu, imali obavezu da spriječe djela genocida; zatim su imali kao dodatnu obavezu da ne nastavljaju da pružaju budućim počinioćima krivičnih djela pomoć ili potporu koja je omogućavala ili olakšavala izvršenje tih djela. Sud je, dakle, morao prirodno konstatirati ne samo kršenje obaveze sprečavanja nego i saučesništvo, posebno što su pomoć i potpora Tužene strane Republici Srpskoj nastavljene čak i poslije genocida u Srebrenici, kao što je konstatirao MKTBJ i kao što je potvrdio sam Sud u ovoj presudi.

129. Dispozitiv presude odnosi se na Srbiju, jer on mora biti usmjeren ka državi koja je Tužena strana na dan kada Sud donosi presudu. Naime, jedna presuda ne može se uputiti nekoj fiktivnoj državi koja je prestala da postoji; dakle, Srbija je ta na koju se odnosi dispozitiv kao na državu nastavljača Srbije i Crne Gore, kao što je Srbija i Crna Gora bila nastavljač SRJ. Ponašanja ispitana i osuđena u ovom predmetu su postupci SRJ i Srbije i Crne Gore, kao što Sud navodi u obrazloženju navodeći jednu ili drugu od ove dvije države, u zavisnosti od datog perioda, da bi jasno identificirao izvršioce datih postupaka i pripisao shodno tome odgovornost koja iz njih proistječe za Srbiju kao nastavljača dvije prethodne države.

Treba isto tako istaći da Sud posebno navodi, u paragrafu 78, da je Republika Crna Gora, 3. juna 2006, poslije zatvaranja javnog saslušanja, postala nezavisna i da je obavijestila Sud, pismom od 29. novembra 2006, da ta nova država ne smatra sebe Tuženom stranom u ovom predmetu. Važno je navesti ovaj paragraf Presude Suda: „I pored toga, treba ipak imati u vidu da se sva odgovornost, utvrđena u ovoj Presudi povodom prošlih događaja, odnosila u datom periodu na državu Srbiju i Crnu Goru.“

Ovaj paragraf podsjeća na obaveze koje se nameću Republici Crnoj Gori i tumačim ovo podsjećanje na slijedeći način: iako Republika Crna Gora nije direktno objekt dispozitiva, ona kao država sukcesor nije ništa manje odgovorna, u skladu s pravilima međunarodnog prava kojima se regulira međunarodna odgovornost država, sukcesija država u oblasti ugovora i sukcesija država u oblasti državne imovine, arhiva i dugova države. Žao mi je što Sud nije bio precizniji u podsjećanju na obaveze Republike Crne Gore, s obzirom na okolnosti specifične za ovaj slučaj. Naime, Republika Crna Gora je učesnica Konvencije o genocidu koja joj nameće da poštuje sve odgovarajuće obaveze, prije svih obavezu da goni ili da kazni počinioce djela genocida. Osim toga, ona nasljeđuje Dejtonski sporazum koji je obavezuje da pruži punu saradnju u ostvarenju ciljeva definiranih tim sporazumom.

(Potpisano) Ahmed MAHIOU

# IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE KREĆA

## Sadržaj

DIO PRVI.....	1
Pitanja nadležnosti .....	1
I. Opća razmatranja u vezi s pravilom <i>res judicata</i> .....	1
II. <i>Res judicata</i> u odnosu na odluke o nadležnosti.....	3
III. Primjena pravila <i>res judicata</i> na Presudu iz 1996.....	10
1. Percepcija pravila <i>res judicata</i> .....	10
2. Pogrešna ocjena relevantnih uvjeta za njegovu primjenu <i>in casu</i> .....	13
3. <i>Jus standi</i> kao autonoman procesni uvjet.....	14
3.1. Pravna snaga pravila <i>jus standi</i> .....	15
3.2. <i>Differentia specifica</i> između <i>jus standi</i> i nadležnosti Suda <i>rationae personae</i> .....	17
4. Ocjena većine o <i>jus standi</i> Tužene strane.....	19
5. Efekti Presude iz 2004.....	25
6. Deklaracija iz 1992.....	30
7. Pitanje Tužene strane.....	35
DIO DRUGI.....	37
Suštinska pitanja .....	37
I. Konvencija o genocidu kao primjenjivo pravo .....	37
1. Genocidna namjera kao <i>conditio sine qua non</i> zločina genocida.....	37
2. Step en namjere .....	38
3. Uništenje.....	39
3.1. Obim uništenja.....	41
3.2. Cilj uništenja.....	43
4. “Kao takve” .....	48
5. Značenje etničkog čišćenja prema Konvenciji .....	49
II. Primjena Konvencije o genocidu <i>in casu</i> .....	55
1. Opće napomene o mogućim pristupima Suda <i>in casu</i> .....	55

2. Tumačenje obaveza Strana ugovornica na osnovu	
Konvencije o genocidu.....	58
2.1. Obaveza sprečavanja .....	58
2.2. Odgovarajuća obaveza djelovanja.....	63
2.2.1. Primjena obaveze sprečavanja <i>in casu</i> .....	65
2.3. Obaveza nevršenja genocida .....	68
2.4. Obaveza kažnjavanja.....	70
3. Pitanje odgovornosti.....	72
3.1. Konvencija i pitanje odgovornosti.....	72
III. Pravno određenje srebreničkog masakra.....	77
1. Komponente genocidne namjere .....	78
1.1. Nivo namjere .....	78
1.2. Vrsta uništenja .....	79
1.3. Ciljna grupa .....	80
1.4. Potpuno ili djelimično .....	81
1.5. Zaključak o namjeri uništenja .....	85
1.6. Stvarno pravno značenje presuda MKTBJ u slučajevima <i>Blagojević i Krstić</i> .....	87

## DIO PRVI

### PITANJA NADLEŽNOSTI

#### I. Opća razmatranja u vezi s pravilom *res judicata*

1. Izraz *res judicata* ima više značenja. Upotrebljava se da označi pitanje o kome je sud donio odluku; presudu koja se ne može oboriti redovnim pravnim sredstvima; također i odluku koja se ne može preinačiti i koja je neopoziva.

Široka upotreba izraza *res judicata* mogla bi se pripisati izvjesnoj konfuziji u pogledu samog kvaliteta sudske odluke i njenih kako subjektivnih tako i objektivnih efekata. Ponekad, naročito kada je riječ o nekim vrstama presuda, ne uzima se u obzir razlika koja postoji između neoborivosti i neopozivosti. Ako bi se, imajući u vidu odsustvo redovnih pravnih sredstava predviđenih u Statutu i Pravilima Suda za nezadovoljnu stranu da bi mogla oboriti presudu, moglo, uopćeno posmatrajući, reći da su presude Suda neoborive, ne bi se, međutim, moglo reći da su i neopozive, ne samo s obzirom na pravilo revizije sadržano u členu 61 Statuta kao vanredno pravno sredstvo, već isto tako i s obzirom na neka druga pravna sredstva koja postoje u zakonu Suda, kao što je princip *compétence de la compétence* (*nadležnost za nadležnost*) u odnosu na pitanja nadležnosti, kao i u odnosu na nepreliminarne prigovore u pogledu nadležnosti Suda.

2. U supstanci *res judicata* mogu se razlikovati dva elementa kako je predviđeno u Statutu Suda:

(i) proceduralni, koji podrazumijeva da: “Presuda je konačna i bez prava žalbe. U slučaju spora u pogledu značenja ili dometa presude, Sud daje njeno tumačenje na zahtjev bilo koje strane” (član 60) i

(ii) suštinski, prema kojem: “Odluka Suda nema obavezujuću snagu osim između strana u sporu i u odnosu na taj konkretan slučaj” (član 59).

3. Primarni efekt *res judicata* u proceduralnom smislu je isključenje naknadnog zahtjeva – što znači da se isključuje buduća parnica o istom predmetu Tužbe (*non bis in idem*), dok se efekt *res judicata* u suštinskom smislu uglavnom odnosi na pravosnažnost odluke Suda kao individualizacije

objektivnog prava u konkretnoj stvari – *pro veritate accipitur* – i, također, na isključenje primjene principa *stare decisis*.

4. Dva elementa *res judicata* – proceduralni i suštinski – ne moraju ići ruku pod ruku u svakom pojedinačnom slučaju. Svaka odluka Suda – bilo da je riječ o presudi ili naredbi – obavezujuća je za strane u sporu, mada ne na identičan način, ali takvu karakteristiku odluke Suda ne prati nužno njena konačnost.

Odnos ova dva elementa *res judicata* nije statičan ni *a priori* definiran, jer odražava uravnotežavajuću snagu razloga koji leže u osnovi proceduralnog, odnosno suštinskog aspekta *res judicata*.

Razlozi u osnovi suštinskog aspekta *res judicata* ustvari štite autoritet Suda kao suda i legitimitet njegovih odluka. Stoga se može reći da obavezujuća snaga odluka Suda proizlazi iz same prirode sudske funkcije bez obzira na prirodu i sadržaj odluke Suda. Kao što je Sud utvrdio u sporu *Northern Cameroons (Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1963, strana 38)*, efekt *res judicata* proteže se također na presudu Suda kojom se utvrđuje nemogućnost mijenjanja stvorene pravne situacije.

Razlozi u osnovi *res judicata* u proceduralnom smislu ustvari su razlozi pravne sigurnosti i predvidljivosti kao i racionaliziranje sudskog postupka.

5. Razlika između karakteristike sudske odluke i njenog efekta proizlazi iz stavljanja *res judicata*, u njenom apstraktnom normativnom značenju, nasuprot njenoj primjeni u okviru seta zakona kojima se regulira sudska djelatnost Suda, tj. njeno pravno značenje *in casu*.

Mada predstavlja pravilo suštinske važnosti, čineći dio pravnog sistema svih civiliziranih nacija, *res judicata* svakako nije fetiš niti je sudovi smatraju za *deus ex machina*, uključujući tu i Međunarodni sud pravde.

Pravilo *res judicata* funkcionira u okviru zakona koji Sud primjenjuje uporedo s drugim pravilima objektivne prirode. Drugim riječima, pravilo *res judicata*, slično kao druga fundamentalna pravila koja rukovode sudsku aktivnost Suda, jeste samo dio, ma koliko da je važno, normativnog okruženja u kojem Sud radi i koje, kao cjelina, određuje efekt neke odluke Suda. Mogući efekt koji druga pravila objektivne prirode imaju na *res judicata* mogao bi se



rezimirati na slijedeći način: “Sama konačnost... prilično je plastičan izraz koji ne mora zabranjivati preispitivanje.”<sup>138</sup> Čini se da je jasno da revizija u skladu s uvjetima navedenim u članu 61 Statuta “predstavlja direktan izuzetak od principa *res judicata*, koji pogađa validnost konačne presude”<sup>139</sup>. Tačno je, također, da funkcioniranje principa *compétence de la compétence* i nepreliminarni prigovori u odnosu na potvrđenu nadležnost Suda mogu imati za rezultat poništenje jedne vrste presude Suda, tj. presuda o prethodnim prigovorima.

6. U tom pogledu nijedno od pravnih sredstava dizajniranih za osporavanje, ili koja se mogu upotrijebiti za osporavanje stvari o kojoj je već donijeta odluka, ne derogira postojanje pravila *res judicata* kao takvog, jer se spomenuta sredstva zasnivaju na autoritetu zakona koji Sud primjenjuje u njegovom totalitetu i operacionalizirana su u obliku obavezujuće odluke kojom se prethodna odluka Suda odbacuje – *iudicium posterior derogat priori*. Kako se efekti *res judicata* odnose samo na odluke donijete *lege artis*, u skladu s proceduralnim i suštinskim pravilima zakona koji Sud primjenjuje, moglo bi se reći da izuzeci u pogledu konačnosti neke presude Suda predstavljaju dio suštine *res judicata*.

Prema tome, konačnost presuda Suda u okviru zakona koji Sud primjenjuje može biti relativna ili apsolutna. Samo za potonju se može reći da se konačnost svodi na *res judicata* u smislu neopozivosti.

Presuda (*sententia*) i *res judicata* u smislu konačne i neopozive odluke Suda očigledno nisu identični pojmovi. Presuda kao takva je *res judicans* dok *res judicata est causa sine fine controversiae acceptit*.

Kao sudski akt, svaka presuda nekog suda ima potencijal *res judicata* u smislu neopozivosti koji se može realizirati ili ne, u zavisnosti od ishoda procedura i sredstava dizajniranih za osporavanje odluke suda. Prema tome, suštinska osobina *res judicata* je, ustvari, krajnja tačka u razvoju autoriteta svojstvenog svakoj presudi, tačka u kojoj *jugement passe en force de la chose jugée*, presuda postaje pravosnažna.

## II. *Res judicata* u odnosu na odluke o nadležnosti

<sup>138</sup> M. Reisman, *Poništenje i revizija*, 1971, strana 341.

<sup>139</sup> B. Cheng, *Opći principi prava kako su ih primijenili međunarodni sudovi i tribunali*, 1953, strana 372.

7. Potpuni efekt pravila *res judicata* u principu se pripisuje “konačnoj odluci nekog međunarodnog tribunala” (Stalni arbitražni sud (spor *Trial Smelter*), 3. RIAA, strane 1950-1951). U svome individualnom mišljenju u sporu o ribarenju *Fisheries Jurisdiction*, sudija Valdok je konstatirao “[p]o članu 60 Statuta presuda je ‘konačna i bez prava na žalbu’. Prema tome, ona predstavlja konačno rješenje spora podnijetog Sudu na osnovu Tužbe od 14. aprila 1972” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 125, paragraf 46)<sup>140</sup>.

Međutim, iz toga ne slijedi *a contrario* da su presude Suda o prethodnim prigovorima isključene iz dometa članova 59 i 60 Statuta Suda. Takvo tumačenje očigledno bi bilo u suprotnosti s općim određenjem sadržanim u tim članovima.

8. Čini se da su efekti presuda o prethodnim prigovorima ili barem neke vrste presuda o prethodnim prigovorima, kako u pogledu obavezujuće snage tako i konačnosti, specifičnog karaktera koji se u izvjesnoj mjeri razlikuje od efekata presuda o meritumu spora.

Značenje kvalifikacije “konačna” u odnosu na presudu o prethodnom prigovoru leži isključivo u činjenici da, nakon njenog izricanja, nijedna strana u sporu nema mogućnost uložiti bilo kakve prethodne prigovore koji vode oživljavanju ili obnavljanju postupka vezanog za prethodni prigovor, kao što je predviđeno u članu 79 Pravila Suda.

Međutim, prethodni prigovor kao takav nije jedino pravno sredstvo u skupu zakona koje primjenjuje Sud za osporavanje odluke Suda. Prema tome, teško bi se moglo reći da se presudom o prethodnim prigovorima, koje je uložila jedna od strana u sporu, pred Sudom stavlja tačka na pitanje nadležnosti, tako da se pitanje nadležnosti više ne bi moglo pokrenuti. U pravnoj praksi Suda, kao i na osnovu člana 79, tačka 1, Pravila, došlo je do razvoja pojma nepreliminarnog prigovora na nadležnost Suda, što samo po sebi dokazuje da je pojam prigovora u pogledu nadležnosti širi od pojma prethodnog prigovora. Osnovni princip *compétence de la compétence* može također dati povoda preispitivanju donijete odluke o nadležnosti.

---

<sup>140</sup> A. V. Freeman, *Međunarodna odgovornost država zbog odbijanja pravde*, 1938, strana 975; Bin Cheng, *op.cit.*, 1953, strana 337; Schwarzenberger, *Međunarodno pravo*, I, 1949, strane 454-455.

Sve dok je *functus officio* u sporu, Sud, kao sud, ima inherentnu snagu da ponovo otvori ili preispita bilo koje pravno pitanje ili činjenicu o kojoj je već donijeta odluka. Ta snaga bila bi lišena suštine kada ne bi bila praćena snagom Suda da poništi svoju raniju odluku o nadležnosti pod posebnim okolnostima.

9. Nekritično pripisivanje nepromjenjivosti svakoj presudi je fetiš i u tom se pogledu model može naći samo u nekim davno napuštenim odlukama donijetim na osnovu langobardskog prava<sup>141</sup>. Od vremena rimskog prava (u rimskom pravu karakter *res judicata* mogao se dati samo konačnim odlukama *in meritum*<sup>142</sup>), usvojeno je rješenje da autoritet *res judicata* po pravilu pripada samo odluci o meritumu spora. U francuskom pravu, naprimjer, odluke o nebitnim pitanjima mogu ne steći *autorité de la chose jugée* (princip već presuđene pravne stvari) ukoliko to nije neophodno za tumačenje *dispozitiva* odluke *in meritum* ili ukoliko su oni njena “*soutient nécessaire*” (neophodna podrška)<sup>143</sup>. Italijansko sudstvo također teži da shvati *res judicata* tako da pokriva rješenje spora koji su strane podnijele sudu<sup>144</sup>. U paragrafu 322 njemačkog *Zivilprozessrechnung (Materielle Rechtskraft)* navodi se da samo odluke donijete na zahtjev (*Anspruch*) definiran u tužbi ili protiv tužbe mogu biti djelotvorne.

U engleskom pravu, također, *res judicata* označava konačnu sudsku odluku koju je usvojio sudski tribunal nadležan za *causa*, odnosno za predmet spora<sup>145</sup>. Također, postojanje odgovarajuće nadležnosti smatra se uvjetom validnosti svake *res judicata*<sup>146</sup>.

Stoga je gledište da je primjena pravila *res judicata* objektivno ograničena na pitanja o kojima se odlučuje konačnom sudskom odlukom dominantno u pravu civiliziranih zemalja.

---

<sup>141</sup> Capitula 370 Edictum Langobardorum predviđa da presuđeni spor *semper in eadem deliberatione debeant permanere*, mada je postojala mogućnost odbacivanja od strane više instance – Pugliese, *Giudicato civile*, Enciclopedia di diritto XVI, 1969, strana 158.

<sup>142</sup> Pugliese, *op.cit.*, strana 752; Kaser, *Das romische Zivilprozesrecht*, MCMLXVI, strana 504.

<sup>143</sup> Perrot, Presuđena stvar, Zbornik građanskih i privrednih procedura, *Chose jugée*, 1955, I, broj 8, 45, 78-87; Vincent, *Grđanska procedura*, 1978, strana 98, broj 76.

<sup>144</sup> Pugliese, *op. cit.*, strana 834.

<sup>145</sup> Bower-Turner, *op. cit.*, strana 1, Walker & Walker, *Engleski pravni sistem*, 1885, tom 6, strana 589.

<sup>146</sup> Bower-Turner, *Doktrina Res Judicata*, 1969, II, strana 92.

10. U tom pogledu mogu se razlikovati tri vrste presuda o prethodnim prigovorima:

- presude kojima se prethodni prigovor, bez obzira na svoju prirodu, prihvata, a spor se *ipso facto* okončava;
- presude kojima se prigovor odbacuje, a Sud proglašava nadležnim za razmatranje merituma spora;
- presude kojima se uloženi prethodni prigovor određuje kao prigovor koji nije isključivo preliminarnog karaktera.

Efekte *res judicata*, kao što su oni koji karakteriziraju presudu o meritumu spora, imaju samo one presude o prethodnim prigovorima kojima se neki prigovor prihvata. Nasuprot drugim dvjema preostalim odlukama o nadležnosti, koje su sastavni dijelovi spora koji se razmatra, ovom vrstom odluke o nadležnosti spor se okončava, poprimajući tako pune efekte pravila *res judicata* koji se odnose na konačnu presudu u datom sporu. Postoje izvjesne razlike u pogledu efekata *res judicata* između dvije preostale vrste presuda o prethodnim prigovorima, s jedne, i presuda o meritumu, s druge strane.

11. Razlika u pogledu konačnosti između odluka o nadležnosti i odluka o meritumu u principu je prije kvantitativna nego kvalitativna po svojoj prirodi. Konačnost odluka o nadležnosti je više relativna zahvaljujući većem broju pravnih sredstava kojima se one mogu osporavati. To se odražava u činjenici da se odluka o nadležnosti može osporiti ne samo postupkom revizije po članu 61 Statuta već i u daljem toku postupka i ulaganjem nepreliminarnog prigovora, tj. prigovora koji se ulaže u vezi s nadležnošću Suda<sup>147</sup> nakon što se postupak u vezi s prethodnim prigovorom završi donošenjem presude.

U praksi međunarodnih sudova, naročito praksi Međunarodnog suda pravde, ova razlika poprima kvalitativne razmjere. Poništenje presuda o meritumu, nasuprot odlukama o nadležnosti, nepoznato je u pravnoj praksi Međunarodnog suda pravde, za razliku od pravne prakse arbitražnih sudova<sup>148</sup>.

12. Pitanje da li presuda o prethodnom prigovoru neopozivo obavezuje tribunal prvi put je pokrenuto u slučaju *Tiedemann* (1926) pred poljsko-njemačkim Mješovitim arbitražnim tribunalom.

147 Riječ „nadležnost“ se koristi u svom generičkom smislu i obuhvata kako opću, tj. *locus standi in iudicio*, tako i posebnu nadležnost.

148 Vidi J.L. Simpson, M. Fox, *Međunarodna arbitraža – Pravo i praksa*, 1959, strana 250 *et seq.*

*Sedes materiae* stvari, Tribunal je sažeto i uvjerljivo objasnio:

“Tribunal smatra da je, u interesu pravne sigurnosti, važno da se presuda, nakon što je donijeta, u principu smatra konačnom.

Međutim, pitanje dobija posebnu dimenziju kada je donijeta preliminarna presuda takva da podržava nadležnost Tribunala a ovaj potonji nađe naknadno, ali prije presude o meritumu, da ustvari nema nadležnost. U tom slučaju, kada bi bio obavezan da smatra da ga obavezuje njegova prva odluka, od njega bi se tražilo da presudi o stvari za koju ipak priznaje da nije u njegovoj nadležnosti. I kada – kao u ovom sporu – Tribunal u međuvremenu odluči da nema nadležnost u slučajevima iste prirode, bio bi u potpunoj proturječnosti sa samim sobom time što bi ipak presuđivao o meritumu i izložio bi se riziku da Tužena država iskoristi vlastito priznanje Tribunala da nema nadležnost da odbije izvršiti njegovu presudu ...

Drugim riječima, da bi ostao vjeran principu *res judicata*, morao bi otvoreno zloupotrijebiti autoritet.”<sup>149</sup>

Princip da Sud, pred kojim se vodi postupak o nekom sporu u vezi s kojim je već donijeta presuda o prethodnim prigovorima, a koja ne obavezuje neopozivo, također je potvrđen u jurisprudenciji Suda.

13. U slučaju *Nottebohm* (prethodni prigovori) Sud je presudom od 18. novembra 1953. odbacio prethodni prigovor Gvatemale u pogledu njegove nadležnosti i nastavio postupak o meritumu (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1953*, strana 124). Međutim, Gvatemala je uložila niz prigovora o dopustivosti u svojoj protutužbi, u odgovoru i u toku usmene rasprave o meritumu, ali ih je tretirala kao supsidijarne u odnosu na predmet spora. U presudi od 6. aprila 1955, Sud je prihvatio jedan od prigovora, koji se odnosio na dopustivost zahtjeva Lihtenštajna s obzirom da u vrijeme naturalizacije nije postojala “stvarna veza” između Nottebohma i Lihtenštajna (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1955*, strane 4-65).

Slučaj *Nottebohm* se može uzeti kao primjer poništenja presude o prethodnom prigovoru na osnovu nepreliminarnog prigovora koji je uložila Tužena strana.

149 *Von Tiedemann protiv Poljske države, Rec. TAM, t. VI*, strane 997-1003; vidi također CR 2006/44, Varady, prijevod.

14. S druge strane, slučajevi *Jugozapadna Afrika* (druga faza) ilustriraju model poništenja presude o prethodnim prigovorima akcijom Suda *proprio motu*.

U fazi postupka po prethodnim prigovorima (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1962*, strana 319), Sud je odbacio četiri prigovora *Jugozapadna Afrika*, između ostalog, i prigovor koji se odnosi na status (*locus standi*) Podnosioca tužbe kao i njegove interese. Južna Afrika je, *inter alia*, istakla da:

“*Drugo*, ni vlada Etiopije ni vlada Liberije nisu ‘još jedan član Lige naroda’, kao što se traži za *locus standi* po članu 7 Mandata za Jugozapadnu Afriku; *Treće*, ... preciznije u tome da nikakvi materijalni interesi Vlada Etiopije i/ili Liberije ... nisu u to uključeni niti time pogođeni;” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1962*, strane 326-327).

U fazi odlučivanja o meritumu Sud se vratio na ono što je određeno i donijeto u Presudi od 1962. i našao da, ustvari, Podnosioci tužbi nisu imali pristup u samom postupku (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1966*, strane 36-38). Naime, u svojoj presudi o prethodnim prigovorima od 21. decembra 1962. Sud je, *inter alia*, utvrdio da:

“*Očigledan domet i sadržina odredaba ovog člana ukazuju na to da se smatralo da članice Lige imaju legalno pravo ili interes da mandatar poštuje svoje obaveze kako prema stanovništvu mandatne teritorije tako i prema Ligi naroda i njenim članicama*”, te da:

“*Zaštita materijalnih interesa članica i njihovih državljana svakako je obuhvaćena njegovim dometom, ali dobrobit i razvoj stanovništva mandatne teritorije nisu manje važni*” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1962*, strane 343-344; kurziv dodan).

U suštini, Sud je objasnio poništenje svog ranijeg zaključka opisivanjem prirode odluke o prethodnom prigovoru. Sud je, *inter alia*, konstatirao:

“Što se tiče pitanja prekluzije, Sud nalazi da je nepotrebno da se izjašnjava o raznim pitanjima koja su pokrenuta u vezi s tim, kao što je pitanje da li odluka o prethodnom prigovoru predstavlja *res*

*judicata* u pravom značenju tog izraza, da li se ona smatra ‘odlukom‘ za svrhe člana 59 Statuta Suda ili se smatra ‘konačnom‘ u smislu člana 60. *Ono što je bitno je to da odluka o prethodnom prigovoru nikada ne može biti prekluzivna u odnosu na stvar koja se tiče merituma, bez obzira da li je ona razmatrana u vezi s prethodnim prigovorom”* (Međunarodni sud pravde, *Izveštaji 1966*, strane 36-37, paragraf 59; kurziv dodan).

Međutim, razmatrajući dalje prekluzivni efekt Presude iz 1962, Sud je okvalificirao – iako posredno – odluke o nadležnosti, nalazeći da:

“Budući da *odluke privremenog* karaktera ne mogu prejudicirati pitanja merituma, ne može biti proturječnosti između odluke kojom se dopušta da su Podnosioci tužbe imali sposobnost da se pozovu na klauzulu o nadležnosti ... *i odluke da Podnosioci tužbe nisu utvrdili pravni osnov svog zahtjeva u odnosu na meritum”* (Međunarodni sud pravde, *Izveštaji 1966*, strana 38, paragraf 61; kurziv dodan).

U fazi razmatranja merituma, Sud se vratio na određenje sadržano u njegovoj Presudi iz 1962. i našao da, ustvari, Podnosioci tužbe nisu imali pristup u postupku (*Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1966*, strane 36-38).

15. Pravni osnov za ponovno razmatranje presude o prethodnom prigovoru i, eventualno, poništenje pozitivnog zaključka u pogledu nadležnosti nalazi se u inherentnoj moći Suda da utvrdi vlastitu nadležnost (princip *compétence de la compétence*) kako u njenom užem tako i širem značenju.

U užem smislu, kao što je izraženo u članu 36, stav 6, Statuta, Sud donosi odluke o nadležnosti u slučajevima sporova između strana u pogledu svoje nadležnosti. Odluke Suda o nadležnosti shodno članu 36, stav 6, mogu biti dvojake: presude o prethodnom prigovoru podnijetom u skladu s članom 79 Pravila Suda; i odluke koje se donose o nepreliminarnom prigovoru. Ono što je karakteristično za odluke o nepreliminarnim prigovorima je to da se donose u fazama postupka koje nisu faza razmatranja prethodnih prigovora, uglavnom u fazi u kojoj bi trebalo da se razmatra meritum i koja se u praksi Suda određuje kao faza presude o nadležnosti (slučaj *Nottebohm*) ili jednostavno presude u drugoj fazi (slučajevi *South West Africa*). Stvarno značenje posljednjeg izraza je, ustvari, druga faza razmatranja nadležnosti, s obzirom da je presuda o prethodnom prigovoru donijeta ranije.

Međutim, po općem shvatanju, Sud je obavezan stalno se baviti pitanjem nadležnosti neovisno od postupaka strana u sporu. Sud to postiže primjenom principa *compétence de la compétence* u njegovoj široj formi (slučaj *Nottebohm, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1953*, strana 120) kao osnovom za akciju Suda *proprio motu*.

“Skrećući pažnju, bez odgovarajućeg djelovanja Suda, nema praktičnog efekta u odnosu na suštinsko pitanje – da li Sud ima nadležnost *in casu*. Sud, imajući u vidu svoju nadležnost *ex officio* od trenutka kada je postupak počeo pa sve do njegovog okončanja, donosi razne odluke u tom pogledu. Preciznije, *compétence de la compétence* Suda:

“nije ograničena na verificiranje u svakom pojedinačnom slučaju da li Sud može razmatrati meritum ... Proširenjem dometa moći o kojoj je riječ [*compétence de la compétence*] na sve stvari obuhvaćene sporednom nadležnošću Suda, Sud je utvrdio ovu moć kao pretpreliminarnu funkciju najvišeg stepena koju Sud vrši.”<sup>150</sup>

Samo prihvatanje od Suda kao prvi korak proceduralne prirode podrazumijeva djelovanje principa *compétence de la compétence* akcijom Suda *proprio motu*. Potreba da se pribjegne principu *compétence de la compétence* neposredno proizlazi iz činjenice da prihvatanje od Suda nije automatska posljedica odgovarajućih akcija strana u sporu a prihvatanje od Suda nije prosta činjenica već sudski akt povezan s nadležnošću Suda (vidi slučaj *Nottebohm, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1953*, strana 122; *Pomorsko razgraničenje i teritorijalna pitanja između Qatara i Bahraina (Qatar protiv Bahraina)*, Nadležnost i dopustivost, 1995, strana 23, paragraf 43).

Bez funkcioniranja principa *compétence de la compétence* kao principa općeg međunarodnog prava bilo bi pravno nemoguće utvrditi nadležnost Suda da naloži privremene mjere, budući da Tužena strana može uložiti prigovore na nadležnost Suda, shodno članu 79 Pravila, u roku utvrđenom za podnošenje protutužbe, a strana koja nije Tužena strana u roku utvrđenom za podnošenje prvog izjašnjanja. Funkcioniranje spomenutog principa u ovom slučaju ima za rezultat sudsku pretpostavku o odgovarajućoj nadležnosti Suda u formi “nadležnosti prima facie” (*Legalnost upotrebe sile*,

---

<sup>150</sup> Shihata, *op. cit*, strana 41-42; kurziv dodan.



*Prethodni prigovori, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, Individualno mišljenje sudije Kreće, paragraf 12; kurziv dodan).*

16. Poseban položaj presude o prethodnom prigovoru postoji u pogledu oba aspekta pravila *res judicata* – njene obavezujuće snage i konačnosti.

Shvatanje o distinktnoj relativnosti odluke o nadležnosti Suda prožima skup propisa kojima se regulira djelatnost Suda. Pravila koja se odnose na prethodne prigovore grupirana su u pododjeljku 2. odjeljka D Pravila Suda, pod naslovom “Incidentalni postupak”. Takvo mjesto pravila o prethodnim prigovorima navodi na zaključak, kao što je Sud konstatirao u slučajevima *South West Africa* (druga faza) (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1966*, strana 38, paragraf 61), da je presuda o prethodnom prigovoru “privremenog karaktera”, što podrazumijeva provizoran, a ne konačan karakter. Nadalje, član 79, stav 1, Pravila Suda, kojim se predviđa da “bilo kakav prigovor ... u pogledu nadležnosti Suda ili dopustivosti ... ili drugi prigovor u vezi s kojim se traži odluka prije bilo kakvog daljeg postupka o meritumu” (kurziv dodan), izražava *per se* relativnu konačnost presude o prethodnim prigovorima. Međutim, prethodnim prigovorima kao takvim ne iscrpljuju se prigovori u pogledu nadležnosti Suda. Još u toku osamdesetih godina XX vijeka razvila se pravna praksa Suda, podržana praksom država, u smislu da se stvar<sup>151</sup> ne iscrpljuje formalnom procedurom prethodnog prigovora, kao i da se nepreliminarnim prigovorima u pogledu nadležnosti također može poništiti presuda o prethodnim prigovorima, kao što se može vidjeti iz slučaja *Nottebohm*. Nepreliminarni prigovori o nadležnosti Suda daju povoda za primjenu principa *compétence de la compétence* shvaćenog, kao što sam ranije naveo (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Presuda, paragrafi 43-50*), u užem smislu.

Konačno, princip *compétence de la compétence*, shvaćen u općem smislu, može se vidjeti u Rezoluciji o internoj sudskoj praksi Suda u njenoj odredbi u kojoj se navodi da “Sud može pristupiti razmatranju merituma slučaja ili, ukoliko je ta faza već dostignuta, globalnog pitanja da li je, konačno, Sud nadležan ili zahtjev dopustiv“ (član 8 (ii) (b); kurziv dodan). Čini se da je jasno da je “globalno pitanje” “takvo pitanje koje bi se normalno pojavilo tek nakon rasprave o svim ranijim pitanjima i meritumu” (tj. nakon

---

<sup>151</sup> Vidi Shabtai Rosenne, *Rekonceptualizacija prigovora pred Međunarodnim sudom pravde, Comunicazioni e studi*, tom četrnaesti, 1975, strane 735-761.

što je o suštini bilo koje pojedinačne faze na taj način odlučeno”)<sup>152</sup>.

17. Kadjeriječ o obavezujućoj snazi presude o prethodnim prigovorima, čini se da je jasno da ona ne stvara pravne obaveze *stricto sensu* koje strane u postupku moraju poštovati. Strana koja je uložila prethodni prigovor koji je Sud odbacio ne snosi nikakve pravne posljedice ako, naprimjer, odluči da ne učestvuje u postupku za koji se Sud proglasio nadležnim. Pozitivna presuda u postupku o prethodnom prigovoru prije stvara procesni teret za tu stranu nego pravnu obavezu *stricto sensu*. Štaviše, Podnosilac tužbe također nema pravnu obavezu da obrazloži zahtjev. Iako pozitivna odluka o nadležnosti stvara procesno opterećenje u odnosu na Tuženu stranu, u odnosu na Podnosioca tužbe ona predstavlja čisto procesno pravo koje on koristi s apsolutnom diskrecijom (*discretio legalis*), a da ne snosi nikakve sankcije u postupku zbog nepostupanja u skladu sa slovom pozitivnih odluka o nadležnosti.

U stvari, pozitivna presuda u fazi postupka o prethodnim prigovorima stvara obavezu Suda samo da pristupi fazi rasprave o meritumu, ali sudska akcija Suda u tom pogledu zavisi od odgovarajućih akcija strana u sporu.

Nasuprot presudi o nadležnosti, presuda o meritumu spora ima obavezujući efekt u smislu stvaranja pravnih obaveza za strane u sporu, tako da se “nijedna strana ne može unilateralnim sredstvima osloboditi obaveze po međunarodnom pravu da sprovede presudu u dobroj vjeri”<sup>153</sup>.

18. Više relativan karakter odluka o nadležnosti Suda u poređenju s konačnošću presude o meritumu spora opravdava se po više osnova.

Pitanja nadležnosti po pravilu nisu osnovna pitanja sporova pred Sudom, niti predstavljaju *raison d'être* obraćanja strana u sporu Sudu. Slučajevi, kao što je *Žalba u vezi s nadležnošću Vijeća ICAO (Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972)*, u kojem Sud djeluje kao apelacioni sud, predstavljaju jedine izuzetke.

Strane u sporu obraćaju se Sudu da bi zaštitile subjektivno pravo ili interes u smislu materijalnog prava, a ne zbog pitanja nadležnosti kao takvog. Pozitivna presuda o pitanjima nadležnosti uspostavlja samo neophodan preduvjet za rješavanje glavnog pitanja i tiče se materijalnog prava u smislu

<sup>152</sup> Shabtai Rosenne, *Procedura u Međunarodnom sudu, komentar Pravila Međunarodnog suda pravde iz 1978, 1983, strana 232; kurziv dodan.*

<sup>153</sup> *Société Commerciale de Belgique (1939), Stalni sud međunarodne pravde, serije A/B, broj 78, strana 176.*

da daje stranama legalno pravo ili nameće obavezu pozitivne ili negativne prirode. U tom smislu, presuda o pitanjima nadležnosti je “čisto deklarativne prirode i nikada ne može stvoriti neko pravo, tj. povjeriti samom Sudu nadležnost koja nije zasnovana na primjenjivim pravilima prava, bilo općim bilo posebnim” (*Izdvojeno mišljenje sudije Rostvorovskog, Izvjesni njemački interesi u poljskoj Gornjoj Sileziji, Stalni sud međunarodne pravde, Serija A, br. 6, strana 32*). Drugim riječima, presuda o pitanjima nadležnosti je prije zavisna nego nezavisna po svojoj prirodi a, prema tome, i po svojim efektima. Ona ne stvara novu pravnu situaciju u smislu materijalnog prava niti daje nalog da se izvrši neka radnja pošto ne navodi kako zakon o kojem se strane spore treba biti primijenjen (za klasificiranje međunarodnih presuda, vidjeti Enciklopediju međunarodnog javnog prava, III, 1997, strane 33-34).

Poništenje presude o nadležnosti od nekog suda koji djeluje u okviru svojih sudskih prerogativa u sporu koji se razmatra ne utječe znatno, ako uopće utječe, na stabilnost i predvidljivost kao *rationale* konačnosti presude, koju zastupa većina (Presuda, paragraf 116). Ovo zbog toga što ovdje predmet nisu suštinska prava i obaveze strana u sporu. Budući da pozitivna odluka o nadležnosti samo daje pravo da sud razmatra zahtjev i da o njemu donese odluku, teško je reći da poništenje može imati za rezultat poremećene pravne odnose po osnovu materijalnog prava. Jedini poremećaj o kojem se može govoriti u slučaju poništenja pozitivne odluke o nadležnosti je narušavanje procesnog odnosa uspostavljenog odlukom o nadležnosti, koje je prije stvar subjektivnih očekivanja strana u sporu nego stvar javne politike koja leži u osnovi konačnosti odluke Suda.

Naprotiv, ako bi Sud, nakon usvajanja odluke o nadležnosti a prije donošenja svoje presude o meritumu, našao da je njegova odluka pogrešna iz bilo kojeg razloga, Sud bi izvršio očevidnu zloupotrebu svoje ovlasti ako bi se pridržavao pravila *res judicata*. Tako, umjesto da osnaži pravilo *res judicata*, insistiranje na konačnosti odluka o nadležnosti u svim okolnostima išlo bi na njegovu štetu, paralizirajući, pa čak i poništavajući djelovanje Suda kao suda prava i pravde, jer, pored suštinskih, konstitutivnih elemenata pravila *res judicata*, postoji fundamentalni spoljni uvjet, odnosno neophodna validnost odluke Suda u smislu materijalnog i proceduralnog prava.

Konačno, više relativan karakter odluka o nadležnosti, kad je riječ o konačnosti, proizlazi ili može proizići iz djelovanja principa *compétence de la compétence*. Preciznije, princip *compétence de la compétence* djeluje isključivo u odnosu na pitanja nadležnosti.

19. U praktičnom smislu, relativnost odluka o nadležnosti, naročito presuda o prethodnim prigovorima kao formalne vrste odluke o nadležnosti, mogla bi biti rezultat odmjeravanja dva razloga koji se razlikuju po svojoj prirodi:

(i) posebnih okolnosti koje predstavljaju objektivni element koji proistječe iz zakonitosti koje nalažu poništenje odluke o nadležnosti i

(ii) subjektivnog elementa, koji podrazumijeva spremnost suda da razmotri stvar.

Što se tiče ovog elementa, mada u izvjesnoj mjeri patetičnog, upozorenje da bi „međunarodne presude u budućnosti, ako ne i globalni mir, mogle, što je paradoksalno, zavisiti od sposobnosti našeg vrhovnog sudskog organa da se izjasni *mea culpa*”<sup>154</sup>.

### III. Primjena pravila *res judicata* na Presudu iz 1996.

20. Stav koji je zauzela većina o primjeni *res judicata* na Presudu Suda iz 1996. ima dvije osnovne slabosti:

(a) usku i fetišističku percepciju pravila *res judicata*;

(b) pogrešnu procjenu relevantnih uvjeta za njegovu primjenu *in casu*.

Kao posljedica toga, može se reći da je percepcija pravila *res judicata* kao i njegova primjena na Presudu iz 1996. potpuno pogrešna.

#### 1. Percepcija pravila *res judicata*

21. Dvojnu, organski povezanu, strukturu pravila *res judicata*, kako je formulirano u članovima 59 i 60 Statuta, većina je svela na samo jedan element – na obavezujuću snagu, mada je ključno pitanje u aktuelnom sporu, ustvari, konačnost presude od 1996. U tom pogledu, navodi se da „Statut ... u članu 60 proglašava da nema izuzetaka u odnosu na princip *res judicata*“ (paragraf 19).

154 W. M. Reisman, “Revision of the South West Africa Case – An Analysis of the Grounds of Nullity in the Decision of 18 July 1966 and Methods of Revision”, *The Virginia Journal of International Law*, tom 7, broj 1, strana 4.

Sušтина te percepcije može se izraziti na sljedeći način:

„Član 59 Statuta, bez obzira na negativnu formulaciju, ima u svojoj osnovi pozitivnu konstataciju da odluka Suda obavezuje strane u odnosu na konkretan slučaj. Član 60 Statuta predviđa da je presuda konačna i bez opoziva; član 61 postavlja velika ograničenja u pogledu roka i suštine kad je riječ o mogućnosti strana da traže reviziju presude“ (Presuda, paragraf 115; kurziv dodan).

Ovakvo rezoniranje, čini se, stvara konfuziju kad je riječ o karakteristikama i efektima pravila *res judicata*.

Obavezujuća snaga odluke Suda svakako predstavlja njen suštinski aspekt. Ali takva karakteristika odluke Suda ne podrazumijeva nužno njenu konačnost, što je stvar proceduralnih efekata odluke Suda.

Ustvare, svaka odluka Suda, budući da predstavlja odgovarajući izraz sudske vlasti, posjeduje obavezujuću snagu. U formuli *auctoritas res iudicata* ili *l' autorité de la chose jugée*, *auctoritas* ne znači konačnost *per se*, već prije specifičnu težinu ili povjerenje da sudska odluka služi kao osnova za njenu konačnost. Konačnost nikada nije atribut samog *auctoritas*. Ona može biti atribut *auctoritas* presude nakon što se iscrpe pravna sredstva, bilo redovna bilo vanredna, kojima se presuda može osporavati.

22. Prema mišljenju većine, Presuda iz 1996. smatra se konačnom, jer:

„Statut predviđa samo jednu proceduru u takvom slučaju: proceduru po članu 61, koja pruža mogućnost za reviziju presuda...“ (paragraf 120),

i dalje:

“U zavisnosti *samo* od te mogućnosti revizije, primjenjiv princip je *res judicata pro veritate habetur*, tj. da nalaze presude, za svrhe datog spora i između strana, treba smatrati korektnim, *i ne mogu se preispitivati na osnovu tvrdnji da su naknadni događaji na njih bacili sjenku sumnje*” (*Ibid.*, kurziv dodan).

Takva percepcija konačnosti presude čini se suviše uskom, jer očigledno ne uzima u obzir sva pravna sredstva na raspolaganju bilo stranama u sporu bilo samom Sudu u cilju ponovnog razmatranja pitanja nadležnosti. Zakon Suda, pored revizije na osnovu člana 61 Statuta, poznaje dva pravna sredstva koja su relevantna u tom pogledu. Kao što je naprijed navedeno, to su princip *compétence de la compétence* u smislu člana 36, tačka 5, Statuta i pravilo općeg međunarodnog prava (slučaj *Nottebohm, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1953*, strane 119-120) i nepreliminarni prigovori u vezi s nadležnošću Suda.

23. Princip *compétence de la compétence* je “nužno potreban za ispunjavanje bilo kojih ... obaveza”<sup>155</sup> bilo koje sudske vlasti. Mada, nasuprot prigovorima u vezi s nadležnošću koje su uložile strane u sporu, on nije posebno zamišljen da osporava nadležnost Suda, njegovo funkcioniranje, bilo *proprio motu* bilo povodom prigovora jedne od strana u sporu, uvijek utječe, pozitivno ili negativno, na nadležnost Suda.

Moć Suda da određuje da li ima nadležnost, koja proizlazi iz principa *compétence de la compétence*, predstavlja inherentno pravo i obavezu Suda i ne poznaje nikakva ograničenja (*Izdvojeno mišljenje gospodina Urutija, Elektroprivreda Sofije i Bugarske, 1939, Stalni sud međunarodne pravde, Series A/B, No. 77*, strane 102-103). Sud vrši svoje inherentno ovlaštenje od početka do kraja postupka u cilju utvrđivanja da li ima nadležnost ili ne u konkretnom slučaju. U stvarnosti, Sud vrši svoje inherentno ovlaštenje na dva načina:

(a) donošenjem neupadljive, neformalne odluke koja se odnosi na postojanje procesnih zahtjeva u pogledu nadležnosti ocjenom *prima facie*, s tim što je to u suštini sudska pretpostavka o nadležnosti i

(b) usvajanjem formalne odluke o nadležnosti.

U tom smislu, moć Suda da određuje da li ima nadležnost u datom slučaju čini se da je apsolutna, imajući u vidu da Sud, čak i kada izjavi da nema nadležnost *in casu*, vrši svoje inherentno ovlaštenje.

---

155 US Commissioner Gore u slučaju *Betsey* (1797), J.B. More (ed.) *International Adjudications, Ancient and Modern History and Documents*, Modern Series, tom IV, strana 183.

24. Prema tome, vršenje tog ovlaštenja ne može biti ograničeno *ratione temporis* sve dok Sud predstavlja *functus officio* u sporu. Svojstveno ovlaštenju Suda da određuje da li ima nadležnost *ad casum* jeste odgovarajuće pravo da ponovo otvori i preispita pitanje nadležnosti, bilo *proprio motu* bilo povodom prigovora strane u sporu u vezi s nadležnošću, kao što jasno pokazuju slučaj *Nottebohm* (paragraf 13 gore) i slučajevi *Jugozapadne Afrike* (paragraf 14 gore).

To, razumije se, ne znači, kao što se u presudi korektno navodi, da se „odluke o nadležnosti mogu preispitivati na neodređeno vrijeme...” (Presuda, paragraf 118).

Postoje jasna ograničenja, kako vremenska tako i suštinska, u okviru kojih se odluke o nadležnosti mogu preispitivati. Što se tiče vremenskih ograničenja, odluka o nadležnosti se može preispitivati sve dok je Sud *functus officio* u datom sporu, dok se suštinska ograničenja odnose na prirodu okolnosti koje opravdavaju preispitivanje. One moraju biti posebne prirode koja utječe na legalnost kao primarnu vrijednost i krajnju svrhu sudskih odluka bilo kojeg suda, jer

“Komisija je tribunal koji stalno zasjeda sa svim atributima i funkcijama kontinuiranog tribunala dok njen rad ne bude završen. Tamo gdje je Komisija pogrešno protumačila dokaze ili pogriješila u procjeni, ili gdje njena odluka ne prati činjenične nalaze ili gdje se u bilo kom drugom pogledu odluka ne slaže s evidencijom ili gdje odluka sadrži materijalnu pravnu grešku, Komisija ne samo da ima ovlaštenje već i obavezu da, nakon odgovarajućeg prezentiranja, ponovo razmotri i ispravi odluku kako bi bila u skladu s činjenicama i primjenjivim pravnim pravilima” (Mješovita komisija za potraživanja – Sjedinjene Američke Države i Njemačka, AJIL, 1940, Vol. 34, No. 1, strana 154).

Ovo inherentno ovlaštenje i, čak, obaveza proistječu iz same prirode sudske funkcije, jer, kako je povjerenik Owen Roberts konstatirao:

“Nijedan tribunal koji zaslužuje to ime ili bilo kakvo poštivanje ne smije dopustiti da njegova odluka ostane nepromijenjena ukoliko su takvi navodi osnovani” (*Ibid.*, strana 164).

25. Neopravdano usko tumačenje pravila *res judicata* neizbježno vodi upadljivom zaključku da:

“Jedino u ovisnosti o mogućnosti revizije, primjenjivi princip je *res judicata pro veritate habetur*, tj. da nalaze presude, za svrhe spora i između strana, treba smatrati korektnim, *i da se ne mogu preispitivati na osnovu tvrdnji da su naknadni događaji bacili na njih sjenu sumnje*” (Presuda, paragraf 120).

Imajući u vidu da se nalazi Suda ne mogu mijenjati, čak ni zbog naknadnih događaja koji bacaju sjenu na njihovu istinitost, mišljenje većine zanemaruje aspekt zakonitosti u suštini pravila *res judicata*.

Kako se naknadni događaji teško mogu smatrati “novom činjenicom”, shodno članu 61 Statuta, čini se da Sud po pravilu donosi odluke *ex iure proprio*, neovisno o međunarodnom pravu, tako da je pravna situacija koju je Sud odredio *ex definitione* stvarna pozicija po međunarodnom pravu.

Takvo mišljenje može se smatrati samo kao sudski ekstremizam koji može dovesti do apsurdnih rezultata. Kao dobra ilustracija može poslužiti upravo ovaj slučaj.

Ukoliko se želi da se nalazi Suda smatraju korektnim, ma kakvu sumnju na njih bacili naknadni događaji, zaključak koji slijedi je taj da je Tužena država u ovom slučaju Savezna republika Jugoslavija, jer je Sud tako odlučio u svojoj Presudi od 1996, koja, po nalazu većine članova Suda, predstavlja *res judicata*.

26. Neprilimarni prigovor, kao sredstvo osporavanja presude o prethodnim prigovorima, uvodi u igru princip *compétence de la compétence* u skladu sa stavom 6 člana 36 Statuta.

To je upravo ono što se dogodilo u ovom sporu.

U maju 2001, Savezna republika Jugoslavija podnijela je dokument pod nazivom “Inicijativa Sudu da ponovo razmotri nadležnost *ex officio* u odnosu na Jugoslaviju”, čime se od Suda tražilo da presudi i izjavi da u odnosu na nju nema nadležnost *ratione personae*. Zahtjev se zasnivao na



argumentu da Savezna republika Jugoslavija nije bila članica Statuta Suda do svog prijema u članstvo Ujedinjenih nacija 1. novembra 2000. i da nije bila članica Konvencije o genocidu (paragraf 26). Pored toga, Jugoslavija je tražila da Sud obustavi postupak o meritumu dok se ne donese odluka o Inicijativi (*Ibid.*).

U pismu od 3. decembra 2001. Bosna i Hercegovina je zatražila od Suda, *inter alia*, da “negativno odgovori na zahtjev sadržan u ‘Inicijativi’” (Presuda, paragraf 28).

Postupajući po ovoj stvari, Sud je odlučio, kao što pokazuje pismo Registrara od 12. juna 2003, da ne može obustaviti postupak.

Što se tiče preispitivanja nadležnosti Suda u ovom slučaju, konstatirao je, *inter alia*, sljedeće:

“Sud ... kao što je navedeno u dokumentu ‘Inicijativa’ Srbije i Crne Gore i kao što je Sud ranije istakao, ima pravo razmatrati pitanja nadležnosti *proprio motu* i ‘mora uvijek utvrditi da ima nadležnost’ (*Žalba koja se odnosi na nadležnost Savjeta ICAO, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972, strana 52*). *Ne treba ni napominjati da Sud neće donijeti presudu o meritumu ovog spora ukoliko ne utvrdi da ima nadležnost. Ukoliko Srbija i Crna Gora bude željela iznijeti novi argument Sudu o pitanjima nadležnosti za vrijeme usmene rasprave o meritumu, ona to može slobodno učiniti*“ (pismo od 12. juna 2003).

Jednom riječju, mišljenje većine da je “u zavisnosti od mogućnosti revizije, primjenjivi princip *res judicata pro veritate habetur* ...“ (Presuda, paragraf 120) čini se ide *contra factum proprium*.

## **2. Pogrešna ocjena relevantnih uvjeta za njegovu primjenu *in casu***

27. Uvjeti za primjenu pravila *res judicata* mogu se podijeliti na dvije kategorije: vanjski i unutarnji. Što se tiče unutarnjih, prema klasičnoj formuli, pravilo *res judicata* primjenjuje se samo tamo gdje je poznat identitet strana (*eadem personae*) i identitet pitanja o kojem je riječ (*eadem res*). Posljednji element ponekad se dijeli na predmet (*petitum*) i iznijeti osnov (*causa petendi*), naprimjer, *Predmet tvornice Chorzow (Tumačenje), 1927, Stalni*

*sud međunarodne pravde, serija A, Izdvojeno mišljenje sudije Ancilotija, strana 23; Stalni sud međunarodne pravde, serija B, broj 11, strana 30.*

Vanjski uvjet za primjenu pravila *res judicata*, pod pretpostavkom da postoje unutarnji elementi, jeste validnost presude. U sporu *Administrativni tribunal*, Sud je jasno iznio zahtjev u pogledu validnosti, tumačeći pitanje koje mu je postavila Generalna skupština tako da se odnosi “samo na davanje kompenzacije od Administrativnog tribunala, koji je propisno uspostavljen i postupa u granicama svoje zakonske nadležnosti” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1954, strana 55*).

28. “Dugi marš” u dijelu većine Suda kroz pitanje *jus standi* Tužene strane okončan je poslije gotovo 14 godina usvajanjem trećeg sukcesivnog stava, koji dijeli negativnu karakteristiku s prva dva stava. Naime, on nije pružio nikakav odgovor na pitanje koje predstavlja *sedes materiae* kompleksa koji se tiče nadležnosti u ovom sporu, u smislu da li se Tužena strana, po članu 35 Statuta Suda, ima pravo pojaviti pred Sudom ili ne.

Prvi stav Suda, sadržan u Presudi od 1996, mogao bi se okarakterizirati kao stav kojim se jasno izbjegava ovo pitanje. Većina je jednostavno zatvorila oči pred relevantnim pitanjem kao da uopće ne postoji. Karakteristična crta drugog stava, razrađenog u Presudi u *Zahtjevu za reviziju Presude od 11. jula 1996 (2001)*, pokušaj je da se konstruira *sui generis* pozicija Tužene strane u odnosu na Ujedinjene nacije u periodu 1992-2000. On predstavlja neku vrstu objašnjenja za prešutno tretiranje Tužene strane kao države koja ima *jus standi* pred Sudom. U sadašnjoj Presudi, većina je formulirala treći stav, koji se može opisati, sa suštinske tačke gledišta, kao povratak na modificirano izbjegavanje da se zauzme stav. Preciznije, u ovom trećem stavu prihvata se neosporna činjenica da je Tužena strana primljena, odlukom nadležnih političkih organa Ujedinjenih nacija, u članstvo svjetske Organizacije 1. novembra 2000 (paragraf 99) kao nova članica, ali se izbjegava prihvatanje nužnih posljedica te činjenice u pogledu *jus standi* Tužene strane oslanjanjem na pogrešnu percepciju pravila *res judicata*.

Međutim, u jednom drugom sporu u kojem je učestvovala Srbija i Crna Gora, naime u sporovima *Legalnost upotrebe sile*, Sud je odlučio da je čin prijema Srbije i Crne Gore u članstvo Ujedinjenih nacija bio determinantan u pogledu *jus standi*.

Ova oštra kontradiktornost u određivanju pravnih posljedica prijema

Srbije i Crne Gore, kad je riječ o *jus standi*, možda pred Sudom opravdava cinizam Honoré de Balzaca kada je rekao: “Zakoni su mreže od paučine preko kojih prelaze velike muhe i u kojima ostaju male.”<sup>156</sup>

29. Pitanje *jus standi* zaslužuje detaljniju razradu s obzirom na njegovu ključnu važnost u ovom sporu.

### 3. *Jus standi*<sup>157</sup> kao autonoman procesni uvjet

30. *Jus standi*, u odnosu na nadležnost shvaćenu u standardnom značenju kao ovlaštenje Suda da rješava konkretne sporove predstavlja autonoman procesni uvjet. U suštini, to znači opće, potencijalno pravo države koje joj omogućava da, uz dodatni uvjet postojanja odgovarajućeg instrumenta nadležnosti, učestvuje u sporu pred Sudom u svojstvu strane u sporu, bilo kao Podnosilac tužbe bilo kao Tužena strana ili kao strana koja intervenira. Kao takvo, *jus standi* predstavlja opći, pozitivan procesni uvjet. On se materijalizira kada država koja ima *jus standi* pokrene tužbu, kada se tužba pokrene protiv nje ili kada, u skladu s relevantnim pravilima Suda, intervenira u postupku koji je u toku pred Sudom. Budući da je autonoman, *jus standi* pripada državi čak i kad ta država nije strana u sporu ili strana u postupku koji je u toku pred Sudom.

Ne postoji neposredna, organska veza između *jus standi* pred Sudom i nadležnosti Suda. Kao što je Sud naveo u slučajevima *Jugozapadne Afrike* (druga faza):

“Univerzalan i neophodan, ali ipak gotovo elementaran princip proceduralnog prava je *da se mora praviti razlika između ... prava da se aktivira sud i prava suda da razmatra meritum zahtjeva*“ (*Jugozapadna Afrika, druga faza, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1966*, strana 39, paragraf 64; *Nadležnost u ribarstvu, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1973*, strana 53, paragraf 11; kurziv dodan).

<sup>156</sup> Honoré de Balzac, *La Maison Nucingen* (<http://www.citationspolitiques.com/recherche.php?rechercheLes+lois+son+des+toiles+d%92araign%E9es>).

<sup>157</sup> Obično se upotrebljava izraz «*locus standi*» ili «*locus standi in iudicio*». Međutim, čini se da je izraz «*jus standi*» pogodniji jer se neposredno odnosi na pravo utvrđeno u paragrafu 35 Statuta. Izraz «*locus standi*» koristi se kada se, kao takav, upotrebljava u pravnoj praksi Suda.

Prema tome, Sud ne stječe nadležnost u konkretnom sporu *eo ipso*, jednostavno zato što strane u sporu imaju *jus standi* pred Sudom, kao što ni, obrnuto, postojanje odgovarajućeg instrumenta nadležnosti na snazi između strana u sporu ne podrazumijeva *jus standi* strana u sporu pred Sudom.

31. U odnosu na pitanje nadležnosti, *jus standi* je antecedentno po svojoj prirodi budući da predstavlja preduvjet za uspostavljanje nadležnosti Suda *in casu*. U odsustvu *jus standi* neke države (ili država) u sporu, pravno je nemoguće da Sud uspostavi svoju nadležnost, jer “samo one države koje imaju pristup Sudu mogu da mu priznaju nadležnost” (*Legalnost upotrebe sile (Srbije i Crna Gora protiv Holandije), Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, paragraf 45). Štaviše, u takvom slučaju Sud ne bi bio ovlašten bilo da uzme u razmatranje pitanje svoje nadležnosti bilo da pokreće sudsku akciju suštinske prirode.

Ne samo da država bez *jus standi* ne može biti strana u postupku pred Sudom nego ni Sud ne može *stricti iuris* imati nikakve odnose s takvom državom u sudskoj sferi, za razliku od administrativne. Sud ne može pribjeći vršenju ovlaštenja prema takvoj državi kako bi odredio svoju nadležnost (*compétence de la compétence*) niti može naložiti privremene mjere zaštite ili vršiti bilo koje ovlaštenje svojstveno sudskoj funkciji.

Stoga akcije Suda, s izuzetkom onih koje imaju za cilj da se uspostavi *jus standi* neke države u sporu, nisu pravno zasnovane po zakonu Suda. Čak se ne bi moglo reći za bilo koju takvu akciju da je bila preduzeta *ultra vires*, jer efekt *ultra vires* podrazumijeva izvjesnu mjeru sudskih *vires* koje je Sud prekoračio u konkretnom slučaju, već prije da su preduzete pravno nepostojeće, faktičke akcije *sine vires*.

Prema tome, odsustvo *jus standi* predstavljalo bi razlog za apsolutno poniženje akcija Suda koje su navodno sudske prirode.

### **3.1. Pravna snaga pravila *jus standi***

32. Član 35, stav 1, Statuta konstitutivne je prirode, sastavni dio javnog reda uspostavljenog na osnovu Povelje Ujedinjenih nacija. Kao takav, zajedno s ostalim odredbama Statuta takve prirode, on predstavlja vrstu *jus*

*cogens*<sup>158</sup>, koji čak ni Sud ne može mijenjati. Prema tome:

“Funkcija Suda da ispita stvar i donese vlastiti zaključak je tako obavezna za Sud neovisno o pristanku strana u sporu i nije ni na koji način nekompatibilna s principom da nadležnost Suda ovisi o pristanku” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Holandije), Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, paragraf 35).

Član 35 Statuta predviđa:

“1) Sud *je otvoren* za države članice ovog Statuta.

2) Uvjete pod kojima je Sud *otvoren* za druge države, u zavisnosti od posebnih odredaba sadržanih u ugovorima koji su na snazi, utvrđuje Vijeće sigurnosti, ali takvi uvjeti neće, ni u kom slučaju, staviti članice u neravnopravan položaj pred Sudom” (kurziv dodan).

Imperativan oblik odredaba člana 35, stav 1 i 2, Statuta nosi u sebi dvostruko značenje – dopuštanja i zabrane.

S jedne strane, odredbe ovlašćuju članicu Statuta – a državu koja nije članica Statuta, pod uvjetom da prihvata opću nadležnost Suda u skladu s Rezolucijom Vijeća sigurnosti 9 (1946) – da dobije pristup Sudu. S druge strane, odredbama se zabranjuje pristup Sudu nečlanici Statuta, koja nije prihvatila opću nadležnost Suda u skladu s Rezolucijom 9 (1946).

Zajednički efekti člana 35, stav 1 i 2, Statuta i člana 34, stav 1, Statuta izražavaju ograničenu prirodu prava na sudsku zaštitu pred Međunarodnim sudom pravde.

Ograničeno pravo na sudsku zaštitu pred Međunarodnim sudom pravde je dio javnog reda Organizacije ujedinjenih nacija, čiji je Sud glavni sudski organ. U članu 93 (1) i (2) Povelje predviđa se:

---

<sup>158</sup> G. Schwarzenberger, Međunarodno pravo kako ga primjenjuju međunarodni sudovi i tribunali, tom IV, International Judicial Law, 1986, strane 434-435; R. Kolb, Teorija međunarodnog *ius cogens*, Pokušaji ponovnog čitanja koncepta, 2001, strane 344-348; Fachiri, Stalni sud međunarodne pravde, 1932, strana 63.

“1) Sve članice Ujedinjenih nacija su *ipso facto* članice Statuta Međunarodnog suda pravde.

2) Država koja nije članica Ujedinjenih nacija može postati članica Statuta Međunarodnog suda pravde pod uvjetima koje će u svakom pojedinačnom slučaju odrediti Generalna skupština na preporuku Vijeća sigurnosti.”

Ovo treba shvatiti u kontekstu članova 34 (1) i 35 (1) i (2) Statuta Suda, koji je, također, “sastavni dio ove Povelje” (član 92 Povelje).

Kao takvi, stavovi 1 i 2 člana 93 Statuta obavezni su i Sud je obavezan da je primjenjuje *ex officio*. Što se tiče elementa vremena u primjeni pravila, imajući u vidu antecedentnu prirodu *jus standi*, Sud ima obavezu da utvrdi *jus standi* strana u sporu prije bilo kakvog postupka, kao i da to ima u vidu sve vrijeme tokom postupka. Naprimjer, moguće je da strana u sporu pred Sudom prestane da postoji kao država za vrijeme postupka.

33. Model rezoniranja Suda *ex lege*, u inače skromnoj pravnoj praksi Suda koja se odnosi na *jus standi*, predstavlja spor *Nadležnost u ribarenju*:

“Ministar za vanjske poslove Islanda je, čini se, sugerirao da je vrijeme davanja izjave Savezne Republike Njemačke od 29. oktobra 1971, deponirane kod Registrara 22. novembra 1971, možda imalo izvjestan efekt na obavezujuću snagu sporazuma sadržanog u razmjerni nota od 19. jula 1961. ili na pravo pristupa Savezne Republike Njemačke Sudu. Što se tiče prve tačke, jasno je da obavezujuća snaga sporazuma između dviju Vlada, koja se treba razmotriti u ovoj Presudi, nema nikakve veze s datumom kada je izjava koja se traži u rezoluciji Vijeća sigurnosti od 15. oktobra 1946. deponirana kod Registrara: smisao prve je da se uspostavi nadležnost Suda u pogledu konkretne vrste spora; potonja predviđa pristup država nečlanica Statuta Sudu. Što se tiče druge tačke (tj. pitanja prava pristupa Savezne Republike Njemačke Sudu, prema rezoluciji Vijeća sigurnosti, izjavu, koja može biti posebna ili opća, država koja nije članica Statuta mora deponirati prije svog pojavljivanja pred Sudom. To je učinjeno” (Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1973, strana 53, paragraf 11; kurziv dodan).

Ovaj model Sud je primijenio i u sporovima *Legalnost upotrebe sile*:

“Pitanje da li je Srbija i Crna Gora bila članica Statuta Suda u vrijeme pokretanja ovog postupka je suštinski važno; *jer, ako nije bila članica, Sud ne bi bio otvoren za nju po članu 35, stav 1, Statuta. U toj situaciji, u ovisnosti o eventualnoj primjeni paragrafa 2 tog člana, Srbija i Crna Gora ne bi se mogla propisno obratiti Sudu, bez obzira po kom osnovu bi se pozvala na nadležnost, iz prostog razloga što Srbija i Crna Gora nije imala pravo pojaviti se pred Sudom.*

Sud može vršiti svoju sudsku funkciju samo u odnosu na one države koje imaju pristup Sudu u skladu s članom 35 Statuta. I samo one države koje imaju pristup Sudu mogu mu priznati nadležnost” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije)*, strana 299, paragraf 46; kurziv dodan).

### **3.2. *Differentia specifica između jus standi i nadležnosti Suda ratione personae***

34. Oba pojma – *jus standi* i nadležnost *ratione personae* – dijele karakteristiku da pripadaju *corpusu* procesnih uvjeta neophodnih za validnost postupka – ili sporednog ili o meritumu – pred Sudom i u pogledu upućivanja spороva Sudu na odlučivanje. Također, dijele atribut apsolutnih procesnih uvjeta koji se moraju zadovoljiti u svakom sporu i oba predstavljaju pozitivne zahtjeve u smislu da, ukoliko nisu zadovoljeni, Sud ne može razmatrati podnijete zahtjeve.

35. Međutim, razlike između njih znatno su veće i čine ih distinktnim procesnim uvjetima. *Prvo*, oni odražavaju različite aspekte pravne prirode Suda. Dok nadležnost *ratione personae*, kao jedan od relevantnih aspekata nadležnosti, izražava konsenzualnu prirodu nadležnosti Suda, *jus standi* proistječe iz činjenice da Međunarodni sud pravde, nasuprot arbitražnim sudovima, nije potpuno otvoren sud. Pristup Sudu je ograničen u dva aspekta na osnovu člana 34, stav 1, i člana 35, stav 1 i 2, Statuta Suda. *Treće*, mada su i nadležnost *ratione personae* i *jus standi* regulirani pravilima Statuta koja imaju objektivni, konstitutivni karakter, postoji suštinska razlika u primjeni tih pravila. Pravila Statuta koja se odnose na *jus standi* Sud primjenjuje *ex lege*, dok se odgovarajuća pravila koja se odnose na nadležnost *ratione*

*personae* primjenjuju na osnovu saglasnosti država u sporu. U svojim presudama u sporovima *Legalnost upotrebe sile*, Sud je konstatirao, *inter alia*, da se “pitanje nadležnosti ... odnosi na pristanak strane i pitanje prava strane da se pojavi pred Sudom u skladu sa zahtjevima Statuta, što nije stvar pristanka” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004, Srbija i Crna Gora protiv Holandije*, paragraf 35). Stoga se može reći da u suštini nadležnost Suda regulira pravo koje je na snazi između strana, dok *jus standi* reguliraju objektivna pravila Statuta kao takva.

Četvrto, različite prirode *jus standi*, s jedne strane, i nadležnosti *ratione personae*, s druge, proizvode odgovarajuće pravne posljedice u postupku. Nepostojanje *jus standi* ima automatski efekt budući da se on, po pravilu, ne može prevazići u postupku pred Sudom, dok je nedostatak nadležnosti *ratione personae* moguće prevazići imajući u vidu da strane mogu ili priznati nadležnost Sudu tokom postupka ili dopuniti ga – naprimjer, izričitim sporazumom ili putem *forum prorogatum*.

Kao posljedica, za razliku od nedostatka *jus standi*, odsustvo nadležnosti *ratione personae* ne isključuje validno razmatranje od Suda.

Peto, kompetencija ili posebna nadležnost u konkretnom slučaju Međunarodnog suda pravde, kao poluotvorenog suda s nadležnošću koja se zasniva na saglasnosti strana u sporu, podrazumijeva dvostruku saglasnost država:

- (a) saglasnost da je Sud “organ uspostavljen u cilju *jus dicere*” (*Krfski Kanal, Preliminarni prigovor, Presuda, 1948, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1948, Izdvojeno mišljenje dr. Daksnera*, strana 39). Ova saglasnost izražava se posredno, članstvom u Ujedinjenim nacijama, ili neposredno, kad je riječ o nečlanici Ujedinjenih nacija, bilo pristupanjem Statutu Suda bilo prihvatanjem nadležnosti Suda u skladu s Rezolucijom 9 (1946) Vijeća sigurnosti, kao prethodnog uvjeta i
- (b) saglasnost da je Sud nadležan da razmatra konkretan spor ili vrstu spora koja se daje posredstvom relevantnih osnova nadležnosti shodno članu 36 Statuta, kao suštinski, ali kvalificiran uvjet.

Kao što je Sud konstatirao u slučaju *Nottebohm*: “Saglasno sistemu Statuta razmatranje od Suda na osnovu tužbe nije *ipso facto* otvoreno za sve



države članice Statuta, već samo u mjeri koja je definirana u primjenjivim Izjavama” (*Nottebohm, Prethodni prigovor, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1963*, strana 122). Sud je dalje razradio princip u sporu *Legalnost upotrebe sile*:

“Budući da Sud, po svom Statutu, *nema automatski nadležnost nad pravnim sporovima između država članica Statuta kojima je dopušten pristup Sudu* ... budući da Sud može, prema tome, vršiti nadležnost samo između država strana u sporu *koje ne samo da imaju pristup Sudu već su i prihvatile nadležnost Suda*, bilo uopćeno ili u odnosnom konkretnom sporu” (*Privremene mjere, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1999 (I)*, strane 549-550, paragraf 20; kurziv dodan).

36. U primjeni ovih dvaju autonomnih pravila – nadležnosti *ratione personae* i *jus standi* – s njihovim vlastitim ciljevima i efektima, ovo potonje ima logički i normativni prioritet. *Jus standi* kao izraz prava na sudsku zaštitu je antecedentan po prirodi i prethodno pitanje koje “treba uzeti u razmatranje prije bilo kog pitanja nadležnosti” (*Individualno mišljenje gospodina G. Fitzmauricea, Sjeverni Kamerun, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1963*, strana 105; kurziv u originalu). Jer

“Sud može vršiti svoju sudsku funkciju samo u odnosu na one države koje imaju pristup Sudu po članu 35 Statuta. I samo one države koje imaju pristup Sudu mogu mu priznati nadležnost” (*Legalnost upotrebe sile (Srbije i Crna Gora protiv Holandije), Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 1030, paragraf 45).

#### **4. Ocjena većine o *jus standi* Tužene strane**

37. Ocjena većine o *jus standi* Tužene strane je donekle konfuzna i u znatnoj mjeri samoj sebi kontradiktorna, uglavnom zbog toga što nastoji pomiriti nepomirljivo.

Što se tiče prirode *jus standi*, tj. da li je u pitanju autonomni procesni uvjet ili ne, stav većine je da se ono “može smatrati pitanjem koje prethodi pitanju nadležnosti *ratione personae* ili kao konstitutivni element u okviru koncepta nadležnosti *ratione personae*“ (Presuda, paragraf 102).

Nalaz bi se mogao smatrati korektnim kada bi se odnosio na terminologiju koja se koristi u odnosu na ova dva pojma, ali ne u ovom kontekstu.

Ako, kao što se ističe, *jus standi*, nasuprot pitanjima nadležnosti, “nije stvar saglasnosti strana” (*Ibid.*), onda očigledno potonje shvatanje nije primjenjivo. Kao bilo koji drugi procesni uvjet, *jus standi* se ne može istovremeno zasnivati na saglasnosti strana i na zahtjevima Statuta, što nije stvar saglasnosti, kao što se navodi u Presudi u sporovima *Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije)*, (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 295, paragraf 36) na koju se poziva.

Uostalom, u daljem rezoniranju Presuda određuje *jus standi* u negativnom smislu kao distinktan uvjet, konstatirajući da je “kapacitet pojavljivanja pred Sudom ... *bio element u rezoniranju Presude od 1996, koji može – i ustvari mora – biti uključen u Presudu kao stvar logične konstrukcije*“ (Presuda, paragraf 135; kurziv dodan). Ako je *jus standi* stvarno element nadležnosti *ratione personae*, onda vjerovatno nema potrebe za bilo kakvom “logičnom konstrukcijom” na osnovu koje se *jus standi*, mada nije navedeno, treba uključiti u presudu. Međutim, čini se da je pravna situacija drugačija. Kao što je Sud konstatirao u slučajevima *Jugozapadna Afrika* (druga faza):

“Univerzalan i neophodan, ali ipak gotovo elementaran princip procesnog prava da se mora praviti razlika između ... prava da se aktivira sud i prava suda da razmatra meritum zahtjeva” (*Jugozapadna Afrika, druga faza, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1966*, strana 39, paragraf 64; *Nadležnost u ribarenju, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1973*, strana 63, paragraf 11).

*Jus standi* se može shvatiti kao element nadležnosti *ratione personae* samo u opisnom smislu ili ako se nadležnost *ratione personae* shvati *lato sensu* da obuhvata različite pravne koncepte iznijete u članovima 35 i 36 Statuta.

38. *In casu*, relevantno pitanje nije nadležnost *ratione personae*, već pitanje prava Srbije da se pojavi pred Sudom. Nepreliminarni *petitum* prigovor Srbije je njeno *jus standi*, a ne nadležnost *ratione personae*, a *causa petendi* je član 35 Statuta a ne član 36. U tom smislu, čini se da je primjenjiv nalaz Suda u sporu *Azil*. U spomenutom sporu Sud je, *inter alia*, našao:

“Pitanje predaje izbjeglice nije odlučeno u Presudi od 20. novembra. To pitanje je novo ... Prema tome, ne postoji *res judicata* o pitanju predaje” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1951*, strana 80).

Istina je da Tužena strana, pozivajući se na nedostatak *jus standi*, sa svoje strane koristi također izraz “nadležnost *ratione personae*”. Međutim, tu činjenicu Sud teško da može opravdati, jer je ovdje riječ o *questio iuris* koje spada u okvir pravila *iura novit curia*.

39. U Presudi se korektno priznaje da kapacitet Savezne republike Jugoslavije da se pojavi pred Sudom u skladu sa Statutom “nije bio utvrđen” u Presudi iz 1996, tj. da “ništa nije utvrđeno u Presudi iz 1996. o tome ... da li bi ona [Savezna republika Jugoslavija] mogla učestvovati u postupku pred Sudom ...” (Presuda, paragraf 122). Stvar je sama po sebi očigledna.

I to očigledna ne samo što se tiče *dispozitiva* Presude. Razlozi s gledišta prava, koji su poslužili kao baza za *dispozitiv* Presude, u osnovi su ograničeni na pitanje da li su se strane u sporu mogle smatrati članicama Konvencije o genocidu (Presuda iz 1996, paragrafi 17-20), kao i na pitanja u vezi s tim, kao što su automatska sukcesija u odnosu na pojedine vrste međunarodnih ugovora i konvencija (*Ibid.*, paragrafi 21, 23), priroda Konvencije o genocidu (*Ibid.*, paragraf 22) i efekt nepriznavanja ugovorne povezanosti članica multilateralnog ugovora (*Ibid.*, paragraf 25, 26).

*Ergo*, dokazi su, čini se, neosporni: u Presudi Suda od 11. jula 1996. nije dotaknuto, da se i ne govori o tome da je riješeno, bilo u *dispozitivu* ili u principima na kojima se isti zasniva, pitanje *jus standi* Savezne republike Jugoslavije pred Sudom.

Štaviše, nema ni traga u drugim dijelovima Presude od 1996. – zabilješki u zaglavlju u kojoj se iznose osnovna pitanja o kojima se raspravljalo, sažetku postupka, uključujući podneske strana – koji bi ukazivali da je Sud barem razmatrao ovo pitanje.

Međutim, većina nije izvukla neophodne posljedice iz *factum proprium*. Bez obzira na moguće razlike u percepciji pravila *res judicata* u pogledu njegove prirode i efekata, ostaju klasični unutrašnji uvjeti za primjenu tog pravila *in casu*. A očigledno je, na osnovu samog mišljenja većine, da jedan od elemenata

– identitet pitanja koje je sporno *eadem res* – nedostaje, što automatski diskvalificira pravilo u smislu primjene u odnosu na Presudu iz 1996.

40. Presuda je protumačena zaključkom, kojim bi se, zajedno s čudnom percepcijom pravila *res judicata*, trebale izbjeći neophodne konsekvence nepostojanja *jus standi* Tužene strane u ovom sporu.

Glavni elementi rasuđivanja svode se na slijedeće:

Operativni dio Presude iz 1996. u kojem se kaže da “na osnovu člana IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, [Sud] ima nadležnost da odlučuje o sporu”, **biti *res judicata***, utvrdio je nadležnost Suda *in casu*:

“s punom težinom sudskog autoriteta Suda. Da jedna strana tvrdi danas da, na dan kada je donijeta Presuda od 1996, Sud nije bio ovlašten da je donese zbog toga što se sada vidi da se jedna od strana nije mogla pojaviti pred Sudom, znači ... dovoditi u pitanje snagu kao *res judicata* operativne klauzule Presude” (Presuda, paragraf 123).

Činjenica da Sud nije uopće razmatrao da *jus standi* Tužene strane nema nikakvog značaja, jer se mora smatrati da:

“nužna implikacija znači da je Sud u to vrijeme smatrao da je Tužena strana u poziciji da učestvuje u sporovima pred Sudom. Na toj osnovi, on je pristupio donošenju nalaza o nadležnosti koji bi imao snagu *res judicata*” (Presuda, paragraf 132).

Rasuđivanje koje proistječe iz “nužne implikacije” nastavlja se, tako da:

“Izričit nalaz u Presudi od 1996. da je Sud imao nadležnost u sporu *ratione materiae*, ... je nalaz koji je samo konsistentan, pravno i po logici, sa shvatanjem da je, u odnosu na obje strane, imao nadležnost *ratione personae* u njenom sveobuhvatnom smislu, tj. da je status svake od njih bio takav da je u saglasnosti s odredbama Statuta u pogledu kapaciteta država da budu strane pred Sudom” (Presuda, paragraf 133).

“Nužna implikacija” koja se nalazi u osnovi gore navedenog

rasuđivanje je, ustvari, pokušaj da se izvedena presuda, ili presuda na osnovu implikacije, uvede u sferu sudskog rasuđivanja.

S obzirom na sam koncept mišljenja, tj. da “u Presudi iz 1996. ništa nije utvrđeno o tome ... da li ona [Savezna republika Jugoslavija] može učestvovati u postupku pred Sudom ...” (Presuda, paragraf 122), zahtjeve koji se odnose na sadržinu i strukturu presuda, kao što je predviđeno u članu 56, stav 1, Statuta i članu 95, stav 1, Pravila, pravne razloge koji se nalaze u osnovi, pa čak zdrav razum, tumačenje Presude izvođenjem zaključka je, u najmanju ruku, *contradictio in adiecto*. Posebno u odnosu na pitanje *jus standi*, za koje se nikako ne može reći da ovisi o pitanju nadležnosti *ratione personae*, koje je bilo formalno riješeno, niti pak da predstavlja jedan njegov aspekt. Riječ je ne samo o distinktnom i autonomnom pitanju već i pitanju koje određuje objektivne granice sudske moći Suda, legalnost njegovih postupaka u smislu objektivnog međunarodnog prava.

41. Formulacija Presude navodi na zaključak da je razlog zbog kojeg Sud nije razmatrao i donio odluku o *jus standi* Tužene strane bio stav koji su strane u sporu zauzele u tom pogledu, a naročito Tužena strana.

“Ništa nije utvrđeno u Presudi iz 1996. o tome ... da li ona [SRJ] može učestvovati u postupku pred Sudom; jer ... obje strane u sporu izabrale su da se uzdrže od traženja odluke o tim stvarima“ (Presuda, paragraf 122).

Tužena strana uložila je sedam prethodnih prigovora, ali “nijedan od tih prigovora nije bio zasnovan na tvrdnji da SRJ nije bila članica Statuta u relevantno vrijeme; to nije bila tvrdnja konkretno iznijeta u postupku koji se odnosio na preliminarne prigovore“ (Presuda, paragraf 106).

Zbog prirode pitanja nadležnosti, taj razlog nije djelotvoran kao opravdanje i nema pravnog djelovanja u konkretnoj stvari.

42. S obzirom na činjenicu da “utvrđivanje ili negiranje nadležnosti nije stvar koju rješavaju strane, već sam Sud” (*Nadležnost u ribarenju (Španija protiv Kanade)*, *Nadležnost Suda, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1998*, strana 450, paragraf 37; također, individualno mišljenje predsjednika McNaira u fazi postupka u vezi s nadležnošću u sporu *Anglo-iranska naftna kompanija*, u kojem je konstatirao da “međunarodni

tribunal ne može posmatrati pitanje nadležnosti samo kao pitanje *inter partes*“ (*Preliminarni prigovor, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1952*, strana 116)), spor između strana u pogledu nadležnosti u fazi prethodnog prigovora nije nužno uvjet da bi Sud razmatrao pitanje nadležnosti i, *a fortiori*, pitanje *jus standi*.

Prethodni prigovori koje uloži strana u sporu samo su sredstvo, proceduralno zamišljen instrument za utvrđivanje nadležnosti Suda, *suo nomine et suo vigore*, jer Sud ima obavezu da to učini *ex officio*. Pravni značaj postupka u vezi s prethodnim prigovorima Sud je definirao u sporu koji se odnosio na *Prava manjina u Gornjoj Sileziji (Škole za manjine)* (dalje u tekstu “*Škole za manjine*”) na sljedeći način:

“Prigovor koji uloži jedna strana *samo skreće pažnju Suda na prigovor o nadležnosti koji on mora razmotriti ex officio*” (*Prava manjina u Gornjoj Sileziji (Škole za manjine)*, *Presuda broj 12, 1928, Stalni sud međunarodne pravde, serija A, broj 15*, strana 23; kurziv dodan).

Ili, kako je Sud utvrdio u sporu *Konvencija o genocidu*:

“Sud mora u svakom sporu koji mu je podniet provjeriti svoju nadležnost da rješava taj spor, ... takvi prigovori koje uloži Tužena strana mogu *biti korisni u razjašnjavanju pravne situacije*” (*Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II)*, strana 622, paragraf 46; kurziv dodan).

Prema tome, to što je Sud utvrdio svoju nadležnost *in casu* nije nužno povezano sa sporom nego s nadležnosti. Ako Sud ima obavezu da provjeri svoju nadležnost u svakom konkretnom sporu, bez obzira da li postoji preliminarni prigovor kao takav ili ne, onda razlozi koje navode strane u postupku nisu *a fortiori* odlučujuće važnosti u tom pogledu. Ako, kao što Shabtai Rosenne, komentirajući spor *Monetarno zlato odnijeto iz Rima 1943* (dalje u tekstu “*monetarno zlato*”), kaže:

“Činjenica da je uloženi prigovor ne znači – prema viđenju Suda – da se od Suda traži da ne odlučuje o meritumu zahtjeva pod bilo kojim okolnostima”<sup>159</sup>,

---

159 Shabtai Rosenne, *Pravo i praksa Međunarodnog suda, 1920-1996*, Treće izdanje, tom II, Nadležnost, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 1997, strana 863.

onda je i suprotno jednako validno, tj. da se od Suda traži da ne odlučuje o meritumu zahtjeva ukoliko nije uložen prigovor na prethodni prigovor. U tom pogledu postoji široka praksa Suda.

*Dictum* Suda u sporu koji se odnosi na *Žalbu u vezi s nadležnošću Vijeća ICAO* (dalje u tekstu “Vijeće ICAO”) može se uzeti kao sinteza te prakse: “Međutim, Sud uvijek mora utvrditi da ima nadležnost i, ako je neophodno, mora razmotriti stvar *proprio motu*“ (Presuda, *Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1972*, strana 52, paragraf 13). Ovo se također odražava u mišljenjima sudija. U sporu *Mavromatis koncesije u Palestini*, sudija Mur u svom izdvojenom mišljenju konstatirao je da “čak i ako strane o tome šute, tribunal je, ukoliko nađe da nadležnost nedostaje, obavezan da na vlastiti prijedlog odbaci spor” (Presuda broj 2, 1924, *Stalni sud međunarodne pravde, serije A, broj 2*, strana 58); u sporu *Škole za manjine*, sudija Huber je u svom izdvojenom mišljenju našao da Sud “mora *ex officio* utvrditi pravni osnov na kojem će zasnovati svoju presudu po zahtjevima strana” (Presuda broj 12, 1928, *Stalni sud međunarodne pravde, serije A, broj 15*, strana 54); a u sporu *Slobodne zone Gornje Savoya i distrikt Gex*, sudija Kellogg je u svojim napomenama uz Nalog od 6. decembra 1930. istakao da nije neophodno da pitanje nadležnosti pokrene jedna od strana budući da “njega može i treba pokrenuti Sud na vlastitu inicijativu, kao što je to učinjeno u sporu Istočna Carelia” (Nalog od 6. decembra 1930, *Stalni sud međunarodne pravde, serije A, broj 24*, strana 43).

43. Kao *questio iuris*<sup>160</sup>, nadležnost Suda spada u djelokrug principa *iura novit curia*. U sporu *Teritorijalna nadležnost Međunarodne komisije za rijeku Odru* (dalje u tekstu “rijeka Odra”) poljska vlada je tek za vrijeme usmene rasprave ustvrdila da Poljska nije ratificirala Konvenciju iz Barcelone. Šest tuženih strana zatražilo je od Suda da odbaci tvrdnju Poljske *a limine*, zbog toga što je izrečena u veoma podmakloj fazi postupka. Sud je ovaj prigovor odbacio kao neodrživ zbog toga što “budući da činjenica da Poljska nije ratificirala Konvenciju iz Barcelone nije osporena, očigledno je da je

<sup>160</sup> „Postojanje nadležnosti Suda u datom slučaju ... nije činjenično pitanje, već pravno pitanje koje treba da se riješi u svjetlu relevantnih činjenica.“ (*Granične i prekogranične oružane akcije (Nicaragua protiv Hondurasa), Nadležnost i Prihvatljivost, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1988*, strana 76, paragraf 16). Pitanje nadležnosti Suda „nužno je antecedentno i neovisno, objektivno pravno pitanje na koje ne mogu uticati prekluzivni *razlozi* koji se mogu izraziti na takav način da budu protiv jedne ili druge strane ili protiv obje.“ (*Žalba vezana za nadležnost Vijeća ICAO, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1872*, strana 54, paragraf 16 (c)).

stvar čisto pravno pitanje koje Sud ... treba razmatrati *ex officio*“ (*Presuda broj 16, 1929, Stalni sud međunarodne pravde, serije A, broj 23, strana 19*).

Budući da zakon obavezuje Sud, ne obavezuju ga argumenti strana u sporu. Ovo jasno proistječe iz principa *iura novit curia* na koji se Sud pozvao u svojim presudama u sporovima o *Nadležnosti u ribarenju (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Islanda)* i *Nadležnost u ribarenju (SR Njemačka protiv Islanda)*:

“Smatra se da Sud ... kao međunarodni sudski organ, u sudskom smislu vodi računa o međunarodnom pravu i da se stoga od njega traži da u sporu koji spada u djelokrug člana 53 Statuta, *kao u bilo kom drugom sporu*, razmotri na svoju vlastitu inicijativu sva pravila međunarodnog prava koja mogu biti relevantna za rješavanje spora ... jer zakon leži u sudskom znanju Suda” (*Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974, strana 9, paragraf 17; Ibid., strana 181, paragraf 18; kurziv dodan*).

Princip također potvrđuje *dictum* u sporu *Nikaragva*:

“Za svrhu odlučivanja o tome da li je zahtjev čvrsto zasnovan na pravu, princip *iura novit curia* znači da Sud, u pogledu primjenjivog prava, ne ovisi isključivo o argumentima strana u sporu koji se nalazi pred njim” (*Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986, strana 24, paragraf 29; cf. “Lotus”, Presuda broj 9, 1927, Stalni sud međunarodne pravde, serije A, broj 10, strana 31*).

Prema tome, pravilo po kome strana, koja nastoji potvrditi neku činjenicu, mora snositi teret njenog dokazivanja “nema značaja za utvrđivanje nadležnosti Suda” (*Nadležnost u ribarenju (Španija protiv Kanade), Nadležnost Suda, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1998, strana 450, paragraf 37*).

44. Prema tome, u takvim okolnostima, u Presudi iz 1996. Sud je pošao od “pretpostavke” da je SRJ imala pravo da se pojavi pred Sudom u skladu sa Statutom (paragraf 135). Ta pretpostavka je “bila element u rezoniranju Presude iz 1996. koji se može – i, ustvari, mora – uzeti u obzir kao stvar logične konstrukcije” (*Ibid.*). Međutim, iz toga ne slijedi da “taj element nije takav da se može u bilo koje vrijeme ponovo otvoriti i preispitati ...“ (*Ibid.*).

Čini se da u tom rezoniranju nisu uzete u obzir razlike između pravnih



(*praesumptio iuris*) i sudskih pretpostavki (*praesumptio facti vel homine*), u koju kategoriju spada “pretpostavka” koja se odnosi na *jus standi* Savezne republike Jugoslavije pred Sudom.

Sudska pretpostavka, zajedno s pravnom<sup>16124</sup>, jedna je od glavnih vrsta pretpostavki u međunarodnom pravu. To znači da međunarodni tribunal uzima kao istinitu neku činjenicu ili stanje stvari, mada nisu dokazani. Kao takva ona se ne poklapa nužno, niti je ekvivalentna, s činjenicom ili stanjem stvari.

U logici korištenja sudske pretpostavke preovladavaju razlozi praktične prirode.

Sudska pretpostavka je sredstvo koje se koristi da se isključi dugotrajno čekanje da se otkriju potpune činjenice i tačna situacija od čega zavisi postojanje, sadržina ili prestanak prava tamo gdje bi takvi produženi periodi imali nepovoljne posljedice za strane na koje se to odnosi ili bi otežavali pravilan tok sudskog postupka.

45. Kao vrsta pretpostavke, sudska pretpostavka ima izvjesne specifične osobine po kojima se razlikuje od pravne pretpostavke (*praesumptio iuris*).

U tom smisle treba spomenuti dvije glavne osobine sudske pretpostavke.

161 Poznatije od sudskih pretpostavki, pravne pretpostavke (*praesumptio iuris*) se široko primjenjuju u međunarodnom pravu. Međunarodni tribunali su naviknuti da pribjegavaju dokazima izvođenjem zaključaka o činjenicama (*prüsomption de fait*) ili posrednim dokazima (*Krfski kanal, Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1949*, strana 18). Za pravnu pretpostavku u praksi Interameričkog suda za ljudska prava, vidi T. Buergenthal, R. Norris, D. Shelton, *Štiteći ljudska prava u Amerikama, Izabrani problemi*, Drugo izdanje, 1986, strane 130-132 i strane 139-144. Praksa međunarodnih sudova obiluje pretpostavkama koje se zasnivaju na općim principima međunarodnog prava, bilo pozitivnim kao što su pretpostavke o dobroj vjeri (*exempli causa, Mavrommatis Jerusalem Concessions, Presuda broj 5, 1925, Stalni sud međunarodne pravde, serije A, broj 5*, strana 43) ili negativnim kao što su pretpostavke o zloupotrebi prava (*Određeni njemački interesi u poljskoj Gornjoj Silesiji, Meritum, Presuda broj 7, 1926, Stalni sud međunarodne pravde, serije A, broj 7*, strana 30; *Slobodne zone Gornjeg Savoya i distrikta Gexa, Druga faza, 1930, Stalni sud međunarodne pravde, serije A, broj 24*, strana 12; *Krfski kanal, Meritum, Presuda, 1949, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1949*, strana 4 i strana 119: izdvojeno mišljenje sudije Ecera). One imaju posebnu težinu u tumačenju ugovora pošto je funkcija tumačenja ugovora da otkrije «kakva je bila, ili šta se može razumno pretpostaviti da je bila, namjera Strana ugovornica kada su ga zaključile» (Harvard Law School, *Istraživanje u međunarodnom pravu, Dio III, Pravo ugovora*, član 19, strana 940; kurziv dodat).

*Primo*, sudska pretpostavka je po pravilu prirodna, faktička pretpostavka (*praesumptio facti vel homine*) koja nije zasnovana na posebnim pravilima koja predstavljaju pravo međunarodnog tribunala ili pravo koje on primjenjuje. Ona predstavlja inherentan element pravnog rasuđivanja međunarodnog tribunala u tumačenju i primjeni pravila prava.

*Secundo*, nasuprot pravnim pretpostavkama koje mogu biti nepobitne (*praesumptio iuris et de iure*), sudske pretpostavke kao prirodne i činjenične se po definiciji mogu oboriti. Međutim, njihova oborivost specifične je prirode.

S obzirom da predstavlja dio rasuđivanja međunarodnog tribunala, sudska pretpostavka ne može biti oboriva na isti način kao što može pravna. Od sudske pretpostavke, kao takve, međunarodni tribunal može odustati ili je zamijeniti.

U svom pravnom rasuđivanju međunarodni tribunal od nje odustaje ili je zamjenjuje drugom pretpostavkom ili utvrđenom činjenicom. U strogom smislu, mogu se pobijati samo oni nalazi ili odluke međunarodnog tribunala koji se zasnivaju na sudskim pretpostavkama. Međutim, sudske pretpostavke gube *ratio* svog postojanja kada međunarodni tribunal identificira spornu stvar u kontroverzi koja predstavlja njen predmet. One tada otpadaju same po sebi jer su lišene svog predmeta. Ali čak i tada obaveza međunarodnog tribunala je da pobije, u odgovarajućem postupku, vlastiti nalaz ili odluku zasnovanu na pretpostavci.

Također, nasuprot pravnoj pretpostavci, sudska pretpostavka nije, i po svojim efektima ne može biti, izjednačena s nalazom Suda, budući da predstavlja njen činjenični supstitut. Otuda se ne može smatrati da je, oslanjanjem na tu konkretnu pretpostavku, Sud donio odluku o *jus standi* Tužene strane. Prije se može reći da je Sud to učinio faktički u smislu elementa rasuđivanja.

46. Osnovna funkcija sudskih pretpostavki je da privremeno posluže kao zamjena za dokazane činjenice ili okolnosti kako bi se izbjeglo odlaganje utvrđivanja tačnih činjenica i situacija tamo gdje postoji vjerovatnoća da bi takvo odlaganje imalo nepovoljne posljedice za strane u sporu ili bi ometalo normalan tok postupka.

Međutim, nakon što se utvrde stvarne činjenice i okolnosti, od

sudskih pretpostavki treba odustati ili ih zamijeniti dokazanim činjenicama. *A contrario*, ukoliko sud ostane pri pravnim pretpostavkama dajući im prednost nad dokazanim činjenicama, on u smislu prava održava sudsku fikciju, svoju vlastitu istinu nasuprot utvrđenim činjenicama i situacijama.

Sud čini upravo to, držeći se pretpostavke o *jus standi* Tužene strane, kao i pitanja članstva Tužene strane u Ujedinjenim nacijama u periodu 1992-2000, koje je nerazlučivo povezano s tim.

## 5. Efekti Presude iz 2004.

47. Pitanje članstva Tužene strane u Ujedinjenim nacijama kao određujuće u pogledu njenog *jus standi* pred Sudom, s obzirom na okolnosti koje ga okružuju, a imajući u vidu njegovu statusnu prirodu, čini se da je riješeno Presudom Suda u sporovima *Legalnost upotrebe sile* 2004. Također, mišljenje većine je da je SRJ primljena u Ujedinjene nacije “kao nova članica” 2000 (Presuda, paragraf 109). Međutim, iz te činjenice, koja ima odlučujući značaj u pogledu nadležnosti *in casu*, Sud nije izvukao neophodne konsekvence u vezi s *jus standi* Tužene strane. Razlog za to je nađen u priznanju strana u sporu da te Presude “ne predstavljaju *res judicata* za svrhe ovog postupka” (Presuda, paragraf 84). U vezi s ovakvim određenjem efekata presuda iz 2004, mogu se staviti dvije primjedbe. *Primo*, pitanje efekata presuda Suda je *questio iuris* i kao takvo u djelokrugu principa *iura novit curia*, što znači da Sud nije zavisian od sporazuma strana u pogledu primjenjivog zakona. *Secundo*, efekti neke presude ne iscrpljuju se u potpunosti pravilom *res judicata*.

48. Nije ni potrebno napomenuti da Presuda Suda od 15. decembra 2004. u sporovima *Legalnost upotrebe sile* ne proizvodi efekte *res judicata* u ovom sporu, imajući u vidu da jedan od unutrašnjih elemenata pravila *res judicata – eadem personae* – nedostaje. Bosna i Hercegovina nije bila strana u sporovima *Legalnost upotrebe sile*. Prema tome, nju ne obavezuje odluka Suda u tim sporovima *qua* odluka.

49. To je jedna stvar. Druga stvar su materijalni efekti Presude iz 2004. o aktuelnom sporu. U pravnoj praksi Suda jasno je utvrđeno da se materijalni efekti neke odluke Suda ne ograničavaju nužno na spor na koji se odluka odnosi i stoga se povremeno mogu, u zavisnosti od okolnosti, proširiti i izvan njega.

U sporu *Egejsko more* Sud je, *inter alia*, utvrdio:

“Mada po članu 59 Statuta ‘odluka Suda ima obavezujuću snagu samo između strana i u pogledu tog konkretnog spora’, očigledno je da bilo kakvo izjašnjavanje Suda o statusu od 1928 [Opći akt o mirnom rješavanju međunarodnih sporova], bez obzira da li će se naći da je to konvencija koja je na snazi ili koja više nije na snazi, može imati implikacije u odnosima između drugih država osim Grčke i Turske [strana u ovom postupku]” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1978*, strane 17-18, paragraf 39; kurziv dodan).

Usko tumačenje člana 59 jednostavno se ne uklapa u korpus prava Suda<sup>162</sup>.

50. Prema tome, stvarno pitanje *in concreto* nije da li postoje materijalni efekti Presude iz 2004. o aktuelnom sporu, već “da li, u ovom sporu, ima razloga da se slijedi rezoniranje i zaključci ranijih sporova” (*Kopnena i morska granica između Kameruna i Nigerije, Preliminarni prigovori, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1998*, paragraf 28), ili da se Presuda iz 2004. tretira “kao izjava o tome šta je Sud smatrao korektnom pravnom pozicijom” (*Hram Preah Vihear, Preliminarni prigovori, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1961*, strana 27) u ovoj stvari.

51. Čini se da takav razlog ne samo da ne postoji već da, štaviše, ima nekoliko razloga zbog kojih bi Sud trebao slijediti svoje ranije rezoniranje, što neizbježno vodi zaključcima koje je Sud usvojio u Presudi od 2004.

Prije svega, relevantno pitanje – da li je Tužena strana bila članica Ujedinjenih nacija u ključno vrijeme i, kao takva, članica Statuta Suda – postavlja se u oba slučaja u identičnoj formi, s identičnim posljedicama koje  
162 „Ako je tačno da presuda Suda ima autoritet *res iudicata* samo u sporu o kojem je donijeta odluka, to bi značilo da ukoliko se spor tiče tumačenja klauzule ugovora, dato tumačenje bi se moglo ponovo koristiti u argumentima u bilo kojem budućem sporu koji se odnosi na istu klauzulu ugovora. Takav rezultat bi bio ne samo apsurdan, već bi doveo član 59. u nepomirljivu proturječnost s posljednjom rečenicom člana 63 istog Statuta, koja predviđa da kada treća država interveniše u sporu u kojem je u pitanju tumačenje multilateralne konvencije čije su ugovornice ta država i odnosne države u sporu, tumačenje koje je dao Sud biće jednako obavezujuće za tu državu.“ (*Arbitraža svjetionici (Francuska, Grčka), Stalni arbitražni sud, 23 ILR 81 na 86 (1956)*). Također, sudija Oda u svom *Izdvojenom mišljenju o sporu o epikontinentalnom pojasu (Zahitjev Malte za dozvolu da intervenira), Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1981*, strana 30, paragraf 14; *Epikontinentalni pojas (Libijska Arapska Džamahirija/Malta), Međunarodni sud pravde, 1984, Izdvojeno mišljenje sudije Jenningsa*, strane 157-160; *idem, Izdvojeno mišljenje potpredsjednika Sette-Camare*, strana 87, paragraf 81; *idem, Izdvojeno mišljenje sudije Schwebela*, strana 134, paragrafi 9-10).

iz toga slijede. *Locus standi* Srbije i Crne Gore u ovom postupku je, baš kao i u sporovima *Legalnost upotrebe sile*, nerazlučivo povezano s članstvom u Ujedinjenim nacijama zbog činjenice da se Srbija i Crna Gora nije mogla smatrati članicom Statuta ni po kom drugom osnovu osim po članstvu u Ujedinjenim nacijama, činjenica da se njen *locus standi* ne može zasnivati na uvjetima sadržanim u članu 35, stav 2, Statuta. Po pravilu, dato činjenično stanje i pravni položaj koji se pojavljuju u dva različita spora zahtijevaju jednak tretman po principima konzistentnosti sudskog rezoniranja i ravnopravnosti pred Sudom.

Nadalje, nalazom da “u trenutku podnošenja zahtjeva za pokretanje ... postupka pred Sudom 29. aprila 1999, Podnosilac zahtjeva u ovom sporu, Srbija i Crna Gora, nije bila članica Ujedinjenih nacija” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Portugala)*, *Međunarodni sud pravde, Izvještaji 2004*, strana 1195, paragraf 90), Sud je u osnovi primio na znanje činjenicu koju su objektivno utvrdili nadležni organi Ujedinjenih nacija, koja je u kontekstu spora funkcionirala kao činjenica od odlučujućeg značaja u pogledu nadležnosti. Generalna skupština Ujedinjenih nacija je Rezolucijom 55/12 kao takvom stvorila objektivni pravni položaj koji je *erga omnes* po karakteru. Čak i ako ostavimo po strani obavezujuću snagu Rezolucije 55/12, onaj dio Presude Suda koji se odnosi na određenje statusa Srbije i Crne Gore u odnosu na Ujedinjene nacije u relevantnom vremenu, ipak, ostaje, po svojoj prirodi, deklarativna presuda *in rem* koja proizvodi konačne efekte, barem kada je riječ o državama članicama Statuta Suda. Kao takva, Presuda ne može u tom dijelu biti tretirana kao presuda *in personam*, budući da ima konačne efekte samo između strana u sporu, jer je njen predmet status Srbije i Crne Gore kako u odnosu na Organizaciju ujedinjenih nacija tako i u odnosu na njene članice.

52. Rezolucija 55/12 pripada *vrsti* rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija koje imaju definitivan i obavezujući efekt u okviru strukture Ujedinjenih nacija u cjelini.

“Član 18 [Povelje] odnosi se na ‘odluke’ Generalne skupštine ‘o važnim pitanjima’. Te ‘odluke’ uključuju ustvari izvjesne preporuke, ali neke druge imaju snagu i efekt dispozitiva. Među ovim potonjim odlukama, član 18<sup>163</sup> uključuje suspendiranje prava i privilegija po osnovu članstva,

<sup>163</sup> Član 18. Povelje glasi: „2. Odluke Generalne skupštine o važnim pitanjima donose se dvotrećinskom većinom glasova članica koje su prisutne i glasaju. Ta pitanja obuhvataju: ... prijem novih članica u Ujedinjene nacije, suspendiranje prava i privilegija po osnovu članstva, isključenje članica ... “.

isključenje članica ... U vezi sa suspendiranjem prava i privilegija po osnovu članstva i isključenjem iz članstva po članovima 5 i 6, Vijeće sigurnosti jedino ima moć da predloži a *Generalna skupština je ta koja odlučuje* i čija odluka određuje status” (*Izvjeshni troškovi, Savjetodavno mišljenje, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1962*, strana 163; kurziv dodan).

Na osnovu člana 4, stav 2, Povelje “Prijem bilo koje ... države u članstvo Ujedinjenih nacija vrši se *odlukom* Generalne skupštine po preporuci Vijeća sigurnosti” (kurziv dodan).

53. Budući da su u isključivoj nadležnosti dvaju glavnih političkih organa Ujedinjenih nacija, Vijeća sigurnosti i Generalne skupštine, odluke o prijemu neke države u Ujedinjene nacije predstavljaju dio međunarodnog prava koje je “[Sud] ... obavezan poštovati” (*Pitanja tumačenja i primjene Konvencije od 1971. iz Montreala koja proistječu iz zračnog incidenta u Lokerbiju, Naredba, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1992, Individualno mišljenje sudije Laksa*, strana 26). U sistemu funkcionalnog paralelizma, kao vodeći princip odnosa između glavnih organa Ujedinjenih nacija mora se pretpostaviti da “Sud mora saradivati u ostvarivanju ciljeva Organizacije i boriti se za sprovođenje odluka drugih glavnih organa, a ne za postizanje rezultata koji bi ih učinili beznačajnim”<sup>164</sup>.

Određenje da je Tužena strana uživala status članice od 1. novembra 2000. postalo je dio objektivne stvarnosti utvrđene u strukturama Ujedinjenih nacija kao cjeline. U pismu predsjedniku Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 27. decembra 2001, Generalni sekretar Ujedinjenih nacija Kofi Annan je izjavio:

“Čast mi je pozvati se na Rezoluciju Generalne skupštine 55/12 od 1. novembra 2000, kojom je Skupština odlučila primiti Saveznu republiku Jugoslaviju u članstvo Ujedinjenih nacija. Ovom odlukom nužno je i automatski okončano članstvo *bivše* Jugoslavije u Organizaciji, države koja je primljena u članstvo 1945.”<sup>165</sup>

Pod naslovom “Historijska informacija o multilateralnim ugovorima

---

164 Shabtai Rosenne, *Pravo i praksa Međunarodnog suda, 1920-2005*, Treće izdanje, tom I, Sud i Ujedinjene nacije, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 1997, strane 69-70.

165 United Nations dok. A/56/767; kurziv dodan.

deponiranim kod Generalnog sekretara”<sup>166</sup>, konstatira se *expressis verbis* da je “Jugoslavija”, koju je Pravni savjetnik u pismu od 29. septembra 1992. spomenuo kao državu čije članstvo u Organizaciji “rezolucija niti okončava niti suspendira”, bila *bivša* Jugoslavija, tj. Socijalistička federativna republika Jugoslavija, a ne Savezna republika Jugoslavija: “Pravni savjetnik je, međutim, zauzeo stav da rezolucija Generalne skupštine nije ni okončala ni suspendirala članstvo *bivše* Jugoslavije u Ujedinjenim nacijama.”

Također je od značaja da nijedna država nije imala primjedbi na gore spomenuto pravno mišljenje Pravnog savjetnika Ujedinjenih nacija, nasuprot stavu država članica Ujedinjenih nacija u pogledu opisa Savezne republike Jugoslavije kao države prethodnice izraženom u “Rezimeu prakse Generalnog sekretara kao depozitara multilateralnih ugovora”<sup>167</sup>; u odgovoru na date primjedbe, Pravni savjetnik je izdao Ispravke (“Errata”)<sup>168</sup> u kojima je, *inter alia*, izbrisan opis Savezne republike Jugoslavije kao države prethodnice.

54. Ova činjenica *per se* svjedoči o općem prihvatanju kako od država članica Ujedinjenih nacija tako i organa svjetske Organizacije, pravnih posljedica prijema Savezne republike Jugoslavije u članstvo Ujedinjenih nacija. Sud ih je rezimirao na slijedeći način:

“Podnosilac zahtjeva [Srbija i Crna Gora], prema tome, ima status članice u Ujedinjenim nacijama počev od 1. novembra 2000. Međutim, njen prijem u članstvo Ujedinjenih nacija nije imao, i nije mogao imati, efekt vraćanja u vrijeme kada se Socijalistička federativna republika Jugoslavija raspala i nestala; u 2000. nije bilo govora o ponovnom uspostavljanju članskih prava Socijalističke federativne republike Jugoslavije u korist Savezne republike Jugoslavije” (*Legalnost upotrebe sile (Srbija i Crna Gora protiv Belgije), Presuda od 15. decembra 2004, paragraf 78*).

55. Ovo tumačenje značenja Rezolucije 47/1 nije novo. Treba primijetiti da je ono zastupano i u literaturi. U članku pod naslovom “Ujedinjene nacije i bivša Jugoslavija”, profesor Rosalyn Higgins je pisala:

<sup>166</sup> Vidi Historijsku informaciju, <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternet-bible/historicalinfo.asp> pod naslovom „bivša Jugoslavija“.

<sup>167</sup> ST/LEG. 8, strana 89, paragraf 297.

<sup>168</sup> Ujedinjene nacije dok. LA41TR/220.

“Skupština jeste preporučila da *nova Savezna republika (Srbija-Crna Gora) treba podnijeti zahtjev za članstvo u Ujedinjene nacije*. Ali rezolucija nije ni suspendirala ni okončala *članstvo* Jugoslavije u Ujedinjenim nacijama. Ishod je krajnje neobičan. Stolica i naziv ostaju kao i ranije. Stara jugoslavenska zastava i dalje se vije na 42. ulici. ‘*Jugoslavija ostaje članica Ujedinjenih nacija, tj. ne Srbija i Crna Gora, već Jugoslavija u cjelini.*’<sup>169</sup>

56. Mada se u *dispozitivu* ograničio na određenje svoje nadležnosti da razmatra spor, Sud se, u dijelu Presude od 2004. koji se odnosi na rezoniranje, u osnovi bavio pitanjem članstva Savezne republike Jugoslavije u Ujedinjenim nacijama u relevantnom vremenskom periodu. Nalaz Suda da Savezna republika Jugoslavija nije bila članica Ujedinjenih nacija prije prijema u svjetsku Organizaciju u novembru 2000. bio je od suštinske važnosti u okolnostima koje okružuju pitanje nadležnosti Suda *in casu*.

57. *Dispozitiv* u Presudi od 2004. nije bio rezultat rasuđivanja Suda u izboru alternativa ili izboru jednog od nekoliko tumačenja za koje bi relevantna činjenica koja se odnosi na nadležnost dala motiv; on je bio neizbježan rezultat statusa Savezne republike Jugoslavije kao nečlanice Ujedinjenih nacija ili, drugim riječima, jedne vrste sudskog primanja na znanje činjenice koju su utvrdili glavni politički organi u vršenju svoje isključive nadležnosti na osnovu Povelje Organizacije ujedinjenih nacija, što u okolnostima aktuelnog spora funkcionira kao činjenica od odlučujuće važnosti u pogledu nadležnosti Suda.

Rezolucije Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, kao što je Rezolucija 55/12, stvaraju objektivnu pravnu situaciju, status s efektima *erga omnes*. Ta činjenica odražava se u efektima Presuda Suda kojima se takav status uspostavlja *ad casum*.

58. Presude Suda o pitanju statusa, u svom efektu *ratione personae*, ne mogu se, za razliku od drugih presuda, ograničavati na strane u sporu. Njihovi materijalni efekti prevazilaze efekte presude definirane u članu 60 Statuta. Zbog same prirode njihovog predmeta, presude o pitanjima statusa, koje ne dopuštaju neizvjesnost i nesigurnost, djeluju *intra partes*. Efekt presude o statusu, tj. stvaranje objektivne pravne situacije (*situation légale*

---

<sup>169</sup> 69 *Međunarodni odnosi*, 1993, 465, strana 479; kurziv dodan.



*objective*)<sup>170</sup>, inkorporiran je u nacionalne zakone civiliziranih zemalja.<sup>171</sup>

Međutim, to nije pitanje tehničkog efekta, po članu 59 Statuta, presuda o pitanjima statusa *intra partes*, već pitanje materijalnog, reflektivnog efekta takvih presuda na treće države. Ono je obavezujuće *erga omnes* ne kao sudski akt u formalnom smislu, već kao rezultat njegove unutrašnje uvjerljive snage, uporedo s obavezujućom snagom presude u tehničkom smislu, na osnovu pretpostavke o istinitosti – *pro veritate accipitur* – koja, u pitanjima statusa, kao apsolutan zakon mora imati univerzalni efekt. Ovo posebno važi za presude Suda, kao što je Presuda u sporovima o *Legalnosti upotrebe sile*, koja u osnovi samo daje sudsku potvrdu statusu koji su odlučno potvrdili nadležni organi Ujedinjenih nacija (vidi paragraf 401 *et seq.*).

59. Čini se kristalno jasnim da je *jus standi* Tužene strane *in casu*, kao i u sporovima o *Legalnosti upotrebe sile*, organski povezan s njenim članstvom u Ujedinjenim nacijama zbog činjenice da Tužena strana nije mogla biti smatrana članicom Statuta po bilo kom osnovu, osim po osnovu države članice Ujedinjenih nacija i činjenice da se njeno *jus standi* ne može zasnivati na uvjetima navedenim u članu 35, stav 2, Statuta Suda.

Pristup većine ovom “dvojnog” pitanju je zaista začuđujući.

S jedne strane, priznaje se da “1999. – i čak više 1996. – *ni u kom slučaju nije bilo tako jasno kao što je to Sud našao 2004. da Tužena strana nije bila članica Ujedinjenih nacija*” (Presuda, paragraf 132; kurziv dodan).

S druge strane,

“*S gledišta prava*, nema mogućnosti da bi Sud mogao donijeti ‘svoju konačnu odluku u pogledu strane u odnosu na koju ne može vršiti sudsku funkciju; jer pitanje da li je država strana koja podliježe nadležnosti Suda ili ne pitanje je koje je rezervirano za isključivu i autoritativnu odluku Suda ... funkcioniranje ‘obaveznih zahtjeva Statuta’ treba odrediti Sud u

<sup>170</sup> Dugguit, *Ugovori ustavnog prava*, 1923 II.

<sup>171</sup> Naprimjer, novi član 311 Građanskog zakonika (Zakon iz 1972), vidi Vincent, *op. cit.*, strana 108, broj 79; prema italijanskom pravu tradicionalno se smatra da odluke o pitanjima statusa djeluju *erga omnes* – za primjere presuda italijanskih sudova, vidi Pugliese, *op. cit.*, strana 888; Britansko pravo ima u tom pogledu poseban pojam «presude in rem» (vidi Bower, Troner, *The Doctrine of Res Judicata*, 1965, strana 213 *et seq.*).

svakom sporu pred njim; a kada odredi, sa snagom *res judicata*, da ima nadležnost, onda se za svrhe tog spora ne može pojaviti pitanje *ultra vires*, budući da Sud ima isključivu kompetenciju da odlučuje o takvim pitanjima na osnovu Statuta” (Presuda, paragrafi 138 i 139).

Rasuđivanje navodi na zaključak da *quidquid iudicii placuit, habet legis vigorem*. Ono odražava anahronu i totalno neprihvatljivu ideju da Sud nije čuvar već kreator legalnosti i da, ustvari, Sud donosi odluke neovisno o objektivnom pravu utvrđenom u njegovom Statutu.

Takvo rasuđivanje *nolens volens* vodi kreiranju vlastite, sudske stvarnosti Suda nasuprot objektivnoj pravnoj, što stvara pravu *judicium illusorum*.

Pogrešno shvatanje pravila *res judicata* sadržano u ovoj Presudi daje povoda apsurdnoj ambivalentnosti u pogledu statusa Tužene strane u Ujedinjenim nacijama.

Nasuprot efektima *erga omnes* Rezolucije 55/12 Generalne skupštine, Presuda je, kao što je predviđeno članom 59 Statuta, obavezujuća samo za strane u sporu. To logički znači da se u kontekstu spora pred Sudom smatra, barem prešutno, da je Tužena strana, što se tiče Suda i Podnosioca tužbe, bila članica Ujedinjenih nacija u periodu 1992-2000, dok za samu Organizaciju ona nije bila članica i čak za Bosnu i Hercegovinu ona nije bila članica u odnosu na bilo koje pitanje osim u odnosu na sam spor. Pored toga, u očima Suda Tužena strana smatra se članicom Ujedinjenih nacija u ovom sporu a nečlanicom u sporovima o *Legalnosti upotrebe sile*.

60. Izjava da u “1999. – a još više 1996. – nije bilo jasno, kao što je Sud zaključio 2004, da Tužena strana nije bila članica Ujedinjenih nacija“, otvara veoma neprijatno pitanje djelovanja Suda u ovom sporu u svjetlu principa *bona fidae* koji je, kao odlučujući, barem jednako validan za Sud kao što je validan za države.

Ako je više od jedne decenije Sudu bilo toliko jasno da Tužena strana nije bila članica Ujedinjenih nacija, a svojstvo članstva u Ujedinjenim nacijama jedini je osnov po kojem se Tužena strana mogla smatrati članicom Statuta Suda, iz toga slijedi da je Sud namjerno izbjegavao da prizna činjenicu vezanu za nadležnost koja utječe na samu legalnost njegovih sveukupnih akcija *in casu*. Takvo ponašanje Suda moglo bi se prije nazvati arbitrarnošću,

bliskom zloupotrebi ili u zoni zloupotrebe sudske vlasti Suda, nego sudskom diskrecijom koja rezultira sudskom neodlučnošću.

## 6. Deklaracija iz 1992.

61. U Presudi iz 1996. Sud je našao nadležnost *ratione personae* u formalnoj Deklaraciji od 27. aprila 1992. koju su usvojili učesnici zajedničke sjednice Skupštine SFRJ, Narodne skupštine Republike Srbije i Skupštine Republike Crne Gore. Sud je Deklaraciju shvatio kao jednostrani akt koji proizvodi pravne posljedice relevantne u pogledu njegove nadležnosti *ratione personae*. Čini se da je ovo određenje sumnjivo i, po mom uvjerenju, zahtijeva preispitivanje u svjetlu relevantnih pravila međunarodnog prava, odnosno jurisprudencije Suda. Naime, preispitivanje ne samo u vezi s pretpostavkom o pravnom identitetu i kontinuitetu Tužene strane sa SFRJ, što se pokazalo kao neprihvatljivo za međunarodnu zajednicu i što je poslužilo kao osnova za nalaz Suda, već isto tako u vezi s karakterizacijom prirode i efekata Deklaracije.

62. Da li je Deklaracija usvojena 27. aprila 1992. zadovoljila relevantne zahtjeve da bi bila smatrana jednostranim aktom koji proizvodi pravne posljedice?

63. Čini se očiglednim da pitanje akta jedne države ne može se samo po sebi kvalificirati kao jednostrani akt koji je u stanju proizvesti pravne posljedice *in foro externo*. Unilateralna priroda nekog akta samo je jedan spoljni element koji, u kombinaciji s drugim elementima, kako spoljnim tako i unutarnjim, čini jednostrani pravni akt u smislu međunarodnog prava.

64. S obzirom na okolnosti aktuelnog spora nekoliko elemenata je od posebnog značaja. Primarni spoljni element tiče se kapaciteta učesnika zajedničke sjednice Skupštine SFRJ, Narodne skupštine Republike Srbije i Skupštine Republike Crne Gore da vrše jednostrane akte u smislu međunarodnog prava. Zajednička sjednica Skupštine SFRJ, Narodne skupštine Republike Srbije i Skupštine Republike Crne Gore nije bila konstituirana kao Parlament Savezne republike Jugoslavije; prije bi se moglo reći da je to bio skup predstavnika *in statu nascendi*. Čak i da je, *arguendo*, predstavljala Parlament, ona očigledno nije bila državni organ koji ima kapacitet da vrši jednostrane akte u ime države. Predstavnici neke države za svrhe formuliranja jednostranih pravnih akata su šefovi države, šefovi

vlade i ministri vanjskih poslova<sup>172</sup>. Pravilo je potvrđeno i u jurisprudenciji Suda (*Pravni status istočnog Grenlanda (Stalni sud međunarodne pravde, serije A/B, broj 53, strana 22)*). Prema tome, čini se da je Deklaraciju, ako je zamišljena kao jednostrani pravni akt *in foro externo*, izdao nenadležan organ po međunarodnom pravu i, kao takva, ona nije proizvela nikakve pravne posljedice<sup>173</sup>.

65. Istina, Deklaracija je, kao što je Sud našao, “potvrđena zvaničnom notom Stalne misije Jugoslavije pri Ujedinjenim nacijama, od 27. aprila 1992, upućenom Generalnom sekretaru” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996 (II), strana 610, tačka 17*). Riječ “potvrđena” u ovom kontekstu može imati dva značenja: opisni u smislu da je u pismu stalnog predstavnika reproduciran tekst Deklaracije i značenje kao “*terminus technicus*”, što znači potvrdu jednostranog akta jednog neovlaštenog državnog organa. Nijedno od ova dva moguća značenja riječi “potvrđena” ne može se prihvatiti *in concreto*. Što se tiče opisnog značenja riječi “potvrđena”, očigledno je da se u pismu stalnog predstavnika<sup>174</sup> samo djelimično reproducira tekst Deklaracije, tj. navodi se samo dio teksta, koji se odnosi isključivo na pravni identitet i kontinuitet.

Po definiciji, ograničene ovlasti šefova stalnih misija pri međunarodnim organizacijama, uključujući stalne misije pri Ujedinjenim nacijama, negiraju mogućnost da zvanična nota Stalne misije Jugoslavije od 27. aprila 1992. bude shvaćena kao “potvrda” akta koji je izdao organ – ako je u relevantnom trenutku to bio organ – nenadležan po međunarodnom pravu da vrši pravne akte u ime države.

---

<sup>172</sup> Član 4, Izvještaj o unilateralnim djelima država, Godišnjak Komisije za međunarodno pravo, 1998, II, Dio prvi, dok. A/CN.4/486; Ujedinjene nacije dok. A/CN.4/500 i Addendum 1.

<sup>173</sup> Vidi član 4 (Naknadna potvrda akta koji je formulirala osoba koja nije bila ovlaštena u tu svrhu) u Trećem izvještaju Specijalnog izvjestioca, Godišnjak Komisije za međunarodno pravo, 2000, I, strana 96.

<sup>174</sup> Tekst pisma glasi: „Skupština Socijalističke federativne republike Jugoslavije, na svojoj sjednici održanoj 27. aprila 1992, donijela je Ustav Savezne republike Jugoslavije. Po Ustavu, na osnovu nastavljanja subjektiviteta Jugoslavije i legitimnih odluka Srbije i Crne Gore da i dalje žive zajedno u Jugoslaviji, Socijalističkoj federativnoj republici Jugoslaviji, koja bi se sastojala od Republike Srbije i Republike Crne Gore. Striktno poštujući kontinuitet međunarodnog subjektiviteta Jugoslavije, Savezna republika Jugoslavija će nastaviti da vrši sva prava i ispunjava sve obaveze koje je preuzela Socijalistička federativna republika Jugoslavija u međunarodnim odnosima, uključujući članstvo u svim međunarodnim organizacijama i učešće u međunarodnim ugovorima koje je ratificirala ili kojima je pristupila Jugoslavija“ (Ujedinjene nacije dok. A/46/915 Annex I).

66. Otuda je pravilna karakterizacija note Stalne misije Jugoslavije od 27. aprila 1992. da je riječ o *dostavljanju* Deklaracije praćenom odgovarajućom reprodukcijom dijela Deklaracije koji se neposredno odnosi na proglašenje pravnog identiteta i kontinuiteta Savezne republike Jugoslavije s bivšom SFRJ u odnosu na UN.

67. Ova karakterizacija note Stalne misije Jugoslavije navodi na zaključak da su Deklaracija od 27. aprila 1992. i nota Stalne misije dva distinktna ali ne potpuno odvojena akta, kako po svojoj prirodi tako i po svojim efektima. Sa svoje strane, Deklaracija u osnovi predstavlja opću izjavu o politici u odnosu na pitanja neposredno ili posredno vezana za pitanje proklamiranog pravnog identiteta i državnog kontinuiteta Savezne republike Jugoslavije, dok nota, čini se, prvenstveno predstavlja notifikaciju u standardnom smislu. Dokaz u tom pogledu predstavlja činjenica da je adresat note bio Generalni sekretar, od koga se tražilo da cirkulira Deklaraciju i notu kao zvaničan dokument Generalne skupštine<sup>175</sup>, dok je Deklaracija kao takva bila upućena *urbi et orbi*.

68. Nekoliko unutarnjih elemenata Deklaracije zaslužuju pažnju u ovom konkretnom kontekstu: njen domet *ratione materiae*, namjera autora Deklaracije i njeni mogući efekti.

69. Što se tiče dometa *ratione materiae*, Deklaracija obuhvata nekoliko različitih pitanja.

Deklaracija glasi:

“Predstavnici naroda Republike Srbije i Republike Crne Gore, izražavajući volju građana svojih dotičnih republika da ostanu u zajedničkoj državi Jugoslaviji, prihvatajući sve osnovne principe Povelje Ujedinjenih nacija i Završnog akta KESS iz Helsinkija i Pariske Povelje, a naročito principe parlamentarne demokratije, tržišne privrede i poštivanja ljudskih prava i prava nacionalnih manjina, ostajući striktno privrženi mirnom rješenju jugoslavenske krize, žele iznijeti u ovoj Deklaraciji svoje stavove o osnovnim, neposrednim i trajnim ciljevima politike svoje zajedničke države, kao i o njenim odnosima s bivšim jugoslavenskim republikama.

U tom pogledu, predstavnici naroda Republike Srbije i Republike Crne Gore izjavljuju:

---

<sup>175</sup> Ujedinjene nacije, dok. A/46/915.

1. Savezna republika Jugoslavija, nastavljajući državni, međunarodnopravni i politički subjektivitet Socijalističke federativne republike Jugoslavije strogo će poštivati sve obaveze koje je na međunarodnom planu preuzela SFR Jugoslavija. Istovremeno, ona je također spremna da u potpunosti poštuje prava i interese jugoslavenskih republika koje su proglasile neovisnost. Priznanje novoformiranih država uslijedit će nakon rješenja svih otvorenih pitanja o kojima se vode pregovori u okviru Konferencije o Jugoslaviji. Ostajući vezana svim obavezama prema međunarodnim organizacijama i institucijama čija je članica, Savezna republika Jugoslavija neće sprečavati novoformirane države da pristupe ovim organizacijama i institucijama, naročito Ujedinjenim nacijama i specijaliziranim agencijama Ujedinjenih nacija. Savezna republika Jugoslavija poštivat će i ispunjavati prava i obaveze koje je SFR Jugoslavija preuzela u odnosu na teritorije Krajine koje su, u okviru mirovne operacije Ujedinjenih nacija, stavljene pod zaštitu svjetske Organizacije.

Savezna republika Jugoslavija također je spremna, u okviru Konferencije o Jugoslaviji, pregovarati o svim problemima koji se odnose na podjelu imovine, što znači aktive i dugova zajednički stečenih. U slučaju spora u pogledu tih pitanja, Savezna republika Jugoslavija spremna je prihvatiti arbitražu Stalnog arbitražnog suda u Hagu.

2. Diplomatska i konzularna predstavništva Savezne republike Jugoslavije u inozemstvu nastavit će bez prekida obavljati svoje funkcije predstavljanja i zaštite interesa Jugoslavije. Ona će se do daljnjeg starati o cjelokupnoj imovini Jugoslavije u inozemstvu. Također će pružati konzularnu zaštitu svim državljanima SFR Jugoslavije kada god to oni zatraže sve do konačnog reguliranja njihovog nacionalnog statusa. Savezna republika Jugoslavija istovremeno priznaje potpuni kontinuitet predstavnika stranih država u vidu njihovih diplomatsko-konzularnih predstavništava na njenoj teritoriji.
3. Savezna republika Jugoslavija je zainteresirana za ponovno uspostavljanje ekonomskih, saobraćajnih, energetske i drugih

tokova i veza na teritoriji SFR Jugoslavije. Ona je spremna dati svoj puni doprinos u tom cilju.

4. Savezna republika Jugoslavija nema teritorijalnih pretenzija ni prema kojem svom susjedu. Poštujući ciljeve i principe Povelje Ujedinjenih nacija i dokumente KESS, ona ostaje striktno privržena principu *neupotrebe* sile u rješavanju otvorenih pitanja.
5. Savezna republika Jugoslavija osigurat će najviše standarde zaštite ljudskih prava i prava nacionalnih manjina predviđene međunarodnim pravnim instrumentima i dokumentima KESS. Pored toga, Savezna republika Jugoslavija spremna je nacionalnim manjinama na svojoj teritoriji priznati sva ona prava koja bi bila priznata i koja bi uživale nacionalne manjine u drugim državama učesnicama KESS.
6. U odnosima s inozemstvom Savezna republika Jugoslavije rukovodit će se principima Povelje Ujedinjenih nacija, kao i principima sadržanim u dokumentima KESS, naročito u Pariskoj povelji za Novu Evropu. Kao osnivač Pokreta nesvrstanih zemalja, ona ostaje privržena principima i načelima politike nesvrstanosti.

SRJ će razvijati odnose povjerenja i razumijevanja sa svojim susjedima polazeći od principa dobrosusjedstva.

Savezna republika Jugoslavija će se, kao država slobodnih građana, u svom demokratskom razvoju rukovoditi standardima i dostignućima Vijeća Evrope, Evropske zajednice i drugih evropskih institucija, sa orijentacijom da im se pridruži u predvidljivoj budućnosti” (Ujedinjene nacije, dok. A/46/915), Ann. I; kuziv dodan).

Čini se da, ako se posmatra izdvojeno, samo dio Deklaracije – proširenje “konzularne zaštite na sve državljane SFR Jugoslavije” – može *per se* proizvesti izvjesne efekte, pod izvjesnim uvjetima. Mada nije upućena trećim državama, ona se, u širem kontekstu, može podvesti pod “moć samoograničenja koje su države uživale po međunarodnom pravu”, drugim riječima, njihovu sposobnost da se u vršenju svog suvereniteta povinuju međunarodnopravnim obavezama<sup>176</sup>.

<sup>176</sup> V. Rodrigues Cedeno, Specijalni izvjestilac, Godišnjak Komisije za međunarodno pravo 1998, II, Dio drugi, strana 53, paragraf 140.

U dijelu Deklaracije koji se odnosi na “obaveze koje je SFRJ preuzela na međunarodnom planu”, što je relevantno za ocjenu da li se moglo smatrati da Konvencija o genocidu obavezuje Saveznu republiku Jugoslaviju, stvari, međutim, stoje suštinski drugačije.

70. Da li se formulacija “striktno će poštivati sve obaveze ...“ kao takva može shvatiti kao pristanak Savezne republike Jugoslavije na to da je obavezuje Konvencija o genocidu? Takvo tumačenje čini se potpuno pogrešnim u svjetlu pravila tumačenja jednostranih pravnih akata koje je prihvaćeno u jurisprudenciji Suda. Tamo gdje se trebaju tumačiti jednostrani akti država, “deklaracije ... trebaju se čitati kao cjelina” i “tumačiti kao jedinstvena cjelina” (*Nadležnost u ribarenju, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1998*, strane 452-454, paragrafi 47 i 44). Nadalje, jednostrani akti “moraju se tumačiti onako [kako glase], vodeći računa o stvarno upotrijebljenim riječima” (*Anglo-iranska naftna kompanija, Preliminarni prigovori, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1952*, strana 105).

Namjera autora Deklaracije je od ključnog značaja, jer “kada je namjera države koja objavljuje deklaraciju da *će je obavezivati njeni uvjeti*, ta namjera pribavlja deklaraciji karakter pravne obaveze” (*Nuklearne probe (Australija protiv Francuske, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 267, paragraf 43; *Nuklearne probe (Novi Zeland protiv Francuske), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 472, paragraf 46; *Pogranični spor, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986*, strana 573-574, paragrafi 39-40; kurziv dodan). Kada države “daju izjave kojima će se njihova sloboda djelovanja ograničiti, *neophodno je restriktivno tumačenje*” (*Nuklearne probe (Australija protiv Francuske), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 267, paragraf 44; *Nuklearne probe (Novi Zeland protiv Francuske), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 472-473, paragraf 47; kurziv dodan).

71. U svjetlu pravila o tumačenju jednostranih pravnih akata, prirodno se postavlja pitanje da li je Deklaracijom Savezna republika Jugoslavija imala namjeru preuzeti obaveze *ex foro externo*.

72. Ako se Deklaracija pročita kao cjelina i tumači kao jedinstvena cjelina, odgovor, čini se, mora biti negativan. U uvodnom dijelu kaže se da učesnici Zajedničke sjednice Skupštine SFRJ, Narodne skupštine Republike Srbije i



Skupštine Republike Crne Gore “žele iznijeti u ovoj Deklaraciji *svoje stavove* o osnovnim, neposrednim i trajnim *ciljevima politike* svoje zajedničke države i njenim odnosima s bivšim jugoslavenskim republikama” (kurziv dodan). Izjave o ciljevima politike rijetko se mogu naći u sferi međunarodnog prava. U sporu *Nikaragva* Sud je, razmatrajući pitanje da li bi se moglo zaključiti da postoji bilo kakva pravna obaveza na osnovu pisama Hunte Vlade nacionalne obnove Nikaragve Generalnom sekretaru Organizacije američkih država uz koje je priložen “Plan za osiguranje mira”, *inter alia*, našao sljedeće:

“To je bilo *u osnovi političko obećanje*, dato ne samo Organizaciji već i narodu Nikaragve, koji je trebao biti njegov prvi korisnik. ... Ovaj dio rezolucije *samo je izjava koja ne sadrži nikakvu formalnu ponudu koja bi, ako se prihvati, predstavljala obećanje zasnovano na pravu, te otuda pravnu obavezu*“ (*Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država)*, *Meritum, Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1986*, strana 132, paragraf 261; kurziv dodan).

Nadalje, ako su, *ex hypothesi*, učesnici imali namjeru da Deklaracija proizvede pravne efekte, ti efekti bili bi izraženi kao potvrđivanje ili očuvanje postojećih prava i obaveza a ne kao preuzimanje obaveza *pro futuro*. Tumačenje Deklaracije “prema uvjetima sadržanim u njoj” “onako kako stoje” neizbježno vodi ka zaključku, kao što je i sam Sud zaključio, da je namjera bila da “*ostane obavezana* međunarodnim ugovorima u kojima je bivša Jugoslavija bila članica” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996*, strana 610, paragraf 17; kurziv dodan). A to, kako prema pravnim razlozima tako i prema samoj Deklaraciji, znači pravni identitet i kontinuitet Savezne republike Jugoslavije s bivšom SFRJ. Ako je, s druge strane, pravni identitet i kontinuitet bio uvjet od kojeg je zavisio status Savezne republike Jugoslavije kao članice multilateralnih konvencija, uključujući Konvenciju o genocidu, pojavljuje se još jedno veoma relevantno pitanje; naime, da li je Deklaracija kao takva u stanju proizvoditi pravne efekte a da je nisu prethodno prihvatili, izričito ili prešutno, drugi međunarodni subjekti, uključujući UN? Očigledno ne, jer su deklaracije, kao i drugi jednostrani akti koji se koriste za ispunjavanje obaveza po ugovorima, regulirane ugovornim pravom onako kako se primjenjuje na konkretnu konvenciju. Uopćeno posmatrajući, jednostarni akti kao takvi, budući samostalni, nisu po prirodi sinalagmatske obaveze koje čine supstancu ugovora.

73. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) u članu XI predviđa:

“Ova Konvencija bit će otvorena za potpis do 31. decembra 1949. svakoj članici Organizacije ujedinjenih nacija i svakoj državi nečlanici, kojoj Generalna skupština bude uputila poziv u tu svrhu.

Ova Konvencija podliježe ratificiranju i ratifikacioni instrumenti bit će deponirani kod Generalnog sekretara Organizacije ujedinjenih nacija.

Počev od 1. januara 1950. ovoj će Konvenciji moći pristupiti svaka članica Organizacije ujedinjenih nacija i svaka država nečlanica koja bude primila naprijed navedeni poziv.

Instrumenti o pristupanju bit će deponirani kod Generalnog sekretara Organizacije ujedinjenih nacija.”

Čini se da su ratifikacija i pristupanje jedini načini izražavanja pristanka na prihvatanje obaveza iz Konvencije. Član XI izražava namjeru autora Konvencije:

“Nacrtom Sekretarijata bilo je predviđeno samo pristupanje kao alternativno rješenje, na osnovu teze da bi odobrenje Konvencije od predstavnika vlada u Generalnoj skupštini moglo eliminirati potrebu za potpisivanjem. *Ad hoc* Komitet je, međutim, kad je riječ o prvobitnim članicama, dao prednost uobičajenoj proceduri potpisivanja uz naknadnu ratifikaciju.”<sup>177</sup>

74. Pored toga, čini se da se Sud snažno oslanjao na nalaz da: “Nije osporavano da je Jugoslavija bila članica Konvencije o genocidu” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996*, strana 610, paragraf 17). Međutim, taj nalaz ne izgleda uvjerljiv u svjetlu pravne prirode pitanja nadležnosti (paragrafi 41-44 gore).

## 7. Pitanje Tužene strane

Srbija je označena kao Tužena strana na osnovu dviju premisa:

- (i) pozitivnog statusa države prethodnice u odnosu na državnu zajednicu Srbija i Crna Gora i

---

<sup>177</sup> N. Robinson, *Konvencija o genocidu*, 1949, strana 47.

(ii) stava kojim se *ipso facto* implicira da Republika Crna Gora nije država nasljednica u smislu pravila o krivičnoj odgovornosti.

Međutim, niti jedna od ovih dviju premisa nije primijenjena dosljedno.

Što se tiče prve premise, čini se da je jasno da je Srbija pravni nastavljajući državne zajednice Srbija/Crna Gora. Delikatno pitanje, koje u Presudi nije ni dotaknuto, pravni je status Srbije i Crne Gore od 2000. pa nadalje.

75. Na kraju 2000. SRJ, postupajući u odgovarajućem kontekstu, učinila je dvije stvari:

(i) odustala je od tvrdnje o kontinuitetu i prihvatila status države nasljednice bivše SFRJ i

(ii) postupajući na osnovama tog novog svojstva – kao država nasljednica – podnijela je zahtjev za prijem u članstvo Ujedinjenih nacija.

76. Država, kao pojam međunarodnog prava, obuhvata dva elementa, tj. dva svojstva:

(i) državotvornost u smislu relevantnih atributa kao što su definirana teritorija, stabilno stanovništvo i suverena vlast;

(ii) pravni subjektivitet, tj. status međunarodnopravnog subjekta kojem pripada skup prava i obaveza. U svjetlu relevantnih okolnosti, pravni subjektivitet Savezne republike Jugoslavije može po svojoj prirodi biti posredan ili izveden – zasnovan na pravnom identitetu i kontinuitetu sa Socijalističkom federativnom republikom Jugoslavijom – ili inherentan i izvoran po svojoj prirodi – zasnovan na statusu nove države.

77. Podnošenjem zahtjeva za prijem u članstvo Ujedinjenih nacija, Jugoslavija se ne samo odrekla tvrdnje o pravnom identitetu i kontinuitetu; ona je istovremeno tražila da bude priznata kao nova država, s različitim pravnim subjektivitetom – države nasljednice nasuprot djelimičnom kontinuitetu s bivšom Socijalističkom federativnom republikom Jugoslavijom – u odnosu na onaj na koji je polagala pravo do 2000. Ustvari, prihvatila je zahtjev

kvalificiran kao zahtjev iznijet kao međunarodni komentar kada je Savezna republika Jugoslavija bila formalno proglašena u aprilu 1992. Zahtjev koji relevantne međunarodne organizacije i države, postupajući pojedinačno ili *in corpore* kao članice organizacija, nisu sprovele ni formalno ni suštinski. Umjesto toga, one su se odlučile za rješenja zasnovana na pragmatičnim političkim razlozima, a ne na razlozima zasnovanim na međunarodnom pravu. Tako je nastao pravni “Rašomon” kad je riječ o pravnom karakteru Jugoslavije – da li je riječ o novoj ili o staroj državi? A što se tiče njenog statusa u Ujedinjenim nacijama – da li je bila članica Ujedinjenih nacija ili ne?

78. Prijem Jugoslavije u Ujedinjene nacije od 1. novembra 2000. također je značio prihvatanje njenog zahtjeva za priznanje kao nove države, u smislu novog međunarodnog subjekta različitog od njenog kontroverznog, hibridnog subjektiviteta u periodu 1992-2000. Zahtjev je prihvaćen nizom kolateralnih sporazuma u pojednostavljenoj formi ili općim kolateralnim sporazumom u pojednostavljenoj formi, između Savezne republike Jugoslavije, s jedne, i država članica Ujedinjenih nacija i same svjetske Organizacije, s druge strane, sadržanim prešutno u slovu i duhu Rezolucije 55/12 Generalne skupštine i u kasnijoj dosljednoj praksi Organizacije (*exempli causa*, pismo Generalnog podsekretara i Pravnog savjetnika Ujedinjenih nacija od 8. decembra 2000. i lista država članica s datumima njihovog prijema u Ujedinjene nacije (Saopćenje Ujedinjenih nacija za štampu ORG/1317 ažurirano 18. decembra 2000). Predmet niza kolateralnih sporazuma ili općeg kolateralnog sporazuma je, ustvari, priznanje Savezne republike Jugoslavije kao novog subjekta, koji predstavlja država nasljednica bivše SFRJ i njenog prijema u tom svojstvu u svjetsku Organizaciju kao članice. Tako je Jugoslavija, mada “stara država” u smislu državotvornosti, bila univerzalno priznata kao “nova država” u smislu međunarodnog subjekta. S obzirom na činjenicu da priznanje države ima *ex definitione* retroaktivno djelovanje, iz toga nužno slijedi da se sve izrečene izjave i donijete odluke odnose na SRJ koja polaže pravo na kontinuitet sa SFRJ. I, kao Savezna republika Jugoslavija poslije 2000, njeno pravno postojanje kao novog međunarodnog subjekta počelo je u novembru 2000. s prijemom u članstvo Ujedinjenih nacija.

Druga premisa, s druge strane, nije dosljedno primijenjena u odnosu na Republiku Crnu Goru. Primijenjena je na dijelove Presude, ali ne na Presudu kao cjelinu. Tako Republika Crna Gora mora odmah preduzeti efikasne korake radi osiguranja potpunog poštivanja svoje obaveze po

članovima I i VI Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida da kažnjava djela genocida kao što su definirana u članu II Konvencije ili bilo koja druga djela proskribovana u članu III Konvencije, kao i da izruči pojedince optužene za genocid ili za bilo koje drugo nabrojano djelo radi suđenja od Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju i da u potpunosti saraduje s Tribunalom. Uzgred, ta bi se činjenica također mogla uzeti kao dokaz preosjetljivosti na činjenični i politički aspekt cijele stvari.

## DRUGI DIO

### SUŠTINSKA PITANJA

#### I. Konvencija o genocidu kao primjenjivo pravo

##### 1. Genocidna namjera kao *conditio sine qua non* zločina genocida

79. Krivično djelo genocida može postojati samo pod uvjetima definiranim u skupu pravila utvrđenih Konvencijom. Djela nabrojana u članu II, podtačke (a) do (d), nisu genocidna djela sama po sebi, već samo fizički ili materijalni izraz konkretne, genocidne namjere. U odsustvu neposrednog *nexus* s genocidnom namjerom, djela nabrojana u članu II Konvencije jednostavno su kažnjiva krivična djela koja spadaju u skup drugih zločina, *exempli causa* ratni zločini ili zločini protiv čovječnosti.

80. Genocid kao distinktan zločin karakterizira subjektivni element – namjera da se uništi nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva – element koji predstavlja *differentia specifica* po kojoj se genocid razlikuje od drugih međunarodnih zločina s kojima dijeli suštinski isti objektivni element<sup>178</sup>. U odsustvu te namjere, bez obzira na stepen surovosti djela i ma koliko ono bilo slično djelima koja se navode u Konvenciji, to se djelo ipak ne može nazvati genocidom<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> N. Robinson, *Konvencija o genocidu*, 1949, strana 15; Drost, *Genocid*, II, 1959, strana 82; *Studija o pitanju sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida*, koju je pripremio N. Ruhashyankiko, Specijalni izvjestilac, dok. I/CN.4, Sub. 2/416, 4. juli 1978, paragraf 96; *Revidirani i obnovljeni izvještaj o pitanju sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida*, pripremio B. Whitaker, dok. E/CN.4/Sub. 2//1985/6 (2. juli 1985), paragrafi 38-39.

<sup>179</sup> Zvanični izvještaji Generalne skupštine, Treće zasjedanje, Dio I, Šesti komitet, 69 sjednica.

81. Čini se da se mogu razlikovati četiri elementa u sklopu genocidne namjere: (a) stepen namjere; (b) uništenje; (c) nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa; (d) potpuno ili djelimično.

Iako odvojena, ova četiri elementa čine pravnu cjelinu karakterizirajući svojim kumulativnim efektom genocidnu namjeru kao subjektivni element zločina genocida. Odsutvo bilo kojeg od njih diskvalificira namjeru u smislu genocidne prirode. Kao pravna cjelina, ovi elementi, uzeti *in corpore*, pokazuju da genocidna namjera nije samo nešto dodato fizičkim djelima koja mogu uništiti grupu ljudi. To je integralno, prožimajuće svojstvo ovih djela uzetih pojedinačno, svojstvo koje ih od jednostavnih kažnjivih djela pretvara u genocidna djela. Drugim riječima, takva je namjera kvalitativna osobina genocida kojom se genocid razlikuje od svih drugih zločina, ustvari njegov konstitutivni element *stricto sensu*.

82. Genocidna namjera je izvorna po svojoj prirodi. To nije jednostavno zločinački um, već um svjesno usmjeren ka uništenju vjerske, etničke, nacionalne ili rasne grupe kao takve. Osobena crta genocidne namjere nije to da je diskriminatorska, jer je riječ samo o njenoj općoj karakteristici koju dijeli sa, naprimjer, zločinima protiv čovječnosti. Ali, dok u slučaju progona, zločinačkog djela protiv čovječnosti, diskriminatorska namjera može poprimiti višestruke nehumane oblike i manifestirati se u mnoštvu radnji, uključujući ubistvo, kad je riječ o genocidu, ekstremnom i najnehumanijem obliku progona, namjera mora biti praćena posebnom namjerom da se uništi potpuno ili djelimično grupa kojoj žrtve pripadaju<sup>18043</sup>. “*Mens rea*” u sferi zločina genocida je složen i ne smije se svesti na standardni oblik *mens rea* koji je neophodan kad je riječ o krivičnim djelima. On obuhvata dva nivoa – *mens rea* kao dodatak *actus reus*, tj. djelu koje predstavlja genocid u skladu s članom II (podtačke (a), (b), (c), (d) ili (e) i “namjeru da se uništi” zaštićena grupa kao takva, što predstavlja specifičnu namjeru svojstvenu genocidu. Stoga se s pravom ističe da “garantiranje vladavine prava i poštivanje principa *nullum crimen sine lege* zahtijevaju da ‘dvije namjere’ budu striktno razdvojene kada je potrebno dokazati činjenice neophodne da se utvrdi nevinost ili krivica optuženog”<sup>18144</sup>. Pored toga, oba djela *mens rea* karakterizira postojanje dviju komponenti – svijest (*la conscience*; Wissen) i volja (*la volonté*; Wollen). U svojim raznolikim izrazima one se ispoljavaju u četiri različite vrste *mens rea*, po silaznom redoslijedu ozbiljnosti – *dolus specialis*, *dolus directus*,

<sup>180</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Kupreškića*, Presuda, paragraf 636.

<sup>181</sup> Triffterer, “Genocid, njegova specifična namjera za uništenje u cijelosti ili djelimično grupe kao takve”, *Leiden Journal of International Law*, tom 14, broj 2, 2001, strana 400.

*dolus indirectus* (posredna namjera) i *dolus eventualis* (uvjetna namjera), koje, uopćeno posmatrajući, odgovaraju namjeri, nebrizi i krivičnom nehatu u običajnom pravu). *Mens rea* kao privjesak djela koja predstavljaju materijalni element – *actus reus* – zločina treba postojati u formi *dolus directus*. To znači da je počinitelj svjestan efekta djela (intelektualni element) i da ima volju da počini djelo (voljni ili emotivni element).

## 2. Step en namjere

83. Što se tiče stepena, namjera da se uništi grupa, kao *dolus specialis*, nalazi se u samom vrhu hijerarhije kažnjivih mentalnih stanja. Kao takva, ona isključuje *culpa*, *dolus eventualis* (nebriga) ili nehat<sup>182</sup>. Zločin genocida je “jedinostvan zbog elementa *dolus specialis* (posebne namjere)”<sup>183</sup>, što predstavlja konstitutivni element zločina genocida. Step en *dolus specialis* znači da nije dovoljno da optuženi “zna da će njegova djela neizbježno, ili ... vjerovatno, rezultirati u uništenju grupe o kojoj je riječ, već da optuženi mora težiti uništenju, potpuno ili djelimično, .... grupe”<sup>184</sup>.

Drugim riječima, posebnu namjeru karakterizira element volje, svrsishodna i aktivna volja da se uništi zaštićena grupa. Svijest o prirodnim i predvidljivim posljedicama učinjenih djela nije *per se* dovoljna da predstavlja namjeru uništenja. Ona mora biti praćena željom da se unište grupe; to je dodatni zahtjev u strukturnom smislu i dominantan u normativnom smislu. Da bi predstavljala genocid, djela zabranjena članom II Konvencije moraju biti počinjena s “namjerom da se uništi, potpuno ili djelimično, nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva”.

## 3. Uništenje

84. Po članu II Konvencije izraz “da se uništi” označava materijalnu (fizičku i biološku) vrstu genocida. Na fizički genocid odnose se podtačke (a), (b) i (c), dok se o biološkom genocidu govori u podtački (d).

U podtačkama (a) i (c) stvar je, čini se, očigledna. Dok je djelo

---

<sup>182</sup> Cassese, *Genocid u Rimskom statutu Međunarodnog krivičnog suda*, 2002, I, strana 338.

<sup>183</sup> MKTR, *Tužilac protiv Kambanda*, broj ICTR-97-23-S, 4. septembar 1998, strana 16.

<sup>184</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Jelisić*, strane 85-86.

ubistva jasan *modus operandi* fizičkog genocida<sup>185</sup>, izraz “fizičko uništenje” upotrijebljen u podtački (c) isključuje mogućnost bilo kakvog tumačenja u smislu da nametanje grupi uvjeta života drugačijih od onih koji vode fizičkom uništenju grupe može predstavljati djelo genocida. Riječ “namjerno” je tamo uključena da bi označila preciznu namjeru, tj. predumišljaj koji se odnosi na stvaranje izvjesnih uvjeta života<sup>186</sup>. Prema *travaux préparatoires*, takva bi djela uključivala “nametanje grupi ... režima nedovoljne ishrane, smanjenje neophodne medicinske zaštite, neadekvatnih uvjeta smještaja itd.”<sup>187</sup>, što ima za posljedicu usporenu smrt nasuprot trenutnoj smrti shodno podtački (a) člana II. *Differentia specifica* između djela ubistva i nametanja uvjeta života koji vode uništenju, prema tome, izražava se, prije svega, u modalitetima uništenja – pri čemu potonji slučaj ne uključuje vremensku neposrednost ubistva kao sredstva (*modus operandi*) istrebljenja, ali protekom vremena rezultira istrebljenjem.

Legislativna historija podtačke (b) također pokazuje da su autori Konvencije smatrali da je “ozbiljna tjelesna ili mentalna povreda” oblik fizičkog genocida. Fizička patnja ili povreda bez smrtonosnih posljedica spada u okvir zločina protiv čovječnosti i mučenja<sup>188</sup>. Izraz “mentalna povreda”, s druge strane, ima specifično značenje u podtački (b). Podtačka je uključena na insistiranje Kine. Obrazlažući prijedlog pozivanjem na djela koja su počinile japanske okupacione snage protiv kineske nacije upotrebom narkotika, Kina je istakla da, iako ta djela nisu bila tako spektakularna kao masovna ubistva i gasne komore nacističke Njemačke, njihove posljedice nisu bile manje smrtonosne<sup>189</sup>. Prema tome, nije svaka tjelesna ili mentalna povreda dovoljna da bi predstavljala materijalni element genocida, već, kao što je konstatala Komisija za međunarodno pravo, “ona mora biti dovoljno ozbiljna da bi prijetila grupnim uništenjem”<sup>190</sup>, kako se uništenje shvata u Konvenciji, tj. fizičko i biološko uništenje.

#### Djela kao što su sterilizacija žena, kastracija, zabrana stupanja u brak

<sup>185</sup> Ubijanje pripadnika grupe kao materijalni element u podtački (a) postaje jasno ako žrtva umre a smrt je posljedica protupravnog djela ili propusta (MKTR, *Tužilac protiv Akayesu*, broj ICTR-96-4-T, 1998, paragraf 588).

<sup>186</sup> A/C.6/SR.82, strana 3; N. Robinson, *op. cit.*, strana 16.

<sup>187</sup> N. Robinson, *op. cit.*, strana 18.

<sup>188</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Delalića et al, Presuda Pretresnog vijeća*, strana 511.

<sup>189</sup> Generalna skupština, Zvanični izvještaji trećeg zasjedanja, Dio I, Šesti komitet, 69 sjednica, strane 50-60.

<sup>190</sup> Nacrt kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva, Ujedinjene nacije GAOR, 51 zasjedanje, Dodatak broj 10, Ujedinjene nacije dok. A/51/10/ (1996), član 17.



itd., koja se podvode pod “mjere usmjerene ka spriječavanju rađanja u okviru grupe”, predstavljaju biološki genocid. Ekstremna težina mjera nametnutih radi sprečavanja rađanja u okviru grupe u cilju uništenja nacionalne biološke snage grupe je kriterij za pravljenje razlike između genocidnog djela definiranog u podtački (b) i mjera koje se mogu preduzeti protiv volje pripadnika grupe u okviru programa planiranja porodice i kontrole rađanja, mjera koje se ponekad opisno nazivaju “genocid pod drugim imenom” ili “prikriveni genocid”<sup>191</sup>.

85. Prima facie samo djelo prinudnog premještanja djece iz jedne grupe u drugu ne uklapa se u koncept fizičkog/biološkog genocida kako je definiran u Konvenciji. Međutim, treba naglasiti da je djelo prinudnog premještanja djece uključeno u djela koja predstavljaju genocid uz obrazloženje da ima fizičke i biološke efekte, jer mladim osobama nameće životne uvjete koji će im vjerovatno prouzrokovati ozbiljnu štetu ili čak smrt<sup>192</sup>. U tom smislu, od znatne važnosti je to što je prijedlog da se u Konvenciju uključi i kulturocid shvaćen tako da obuhvata izvjestan broj djela koja duhovno uništavaju vitalne karakteristike neke grupe, kao što je to naročito primijećeno kad je riječ o prinudnoj asimilaciji. Prijedlog je odbačen glasanjem, s 26 glasova protiv, 16 glasova za i 4 suzdržana<sup>193</sup>. Otuda se čini razumnim pretpostavka da je smisao podtačke (e) u osnovi da “osudi mjere usmjerene na uništenje nove generacije, pri čemu se takva akcija povezuje s uništenjem grupe, tj. s fizičkim genocidom”<sup>194</sup>. Čak i ako se prihvati da djelo iz podtačke (e) predstavlja “kulturocid” ili “sociološki” genocid, njegovo značenje *in concreto* je od ograničenog značaja. *Primo*, kao takvo ono bi bilo izuzetak od pravila koje se odnosi na materijalni genocid, definiran u članu II Konvencije, i stoga bi bilo podložno restriktivnom tumačenju. *Secundo*, Podnosilac tužbe ne spominje “prinudno premještanje djece” kao genocidno djelo navodno počinjeno na njegovoj teritoriji.

86. Iz toga slijedi da je razlika između djela ubistva pripadnika grupe i drugih djela koja predstavljaju *actus reus* zločina genocida prije u modalitetima nego u konačnim efektima. U tom smislu, čini se da je objašnjenje koje je dao Međunarodni krivični tribunal za Ruandu (ICTR) u slučaju Akayesu pravilno. U njemu se opisuje djelo definirano u podtački (c) člana II Konvencije o

<sup>191</sup> M. Treadwell, “Is Abortion Black Genocide?”, *Family Planning Perspectives*, tom 4, broj 4/1986, strana 24.

<sup>192</sup> A/C.6/242.

<sup>193</sup> GAOR Trećeg zasjedanja, Dio I, Šesti komitet, 83 sjednica, strana 206.

<sup>194</sup> *Studija o pitanju sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida*, pripremio N. Ruhashyankiko, Specijalni izvjestilac, (E/CN.4/Sub.2/415, strana 25.

genocidu kao “metodi uništenja kojima počinilac ne ubija pripadnike grupe odmah, ali kojima se u krajnjoj analizi teži ka njihovom fizičkom uništenju”,<sup>195</sup> tj. takozvanoj usporenoj smrti.

87. Postoje dva osnovna pravna problema u tumačenju riječi “uništenje”:

- (a) da li se uništenje mora dogoditi u stvarnosti, tj. da bude stvarno i
- (b) obim uništenja.

88. Što se tiče stvarne prirode uništenja, postoji u izvjesnoj mjeri razlika između raznih djela taksativno navedenih u članu II Konvencije.

Djelo “ubistva” podrazumijeva stvarno uništenje u smislu dokazanog rezultata koji je postignut. U tom pogledu, smrt žrtve predstavlja bitan element djela ubistva. Što se tiče ovog elementa, razvijena je ogromna i gotovo jednoobrazna pravna praksa u oba Tribunala, barem deklarativno, u smislu da se, naprimjer, u slučaju *Krstić* “nestali” tretiraju kao “mrtvi”<sup>196</sup>.

Nasuprot ubistvu, djela ozbiljne tjelesne ili mentalne povrede, kao i djela prinudnog premještanja djece, ne podrazumijevaju stvarno uništenje, već odgovarajući rezultat izražen u teškoj tjelesnoj ili mentalnoj povredi, odnosno premještanju djece, što vodi uništenju. Drugim riječima, u ova dva djela, željeni rezultat, kod kojeg je efekt odložen, uzročno je povezan s uništenjem.

Međutim, podvrgavanje životnim uvjetima koji vode uništenju i nametanje mjera za sprečavanje rađanja ne zahtijeva nikakav dokaz o rezultatu; ta dva djela sama po sebi predstavljaju rezultat. Međutim, radi ravnoteže i pravne sigurnosti, zahtjev u pogledu namjere mnogo je strožiji kad je riječ o ovim djelima, jer se, za razliku od djela za koja se traži konkretan rezultat, ova djela moraju preduzeti “namjerno” i moraju biti “sračunata”, kad je u pitanju podvrgavanje grupe životnim uvjetima koji vode uništenju, te moraju biti “usmjerena” ka sprečavanju rađanja, kad je u pitanju nametanje mjera.

---

<sup>195</sup> MKTR, *Tužilac protiv Akayesua*, paragraf 505.

<sup>196</sup> Čelebići, Presuda po žalbi, paragrafi 422-423; Presuda u slučaju Blaškić, paragraf 217; Presuda u slučaju Kupreškić, paragrafi 560-561; Presuda u slučaju Kajišema, paragraf 140; Presuda u slučaju Akayesu, paragraf 588; Presuda u slučaju Krstić, paragraf 485.

89. Unutarnje razlike između djela nabrojanih u članu II Konvencije u odnosu na uništenje zaštićene grupe kao krajnjeg *ratio leges* Konvencije zahtijevaju naročito oprezan pristup u određivanju *actus reus* zločina genocida.

Nasuprot “ubistvu”, sva ostala djela koja predstavljaju *actus reus* genocida, a koja ne prouzrokuju stvarno uništenje, imaju samo potencijalni kapacitet, u većoj ili manjoj mjeri, da unište zaštićenu grupu. Gledano s pravne tačke gledišta, ona po tome više podsjećaju na pokušaj da se počini genocid. U stvarnosti, ova se djela, prema tome, mogu smatrati više kao dokaz o namjeri nego kao genocidna djela kao takva. Naravno, s gledišta krivične politike, genocid se može okarakterizirati kao bilo koji oblik uskraćivanja prava grupe na opstanak; Konvencija iz 1948. stvarno predstavlja Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju genocida, ali i dalje ostaje činjenica da je granica između djela koja ne predstavljaju stvarno uništenje i pokušaja da se izvrši genocid možda nevidljiva, naročito u trenutku donošenja odluke.

Za pravilnu primjenu zakona o genocidu, kako je definiran u Konvenciji, djela genocida, ili preciznije metode i sredstva za izvršenje djela genocida koja ne predstavljaju stvarno uništenje, moraju se striktno ocjenjivati, ne samo sa subjektivne već i s objektivne tačke gledišta. Posljednje gledište odnosi se u osnovi na sposobnost za konkretnu akciju ili akcije da prouzrokuju genocidne efekte. Drugim riječima, kapacitet za uništenje u smislu materijalnog uništenja mora biti vidljiv u samoj akciji, neovisno o povezanosti s namjerom izvršioca.

### 3.1. Obim uništenja

90. Što se tiče potrebnog obima uništenja, u sudskoj praksi u nastajanju u Tribunalima su se pojavila dva kriterija.

Jedan podrazumijeva uništenje grupe u smislu same veličine grupe i njenog homogenog brojčanog sastava, tzv. kvantitativni prilaz. Odražava se po pravilu u obliku “znatnog” djela, što znači “velike većine grupe koja je u pitanju”<sup>197</sup>.

Drugi kriterij, međutim, odnosi se na uništenje elite ili vođa grupe, za koje se smatra da su od znatne važnosti za njeno postojanje. Za ovaj kriterij smatra se dovoljnim “ako se uništenje odnosi na značajan segment grupe, kao što su vođe”<sup>198</sup>.

<sup>197</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Jelisića*, Presuda Pretresnog vijeća, strana 26, paragraf 82.

<sup>198</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Stakića*, Presuda Pretresnog vijeća, strana 149, paragraf 525; MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 587.

Alternativno, kvalitativan i kvantitativan obim uništenja ne može se uklopiti u *genus proximus* zločina genocida; štaviše, on je u sukobu s logičkim razlozima. Nije jasno kako dva po prirodi dijametralno suprotna kriterija mogu osigurati solidno odmjeravanje pravde u konkretnom slučaju. Moguća posljedica njihove kombinirane primjene mogla bi jednostavno biti relativizacija zaštite koju Konvencija nudi nacionalnim etničkim, vjerskim ili rasnim grupama, kao posljedica dezintegracije konstitutivnih elemenata zločina genocida. Namjera da se uništi neka grupa podijeljena je, u slučaju primjene oba kriterija, između “namjere da se grupa uništi en masse” i namjere na se uništi “ograničeniji broj lica odabranih zbog efekta koji bi njihov nestanak imao na opstanak grupe ...”<sup>199</sup>. Uvođenje karakterizacije genocida, čak i kada namjera uništenja obuhvata samo ograničeno geografsko područje, naročito omogućava subjektivna i arbitrarna razgraničenja. Moglo bi se reći da “ovaj stepen neodređenosti potiskuje genocid na najudaljenije granice principa *nullum crimen sine lege*”<sup>200</sup>.

Prilikom izbora između kvantitativnog i kvalitativnog kriterija teško se može naći razlog za davanje prednosti kvalitativnom kriteriju.

Prije svega, kriterij “vođa” je dvosmislen i subjektivan. Nije jasno da li se primjenjuje na političku, vojnu ili intelektualnu elitu ili da li ima generičko značenje. On također uvodi na mala vrata element da vođe grupe, bez obzira na vrstu vodstva, imaju posebnu, veću zaštitu nego drugi pripadnici grupe, potpuno ili djelimično, da predstavljaju nešto što je ustvari distinktna podgrupa. Štaviše, ovaj kriterij sadrži element prikrivene promocije političke grupe u status zaštićenog objekta Konvencije – naknadna podjela pripadnika grupe na elitu i obične pripadnike u savremenom društvu ima anahronu i diskriminirajuću konotaciju koja je u flagrantnom raskoraku s idejama koje predstavljaju osnove prava i sloboda pojedinaca i grupa. I posljednje, ali ne najmanje važno, dolazi shvatanje dijela grupe u smislu njenog vodstva, o čemu nema ni traga u *travaux préparatoires* Konvencije.

Nasuprot tzv. kvalitativnom kriteriju, kvantitativni kriterij karakterizira objektivnost, koja proistječe iz same njegove prirode. Prema zakonu o velikim brojevima, ovaj kriterij u primjeni po pravilu uključuje pripadnike grupe na

<sup>199</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Jelisića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 82.

<sup>200</sup> P. Akhavan, «Doprinosi Međunarodnih krivičnih tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu razvoju definicija zločina protiv čovječnosti i genocida», *American Society of International Law Proceeding*, april 2000, strana 283.

koje se primjenjuje kvalitativni kriterij kao parametar namjere o uništenju. Ovaj je kriterij, također, primjereniji slovu i duhu Konvencije, prema kojoj grupa kao takva predstavlja krajnju metu, odnosno ciljnu žrtvu zločina.

### 3.2. Cilj uništenja

91. *Cilj uništenja* je “nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva”. Kvalifikacija izražava specifičan kolektivni karakter zločina. On se nalazi u zajedničkim karakteristikama žrtava – koje pripadaju nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili vjerskoj grupi – kao isključivom svojstvu zbog kojeg su izložene djelima koja predstavljaju *actus reus* genocida. Genocid je usmjeren na jedan broj pojedinaca kao grupe ili na njih kao kolektiv, a ne *ad personam* kao takvoj (pasivni element kolektiviteta). Komisija za međunarodno pravo izrazila je ovu ideju konstatacijom:

“Zabranjeno [genocidno] djelo mora se izvršiti protiv pojedinca zbog njegove pripadnosti konkretnoj grupi i kao dopunski korak u okviru općeg cilja da se uništi grupa ... namjera mora biti da se uništi grupa ‘kao takva’, što znači kao poseban i distinktan entitet, *a ne samo neki pojedinci zbog svoje pripadnosti određenoj grupi.*”<sup>201</sup>

Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju određuje relevantne zaštićene grupe kao grupe koje se “mogu identificirati pomoću subjektivnog kriterija stigmatizacije grupe, naročito od počinioca zločina”<sup>202</sup>.

92. Subjektivni kriterij u određivanju “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske” grupe je jedna stvar, a subjektivizam sasvim druga.

Subjektivni kriterij kao alternativa objektivnom, ili u kombinaciji s njim, pravni je kriterij utvrđen kako u međunarodnom tako i u nacionalnom pravu kad je riječ o nacionalnim, etničkim, vjerskim ili rasnim grupama na osnovu činjenice da grubo uzevši odgovaraju “onome što je prije Drugog svjetskog rata bilo priznato kao ‘nacionalne manjine’”<sup>203</sup>. To uključuje, kao

<sup>201</sup> Ujedinjene nacije, GAOR, 51. zasjedanje, Dodatak 10, Ujedinjene nacije, dok. A/51/10/1996, na 88; kurziv dodan.

<sup>202</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Brđanina*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 683; MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 557; MKTBJ, *Tužilac protiv Jelisića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 70.

<sup>203</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, strana 195, paragraf 556; MKTR, *Tužilac protiv Rutagande*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 56; MKTR, *Tužilac protiv Kajelijelija*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 811.

to Shabas s pravom primjećuje, “rase” i “vjerske grupe”<sup>204</sup> čije značenje nije izazvalo značajnije kontroverze. U odnosu na etničke grupe, to je izraz koji u savremenoj upotrebi, čini se, poprima značenje sintetiziranog izraza za “nacionalne manjine”, “rase” i “vjerske” grupe<sup>205</sup>. Izraz je upotrijebio MKTR u slučaju Akayesu. Tribunal je našao da su plemena Hutu i Tutsi “koje i vlasti i ona *sama sebe* smatraju *pripadnicima dvaju distinktnih etničkih grupa*”<sup>206</sup>.

Nasuprot tome, čini se da “stigmatizacija grupe” od počinioca zločina<sup>207</sup> prije uvodi subjektivizam u određenje zaštićene grupe nego što pravilno primjenjuje subjektivni kriterij kao takav. Njegovi kumulativni efekti mogli bi se okarakterizirati kao poništenje pravne supstance zločina genocida u jednom od njegovih konstitutivnih elemenata – elementu zaštićene grupe – koja se od “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske” grupe kao takve mijenja u apstraktni, ljudski kolektivitet određen subjektivno. Tako se može izgubiti razlika između grupa zaštićenih Konvencijom o genocidu i onih, kao što su političke grupe, koje se ne smatraju zaštićenim grupama. Kao posljedica toga urušava se konfiguracija međunarodnih zločina zbog toga što su fizička djela, kojima se vrše ratni zločini, zločini protiv čovječnosti i genocid, u osnovi ista. Štaviše, lična stigmatizacija kao kriterij za određivanje zaštićene grupe može poništiti objektivno postojanje “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske” grupe i uvesti u kontekst zaštićenih grupa one grupe koje su isključene iz djelokruga Konvencije o genocidu.

93. Kumulativni negativni efekti stigmatizacije počinioca kao relevantan kriterij proistječu iz nesaglasnosti, čak otvorenog sukoba, ovog kriterija s općeprihvaćenim pravnim principima i uvjerljivim pravnim razlozima.

*Primo, konstitutivni elementi genocida su stvar objektivnog prava. Kao stvar objektivnog prava, čak i bez obzira na njegovu pravnu snagu, njih ne može, osim u slučaju izričite odredbe u suprotnom, odrediti Počinitelj zločina.* Potpuno je nepoznato u oblasti međunarodnog krivičnog prava, kao i uporednog krivičnog prava, da počinitelj krivičnog djela bude u poziciji da određuje obim počinjenog krivičnog djela. Obim krivičnog djela je stvar norme objektivnog prava,

<sup>204</sup> W. Schabas, *Genocid u međunarodnom pravu*, strana 113.

<sup>205</sup> W. Schabas, *idem*.

<sup>206</sup> MKTR, *Tužilac protiv Akayesua*, paragraf 122, fusnota 56; kurziv dodan.

<sup>207</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Nikolića*, Pravilo 61, Odluka, paragraf 27; MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 557; MKTBJ, *Tužilac protiv Jelisića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 70; kurziv dodan.

a ne stvar ličnog vrednosnog suda počinioca. Određenje “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske” grupe, kao element zločina genocida po ličnom vrednosnom sudu počinioca u nepomirljivom je sukobu sa samom suštinom pravnog rezoniranja u oblasti krivičnog prava. Kvalifikacija “kao takva” u formulaciji člana II Konvencije potvrđuje da je “nacionalna, etnička, rasna ili vjerska” grupa stvar objektivne stvarnosti, a ne osobnog vrednosnog suda počinioca.

*Secundo*, sudskim nalazom koji se zasniva na osobnom vrednosnom sudu počinioca, bilo koji Sud, u slučaju nesuglasnosti između subjektivnog kriterija stigmatizacije i “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe” kao takve, stvara virtualnu sudsku stvarnost koja je u raskoraku s objektivnom stvarnošću koju se ima u vidu u članu II Konvencije. Štaviše, njena moguća posljedica može biti identifikacija kao ciljne grupe – grupe koja čak i ne postoji u stvarnosti<sup>208</sup>.

*Tertio*, sam subjektivni kriterij možda nije dovoljan da se odredi zaštićena grupa po Konvenciji o genocidu, jer djela nabrojana u podtačkama (a) do (e) Konvencije moraju biti usmjerena protiv “pripadnika grupe”<sup>209</sup>.

*Quatro*, u slučaju više počinitelja kriterij stigmatizacije može lahko voditi nejednakim, suštinski različitim, identificiranjima relevantnih grupa.

*Quinto*, percepcija počinioca “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske” grupe, ako je nepravilna, stvara *error in personam* koja *per se* diskvalificira genocidnu namjeru. Opći princip krivičnog prava je da bilo koja osoba koja, dok vrši krivično djelo, nije svjesna da je neka okolnost dio pravnih elemenata, ne djeluje namjerno. Krivična odgovornost za djelo iz nehata, međutim, ostaje netaknuta.

*Sixto*, ovaj kriterij daje prekomjerne diskrecione ovlasti Sudu. S obzirom na prirodu percepcije počinioca, moglo bi se reći da ona idu toliko daleko da se mogu nazvati *discretio generalis*.

94. Slabe tačke subjektivnog kriterija također se pokazuju u pravnoj praksi oba Tribunala. U slučaju *Brđanin*, MKTBJ je konstatirao *expressis verbis* da se “*korektno određivanje* relevantne zaštićene grupe mora vršiti po principu od slučaja do slučaja, vodeći računa i o objektivnom i o subjektivnom

<sup>208</sup> W. Schabas, *op. cit.*, strana 110.

<sup>209</sup> *Ibid.*, strana 111.

*kriteriju*<sup>210</sup>. Naprimjer, Međunarodni krivični tribunal za Ruandu (ICTR) je naveo, kao objektivni kriterij za identificiranje Tutsija, identifikacione karte koje ukazuju na etničku pripadnost (identificiranje od drugih) ili subjektivni kriterij pripadnika ciljnih grupa (samoidentificiranje)<sup>211</sup>. Prema tome, od najvećeg je značaja da subjektivni kriterij, ako se uopće primjenjuje u svom obliku “stigmatizacije”, mora biti zamišljen u okviru objektivnih pravnih standarda koji proistječu iz slova i duha relevantnih odredaba Konvencije o genocidu, poštujući standarde utvrđene u korpusu prava koje se odnosi na nacionalne manjine.

95. Čini se da kriterij stigmatizacije ne samo da ne može biti jedini kriterij; on čak ne može biti primarni kriterij za određenje “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske” grupe u okviru Konvencije o genocidu. *Riječ je prije o osobnoj potvrdi počinioaca o postojanju zaštićene grupe, a ne njenom stvaranju*. Zanimljivo je primijetiti da je u slučaju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti, MKTBJ primjenjivao objektivni kriterij za određivanje zaštićenih grupa<sup>212</sup>.

U osnovi, stigmatizacija grupe shvaćena na ovaj način ima dokazni značaj kao jedan od elemenata za donošenje zaključka o genocidnoj namjeri.

96. “Nacionalna, etnička, rasna ili vjerska” grupa, barem u slučajevima gdje država na čijoj se teritoriji navodni zločin genocida dogodio, priznaje postojanje tih grupa kao distinktnih i posebnih subjekata, treba se određivati na osnovu kriterija utvrđenih unutrašnjim pravom te države ili na osnovu važećih međunarodnih ugovora čija je članica relevantna država. Na izvjestan način, ovdje je riječ o *renvoi* ili upućivanju stvari na unutrašnje *pravo* Bosne i Hercegovine. Kako zbog toga što međunarodno pravo nema općeprihvaćene precizne kriterije za određivanje “nacionalnih, etničkih, rasnih ili vjerskih” grupa tako i zbog činjenice što se spor koji je u pitanju, ustvari, pozvao na subjekte iz unutrašnjeg prava i društva Bosne i Hercegovine. Ili, ako nije striktan *renvoi* na unutarnje pravo, onda je barem priznanje grupa koje postoje po unutarnjem pravu Bosne i Hercegovine i kriterijima na osnovu kojih su one određene. Još jedan razlog za to je činjenica da se sam MKTBJ, kada je to smatrao podesnim, oslanjao na domaće pravo u određivanju elemenata međunarodnih zločina.

---

210 MKTBJ, *Tužilac protiv Brđanina*, Presuda Pretresnoga vijeća, paragraf 684; isto važi i za MKTR u Presudi Pretresnog vijeća u predmetu Semanza, paragraf 317; MKTR, *Tužilac protiv Kajelijelija*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 811; kurziv dodan.

211 MKTR, *Tužilac protiv Kayisheme*, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 90, 98.

212 Jones, strane 69, 94.



Primjena subjektivnog kriterija pati od objektivnih ograničenja koja proistječu prije svega iz osnovnog značenja “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske” grupe kao takve. Mada Konvencija ne nudi izričitu definiciju ovih grupa, čini se da je osnovno značenje upotrijebljenih izraza relativno jasno. Atributi “nacionalna”, “etnička”, “vjerska”, “rasna”, iako im nedostaje preciznost, univerzalno prihvaćeno određenje, sami po sebi posjeduju prepoznatljivu, generičku supstancu, koja je u izvjesnoj mjeri razrađena i u drugim međunarodnim konvencijama (*exempli causa*, Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije). Nepostojanje konkretnih jasnih oznaka – *differentia specifica* – između ovih četiriju grupa, što, prema tome, može imati za posljedicu njihovo poklapanje, ne može imati suštinski negativan efekt na pravilnu primjenu Konvencije o genocidu, jer njihova generička prepoznatljivost jasno pokazuje koje su grupe zaštićene Konvencijom, ili nosi u sebi efekt isključivosti, sprečavajući na taj način stvaranje novih zaštićenih grupa izvan okvira “nacionalnih, etničkih, rasnih ili vjerskih” grupa. To se jasno pokazalo upravo u Bosni i Hercegovini.

97. Podnosilac tužbe tvrdi da su u ovom sporu zaštićene grupe po Konvenciji o genocidu – “bosanski narod” (Zahtjev za pokretanje postupka, MBH, 2.2.1.2.), “uglavnom muslimansko” (*Idem.*, 2.2.2.1), “muslimansko stanovništvo” (*Idem.*, 2.2.5.13), “nacionalne, etničke ili vjerske grupe (u okviru, ali ne ograničene na, teritoriju Republike Bosne i Hercegovine), uključujući naročito muslimansko stanovništvo” (*idem.*, podnesak pod (1), nesrpsko stanovništvo (RBH, 7); “narod i država Bosna i Hercegovina” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije), Zahtjev za uvođenje privremenih mjera, Naredba od 8. aprila 1993, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1993, strana 4, paragraf 2; “Narod Bosne i Hercegovine”, Dalji zahtjevi za uvođenje privremenih mjera, Naredba od 13. septembra 1993 (Ibid.)*, strana 332.

Kao predmet zaštite od genocida, “nacionalne, etničke, vjerske ili rasne” grupe moraju biti precizno određene. Zahtjev u pogledu određenja je od sveukupnog značaja kako u proceduralnom tako i u suštinskom smislu.

Izraz “nesrbi” u etničkom, nacionalnom ili vjerskom okruženju Bosne i Hercegovine ima prilično široko i nejasno značenje, koji nije moguće svrstati u okvir “nacionalne, etničke, vjerske ili rasne” grupe kako je definirana u Konvenciji o genocidu. Kao opći izraz koji obuhvata različite grupe, on je

u suprotnosti s bitnim zahtjevom da zaštićena grupa predstavlja poseban i distinktan subjekt. Pored muslimana i Hrvata, izraz nužno obuhvata i druge grupe. Ne samo Jugoslavene, Jevreje i Rome, već i Crnogorce koji su također bili zastupljeni u etničkom i nacionalnom sastavu Bosne i Hercegovine. Budući da su Crnogorci vodeća etnička zajednica u Crnoj Gori, bivšoj federalnoj jedinici Tužene strane, proizlazi da izraz “nesrpski” podrazumijeva da se Tužena strana optužuje također za autogenocid. Štaviše, izraz obuhvata Srbe u BiH, čiji se relativno najveći broj izjasnio kao Jugoslaveni.

Izraz “bosanski narod” zasniva se na vezi pojedinaca s državom Bosnom i Hercegovinom po osnovu državljanstva kao objektivnog kriterija za određenje “nacionalne grupe”. Međutim, izraz “Bosanci” ne postoji u smislu “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske” grupe, jer odražava pojam “nacionalne grupe” u “političko-pravnom” smislu<sup>21376</sup>, koji je neprimjenjiv na prava država kao što je Bosna i Hercegovina u kojima se pravi razlika između pojmova “nacionalnost” i “državljanstvo”. U tom pogledu, karakterizacija “bosanski narod” poništava postojanje različitih etničkih, nacionalnih i vjerskih grupa u Bosni i Hercegovini i kao takva mogla bi se okarakterizirati kao diskriminirajuća. Isto važi *mutatis mutandis* i za “bosansko stanovništvo”.

Formulacija “uglavnom bosanski muslimani”, bez obzira da li se zamišlja kao “narod” ili kao “stanovništvo”, najbliža je pojmu “nacionalna, etnička, rasna ili vjerska” grupa u smislu Konvencije o genocidu, mada ne odgovara *in toto* strogim zahtjevima formulacije “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe kao takve” sadržane u Konvenciji (kurziv dodan). Izraz “kao takva” jasno pokazuje da je cilj genocida uništenje grupe kao distinktnog i posebnog entiteta. Jednostavno i prirodno značenje formulacije “uglavnom bosanski” je da cilj navodnog genocida nisu bili bosanski muslimani kao takvi, kao distinktan i poseban entitet. Nadalje, to znači da djela počinjena nad pojedincima nisu bila usmjerena protiv njih kao personifikaciju relevantne grupe, u njihovom kolektivnom kapacitu, što predstavlja istinsku, unutarnju karakteristiku genocida. U nedostatku tog uvjeta, zločinačka namjera ne može se okarakterizirati kao genocidna u normativnom okruženju zakona o genocidu, kao *ius strictum*.

Čini se da nijedno određenje zaštićene grupe koje je dao Podnosilac tužbe ne zadovoljava zahtjeve sadržane u formuli “nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva”, barem ne u postupku pred Međunarodnim sudom

---

213 N. Ruhashyankiko, Specijalni izvjestilac, dok. I/CN.4, Sub. 2/416, 4. juli 1978, *op. cit.*, paragrafi 56-61.

pravde koji karakterizira, *inter alia*, fundamentalni princip *non ultra petita*. Kao što je Sud konstatirao u sporu Tumačenje azila:

“Mora se imati na umu princip da je obaveza Suda ne samo da odgovori na pitanja kako su navedena u podnescima strana već i da se uzdrži od odlučivanja o pitanjima koja nisu sadržana u tim podnescima” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1950*, strana 395, 402).

Pored toga, treba primijetiti da Podnosilac tužbe, u svojim podnescima u tužbi, podvodi pod zaštićene grupe “nacionalne, etničke ili vjerske grupe u okviru, *ali ne ograničavajući se na teritoriju Bosne i Hercegovine ...*” (Tužba, Dio 7, podnesak pod (1). U svom posljednjem podnesku Podnosilac tužbe je zatražio od Suda da presudi i izjavi da je Srbija i Crna Gora

“prekršila svoje obaveze iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida namjerno uništavajući *djelimično nesrpsku nacionalnu, etničku ili vjersku grupu u okviru, ali ne ograničavajući se na teritoriju Bosne i Hercegovine, uključujući naročito muslimansko stanovništvo*” (zastupnik Softić, CR 2006/37, strana 59, paragraf 1).

98. Što se tiče njenog proceduralnog značaja, Tužba, kako je navedeno u članu 38, stav 2, “mora ... precizno navesti prirodu zahtjeva”. Određenje zaštićene grupe, u sporu koji se odnosi na *Primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovin protiv Jugoslavije)*, relevantni je dio zahtjeva kao cjeline.

U suštinskom smislu zaštita “nacionalne, etničke, rasne ili vjerske” grupe je *ratio legis* Konvencije. Neadekvatno određenje zaštićene grupe može imati dalekosežne posljedice u postupku pred Sudom. Nasuprot krivičnom sudu, ovaj Sud, u vršenju svoje sudske funkcije, podliježe, *inter alia*, fundamentalnom principu *non ultra petitum*. Prema tome, Sud, budući da nije u poziciji da postupa kao zamjena strane u sporu, u presuđivanju o ovoj stvari obavezan je prihvatiti određenje zaštićene grupe koje je dao Podnosilac tužbe (*SSMP, Serije A, No. 7, P. 35; Nuklearne probe (Australija protiv Francuske), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strana 262-263, paragrafi 29-30; *Nuklearne probe (Novi Zeland protiv Francuske), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974*, strane 466-467, paragrafi 30-31).

Namjera da se uništi grupa “kao takva” znači namjeru da se uništi grupa kao poseban i distinktan subjekt. To proizlazi iz činjenice da djelo genocida predstavlja ne samo napad na pojedinca već i napad na grupu s kojom se pojedinac poistovjećuje.

Grupa kao poseban i distinktan entitet može se, u principu, odrediti ili na pozitivan ili na negativan način.

Pravna praksa MKTBJ je uglavnom protiv tzv. negativnih kriterija. Negativna definicija grupe, zasnovana na formuli isključenja, ima unutrašnja ograničenja u primjeni. U principu, ona je pogodna za određenje zaštićene grupe u smislu posebnog i distinktnog subjekta u dvoetničkim ili, pod izvjesnim uvjetima, troetničkim zajednicama, mada ostaje otvoreno pitanje da li je negativna definicija kao takva odgovarajuća forma za pravno određenje stvari koje pripadaju *ius strictum* ili je jednostavno opisna. *U multietničkim zajednicama koje se sastoje od više od tri nacionalne, etničke ili vjerske grupe, negativnom definicijom uopće se ne može odrediti zaštićena grupa u skladu s Konvencijom.* Princip isključenja kao operativni princip negativne definicije očigledno je nemoćan da odredi zaštićenu grupu kao distinktnu i posebnu grupu.

#### 4. “Kao takva”

99. Riječi “kao takva” predstavljaju, kada je riječ o “nacionalnoj, etničkoj rasnoj ili vjerskoj” grupi u smislu Konvencije o genocidu – kvalifikaciju karakterizacije. Njima se utvrđuje još jedan aspekt zahtjeva namjere – da namjera uništenja bude usmjerena na grupu kao zaštićenu grupu<sup>214</sup>.

Sama grupa predstavlja krajnji cilj ili žrtvu prema kojoj je usmjeren zločin genocida. Međutim, da bi se ostvario ukupan cilj uništenja grupe, neophodno je da djelo bude počinjeno protiv pojedinaca koji sačinjavaju grupu kao neposredne žrtve. Činjenica da su pojedinci koji sačinjavaju grupu namjerno izloženi djelima koja predstavljaju *actus reus* genocida nije dovoljna *per se* u svjetlu kvalifikacije “kao takva”. Kao što je Pretresno vijeće konstatiralo u slučaju *Krstić*: “Samo saznanje počinioca o pripadnosti žrtava distinktnoj grupi nije dovoljno da se utvrdi namjera o uništenju grupe kao

---

<sup>214</sup> Lipman, “Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948: Četrdeset pet godina poslije”, *Temp. International Law and Comparative Law Journal*, 7-9/1994, strane 22-24, napomena 38.

takve.”<sup>215</sup>

Da bi se kvalificirala kao genocidna, namjera mora biti usmjerena na pojedince koji predstavljaju grupu u svom kolektivnom kapacitetu, tj. kapacitetu pripadnika zaštićene grupe čije je uništenje dodatni korak ka ostvarenju ukupnog cilja da se uništi grupa.

Kvalifikacija “kao takva” služi također kao *differentia specifica* između diskriminatorne namjere koja navodi na zaključak o elementu zločina progona, koji također može imati, kao cilj genocidne namjere, rasnu, isključujući etničku, grupu<sup>216</sup>.

Kao posljedica, ako bi djela zabranjena po članu II Konvencije bila usmjerena na veliki dio zaštićene grupe kao takve, ta djela ne bi predstavljala genocid ako bi bila dio kampanje nasilja nasumce ili općeg modela rata.

Može se pretpostaviti da je jedno takvo shvatanje utjecalo na to da ovaj Sud nađe u incidentalnoj proceduri za uvođenje privremenih mjera u sporovima *Legalnost upotrebe sile* da “bombardiranje ... zaista uključuje element namjere prema grupi kao takvoj, koja se zahtijeva odredbom” (član II Konvencije o genocidu; *Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1999*, strana 138, tačka 40).

Jer, “kontinuirano bombardiranje cjelokupne teritorije države, zagađivanje tla, zraka i vode, uništenje privrede zemlje, zagađivanje životne sredine osiromašenim uranijom” (*Legalnost upotrebe sile (Jugoslavija protiv Belgije) Verbatim Records*, 10. maj 1999, zastupnik Etinski) moglo je biti uključeno u stvaranje destruktivnih životnih uvjeta, barem onoliko koliko je to prinudno raseljavanje, opsada gradova ili glad. Namjeru u osnovi ovih djela general Wesley Clark je definirao na slijedeći način:

“Sistematski i progresivno ćemo napadati, rušiti, degradirati, pustošiti, i na kraju, ukoliko predsjednik Milošević ne bude udovoljio zahtjevima međunarodne zajednice, uništiti ćemo njegove snage i njihove objekte i podršku.”<sup>217</sup>

Ili, kako je Michael Gordon u članku pod naslovom “Krizna na Balkanu” citirao

<sup>215</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 561.

<sup>216</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Brđanina*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 992; MKTBJ, *Tužilac protiv Krnojelca*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 185.

<sup>217</sup> BBC Vijesti, [http://news.bbc.co.uk/1/hi/special\\_report/1998/kosovo2/303641.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/special_report/1998/kosovo2/303641.stm).

riječi generala Chorteaua, koji je rekao da se “nada da će nevolje jugoslavenske javnosti potkopati podršku vlasti u Beogradu”. I nastavio: “Mislim da prijekid napajanja vašeg frižidera električnom energijom, nedostatak gasa za vaš štednjak, nemogućnost da odete na posao zbog toga što je srušen most ...”<sup>21881</sup>.

100. Odredba člana II Konvencije prema kojoj genocid znači uništenje grupe “potpuno ili djelimično” nije bez nejasnoća. Nije sasvim jasno da li se kvalifikacija “djelimično” odnosi na obim namjere ili na obim djela.

Gramatičko tumačenje navodilo bi na zaključak da se kvalifikacija “djelimično” odnosi na elemente zločina – objektivne i subjektivne. Takvo se tumačenje, međutim, ne čini potpuno zadovoljavajućim, uglavnom zbog toga što je diskriminatorna namjera najopćenitija karakteristika namjere o uništenju. Naime, ona podrazumijeva da je diskriminatorna namjera izražena dvostruko i neravnopravno – s jedne strane o “nacionalnoj, etničkoj, vjerskoj ili rasnoj” grupi kao distinktnom i posebnom entitetu, a s druge, u okviru tog entiteta, tretirajući neke njegove dijelove kao da su distinktni i posebni entiteti. Drugim riječima, ako bi se kvalifikacija “djelimično” odnosila samo na obim namjere, to bi značilo, kao krajnji rezultat takvog tumačenja, da je dio grupe distinktan entitet u okviru grupe kojoj pripada.

Osnovna ideja Konvencije o genocidu je zaštita prava na postojanje čitavih ljudskih grupa, što *ex definitione* podrazumijeva i zaštitu njihovih dijelova kao malih grupa.

Namjera da se uništi dio grupe je, ustvari, *ratione personae* ograničena, stvarna projekcija namjere o potpunom uništenju grupe, koju diktira odgovarajuća faktička situacija a ne različiti stavovi prema dijelovima zaštićene grupe. Kao što je profesor Pellet primijetio: “subjektivni element genocida, *mens rea*, tj. genocidna namjera, može biti samo globalan” (CR 2006/10, strana 47, paragraf 21).

## 5. Značenje etničkog čišćenja prema Konvenciji

101. Kad je riječ o aktuelnom sporu, izraz “etničko čišćenje” upotrebljava se u nekoliko značenja:

---

218 New York Times, 13. maj 1999, “Krizna na Balkanu”, <http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F10711FE3A5B0C708DDDAC0894D1494D81>.

i) da označi djelo koje predstavlja *actus reus* zločina genocida;

ii) kao sinonim ili eufemizam za zločin genocida;

iii) kao supstrat ili faktička matrica za zaključke o genocidnoj namjeri kao subjektivnom elementu zločina genocida.

102. Situacija je jasna kad je riječ o “etničkom čišćenju” kao djelu koje predstavlja *actus reus* genocida.

Djela koja predstavljaju *actus reus* genocida nabrojana su *a limine* u članu II Konvencije. Član II Konvencije ne obuhvaća “etničko čišćenje” kao genocidno djelo.

Za vrijeme izrade nacrtu Konvencije o genocidu bilo je, istina, prijedloga u prilog tome prije nego što su ta djela podvedena pod naslov etničko čišćenje kao šesto djelo genocida. Međutim, ti prijedlozi nisu prihvaćeni. Sirija je podnijela amandman<sup>21982</sup> da se uključi uvođenje “mjera u cilju obavezivanja pripadnika grupe da napuste svoje domove kako bi izbjegli prijetnju kasnijeg zlostavljanja” kao *actus reus* genocida. Amandman je podržao jugoslavenski predstavnik Bartoš, koji je naveo nacističko raseljavanje slavenskog stanovništva iz jednog dijela Jugoslavije kao akciju “koja se svodi na namjerno uništenje grupe”. On je dodao da bi se “genocid mogao počinuti prinudom pripadnika grupe da napuste svoje domove”<sup>220</sup>.

Međutim, amandman je odbačen jasnom većinom od 29 glasova protiv i 5 glasova za, kao i 8 suzdržanih<sup>221</sup>, uz obrazloženje da suviše odstupa od koncepta genocida<sup>222</sup>. Konkretno raspravljajući o tvrdnji da je prinudno raseljavanje koje su sprovodili nacisti isto što i namjerno uništenje grupe, sovjetski predstavnik Morozov je istakao da je to posljedica, a ne sam genocid<sup>223</sup>.

Iscrpno nabranje djela koja predstavljaju *actus reus* genocida je pravilan i uvjerljiv izraz temeljnog principa krivičnog prava, kako domaćeg tako i međunarodnog: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

---

219 Ujedinjene nacije, dok. A/C.6/234.

220 Ujedinjene nacije, dok. A/C.6/SR.82.

221 *ibid.*

222 Maktos (Sjedinjene Američke Države), Fitzmaurice (Ujedinjeno Kraljevstvo), *idem*.

223 *idem*.

Za vrijeme debate u Šestom komitetu, podnijeta<sup>224</sup> su dva amandmana kojima se predlagalo da se usvoji ilustrativna definicija genocidnih djela. Nakon diskusije amandmani su odbačeni na osnovu argumenta da je iscrpno nabranje bilo neophodno zbog fundamentalnog principa *nulla poena sine lege*. Također je rečeno da je prednost metoda iscrpnog nabranja u tome što omogućava naknadne izmjene i dopune Konvencije dodavanjem novih djela onima koja su nabrojana<sup>225</sup>.

Treba zapaziti da ni u kom trenutku za vrijeme izrade nacrtu Statuta dvaju *ad hoc* tribunala ili rimskog Statuta Međunarodnog krivičnog suda nije čak ni predloženo da se proširi lista djela ili da se smatra da djela nabrojana u članu II Konvencije nisu iscrpna.

Unutarnja, veoma kompleksna struktura “etničkog čišćenja” također ne ide u prilog njegovog uključenja u genocidna djela. Etničko čišćenje obuhvaća djela koja pripadaju različitim vrstama međunarodnih zločina koji prate djela koja, mada nasilna u smislu međunarodno priznatih ljudskih prava, nisu kažnjiva *per se* (vidi paragraf 201).

103. Podnosilac tužbe izjednačava genocid i “etničko čišćenje”. *Exempli causa*, u svom Odgovoru Podnosilac tužbe tvrdi da je “kampanja etničkog čišćenja stvarno ravna daljoj kampanji genocida u Evropi u ovom vijeku ...“ (Odgovor, paragraf 703, poglavlje 5, odjeljak 9 – Politika etničkog čišćenja). Ovo nije izolirano shvatanje. Potvrđujući drugu optužnicu protiv Karadžića i Mladića – optužnicu za Srebrenicu (IT/95/18/I) od 16. novembra 1995 – sudija Mahmud Riad kaže, mada opreznije, da “politika etničkog čišćenja ... u svom krajnjem ispoljavanju pokazuje genocidne osobine”<sup>22689</sup>.

Odgovor na pitanje da li se genocid i “etničko čišćenje” mogu izjednačavati je dvostruk: formalan i suštinski.

Mada se izraz “etničko čišćenje” pojavio poslije završetka Drugog svjetskog rata kao “neposredan nastavak izraza, naročito izraza ‘Sdubering’ (čišćenje)”<sup>227</sup>, koji su koristili nacisti u svojim “higijenskim programima”, on

<sup>224</sup> A/C.6/232/Rev. 1 i A/C.6/223 i korigendum 1.

<sup>225</sup> N. Ruhashyankiko, Specijalni izvjestilac, dok. I/CN.4, Sub. 2/416, 4. juli 1978, *op. cit.*, strana 14.

<sup>226</sup> Za druga mišljenja u tom smislu, vidjeti Schabas, „Etničko čišćenje“ i genocid, EUMI, tom 3, 2003/4, strane 111-112.

<sup>227</sup> W. Schabas, “Etničko čišćenje” i genocid: Sličnosti i razlike, *European Journal of Minority Rights*, tom 3, 2003/4, strana 113.



nije našao mjesto u Konvenciji o genocidu, čak ni kao djelo koje bi predstavljalo *actus reus* genocida (vidi paragraf 2) ili kao sinonim za “genocid”.

Otuda korištenje izraza “etničko čišćenje” umjesto izraza genocid podrazumijeva, s formalne tačke gledišta, redefiniciju “genocida” kako je prihvaćen u Konvenciji o genocidu. Izrazi koji se koriste u zakonskim aktima, naročito konvencijama, kao što je Konvencija o genocidu, kojima se uspostavlja objektivno pravo sa snagom *ius cogens* nisu obični izrazi koji podliježu redefiniranju na osnovu jednostrane, subjektivne ocjene ili sporazuma budući da su dio materijalnog prava utvrđenog Konvencijom o genocidu. S obzirom da čini pravnu cjelinu sa suštinskim odredbama Konvencije, tehnički termin “genocid” može se mijenjati ili zamijeniti nekim drugim izrazom samo na osnovu procedure analogne proceduri za izmjene i dopune odredaba Konvencije.

U suštinskom smislu, izjednačavanje genocida i “etničkog čišćenja” može biti razumno samo tamo gdje se ovaj potonji poklapa *in toto* s relevantnim konstitutivnim elementima – kako materijalnim tako i subjektivnim – zločina genocida.

Postoji jedan zajednički imenilac u brojnim definicijama “etničkog čišćenja”; on se izražava kao cilj kojem počinilac teži. U tom pogledu, kao osnovna definicija može se uzeti ona koju je dao Specijalni izvjestilac Mazowiecki u svom šestom izvještaju. Prema tom izvještaju, “etničko čišćenje može se izjednačiti sa sistematskim protjerivanjem civilnog stanovništva na osnovu etničkih kriterija, *u cilju prinude da napusti teritorije na kojima živi*”<sup>228</sup>. Ekspertska komisija u svom prvom Privremenom izvještaju od 10. februara 1993. također je usvojila istu liniju rezoniranja – “etničko čišćenje znači *pretvaranje nekog područja u etnički homogeno* upotrebom sile i zastrašivanja *kako bi se uklonile osobe koje pripadaju datim grupama* iz tog područja”<sup>229</sup>. Prema tome, *genus proximus* “etničkog čišćenja” treba tražiti u stvaranju etnički homogenih područja prinudom stanovništva da napusti svoje domove.

Suštinska razlika između genocida i etničkog čišćenja leži upravo u tome. Dok genocid obuhvaća istrebljenje zaštićenih grupa, “etničko čišćenje”, ako se shvati kao zločin *per se*, obuhvata protjerivanje stanovništva iz date, po pravilu, sporne teritorije. Iz toga slijedi da, dok zabrana genocida ima za cilj da zaštiti

<sup>228</sup> Šesti izvještaj Mazowieckog II, tačka 283 na strani 44; kurziv dodan.

<sup>229</sup> Ujedinjene nacije, dok. S/25274.

fizički i biološki opstanak grupe, zabrana “etničkog čišćenja”, ako se shvati kao zločin *per se*, imala bi za cilj sprečavanje protjerivanja grupa.

Proizlazi da, kad je riječ o subjektivnom elementu, genocid karakterizira namjera da se uništi ciljna grupa, dok se “etničko čišćenje” karakterizira namjerom da se progna ili iseli civilno stanovništvo ili osobe koje pripadaju datim grupama.

Postoji još jedna razlika u djelima kojima se vrši genocid i “etničko čišćenje”.

Čini se da “etničko čišćenje” obuhvata razna djela koja su suštinski različita po svojoj prirodi i efektu.

Djela za koja se kaže da predstavljaju djela “etničkog čišćenja” mogu se, *grosso modo*, podijeliti na dvije glavne grupe:

a) prvu grupu čine djela kažnjiva po međunarodnom pravu, kao što su masovna deportacija, stavljanje u pritvor i maltretiranje civilnog stanovništva, otvaranje vatre na odabrane civilne ciljeve, masovno raseljavanje zajednica, silovanje, izvršenje smrtno kazne po kratkom postupku, namjerno napad i blokiranje humanitarne pomoći, namjerno raketiranje ciljeva (naročito vodovoda i transportnih sredstava, sredstava veze), uzimanje talaca i pritvaranje civila u cilju razmjene, napad na izbjegličke kampove.<sup>230</sup>

b) Druga grupa obuhvata djela koja, iako protupravna, zbog toga što se njima krše prava pojedinaca ili grupa koja spadaju u skup međunarodno priznatih ljudskih prava, nisu *per se* kažnjiva po međunarodnom krivičnom pravu.<sup>231</sup>

Iz toga slijedi da su djela kojima se vrši “etničko čišćenje” različita po svojoj prirodi u tom smislu što “etničko čišćenje” poprima crte plastičnog omnibus izraza, a ne crte koherentnog, *lege artis*, slojevitog krivičnog

<sup>230</sup> Prvi izvještaj Mazowieckog I, strana 4, tačke 15, 16; Četvrti izvještaj Mazowieckog II, strane 8-9, tačke 26, 29; Šesti izvještaj Mazowieckog II, strana 5, paragraf 13; Peti izvještaj Mazowieckog II, strana 4, paragraf 15.

<sup>231</sup> *Exempli causa*, administrativne mjere kao što je uklanjanje zakonito izabranih vlasti – Treći izvještaj Mazowieckog I, strana 8, tačka 17(a); otpuštanje s posla – Prvi izvještaj Mazowieckog I, strana 3, tačka 12; stalna provjera identiteta pripadnika manjinskih etničkih grupa – Treći izvještaj Mazowieckog I, strana 8, tačka 17; presjecanje telefonskih veza – Peti izvještaj Mazowieckog II, strana 12, tačka 84; prinudni rad, često uključujući rad na prvim linijama u oružanom sukobu – Peti izvještaj Mazowieckog II, strana 12, tačka 84, itd.

djela. Kao takvo, “etničko čišćenje” je, čini se, izraz koji nije tehnički i “koji koriste vojnici, novinari, sociolozi, naučni radnici i drugi da bi opisali fenomen koji nije definiran zakonom”<sup>232</sup>. Akcije kojima se vrši “etničko čišćenje” posjedovale bi potonju karakteristiku samo onda kada bi postojala norma međunarodnog prava kojom se zabranjuje etničko prekomponiranje (ili namjerna promjena etničkog sastava) teritorija bilo kojim sredstvima – dopuštenim ili nedopuštenim – (uključujući, naprimjer, davanje beneficija ili materijalnih koristi izvjesnim osobama ili grupama osoba u cilju podsticanja da napuste dati teritorij).

U tom kontekstu čini se da nije od odlučujuće važnosti da li je u pitanju “politika etničkog čišćenja” ili “kampanja etničkog čišćenja”, jer “etničko čišćenje” datog teritorija teško da je moguće bez plana i koordinirane akcije znatnog broja ljudi ili državnih institucija. Shvaćeno u smislu “politike” ili “kampanje”, etničko čišćenje je, ustvari, samo izraz namjere ili dokaz o namjeri da se protjeraju ili isele grupe s teritorije. Kao “politika” ili “kampanja”, ono je po prirodi sistematsko i široko, jer bez ovih atributa “etničko čišćenje” nije izvodljivo u praktičnom smislu. Istovremeno korištenje ovih izraza je pleonazam (naprimjer, “smišljena politika”), koji niti doprinosi suštinskoj pravnoj definiciji “etničkog čišćenja” u smislu iseljavanja ili protjerivanja grupe s date teritorije niti joj nešto oduzima.

Mada “etničko čišćenje” kao takvo nije *actus reus* genocida prema Konvenciji, a još manje sinonim ili eufemizam za genocid, to ne znači da izvjesna djela “etničkog čišćenja” ne mogu biti sredstva ili metodi za vršenje genocida. Međutim, mogućnost poklapanja genocidnih djela i djela “etničkog čišćenja” ne uspostavlja pravnu vezu između ova dva pojma niti znači njihovu identičnost. U pitanju je prije izraz unutarnje instrumentalizirane sposobnosti pojedinih fizičkih djela da izazovu posljedice koje se, u svojoj konkretnoj manifestaciji, uklapaju u genus zločina genocida ili etničkog čišćenja ili nekih drugih zločina, kao što je zločin protiv čovječnosti i ratni zločin.

Prema tome, ovdje je riječ o općoj instrumentaliziranoj sposobnosti izvjesnih fizičkih djela da izazovu posljedice čija se pravna karakterizacija u okviru konfiguracije djela kažnjivih po međunarodnom pravu mora odrediti na osnovu konkretnih osobina – materijalnih i subjektivnih – međunarodnih zločina uzetih pojedinačno.

---

232 K. Mulaj, Etničko čišćenje u bivšoj Jugoslaviji u 1990-tim: eufemizam za genocid?, strana 696.

Doista, objektivni elementi, naprimjer zločina protiv čovječnosti i zločina genocida

“mogu se nesumnjivo poklopiti u izvjesnoj mjeri ... Ubijanje pripadnika etničke ili vjerske grupe može kao takvo spadati u obje kategorije. Isto važi za nanošenje ozbiljne tjelesne ili mentalne povrede pripadnicima rasne ili vjerske grupe, ili čak i za druge tri vrste genocida. Međutim, zločini protiv čovječnosti imaju širi domet, jer mogu obuhvatiti djela koja ne spadaju u okvir genocida, naprimjer, zatvor ili mučenje”<sup>233</sup>.

Drugim riječima, ove dvije kategorije zločina su “recipročno posebne u smislu da čine krugove koji se poklapaju a koji se ipak ukrštaju samo dodirno”<sup>234</sup>.

Isto tako, isti objektivni elementi mogu biti asimilirani u konkretne ratne zločine<sup>235</sup>.

Rezoniranje koje neko fizičko djelo posmatra bez uzimanja u obzir cjelinespecifičnih osobina – materijalnih i subjektivnih – međunarodnih zločina u suštini ignorira razliku između različitih vrsta međunarodnih zločina, tako da, *exempli causa*, “bombardiranje Hamburga, Drezdena i Tokija zapaljivim bombama i bombardiranje Hirošime i Nagasakija atomskom bombom može istovremeno predstavljati i genocid i ratne zločine”, jer “distinktna osobenost načina bombardiranja je to da cjelokupno stanovništvo grada postaje meta uništavajućeg nasrtaja”<sup>236</sup>.

104. U principu, činjenica da se “etničko čišćenje” vrši, *inter alia*, fizičkim djelima koja također mogu rezultirati vršenjem zločina genocida omogućava da se “etničko čišćenje” shvati kao supstrat ili faktička matrica za zaključak o genocidnoj namjeri. Međutim, to ne znači da se genocidna namjera može automatski izvesti iz dokaza da se dogodilo “etničko čišćenje”, jer se identična kažnjiva fizička djela ne mogu *per se* izjednačavati s djelima konkretnog zločina. *Exempli causa*, masovna ubistva kao fizička djela mogu predstavljati *actus reus* zločina protiv čovječnosti, genocida ili

---

<sup>233</sup> Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda: komentar, I, 2002, urednici A. Cassese, P. Gaeta, J. Jenes, strana 339.

<sup>234</sup> *idem*.

<sup>235</sup> Privremeni izvještaj Komisije eksperata koji je donijet prema Rezoluciji Vijeća sigurnosti 780 (1992), Ujedinjene nacije, dok. S/35374 (1993), paragraf 56.

<sup>236</sup> L. Kuper, *Theoretical Issues Relating to Genocide: Uses and Abuses in Genocide: Conceptual and Historical Dimension*, urednik G.I. Andreopoulos, strana 34.

ratnih zločina. Djelo konkretnog zločina, konkretno fizičko djelo, stječe pravnu karakterizaciju u okviru ukupnih pravnih karakteristika koje čine bit konkretnog zločina.

Što se tiče izvođenja mogućeg zaključka o genocidnoj namjeri iz dokazanog etničkog čišćenja, čini se da “etničko čišćenje” kao takvo ne može biti adekvatan pravni supstrat za zaključak o genocidnoj namjeri. Zahvaljujući razlici između genocida i etničkog čišćenja, samo ona djela etničkog čišćenja koja su kažnjiva i koja mogu izazvati genocidne efekte mogu se uzeti kao komponente pravnog supstrata za utvrđivanje postojanja genocidne namjere izvođenjem zaključka. U tom pogledu nema nikakve razlike između djela etničkog čišćenja i bilo kojih drugih kažnjivih djela koja posjeduju instrumentaliziranu sposobnost da proizvedu genocidne efekte.

Izvođenje zaključka kao takvo podrazumijeva *in concreto* primjenu adekvatnog standarda dokaza u odnosu na konstitutivne elemente genocidne namjere.

Čini se da ni pravna praksa MKTBJ ne daje osnov za izjednačavanje etničkog čišćenja s genocidom.

Na ovaj zaključak navodi kako afirmativna tako i negativna analiza pravne prakse Tribunala.

S negativne tačke gledišta, od oko desetak optužnica za etničko čišćenje, Tribunal je osudio generala Krstića za saučesništvo u genocidu. Međutim, slučaj je specifičan i zahtijeva poseban tretman (vidi paragrafe 151-153).

Afirmativna analiza pravne prakse MKTBJ u tom smislu proizlazi, s druge strane, iz pravnog rezoniranja Tribunala o ovoj stvari. Naprimjer, u slučaju *Jelisić*, Tužilac je tvrdio da je Jelisić “bio efikasan i revnostan učesnik u *genocidnoj kampanji*” protiv grupe, koja je bila značajna “ne samo zbog toga što je obuhvatala sve ugledne ličnosti bosanske muslimanske zajednice u regionu već i zbog svoje brojnosti”<sup>237</sup>. Međutim, Pretresno vijeće, mada je našlo da su “ubistva koja su počinili optuženi dovoljna da se utvrdi materijalni element zločina genocida i da je *a priori* moguće zamisliti da je optuženi imao plan da iskorijeni cijelu grupu” (paragraf 100), Pretresno vijeće je presudilo da:

---

<sup>237</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Jelisića*, Usmena odluka od 19. oktobra 1999, strana 1.

“U zaključku, djela Gorana Jelisića ne predstavljaju fizički izraz potvrđene riješenosti da se uništi, potpuno ili djelimično, grupa kao takva.

Kada se sve uzme u obzir, Tužilac nije utvrdio van svake razumne sumnje da je u Brčkom izvršen genocid u periodu koji se navodi u optužnici. Nadalje, čini se da ponašanje optuženog ukazuje da je, mada je očigledno izdvojio muslimane, prije ubijao nasumce nego s jasnom namjerom da uništi grupu. Pretresno vijeće stoga zaključuje da nije dokazano van svake razumne sumnje da je optuženog motivirala *dolus specialis* zločina genocida. Optuženom se uvijek mora pokloniti povjerenje u smislu nevinosti dok se ne dokaže suprotno, te se, prema tome, Goran Jelisić mora proglasiti nevinim u pogledu ove tačke optužbe.”<sup>238</sup>

U tom pogledu vidi Pravilo 61 Odluke u slučaju *Karadžić i Mladić*. Pretresno vijeće je u ovom slučaju dalo nalog za istragu da bi se utvrdilo da li “model ponašanja koji razmatra, naime ‘etničko čišćenje’, uzet u svojoj ukupnosti, otkriva takvu genocidnu namjeru”<sup>239</sup>.

105. Okružni sud u Jerusalemu, u svojoj presudi u slučaju Eichmann, dao je suptilno obrazloženje razlike između “etničkog čišćenja” i genocida.

Imajući u vidu antisemitsku politiku nacista, Sud je našao da je do 1941. ta politika, koja je predstavljala kombinaciju diskriminatorских zakona i djela nasilja, kao što je Kristalna noć od 9-10. novembra 1938, u velikoj mjeri odgovarala onome što se danas naziva “etničko čišćenje”. Do tog vremena nacistička politika prema Jevrejima, mada se zasnivala na raznim oblicima progona, nije se mogla okvalificirati kao genocidna, s obzirom da je dopuštala emigraciju iz Njemačke, iako pod diskriminatorским uvjetima. Od sredine 1941. pa nadalje ta je politika, prema nalazu Suda, poprimila oblik “konačnog rješenja” u smislu potpunog istrebljenja, povezanog s prestankom emigracije Jevreja s teritorija pod njemačkom kontrolom<sup>240</sup>. Eichmann je oslobođen optužbe za djela genocida počinjena prije augusta 1941, jer je ostala sumnja u to da li je prije tog datuma postojala namjera o istrebljenju. Djela počinjena nad Jevrejima do tog datuma Sud je podveo pod naziv zločini

<sup>238</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Jelisića*, Presuda, Pretresno vijeće, paragrafi 107-108.

<sup>239</sup> Slučaj *Karadžić i Mladić*, Pravilo 61, Odluka od 11. jula 1996, paragraf 94.

<sup>240</sup> A.G. *Izrael protiv Eichmanna*, 1968, 36 ILR5 (Okružni sud u Jerusalemu, paragraf 80).

protiv čovječnosti<sup>241</sup> nasuprot djelima počinjenim nakon tog datuma, koja je Sud okarakterizirao kao genocid.

## II. Primjena Konvencije o genocidu *in casu*

106. Kada je riječ o suštinskim pitanjima, postoje tri osnovne, sumnjive tačke u pristupu većine Suda:

- i) percepcija zadatka Suda *in casu*, uključujući pristup pravnoj praksi MKTBJ relevantnoj za predmet spora;
- ii) tumačenje obaveza Strana ugovornica koje proistječu iz Konvencije o genocidu i
- iii) tretman pitanja odgovornosti Strana ugovornica u pogledu genocida.

### 1. Opće napomene o mogućim pristupima Suda *in casu*

107. Čini se da je sudski zadatak Suda *in casu* jedinstven i bez presedana i kao takav opterećen izazovima i teškoćama.

*Grosso modo* Sud je bio suočen, barem teoretski, s nekoliko opcija.

*Primo*, da svoju poziciju zamijeni pozicijom krivičnog Suda i da presuđuje da li je u Bosni i Hercegovini počinjen genocid, kao što tvrdi Podnosilac tužbe. Osnov za ovu opciju, što je čudno i iznenađujuće, mogao bi se možda tražiti u nalazima Suda u Presudi o prethodnim prigovorima, u kojoj je Sud, odlučujući o Petom prethodnom prigovoru Tužene strane, smatrao da član IX Konvencije “ne isključuje nijedan oblik odgovornosti države” (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996*, strana 616, paragraf 32). Ako, prema tome, država može biti odgovorna za genocid u smislu krivičnog prava, nije jasno zašto Sud, na osnovu takvog tumačenja člana IX Konvencije, ne bi mogao postupati kao krivični Sud. Drugim riječima, da utvrdi u odgovarajućem postupku, što vjerovatno nije bio slučaj ovdje, pravne zahtjeve, kako objektivne tako i subjektivne, zločina genocida analogno onima koje bi utvrđivao krivični Sud kad je riječ o individualno počinjenim djelima.

---

<sup>241</sup> *Idem*, paragrafi 186-7, 244 (1-3).

U tom scenariju Sud bi se, prema tome, ograničio na pitanje genocida koji je navodno počinila Tužena strana, a ne bi ulazio *ab initio* u ispitivanje da li su genocid počinila fizička lica – što predstavlja pitanje u okviru nadležnosti MKTBJ.

*Secundo*, da se angažira da donese odluku o tvrdnji Podnosioca tužbe o tzv. faktičkom genocidu, ocjenjujući rezultat akcija preduzetih za vrijeme građanskog rata u Bosni i Hercegovini, manje-više bez obzira na pravne zahtjeve u pogledu zločina genocida sadržane u članu II Konvencije o genocidu na osnovu, kao što je pravni savjetnik Podnosioca tužbe naveo, “općeg znanja ... da je strašan genocid ... počinjen nad nesrpskim stanovništvom Bosne i Hercegovine” (Condorelli, CR 2006/9, strana 50, paragraf 2) ili na osnovu zaključka koji se ne zasniva na stvarnim činjenicama već na “običnoj logici i intuiciji” (Franck, CR 2006/33, strana 41, paragraf 16).

*Tertio*, da, držeći se pozicije građanskog suda, presudi o zahtjevu Podnosioca tužbe, oslanjajući se prvenstveno, ako ne i isključivo, na pravnu praksu MKTBJ kao na jedine sudske nalaze o pitanju o kome je riječ na međunarodnom nivou. Budući da presude MKTBJ nemaju obavezujuću snagu za Sud, to bi značilo da bi Sud usvojio odgovarajuću odluku tretirajući nalaze MKTBJ, bilo da su činjenični ili pravni, kao dokaz koji treba biti ocijenjen u svjetlu pravnih zahtjeva koji se odnose na zločin genocida kako je definiran u Konvenciji o genocidu i u svjetlu relevantnih standarda pravnog rezoniranja koje je utvrdio ovaj Sud o ovoj stvari.

U svakom slučaju, čini se da je primarna obaveza Suda *in casu* bila striktno poštivanje Konvencije o genocidu kao relevantnog zakona, kako zbog legalnosti tako i zbog očuvanja normativne cjelovitosti zločina i krivičnih djela koja sačinjavaju međunarodno krivično pravo.

108. Što se tiče aspekta legalnosti, nadležnost Suda u ovom sporu zasniva se na članu IX Konvencije o genocidu, kojim se predviđa rješavanje sporova između strana potpisnica ugovora koji se odnose na “tumačenje, primjenu ili sprovođenje *ove Konvencije* ...“(kurziv dodan). Prema tome, ne na osnovu zakona o genocidu *in abstracto*, već na osnovu same Konvencije. Ova je činjenica od najveće važnosti ako imamo na umu da je zakon o genocidu utvrđen Konvencijom *tractu temporis* obuhvatio izvjesne izmjene u smislu progresivnog razvoja samo u osnovnom elementu zločina – kako *mens rea* tako i *actus reus*. Nema potrebe isticati da je progresivan razvoj, postignut naročito u jurisprudenciji dva *ad hoc* tribunala, irelevantan *in casu*, jer je u



sporovima kao što je ovaj zadatak Suda da primijeni zakon o genocidu kako je utvrđen u Konvenciji.

Takav pristup Suda imao bi također kolateralni pozitivan efekt na aktuelnu sudsku politiku Svjetskog suda kao sudskog čuvara međunarodnog prava, *in concreto* njegove vlastite oblasti, međunarodnog krivičnog prava, za očuvanje normativnog integriteta utvrđenih međunarodnih zločina i krivičnih djela.

Zaista, u sudskom rasuđivanju dva tribunala ponekad se pojavljuje suviše široko tumačenje konstitutivnih elemenata zločina genocida dato s dobrim, ali vanpravnim namjerama u doktrini<sup>242</sup>, s tendencijom da se objedine zločini protiv čovječnosti, a naročito progon i istrebljenje, kao i ratni zločini, čak i obične povrede ljudskih prava, u genocid kao jedinstven zločin koji kao jedinstven zločin kišobran pokriva sve ostale, isključivo na osnovu njihovog ponavljanja ili akumuliranja. Tako je pravni savjetnik Podnosioca tužbe profesor Stern mišljenja da “akumuliranje zločina protiv čovječnosti može imati genocid kao rezultat ...“ (CR 2006/7, strana 42, paragraf 113). Tako dolazimo do fenomena trivijalizacije genocida<sup>243</sup>.

Unutarnje značenje trivijalizacije genocida izražava se u razvodnjavanju stvarne pravne suštine genocida kako je utvrđen u Konvenciji, s jedne, i u rušenju konfiguracije međunarodnih zločina i krivičnih djela kao autonomnih pravnih pojmova, s druge strane.

U tom kontekstu, ideja u osnovi tog koncepta je u sukobu s jednim od relevantnih pravila tumačenja – pravilom djelotvornosti, prema kojem se neka odredba ili dio odredbe ne može smatrati kao da je suvišna ili besmislena,<sup>244</sup> a također i s principom normativne ekonomije (*économie des notions*) za bilo koji pravni sistem u granicama dvaju konceptata pravila koja vrše u osnovi istu funkciju ili različito utječu na bilo koju situaciju<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> *Exempli causa*, „Mada je važno priznati silovanje kao zločin protiv čovječnosti, njegovo klasificiranje kao genocid je bitno kako bi se podstakla promptna intervencija države. Od država se uglavnom ne traži da interveniraju u slučajevima nasilja ili zločina protiv čovječnosti; međutim, kada se dogode genocidna djela, običajno međunarodno pravo nalaže obavezu da se intervenira“ (MacKinnon, „Silovanje, genocid i ljudska prava“, 17 *Harvard Women's Law Journal* 1994, strana 5).

<sup>243</sup> W. Schabas, *Genocid u međunarodnom pravu*, strana 114.

<sup>244</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Tadića*, Presuda po žalbi, paragraf 284.

<sup>245</sup> *Idem*, Izdvojeno mišljenje sudije Abi-Saaba, strana 2.

109. Međutim, većina Suda zauzela je stav koji je istovremeno *parum et nimium*.

Stav je *parum* što se tiče pristupa prema pravnoj praksi MKTBJ relevantnoj za određenje zločina genocida, kako normativno tako i pravno.

Pristup većine svodi se u osnovi na tretiranje spomenutog djela pravne prakse MKTBJ kao stvari koja ne podliježe sudskoj ocjeni Suda, barem ne u suštinskom smislu. Kao posljedica toga, relevantni dijelovi Presude Suda, a naročito VII Dio, pod nazivom “Odgovornost Tužene strane za Srebrenicu”, ustvari predstavljaju verifikaciju relevantnog dijela pravne prakse MKTBJ.

Međutim, čini se da su interesi zdravog pravosuđa, pa čak i suštinska legalnost postupka, pred najvišim međunarodnim sudom koji je sebe proglasio nadležnim za rješavanje optužbi za zločin genocida, podrazumijevali sudsku ocjenu nalaza MKTBJ, shvaćenu kao odgovarajući dokaz relevantne stvari i standarde pravnog rezoniranja primijenjene na MKTBJ, kako u pogledu primjenjivog zakona tako i donijetih zaključaka.

Zakon koji MKTBJ primjenjuje, kada je riječ o genocidu, ne može se smatrati kao ekvivalentan sa zakonom o genocidu, koji je utvrđen u Konvenciji. U tom pogledu, za pravnu praksu MKTBJ može se reći da prije predstavlja progresivan razvoj zakona o genocidu definiranog u Konvenciji nego njegovu stvarnu primjenu. Član 4 Statuta MKTBJ je samo odredba Statuta kao jednostranog akta jednog od glavnih političkih organa Ujedinjenih nacija koji je, po svojoj formulaciji, recipročan članu II Konvencije. S obzirom na činjenicu da ne sadrži nikakav *renvoi* na Konvenciju o genocidu, ta odredba ne može promijeniti svoju prirodu jednostavnim reproduciranjem teksta člana II Konvencije. Prema tome, tumačenja člana 4 Statuta na osnovu *travaux préparatoires* Konvencije, na koju se MKTBJ veoma oslanja, u osnovi su pogrešna. Kako u pogledu stvarnog pristupa koji se koristi tako i u pogledu suštine, imajući u vidu da se pravila tumačenja ugovora i tumačenje jednostranih akata nužno ne poklapaju.

Kao što je Pretresno vijeće konstatiralo *expressis verbis*, Presuda u slučaju *Krstić* zasniva se na “običajnom međunarodnom pravu u vrijeme događaja u Srebrenici”<sup>246</sup>. Ova činjenica ima dvije posljedice.

---

<sup>246</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 541.

S jedne strane, karakterizacija genocida u običajnom međunarodnom pravu kako ga shvata MKTBJ i u Konvenciji o genocidu nije nužno identična. S druge strane, osnov nadležnosti nužno utječe na zakon koji se primjenjuje. Tamo gdje se nadležnost zasniva na kompromiranoj klauzuli u ugovoru, Sud je ovlašten primijeniti samo konkretan ugovor.

Pravno rezoniranje MKTBJ je daleko od dosljednosti. Naprimjer, kada je riječ o određenju genocidne namjere putem izvođenja zaključka, čini se da je rezoniranje u slučaju *Stakić*, s jedne, i u slučaju *Krstić*, s druge strane, u oštroj proturječnosti<sup>247</sup>.

110. Pristup većine je istovremeno i *nimum* u smislu da je suvišan, ali nije čvrsto utemeljen.

Uzdržavajući se od samostalne sudske ocjene pravne prakse MKTBJ, većina je, veoma rizičnom operacijom, također učinila kompliciranijim tumačenja obaveze da se spriječi genocid u pravnom smislu, uključujući “obavezu da država ne vrši genocid”. Ta operacija, imajući u vidu suštinu odredaba Konvencije, nije mogla biti sprovedena bez doticanja, u izvjesnoj mjeri, legislativne ili kvazilegislativne oblasti. Još više je iznenađujuća činjenica da je takvo tumačenje, u nekim vitalnim aspektima, u sukobu sa zdravim razumom i uvjerljivim pravnim razlozima.

Otuda ne bi bilo iznenađenje ako bi se ovo tumačenje pojavilo kao *argumentum ad casum*.

## **2. Tumačenje obaveza Strana ugovornica na osnovu Konvencije o genocidu**

111. Nasuprot standardnom shvatanju da Konvencija o genocidu nameće Stranama ugovornicama kao primarne obaveze – obavezu da donesu neophodno zakonodavstvo za sprovođenje suštinskih odredaba Konvencije (član V) i obavezu da pokrenu sudski postupak za kažnjiva djela nabrojana u članu III protiv osoba optuženih u nadležnom sudu države na čijoj je teritoriji djelo izvršeno (član VI), stav većine usredsređen je na obavezu sprečavanja kao složenu obavezu koja obuhvata “obavezu da se djeluje” i “obavezu da se

<sup>247</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Stakića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 553; MKTBJ, *Tužilac protiv Brđanina*, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 981, 978-979; MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 594-595.

ne vrši” genocid kao neku vrstu glavne obaveze ili obaveze-kišobrana u kontekstu Konvencije.

*Sedes materiae* stav bi se mogao rezimirati na sljedeći način:

Sprečavanje se shvata kao “obaveza da se spriječi u kontekstu Konvencije o genocidu” (paragraf 409). Što se tiče njene prirode, obaveza se odnosi na “ponašanje a ne na rezultat, u smislu da država ne može biti u obavezi da uspije, bez obzira na okolnosti, u sprečavanju vršenja genocida” (paragraf 410). Obavezu države da spriječi prati “odgovarajuća obaveza da djeluje” u smislu obaveze koja

“nastaje u trenutku kada država sazna ili bi normalno trebala saznati za postojanje ozbiljnog rizika da je počinjen genocid. Od tog trenutka nadalje, ako država raspoložuje sredstvima za koja je vjerovatno da mogu imati efekt zastrašivanja na osobe za koje se sumnja da pripremaju genocid ili za koja se razumno sumnja da njeguju genocidnu namjeru, ona ima obavezu da upotrijebi ta sredstva koliko to okolnosti dopuštaju” (paragraf 411).

Nadalje, obaveza sprečavanja uključuje “obavezu da se ne vrši genocid i druga djela nabrojana u članu III” s obzirom da: “Po članu I Strana ugovornica je obavezna spriječiti da takva [genocidna] djela vrše njeni organi i osobe čija se djela mogu njoj pripisati” (paragraf 152).

112. Postavljaju se dva pitanja kad je riječ o stavu koji je zauzela većina:

- a) kakvo je pravo značenje “sprečavanja” u krivičnom pravu i u smislu Konvencije o genocidu;
- b) priroda i obim “odgovarajuće obaveze djelovanja” i
- c) da li postoji obaveza države da ne vrši genocid?

## **2.1. Obaveza sprečavanja**

113. Što se tiče pitanja sprečavanja, shvatanje većine je, čini se, veoma novatorsko i prevazilazi ne samo po stepenu već i po vrsti općeprihvaćene standarde kada je u pitanju *genus* prava kojima se reguliraju krivične stvari.

Ukrivičnom pravu, bilo nacionalnom bilo međunarodnom, sprečavanje zločina u smislu jasnog i prirodnog značenja riječi “sprečavanje” – akcija kojom se sprečava da se nešto dogodi ili onemogućava anticipirani genocidni plan – strano je samoj prirodi krivičnog prava. Glavna funkcija Konvencije o genocidu, ili bilo koje druge norme krivičnog prava, jest zaštita a ne sprečavanje. Krivično pravo, a Konvencija o genocidu je dio tog prava, dolazi *post factum*, kada je predmet zaštite već pretrpio štetu, uništen ili ugrožen. Zaštitna funkcija Konvencije o genocidu nema karakter neposredne, stvarne zaštite kako sugerira percepcija većine kad je riječ o sprečavanju. Ona je posredne prirode imajući u vidu da se izražava odvracanjem. Zaštitna funkcija Konvencije o genocidu ne može se izjednačavati sa sprečavanjem genocida u smislu pravne obaveze, jer bi izjednačavanje značilo, *inter alia*, sumnju u potrebu za postojanjem Konvencije o genocidu kakva je danas. Štaviše, određenje obaveze da se spriječi genocid kao distinktnu pravnu obavezu u suprotnosti je s principom *impossibilia nullum obligatio est*.

Obaveza da se spriječi genocid je, ustvari, društvena, čak metafizička obaveza, budući da predstavlja cilj društvene odbrane od genocida. Društvena odbrana od genocida je *ratione materiae* mnogo šira od efekata same Konvencije o genocidu. Ona podrazumijeva ukupnost akcija u društvenoj, pravnoj, ekonomskoj, političkoj i kulturnoj sferi usmjerenih na otklanjanje stvarnih uzroka genocidne patologije. Ona se materijalizira u obliku nacionalnih krivičnih politika, kao i opće politike nadležnih organa Ujedinjenih nacija, naročito onih o kojima govori član VIII Konvencije. U tom kontekstu, umjesno je govoriti o obavezi, bilo moralnoj bilo društvenoj, da se spriječi genocid. Međutim, čini se da je to kriminološki koncept sprečavanja genocida u dobro poznatim oblicima primarne, sekundarne i tercijarne prevencije.

114. Efekti Konvencije, kada je riječ o sprečavanju genocida, manifestiraju se u općem odvracanju – u smislu općeg, normativnog značenja Konvencije kao norme međunarodnog krivičnog prava i njegove primjene. Preventivni efekti same Konvencije također su naglašeni u *travaux* Konvencije. U komentaru Sekretarijata istaknuto je da zakon koji je utvrđen Konvencijom “teži da odvrati i spriječi akcije osoba koje bi mogla doći u iskušenje da počine zločin”<sup>248</sup>.

---

<sup>248</sup> Ujedinjene nacije, dok. E/447, strana 45.

Primjena Konvencije o genocidu također proizvodi efekte specijalnog odvrtačanja, *ratione personae* ograničenog na počiniocce zločina, ostavljajući potencijalne počiniocce izvan svog dometa. U tom pogledu treba istaći da primjena odredaba Konvencije o genocidu ili recipročnih odredaba nacionalnih krivičnih zakonodavstava *ad casum* ne predstavlja *stricti iuris* sprečavanje genocida, već njegovo suzbijanje.

115. Sprečavanje spomenuto u članu I Konvencije predstavlja prije opći princip u osnovi operativnih odredaba Konvencije nego distinktnu pravnu obavezu. U prilog ovog određenja, kao i općih razloga koji se odnose na prirodu krivičnopravne zaštite (paragraf 30 gore), govore također specifični razlozi koji se tiču same Konvencije.

Prihvatanje Strana ugovornica da su obavezne spriječiti genocid, sadržano u članu I Konvencije, treba tumačiti u vezi s predmetom i svrhom Konvencije, a ne izolirano.

U preambuli Konvencije konstatira se, *inter alia*, da:

“Strane ugovornice

.....

Uvjerene da je *međunarodna saradnja potrebna* da bi se čovječanstvo oslobodilo jednog tako morskog zla ... sporazumjele su se o slijedećem” (kurziv dodan).

“Međunarodna saradnja” u konkretnom kontekstu teško može značiti bilo šta drugo osim odbrane međunarodne zajednice od genocida. Konvencija o genocidu je odgovarajući pravni izraz i komponenta ukupne međunarodne saradnje u borbi protiv morskog zla kao što je genocid.

Bitna uloga međunarodne saradnje u oblasti sprečavanja genocida potvrđena je kako u tekstu Konvencije tako i u *travaux préparatoires* (pripremnim radovima).

Član VIII Konvencije koji se odnosi na mogućnost preventivne akcije Ujedinjenih nacija koju zahtijevaju Strane ugovornice “predstavlja jedini član

Konvencije ... koji se odnosi na sprečavanje tog zločina<sup>249</sup>. S obzirom da Konvencija “ne stvara nikakvo neovisno ugovorno tijelo s odgovornošću za [njeno] sprovođenje”, čini se da u oblasti sprečavanja, jedini nagovještaj o mandatu je onaj koji je dat ‘nadležnim organima Ujedinjenih nacija’, u skladu s članom VIII<sup>250</sup>.

Kada je riječ o suštini, član VIII samo izražava, i to normativno, suštinu *travaux préparatoires* u tom pogledu.

U komentaru Sekretarijata konstatira se, *inter alia*, da:

“Ako se želi da preventivna akcija ima maksimalne izgleda na uspjeh, članice Ujedinjenih nacija ne smiju ostati pasivne ni indiferentne. Konvencija o kažnjavanju zločina genocida stoga treba obavezati države da učine sve što je u njihovoj moći da *podrže bilo koju akciju Ujedinjenih nacija usmjerenu na sprečavanje ili zaustavljanje ovih zločina.*”<sup>251114</sup>

Prijedlog Sjedinjenih Američkih Država bio je sličan:

“Visoke Strane ugovornice ... saglasne su da koordiniraju svoje akcije kao takve članice kako bi *osigurale da Ujedinjene nacije preduzmu takvu akciju koja može biti prikladna u skladu s Poveljom radi sprečavanja i suzbijanja genocida*”<sup>252115</sup>.

Stav SSSR mogao bi se rezimirati na slijedeći način:

“Svako djelo genocida oduvijek je predstavljalo prijetnju međunarodnom miru i sigurnosti i kao takvo treba se rješavati u skladu s Glavom VI i VII Povelje ... *Glave VI i VII Povelje osiguravaju sredstva za sprečavanje i kažnjavanje genocida, sredstva koja su daleko konkretnija i djelotvornija od bilo čega što je moguće u oblasti međunarodne nadležnosti* ...”<sup>253116</sup>

---

<sup>249</sup> N. Rughashyankiko, *op. cit.*, paragraf 304, strana 79; *Revidiran i obnovljen izvještaj o pitanju sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida*, pripremio gospodin B. Whitaker, dok. E/CN.4/Sub. 2/1985/6 (2. juli 1985), paragraf 66, strana 36.

<sup>250</sup> W. Schabas, *Genocid u međunarodnom pravu*, 2000, strana 448.

<sup>251</sup> Ujedinjene nacije, dok. E/447, strane 45-46.

<sup>252</sup> Osnovni principi Konvencije o genocidu, Ujedinjene nacije, dok. E/AC.25/7; kurziv dodan.

<sup>253</sup> Ujedinjene nacije, dok. A/C.6 SR. 101; kurziv dodan.

Praksa nadležnih organa Ujedinjenih nacija kad je riječ o sprečavanju genocida razvijala se u okviru pravila predviđenih u članu VIII Konvencije.<sup>254</sup>

116. Obaveza da se spriječi genocid u pravnom smislu je jedna stvar, a pravna obaveza da se preduzmu preventivne mjere u tom pogledu sasvim druga.

Ako se obaveza o sprečavanju definira u pravnom smislu, onda je nosilac obaveze u poziciji garanta, tako da samim izvršenjem zločina nosilac postaje odgovoran. Preventivne mjere su u tom pogledu različite po svojoj prirodi.

One se mogu shvatiti u širem ili užem smislu.

U širem smislu, one podrazumijevaju pozitivne mjere kao što je stvaranje društvenog i kulturnog okruženja koje *per se* isključuje ili svodi na minimum stvaranje genocidne patologije.

U užem smislu, one se mogu svesti na djela koja, iako ne predstavljaju akcije izvršenja i po pravilu se ne inkriminiraju, olakšavaju ili omogućavaju da se počini genocid, tj. pripremne radnje.

Nacrt konvencije o zločinu genocida koji je izradio Sekretarijat sadržavao je inkriminiranje sljedećih pripremnih radnji:

“a) studije i istraživanja u svrhu razvoja tehnike genocida;

b) postavljanje uređaja, proizvodnja, pribavljanje, posjedovanje ili isporučivanje artikala ili supstanci uz znanje da su namijenjeni genocidu i  
c) davanje uputa ili naloga, kao i povjeravanje zadataka u cilju vršenja genocida.”<sup>255</sup>

Međutim, prijedlog nije prihvaćen, vjerovatno zbog preovladavajuće prakse nacionalnih krivičnih prava da ne inkriminiraju djela koja nisu, s pravne tačke gledišta, djela vršenja, *actus reus*, krivičnog djela genocida. Otuda, kao što je primijetio uvaženi autor, “čini se da su koncept kažnjavanja pripremnih radnji za genocid zaboravili kako međunarodni tako i domaći zakonodavci”, tako da nema ničega što “daje ovlaštenje za krivično suzbijanje pripremnih radnji za

---

254 W. Schabas, *op. cit*, strane 453-479.

255 Ujedinjene nacije, dok. E/447, strana 29.



vršenje genocida sve dok ne dostignu prag pokušaja”<sup>256</sup>.

Međutim, vjerovatno zbog ravnoteže Konvencija je uvela kriminalizaciju djela, kao što su neposredno i javno podsticanje da se počini genocid ili pokušaj da se počini genocid.

Nasuprot Konvenciji o genocidu, neke međunarodne konvencije sadrže ograničen ili širok spektar preventivnih mjera, bilo u širem ili užem smislu ili kombinirano. Naprimjer, član 2 Međunarodne konvencije o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije (1965), članovi 3 i 4 Konvencije protiv diskriminacije u oblasti obrazovanja (1960); članovi 1, 3 i 8 Dopunske konvencije o ukidanju ropstva, trgovine robljem i institucije i prakse slične ropstvu (1956); članovi 2 i 3 Konvencije o diskriminaciji (u zapošljavanju i profesiji) (1958);

Postoji znatna razlika između obaveze sprečavanja u pravnom smislu i preventivnih mjera definiranih pravilima neke konvencije. Dok kršenje pravne obaveze sprečavanja povlači odgovornost prekršioca po krivičnom pravu, efekt kršenja obaveze da se preduzmu predviđene preventivne mjere ravan je kršenju ugovora, osim tamo gdje poprimi karakteristike krivičnog djela, kao što je *exempli causa*, saučesništvo.

117. Stav većine u pogledu dometa *ratione personae* pretpostavljene pravne obaveze da se spriječi genocid čini se veoma problematičnim. Taj stav zasniva se na povlačenju kvalitativne razlike između efekata izraza “obavezuju se da spriječe” *in fine* člana I, s jedne, i člana VIII Konvencije, s druge strane. Dok se izraz “obavezuju se da spriječe” shvata tako da nameće “distinktnu” i “neposrednu obavezu [Strana ugovornica] da spriječe genocid” (paragraf 165), efekti člana VIII vide se u “upotpunjavanju sistema podržavanjem kako sprečavanja tako i suzbijanja, *u ovom slučaju prije na političkom nivou nego kao stvar pravne odgovornosti*” (paragraf 159; kurziv dodan). Jednom riječju, Konvencija nameće Stranama ugovornicama pravnu obavezu da spriječe genocid a nadležnim organima Ujedinjenih nacija koji se spominju u članu VIII Konvencije – društvenu ili političku obavezu da spriječe genocid.

Takvu dvojnost obaveza je teško pomiriti s prirodom Konvencije o genocidu. Konvencija sadrži prava i obaveze karaktera *erga omnes*

---

256 W. Schabas, *Genocid u međunarodnom pravu*, 2000, strane 490-491.

(*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996*, paragraf 31) i spada u *corpus iuris cogentis*. Kao takva, ona predstavlja normativni izraz suštinskih, fundamentalnih interesa međunarodne zajednice kao cjeline, koji prevazilaze interese država uzetih pojedinačno. Ako genocid “šokira savjest čovječanstva i ima za posljedicu velike gubitke za čovječanstvo, a što je suprotno moralnom zakonu i duhu i ciljevima UN” (Rezolucija 96 (I) Generalne skupštine, 11. decembar 1946; *Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1951*, strana 23; *Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996*, strana 616, paragraf 31), onda nije jasno kako se Strane ugovornice i nadležni organi UN, jedini koji su izdvojeni u tom pogledu u članu VIII Konvencije koji se konkretno bavi pitanjem sprečavanja, mogu staviti u fundamentalno različit pravni položaj kad je u pitanju sprečavanje genocida. *A fortiori*, imajući na umu da, kao pravilo *ius cogens*, treba imati prevashodan i apsolutno obavezujući karakter.

Što se tiče njene presudne prirode, nije jasno kako obaveza koja po definiciji ima apsolutno obavezujuću snagu i kao takva ne poznaje nikakve alternative niti uvjete, može biti formulirana kao obaveza da se “preduzmu sve mjere za sprečavanje genocida koje su bile u njenoj moći” (Presuda, paragraf 430), a da nije “u obavezi da uspije, bez obzira na okolnosti, u sprečavanju da se počini genocid” (*Ibid.*). Tako shvaćena, to je prije obaveza da se djeluje da bi se spriječio genocid koliko je to moguće nego obaveza da se spriječi. Obaveza sprečavanja koja zavisi od mnoštva faktičkih pravnih zahtjeva teško da može pretendirati na status presudne norme.

Nadalje, da li to podrazumijeva – imajući u vidu da, po mišljenju većine, obaveza sprečavanja uključuje “obavezu da se ne počini genocid i druga djela nabrojana u članu III” Konvencije - da organe Ujedinjenih nacija pravno ne obavezuje obaveza “da se ne počini genocid i druga kažnjiva djela iz Konvencije”? Ili, slijedeći logiku od koje polazi mišljenje većine, korak dalje ako bi, *ex hypothesi*, Ujedinjene nacije izvršile genocid, zar ne bi ta Organizacija, za razliku od države, bila neposredno odgovorna?

Međutim, nezavisno od gore spomenutih nedoumica, čini se da je jasno da je sama konstatacija da član VIII upotpunjava “sistem podržavajući kako sprečavanje tako i suzbijanje, u ovom slučaju na političkom nivou...” (paragraf 159) sama po sebi argument u prilog društvene i političke prirode obaveze da se spriječi genocid.

118. Član VIII, kao jedina operativna odredba Konvencije koja se odnosi na sprečavanje genocida, ima dva pravna značenja u zavisnosti od okolnosti:

i) u slučaju sumnje da je počinjen genocid na teritoriji neke države, bez obzira da li je članica Ujedinjenih nacija, prigovor da ta stvar u osnovi spada u djelokrug nacionalne nadležnosti u smislu člana 2 (7) Povelje nije prihvatljiv;

ii) što se tiče akcije nadležnih organa Ujedinjenih nacija, strane su u obavezi da učine sve što je u njihovoj moći da se u potpunosti sprovedu akcije Ujedinjenih nacija.

119. Kontroverze u stavu većine u vezi s prirodom sprečavanja genocida veoma lahko se šire.

Ako, *arguendo*, sprečavanje genocida postoji kao pravna obaveza, onda je njegova percepcija kao “obaveze...u smislu ponašanja a ne ... rezultata” (paragraf 430), *contradictio in adiecto*, jer transformira obavezu sprečavanja u obavezu djelovanja pri čemu rezultat djelovanja nije sprečavanje. Jednostavno i prirodno značenje izraza “sprečavanje” sastoji se u tome da se djeluje tako da ne dođe do ostvarenja anticipiranog genocidnog plana, odnosno da se on onemogućí. Otuda bi sprečavanje *ex definitione* trebalo biti akcija s rezultatom.

Istina, obavezu sprečavanja, kako je shvata većina, prati “odgovarajuća obaveza djelovanja”, ali ovaj dodatni element je sumnjive vrijednosti.

## **2.2. Odgovarajuća obaveza djelovanja**

120. Što se tiče njenog postojanja, čini se da je “odgovarajuća obaveza djelovanja” čista tvorevina tzv. sudskih zakonodavaca, o kojoj nema ni traga ni u tekstu Konvencije ni u *travaux préparatoires* u vezi s njom. Kao takva, ona prije označava reviziju Konvencije nego njeno pravilno tumačenje.

*In abstracto*, zajednički imenilac dva razumna cilja uvođenja “odgovarajuće obaveze djelovanja” je poništenje postojanja pravne obaveze da se spriječi genocid u njegovom stvarnom i izvornom značenju.

Jedan cilj mogao bi biti da se obavezi sprečavanja dadne aktivna snaga ili neka vrsta kapaciteta prinude. Međutim, ako je sprečavanje genocida distinktna pravna obaveza, onda je bilo kakva “odgovarajuća obaveza djelovanja” suvišna. U tom smislu, “odgovarajuća obaveza djelovanja”, ustvari, lišava pretpostavljenu pravnu obavezu sprečavanja vlastitog normativnog sadržaja i pretvara je u opći pravni princip.

Drugi cilj bio bi da posluži kao sredstvo za transformaciju sprečavanja u njegovom izvornom i prihvaćenom značenju u labav i mehak oblik korištenja raspoloživih sredstava koliko to okolnosti dopuštaju. Tako bi obaveza sprečavanja bila pomjerena u pravcu obaveze djelovanja s neizvjesnim ishodom što se tiče sprečavanja na osnovu širokog i nedefiniranog kriterija koji više odgovara građanskom nego krivičnom pravu.

121. Stav većine nije izbjegao ni izvjesne terminološke probleme. Ako obaveza sprečavanja također uključuje obavezu nevršenja genocida, onda se ne čini da je taj izraz adekvatan, barem ne u odnosu na ovaj dio sprečavanja, jer bi ustvari značio “samosprečavanje”. Međutim, izraz je, čini se, lišen svakog značenja u ovom konkretnom kontekstu, jer, kako neko može, u pravnom smislu, sam sebe spriječiti, postupajući istovremeno kao doktor Jekyll i gospodin Hyde?

Ako se shvati kao pravna obaveza, neuspjeh da se spriječi genocid pripadao bi kategoriji krivičnih djela zbog propusta da se djeluje. Da bi propust da se djeluje imao bilo kakvo značenje, mora imati za cilj krivično djelo definirano u smislu propusta da se djeluje. Kao što se u modelu krivičnog zakonika izričito navodi, odgovornost se može zasnivati na propustu kada “zakon kojim se definira krivično djelo izričito učini propust dovoljnim” (paragraf 2.01(3)). Konvencija o genocidu, međutim, ne samo da nije nametnula obavezu djelovanja *in concreto*, to je stvar kreativnog tumačenja većine – već nije ni uključila propust da se djeluje u iscrpnu listu kažnjivih djela u članu III.

Prema tome, iz toga proizlazi da je sudska kreacija obaveze sprečavanja, uključujući “obavezu djelovanja”, stvorena *ad exemplum legis*, na način koji je prethodio uspostavljanju principa legalnosti kao zajedničkog naslijeđa modernog krivičnog prava. Jer, da bi konstrukcija pravne obaveze da se spriječi genocid mogla uopće poslužiti kao osnov odgovornosti, bilo je neophodno imati, barem prešutnu, sudsku kreaciju krivičnog djela propusta

da se djeluje. Na taj način bi se stav većine, ako ništa drugo, opasno približio samoj srži principa *nullum crimen sine lege*.

Strogi zahtjevi legalnosti imanentni krivičnom pravu ne trpe kreativna, vankontekstualna tumačenja, naročito ona koja vode stvaranju novih krivičnih djela ili proširivanju suštine krivičnih djela ili bilo kojeg konstitutivnog elementa krivičnih djela. Prema tome, tumačenje Konvencije o genocidu, kao ugovora o krivičnom pravu mora, u principu, biti restriktivnije i više povezano s tekstom Konvencije nego tumačenje drugih međunarodnih ugovora.

122. Obaveza “nevršenja genocida” je, prema mišljenju većine, uključena u obavezu sprečavanja, shvaćenu kao složena norma, kao neka vrsta norme kišobrana u kontekstu Konvencije.

Ostavljajući po strani percepciju te obaveze kao složene norme s gledišta odgovornosti, najmanje što se može reći sa strukturne tačke gledišta je da ona ne predstavlja koherentnu konstrukciju kako u smislu pravne tehnike tako i suštine.

S gledišta pravne tehnike nije uobičajeno da se dijelovi složene norme definiraju na različite načine. Dok je obaveza “da se ne vrši genocid” definirana na negativan način, obaveza sprečavanja, kao matična norma, i “odgovarajuća obaveza da se djeluje” definirane su na pozitivan način.

Što se tiče njene suštine, složena norma sprečavanja, kako je shvata većina, sastojala bi se od različitih obaveza. S jedne strane, obaveze koje se tiču sprečavanja kao takvog – obaveze sprečavanja i odgovarajuće obaveze djelovanja – s druge, obaveze “nevršenja genocida”, koja se odnosi na sam pojam genocida, tj. na njegov izvršni element.

Heterogena priroda obaveza koje sačinjavaju obavezu sprečavanja ukazuje na vještačku prirodu konstrukcije, dizajniranu za određenu svrhu. Ovo postaje još upadljivije ako se posmatra u kontekstu odgovarajućih krivičnih djela. Kako kršenje bilo koje obaveze po krivičnom pravu predstavlja krivično djelo, u ovom sporu suočili bismo se s krajnje neobičnim, složenim krivičnim djelom (*infraction complexe; zusammengesetztes Verbrechen*) koje se sastoji iz raznih kršenja. Tako bi, *exempli causa*, izvršenje jednog genocidnog djela od neke države proizvelo dvije posljedice u kontekstu jedinstvenog složenog pravila – kršenje obaveze “nevršenja genocida” istovremeno bi značilo kršenje obaveze sprečavanja ili, preciznije, obaveze samosprečavanja, uključujući prateću “odgovarajuću obavezu djelovanja”.

### 2.2.1. Primjena obaveze sprečavanja *in casu*

123. Čak i ukoliko se, kao argument, prihvati postojanje pravne obaveze sprečavanja, čini se da je njena primjena u odnosu na Tuženu stranu pogrešna.

Argumenti na osnovu kojih je većina zaključila da je Tužena strana “prekršila obavezu da spriječi genocid u Srebrenici ...” su:

i) da je SRJ “bila u poziciji utjecaja na bosanske Srbe ... za razliku od svih drugih država članica Konvencije o genocidu...” (paragraf 434);

ii) da SRJ “teško da nije bila svjesna ozbiljnog rizika toga [genocida] kada su snage VRS odlučile da zauzmu Srebreničku enklavu” (paragraf 436);

iii) da Tužena strana nije pokazala “da je poduzela bilo kakvu inicijativu da spriječi ...”, iz čega se izvodi zaključak da “organi Tužene strane nisu učinili ništa da spriječe masakre u Srebrenici...” (paragraf 438).

Mora se priznati da se nijedan od iznijetih argumenata ne čini uvjerljivim.

Što se tiče prvog argumenta, čini se da je zasnovan na izvjesnoj konfuziji pojmova “utjecaj” i “moć” i njihovih efekata u oblasti sprečavanja genocida.

Teško se može reći da “utjecaj” kao takav može biti sredstvo za sprečavanje genocida. Kao oblik posredne moći, on bi mogao podstaći akciju samosprečavanja od navodnog počinioca, ali nije sposoban *per se* spriječiti genocid. To je naročito slučaj tamo gdje se navodna genocidna namjera pojavila na naizgled spontan način za vrijeme operacije koja je trajala nekoliko dana. Kao sredstvo podsticaja za uzdržavanje i samosprečavanje, utjecaj zahtijeva znatno duže vrijeme nego što je operacija u toku koje je počinjen masakr.

U rasuđivanju većine imaju se u vidu akcije iznad utjecaja shvaćenog kao faktička i pravna moć koju je Tužena strana imala u odnosu na dati događaj.

Većina pridaje kritičnu važnost pojmu “dužna marljivost” pri ocjenjivanju da li je neka Strana ugovornica postupala na pravi način.

Međutim, čini se da je pojam dužne marljivosti od male ili gotovo nikakve pomoći *in concreto*. Dužna marljivost, kao što se može vidjeti iz jurisprudencije Suda u sporovima *Krfski kanal* i *Taoci*, funkcioniра prvenstveno kada je riječ o objektima pod suverenom ili efektivnom kontrolom države kojoj se pripisuje nedostatak dužne marljivosti. Kao što je Sud našao, Tužena strana nije vršila efektivnu kontrolu nad datom teritorijom (Presuda, paragraf 387).

Štaviše, mjere koje bi država morala preduzeti kako bi izbjegla da dođe u situaciju u kojoj bi se teretila za nedostatak dužne marljivosti bilo je teško ako ne i nemoguće preduzeti uz istovremeno poštovanje granica koje dopušta međunarodno pravo u odnosu na teritoriju druge države.

Zanimljivo je primijetiti da u pasusu posvećenom odgovornosti države u paragrafu 438 Presude, za kršenje obaveze sprečavanja, opća riječ “utjecaj” zamijenjena je riječju “moć”. Nije jasno da li je to stvar lingvističke nedosljednosti u tekstu ili izraz *argumentum ad casum*.

Mišljenje da utjecaj, zasnovan na propustu da se djeluje, sam po sebi predstavlja element odgovornosti, možda je pozajmica iz zakona komandne odgovornosti. Kao takva, potpuno je neprimjenjiva u oblasti sprečavanja s obzirom na okolnosti ovog spora, imajući u vidu, *inter alia*, da se, kad je riječ o komandnoj odgovornosti, utjecaj vrši na osobu nad kojom se također vrši efektivna kontrola. Uzgred rečeno, to također pokazuje nekritičnu primjenu analogije s krivičnim pravom. Jer, s izuzetkom slučajeva *analogia legis*, tj. analogije utvrđene samim pravnim pravilom, analogije s krivičnim pravom ne mogu se smatrati prihvatljivim u svjetlu principa legalnosti.

Drugi argument u osnovi se odnosi na svijest o općem riziku od genocida, s obzirom da, kao što je zaključeno, “on [Sud] nije našao da su informacije kojima je Beograd raspolagao ukazivale sa sigurnošću da je genocid prijetio...” (paragraf 436). Međutim, tragična istina je da je u građanskim ratovima, naročito u onima gdje se vojne demarkacione linije u visokom stepenu poklapaju s etničkim ili vjerskim, rizik od etnički motiviranih zločina, uključujući genocid, uvijek visok i ozbiljan. To je jednostavno svojstveno takvoj vrsti rata.

Otuda se u konstrukciji nazvanoj sprečavanje kao pravna obaveza, svijest o prijetećoj opasnosti od genocida čini prikladnijom kao osnova za djelovanje. Ovo naročito s obzirom da opći rizik od genocida, u svjetlu njegove učestalosti u građanskim ratovima, ustvari pomjera naglasak s preventivnih akcija na sprečavanje građanskih ratova. A to je, ustvari, primarno sprečavanje situacija koje vode ili vjerovatno vode genocidu, sprečavanje u kriminološkom smislu ili smislu društvene odbrane, a ne sprečavanje u smislu pravne obaveze.

I, konačno, argument da Tužena strana nije pokazala da je “preduzela bilo kakvu inicijativu da spriječi...” nije bez teškoća kad je riječ kako o činjenicama tako i o pravu.

Što se tiče činjenica, čini se da je Tužena strana podnijela dokaze u smislu da je Milošević dao do znanja Karadžiću da bi bila greška da se zauzme Srebrenica, jer bi moglo doći do masakra zbog prethodnih događaja u Bratuncu<sup>257120</sup>. Pored toga, kao što je lord Owen primijetio:

“Veoma rijetko sam čuo Miloševića da govori tako ogorčeno, ali također zabrinuto: strahovao je da će, ukoliko jedinice bosanskih Srba uđu u Srebrenicu, doći do krvoprolića zbog ogromne zle krvi koja je postojala između dviju vojski. Bosanski Srbi su smatrali mladog muslimanskog komandanta u Srebrenici, Namera Orića, odgovornim za masakr u blizini Bratunca u decembru 1992. u kojem je ubijen veći broj srpskih civila.”<sup>258</sup>

Ono što je predsjednik Milošević rekao lordu Owen, u njegovom svojstvu kopredsjednika Koordinacionog komiteta za bivšu Jugoslaviju, treba shvatiti kao upozorenje o riziku od masakra u Srebrenici.

Upozorenje, zajedno s instrukcijom predsjedniku Republike Srpske Karadžiću, imajući u vidu da “svaka država može djelovati samo u granicama koje dopušta međunarodno pravo” (paragraf 430), čini se da je bilo sve što je Tužena strana mogla učiniti u datim okolnostima.

Treba zapaziti da je u sporu *Krf* Albanija proglašena odgovornom zbog toga što “niti je obavijestila o postojanju minskog polja niti je upozorila

<sup>257</sup> Holandski izvještaj o Srebrenici, Dio II, Glava 2, Odjeljak 5: u fusnoti označeno kao „Povjerljiva informacija 43“.

<sup>258</sup> Lord Owen, *Balkanska odiseja*, 1995, strane 134-135.



britanske ratne brodove na opasnost kojoj se približavaju” (*Krfski kanal, Meritum, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1949*, strana 22). Međutim, ako je propust Albanije da upozori poslužio kao osnov da se smatra odgovornom za događaj koji se dogodio na njenoj teritoriji, onda nije jasno kako to da upozorenje predsjednika Miloševića ne predstavlja ispunjenje obaveze da se djeluje, jer je upozorenje bilo jedina moguća preventivna akcija kada je riječ o teritoriji druge države. Pored toga, primjena anticipirane obaveze sprečavanja *in casu* zahtijeva dodatni uvjet kauzalne povezanosti, tj. da je navodni propust da se djeluje prouzrokovao masakr. Uvjet nije ni dokazan ni sproveden u Presudi.

124. S obzirom na primarnu odgovornost nadležnih organa Ujedinjenih nacija u oblasti sprečavanja genocida, kao što je navedeno u članu VIII Konvencije, zabrinutost koju je pregovarač Evropske unije gospodin Bildt izrazio predsjedniku Miloševiću, na koju Presuda naročito skreće pažnju (paragraf 436), teško može biti od bilo kakvog značaja *in casu* budući da predstavlja čistu demonstraciju humanitarne brige. Kao moguće upozorenje predstavnika organizirane međunarodne zajednice, koja je imala odgovarajuću faktičku moć i pravni kapacitet da djeluje, štaviše, čije su vojne jedinice na osnovu rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija imale pravnu obavezu da osiguravaju zaštićenu zonu Srebrenica, upućeno šefu države koja, prema nalazu Suda (paragraf 413 Presude), nije imala efektivnu kontrolu nad datom teritorijom i koja, pored toga, nije imala faktičku moć koja bi se mogla uporediti s moći koju je imala organizirana međunarodna zajednica, teško može imati karakter izvinjenja koje prešutno sugeriraju riječi formulacije. (Kvalitativno različit zaključak nametnuo bi se samo u slučaju da je tom prilikom na predsjednika Miloševića bilo prenijeto ovlaštenje nadležnog međunarodnog tijela da blagovremeno djeluje na teritoriji Bosne i Hercegovine u cilju sprečavanja masakra u Srebrenici.)

125. Argument koji je također iznijet odnosi se na naredbe Suda od 8. aprila 1993, kao i od 13. septembra 1993, kojima Sud nalaže uvođenje privremenih mjera u smislu da je “SRJ imala veoma konkretne obaveze na osnovu dvije Naredbe o privremenim mjerama” (paragraf 435).

Mogu se iznijeti dvije primjedbe u pogledu konkretnog nalaza većine.

*Primo*, obavezujući karakter naredbe kojom se uvode privremene mjere artikuliran je tek u slučaju *LaGrand* (*Međunarodni sud pravde*,

*Izveštaji 2001*, strana 503, paragraf 102). Sve do tog slučaja pozicija naredbe kojom se uvode privremene mjere, što se tiče njene obavezujuće snage, nije se mogla smatrati reguliranom. Ta je činjenica potvrđena upravo Naredbom od 13. septembra 1993. Tačka 58 Naredbe odnosi se na raniji nalaz u sporu Nikaragva da:

“Kada Sud nađe da situacija zahtijeva da se preduzmu mjere ove vrste, na svakoj strani u sporu je da naredbu Suda ozbiljno uzme u obzir...” (*Presuda, Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1986*, strana 144, paragraf 289) i utvrdio:

“Ovo naročito važi u situaciji kakva je sada u Bosni i Hercegovini” (*Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1993*, strana 349, Dalji zahtjev za uvođenje privremenih mjera, Naredba od 13. septembra 1993).

*Secundo*, argument nije adekvatan, jer Naredbe snažno navode na pomisao da je riječ o privremenoj presudi *par excellence*. Naredbe otvaraju

“praktično neograničene, loše definirane i nejasne zahtjeve za vršenje odgovornosti od strane Tužene strane u sprovođenju Naredbe Suda, i izlažu Tuženu stranu neopravdanoj krivici zbog toga što nije ispoštovala ovu privremenu mjeru” (*Primjena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Jugoslavije)*, Naredba od 8. aprila 1993, *Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1993*, Izjava sudije Tarasova, strana 26).

Ono što još više pada u oči je to da su mjere bile uvedene u fazi postupka koja dopušta Sudu “da prihvati privremenu i samo prima facie ideju o sporu” (*Pitanja tumačenja i primjene Konvencije od 1971. iz Montreala nastala zbog avionskog udesa kod Lokerbija (Libijska Arapska Džamahirija protiv Ujedinjenog Kraljevstva)*, Privremene mjere, Naredba od 14. aprila 1992, *Međunarodni sud pravde, Izveštaji 1992*, strana 33). Uska linija između takvih privremenih mjera i predmeta spora dovela je Sud u poziciju da pribjegne zabrani u pogledu navodnih činjenica koje je iznijela jedna od strana.

Također je teško složiti se s nalazom da su spomenute Naredbe izdate “nakon brojnih upozorenja od političkih organa Ujedinjenih nacija”. Ustvari, u Naredbama, koje se odnose na događaje za vrijeme građanskog rata u Bosni i

Hercegovini, kvalifikacija “genocid” upotrijebljena je prvi put. Riječ “genocid” prvi put se pojavila u rezolucijama Vijeća sigurnosti aprila 1993. kada je Vijeće primilo k znanju Nalog od 8. aprila 1993<sup>259</sup>. Čak ni u Rezoluciji o osnivanju *ad hoc* Tribunala za bivšu Jugoslaviju od 8. maja 1993. nije spomenut genocid.

Autoritet Suda je očigledno ogroman, ali bi bilo prikladno da Sud uspostavi ravnotežu između autoriteta i odgovornosti u svakom pojedinačnom sporu. Sudska obazrivost i strogo poštivanje vlastitih nadležnosti u svakoj fazi spora vode ne samo poželjnoj već i neophodnoj ravnoteži između sudskog autoriteta i sudske odgovornosti. Inače postoji opasnost od zloupotrebe sudske funkcije.

### 2.3. Obaveza nevršenja genocida

126. Prema mišljenju većine, obaveza da se ne vrši genocid je obaveza koja se podrazumijeva, koju “nužno podrazumijeva” obaveza da se on spriječi (paragraf 166).

Rasuđivanje u osnovi ovog mišljenja je da:

“Ta obaveza [da se spriječi] zahtijeva od država članica, *inter alia*, da upotrijebe sredstva koja im stoje na raspolaganju ... kako bi spriječila lica ili grupe koji nisu neposredno pod njihovom vlašću da počine djelo genocida ili bilo koje drugo djelo spomenuto u članu III. Bilo bi paradoksalno ako bi države imale obavezu da spriječe, koliko je to u njihovoj moći, vršenje genocida od lica nad kojima imaju izvjestan utjecaj, ali im ne bi bilo zabranjeno da vrše takva djela preko vlastitih organa, ili osoba nad kojima imaju toliko čvrstu kontrolu da se njihovo ponašanje može po međunarodnom pravu pripisati odnosnoj državi“ (*Ibid.*).

Prethodno pitanje u tom pogledu je da li se obaveza Ugovorne strane Konvencije, koja je krivične prirode, može nametnuti implikacijom.

Odgovor je prije negativan nego pozitivan. Tumačenje prema kojem je obaveza da se ne vrši genocid nužno uključena u obavezu da se on spriječi,

---

<sup>259</sup> Ujedinjene nacije, dok. S/Res/819, 1993.

bez obzira na način na koji se, s pravom ili pogrešno, shvata sprečavanje, jest demonstracija nedopustivo širokog tumačenja Konvencije. Štaviše, to je u suprotnosti sa samom suštinom principa legalnosti u međunarodnom krivičnom pravu. Nema razloga da se pribjegava širokom tumačenju pojma izvršioca genocida. Odredbe Konvencije sasvim su jasne u tom pogledu. Izrazi upotrijebljeni u članovima II-VIII Konvencije jasni su kad je riječ o značenju odredaba Konvencije (*lex dixit minus quam voluit*), kojima se fizičke osobe određuju kao jedini izvršioci genocida, tako da nema nikakvog osnova da se pribjegava širokom tumačenju.

127. Ovo utoliko prije što se, kao u sporu *in concreto*, vankontekstualnim tumačenjem ignorira i poništava namjera strane ugovornice jasno izražena u tekstu Konvencije i potvrđena u *travaux préparatoires*. Na taj način tumačenje znatno prevazilazi dopušten okvir tumačenja.

Posljedica toga bila bi nametanje nove obaveze Stranama ugovornicama, što bi bilo u proturječnosti s općim principom međunarodnog prava da se obaveza države ne može pretpostaviti već se mora nedvosmisleno utvrditi, naglašenim naročito u oblasti međunarodnog krivičnog prava u svjetlu strogog zahtjeva *nullum crimen sine lege*.

Prije bi se moglo reći da je u pitanju ponovno pisanje Konvencije uvođenjem vanjske obaveze koja je strana namjeri Strana ugovornica nego njeno tumačenje u pravom smislu. sadzida

Pozivanje na cilj i svrhu Konvencije, zajedno s oslanjanjem na princip djelotvornosti, ne čini se uvjerljivim. Dizajnirano je na apstraktan način, zasnovano samo na posebnim frazama kao što je "sprečavanje genocida", odvojeno od Konvencije kao cjeline (vidi *Nadležnost Međunarodne organizacije rada da regulira poljoprivredni rad, Stalni sud međunarodne pravde (1922), Serije B, brojevi 2 i 3*, strana 23). Čini se da se ni princip djelotvornosti ne tumači pravilno u tom pogledu ili da nije primjenjiv, jer su njegovi efekti u suštini negativni i nije *per se* dovoljan kao osnov za pravilno tumačenje svrhe Konvencije.

128. Mišljenje većine je, čini se, zasnovano na izvjesnoj konfuziji između izvršenja zločina, tj. položaja počinioca zločina genocida i odgovornosti za njegovo izvršenje.

Kada je to stvar država ili drugih pravnih entiteta, položaj počinioca zločina može biti jedna stvar a krivična odgovornost za zločin sasvim druga.

Obaveza Strane ugovornice da ne vrši genocid je, ustvari, određenje u negativnom smislu da je država moguć počinilac genocida.

Ovo je određenje, u najmanju ruku, čudno, jer ne uzima u obzir ono što je poznato kao *genus proximus* svakog zločina, uključujući zločin genocida.

Svaki je zločin u osnovi fizičko djelo ili propust praćen zločinačkom savješću i kao takvog ne mogu ga počiniti entiteti kao što su države, koje nemaju ni tijelo sposobno da preduzme fizička, tjelesna djela ni svoju vlastitu volju. Riječ je o aksiomatskom pitanju koje također proizvodi stvarne posljedice u oblasti krivičnog prava.

Da se država, kao svaki drugi entitet, može smatrati krivično odgovornom za zločine koje su počinila fizičke osobe sasvim je druga stvar. Međutim, krivična odgovornost pravnih osoba je fiktivna nasuprot stvarnoj krivičnoj odgovornosti fizičkih osoba. Ona je utvrđena kao pravna fikcija (*fictio legalis*) u obliku specifične pravne norme.

Savremeni oblik ove pravne fikcije, koja je nastala još u doba kanonskog i srednjovjekovnog prava pod utjecajem Bartola, predstavlja korporativna krivična odgovornost unutar neke države, koja se zasniva bilo na identificiranju djela izvjesnih fizičkih osoba s korporativnim djelima bilo na imputaciji kao obliku delegirane odgovornosti.

Čini se da je, prema mišljenju većine, korporativna krivična odgovornost poslužila kao osnov za analogiju. Ako je tako, takav je pristup potpuno pogrešan. Analogija, kao oblik tumačenja, ima sasvim minornu primjenu u krivičnom pravu, čak i pod uvjetom da ostane *intra legem*, tj. samo ako se ne stvori novo pravilo, što je upravo slučaj *in concreto*.

Ali daleko važniji je jedan drugi aspekt. Korporativna krivična odgovornost, kao pravna fikcija, utvrđena je u nacionalnim krivičnim zakonima konkretnim pravnim pravilom. Takvo pravno pravilo nije poznato Konvenciji o genocidu niti pozitivnom međunarodnom pravu.

Međutim, to ne znači da krivična odgovornost država ili međunarodnih organizacija neće u budućnosti imati mjesto u pozitivnom međunarodnom pravu. Ali Sud, “kao sud ne može donositi presudu *sub specie legis ferendae* niti anticipirati zakon prije nego što ga zakonodavac donese” (*Nadležnost u ribarenju (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Islanda), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974, strane 23-24, paragraf 53; (Nadležnost u ribarenju (Savezna Republika Njemačka protiv Islanda), Presuda, Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1974, strana 192, paragraf 45).*

129. Što se tiče odgovornosti neke države za počinjeni genocid, ni mišljenje većine nije bez pravnih teškoća. Postoje dvije vrste pravnih teškoća.

*Primo*, ako je država kao lice u stanju počiniti genocid, onda je *krivična odgovornost* te države kao počinioca prirodna i neizbježna posljedica. Presuda, međutim, govori samo o «odgovornosti» ili «međunarodnoj odgovornosti» države u tom pogledu, što svakako nije irelevantno u kontekstu značenja izraza «odgovornost države».

*Secundo*, osnova za odgovornost države za počinjeni genocid određena je na nejasan i kontradiktoran način.

Ako je, *arguendo*, država potencijalni počinitelj genocida, onda je njena krivična odgovornost izvorna i istinska.

Međutim, prema mišljenju većine, «ako državni organ ili lice ili grupa čija se djela pravno pripisuju državi, počinio bilo koje djelo zabranjeno članom III Konvencije, onda je riječ o međunarodnoj odgovornosti te države» (paragraf 179). Prema tome, odgovornost države zasniva se na djelima državnih organa ili neke ličnosti, odnosno grupe, *koji su počinili* zabranjena djela nabrojana u članu III Konvencije i koja se *pravno pripisuju državi*. Pripisivanje kao pravna operacija čini se nepotrebnim ako je odgovornost te države za genocid izvorna i istinska kao što implicira određenje države kao mogućeg počinioca.

## 2.4. Obaveza kažnjavanja

130. Neki elementi rezoniranja većine, u pogledu povinovanja Tužene strane obavezi kažnjavanja, upućeni Tuženoj strani, formulirani su na način koji se, u pogledu standarda sudskog rezoniranja, poklapaju u suviše velikoj

mjeri sa zahtjevima nekih međunarodnih političkih institucija i nekih država. Sud je djelovao, *in concreto*, kao glavni sudski organ prije u formalnom nego u suštinskom smislu.<sup>260</sup>

Ovaj visok stupanj podudaranja, koji se prvenstveno odnosi na zaključke Suda, s političkim zahtjevima upućenim Tuženoj strani naročito je upadljiv u paragrafu 449 Presude.

Pokretanje odgovarajućeg postupka protiv lica optuženih za genocid jedna je stvar, a obaveza kažnjavanja tih lica sasvim druga. Naročito je frapantno da je većina prešutno prešla preko ove razlike koja utječe na samu suštinu osnovnog principa pretpostavke nevinosti.

Nadalje, postavlja se pitanje da li je Tužena strana uopće “propustila da kazni”, kada se imaju na umu preuzete međunarodne obaveze u pogledu lica koja je optužio MKTBJ.

Svima je poznato da su se predsjednici Izetbegović, Milošević i Tuđman, na sastanku održanom 17-18. februara 1996. u Rimu, koji je sazvao tadašnji predsjednik Evropske unije S. Anjeli i na kojem su učestvovali, pored tri predsjednika, i pomoćnik državnog sekretara SAD R. Hoolbrouk, visoki predstavnik K. Bildt, komandant IFOR-a admiral L. Smith, komandant američkih snaga general Julman i drugi, obavezali da:

“Osobe, osim onih protiv kojih je Međunarodni tribunal već podigao optužnicu, mogu biti lišene slobode i stavljene u pritvor zbog ozbiljnog kršenja međunarodnog humanitarnog prava samo na osnovu ranije izdatog naloga, potjernice ili optužnice koju je Međunarodni tribunal razmotrio i za koju smatra da je u skladu s međunarodnim pravnim standardima. Izradit će se procedure kako bi Tribunal ekspeditivno donio odluku, a stupit će na snagu odmah po donošenju.”<sup>261</sup>

Prema tome, Tužena strana nije bila pravno u poziciji da bilo koga osudi do sada za genocid, kao ni Podnosilac tužbe. U oktobru 2004. tužiteljica Carla del Ponte je završila pregledanje tužbi koje su podnijete u Bosni i Hercegovini

<sup>260</sup> U pogledu razlike vidi Shabtai Rosenne, *Pravo i praksa Međunarodnog suda*, 1920-2005, I, strana 107.

<sup>261</sup> Kominike iz Rima, Peti odjeljak, o „Cooperation on War Crimes and Respect for Human Rights“, <http://www.barns-dle.demon.co.uk/bosnia/mostar.html>.

i, u okviru strategije okončanja rada MKTBJ, uručila vladi BiH slučajeve za krivično gonjenje, odnosno one u kojima se može pokrenuti krivični postupak.<sup>262</sup>

Optuživati Tuženu stranu za nedostatak saradnje s MKTBJ na osnovu činjenice da jedno od optuženih lica nije uhapšeno i, u nedostatku vjerodostojnih dokaza da je ta osoba na teritoriji Tužene strane, u suprotnosti je s principom da u sudskom postupku negativne činjenice ne podliježu dokazivanju. Naročito, ako se ima na umu da je Tužena strana, bilo tako što je uhapsila ili izručila optužena lica koja su se dobrovoljno predala, jasno pokazala svoj stav u ovoj stvari. Mišljenja sam da se država koja je izručila MKTBJ na opisani način 37 optuženih osoba, uključujući gotovo cjelokupno političko i vojno rukovodstvo, teško može optužiti za nedostatak saradnje u smislu pravilnog sudskog rezoniranja.

Formulacije koje podsjećaju na one sadržane u *kominikejima* međunarodnih institucija mogu se naći i u dijelu *dispozitiva* koji se odnosi na konkretno pitanje. U njemu se, između ostalog, kaže da Tužena strana treba odmah preduzeti efikasne korake za „*prebacivanje* pojedinaca optuženih za genocid i bilo koja druga djela spomenuta u članu III Konvencije” iako je općepoznato da te osobe nisu uhapšene.

Pored toga, tu je i pitanje da li se MKTBJ može smatrati “međunarodnim krivičnim sudom” u smislu člana VI Konvencije.

Oduševljeno “svakako - da” praćeno je ne baš uvjerljivim obrazloženjem:

“Pojam ‘međunarodnog krivičnog suda’ u smislu člana VI *mora obuhvatiti barem sve međunarodne krivične sudove* stvorene poslije usvajanja Konvencije ... koji imaju potencijalno univerzalni djelokrug i koji su nadležni da sude počiniocima genocida, odnosno svih drugih djela navedenih u članu III. *Karakter pravnog instrumenta kojim je ustanovljen takav sud bez značaja je u ovom pogledu*” (paragraf 445; kurziv dodan).

Iako nemamo namjeru baviti se suštinski ovim pitanjem, ne možemo a da se ne zapitamo kako je moguće da je “karakter pravnog instrumenta ... bez značaja”, a da se prethodno ne ocijeni da li je rezolucija Vijeća sigurnosti

---

<sup>262</sup> <http://www.un.org/ictv/glance-e/index.htm>.



pravni instrument *stricto sensu* ili nešto drugo ili da “član VI mora obuhvatiti barem sve međunarodne krivične sudove koji su stvoreni ...” bez kvalifikacije da to “stvaranje” treba biti u skladu s međunarodnim pravom.

Ustvari, svako tumačenje koje doprinosi, direktno ili indirektno, legitimizaciji ili delegitimizaciji MKTBJ vjerovatno nije u skladu sa sudijskom oprežnošću koju diktiraju posebne okolnosti formiranja MKTBJ, s jedne, i sporan karakter ovog postupka, s druge strane.

A ako je namjera Suda bila da se ovim pitanjem suštinski pozabavi u smislu toga da li je MKTBJ pravno formiran i nadležan međunarodni krivični sud shodno članu VI Konvencije ili je to sudski organ koji se bazira na selektivnoj i osvetoljubivoj pravdi, onda je Sud morao ocijeniti sve relevantne argumente *za i protiv* da bi došao do pravilnog zaključka.

Pitanje legalnosti MKTBJ nije čak ni sada riješeno na sudski meritoran način. Jedina sudska presuda o ovom pitanju – ona koju je sam MKTBJ donio u slučaju *Tadić*<sup>263</sup><sup>126</sup> - teško se može smatrati meritornom u svjetlu osnovnog principa *nemo iudex in causa sua*.

### 3. Pitanje odgovornosti

#### 3.1. Konvencija i pitanje odgovornosti

131. Formulacija “odgovornost države za genocid ili bilo koje drugo djelo nabrojano u članu III” apstraktna je i široka u svojoj nejasnoći, naročito u smislu Konvencije o krivičnom pravu.

U međunarodnom pravu izraz “odgovornost”<sup>264</sup> može se koristiti i zaista se koristi *lato sensu* i *stricto sensu*.

Shvaćena *lato sensu*, odgovornost se pojavljuje u nekoliko oblika:

i) odgovornost u običnom smislu, koja znači da autor nekog djela snosi njegove posljedice. Kao ilustracija može se spomenuti stav sudije

<sup>263</sup> Odluka o zahtjevu Odbrane o nadležnosti, 10. august 1995, paragrafi 1-40; Odluka o zahtjevu Odbrane za privremenu žalbu o nadležnosti, 2. oktobar 1995, paragrafi 26-48.

<sup>264</sup> Bin Cheng, *op. cit, strane* (Brojevi strana su izostavljeni i u izvorniku. – napomena Izdavača).

Ancilotija u sporu *Poljska agrarna reforma* (privremena zaštita) kada je rekao da “vlada treba snositi posljedice formulacije nekog dokumenta za koji je *odgovorna*” (*Stalni sud međunarodne pravde* (1933), serija A/B, 58, strana 182);

ii) moralna ili politička odgovornost. Ona podrazumijeva da autor nekog djela ima moralnu ili političku obavezu da ispravi štetne posljedice koje je to djelo imalo za druga lica. *Exempli causa*, Mješovita njemačko-američka komisija za potraživanja (1922) smatrala je da “odgovornost Njemačke za sve gubitke i štetu pretrpljene kao posljedica rata – (predstavlja) *moralnu odgovornost*” (Administrativna odluka br. II (1923), tačka 5, strana 15. Kurzivom istakla Komisija; isto tako, spor *Ruska odšteta* (1912), 1 H.C.R., strana 547);

iii) odgovornost u pravnom smislu. Može se uzeti da ovo značenje označava odgovornost *stricto sensu*. Međutim, “odgovornost u pravnom smislu” ili “pravna odgovornost” predstavlja prije opći izraz nego preciznu kvalifikaciju. Ona obuhvata dva ontološki različita oblika - građansku i krivičnu odgovornost koje se u svakom pojedinačnom slučaju moraju precizirati.

Što se tiče izraza “odgovornost države za genocid”, koji je upotrijebljen u članu IX, nije jasno da li se on odnosi na odgovornost *lato sensu* ili *stricto sensu*. *A fortiori*, ako se ima na umu značajna razlika između engleske i francuske verzije teksta člana IX koje se smatraju «podjednako autentičnim» na osnovu člana X Konvencije. Dok se u engleskoj verziji teksta člana IX, između ostalog, kaže «odgovornost države za genocid», u francuskom tekstu je upotrijebljen izraz «odgovornost države u materiji genocida» (kurziv dodan). Ovaj drugi izraz mnogo je bliži *lato sensu* nego *stricto sensu* upotrebi termina «odgovornost».

To naročito važi ako se ima na umu da je spominjanje državne odgovornosti i nadležnosti Međunarodnog suda pravde imalo za cilj da se pojača djelotvornost Konvencije, jer se smatralo da je u doba mira praktično nemoguće vršiti bilo kakvu efikasnu međunarodnu ili nacionalnu nadležnost nad vladarima ili šefovima država (Zvanični zapisnik Generalne skupštine, treće zasjedanje, dio I, Šesti komitet, 103. sjednica, strana 430 i 104. sjednica, strane 436, 444).

Dakle, izraz «odgovornost» može se shvatiti i u smislu «obaveze», tako da član IX daje «Međunarodnom sudu pravde nadležnost za sporove između država članica» u vezi s «tumačenjem, primjenom i ispunjavanjem» raznih obaveza koje se javljaju u pogledu konkretnih obaveza navedenih u Konvenciji, tj. krivično gonjenje, ekstradicija i donošenje nacionalnog zakonodavstva». <sup>265</sup>

132. Materijalne odredbe Konvencije utvrđuju isključivo individualnu odgovornost za genocid, bilo neposredno bilo posredno.

Neposredno spominjanje individualne krivične odgovornosti nalazimo u članovima IV, V, VI i VII. *Travaux préparatoires*, naročito one koje se odnose na članove IV i VI (od posebnog značaja za ovo konkretno pitanje) potvrđuju jasno i prirodno značenje članova koji se spominju u tom pogledu. U toku diskusije u Šestom komitetu o članu IV, Ujedinjeno Kraljevstvo je podnijelo amandman <sup>266</sup> čiji je cilj bio da se uspostavi odgovornost države za genocid. Amandman koji je podnijela Belgija <sup>267</sup> imao je isti smisao. Amandmani su odbačeni iz razloga koje je rezimirao Specijalni izvjestilac gospodin Ruhashiankiko na sljedeći način:

«U međunarodnoj praksi od Drugog svjetskog rata stalno je primjenjivan princip individualne krivične odgovornosti za zločine po međunarodnom pravu, uključujući i zločine genocida.» <sup>268</sup>

Posredan način izražavanja istih ideja nalazi se u odredbama članova I, II i III. Pojam «zločin po međunarodnom pravu», sadržan u članu I Konvencije odnosi se, u pozitivnom međunarodnom pravu - osim projekata *de lege ferenda* - isključivo na djela ili propuste pojedinca. Članovi II i III, koji se izričito bave pravnim određenjem zločina genocida, odnosno djelima koja podliježu kažnjavanju na osnovu Konvencije, izražavaju, stilom i sadržajem, shvatanje da država, kao apstraktno pravno lice, bez fizičkog tijela i vlastite stvarne volje, ne može biti odgovorna u smislu krivičnog prava (*societas delinquere non potest*).

---

<sup>265</sup> W. Schabas, *op. cit.*, strana 434.

<sup>266</sup> Ujedinjene nacije, dok. A/C.6/236 i korigendum 1.

<sup>267</sup> Ujedinjene nacije, dok. 6/SR95.

<sup>268</sup> Gospodin N. Ruhashyankiko, Specijalni izvjestilac, *op. cit.*, strana 36, paragraf 151. Također, Nacrt kodeksa krivičnih djela protiv mira i sigurnosti čovječanstva, Izvještaj KMP o radu njenog 36. zasjedanja, 7. maj - 27 juli 1984, dokument A/39/10, Godišnjak Komisije za međunarodno pravo (1984), II, Drugi dio, strana 11, paragraf 32.

Čini se da niti jedna od suštinskih odredaba Konvencije ne predviđa nikakav oblik odgovornosti u pravnom smislu za genocid osim krivične odgovornosti pojedinca.

133. Većinsko gledište ne osporava zaključak da tekst Konvencije ne ustanovljava odgovornost države sam po sebi. Istaknuto je, *inter alia*, da:

“Tačno je da se pojmovi koji se koriste u tačkama (b) do (e) člana III ... odnose na dobro poznate kategorije krivičnog prava i kao takvi izuzetno su dobro prilagođeni, čini se, sprovođenju kaznenih sankcija prema pojedincima» (Presuda, paragraf 167).

Međutim, odgovornost države za genocid nalazi se u članu IX Konvencije. Ona se vrši putem obaveze Strane ugovornice »da ne vrši genocid« u domenu pravila o odgovornosti država kako je formulirano u Statutu Komisije za međunarodno pravo koji izražava sadašnje običajno međunarodno pravo (paragraf 414); iako je stav Komisije, kako izgleda, jasan u tom pogledu - Konvencija o genocidu nije predvidjela državni zločin niti krivičnu odgovornost država u svom članu IX<sup>269</sup>132.

Da li je član IX u stanju da ustanovi odgovornost države za genocid? Tekst člana IX predviđa:

»Sporovi između Strana ugovornica koji se odnose na tumačenje, primjenu ili sprovođenje ove Konvencije, uključujući i one koji se odnose na odgovornost neke države za genocid ili bilo koje drugo djelo nabrojano u članu III, podnose se Međunarodnom sudu pravde na zahtjev jedne od strana u sporu.«

134. Član IX Konvencije je, po svom karakteru, standardna klauzula o kompromisnom rješavanju sporova. Njena svrha kao takve je da odredi nadležnost Suda u okviru koordinata tumačenja, primjene, odnosno sprovođenja suštinskih odredaba Konvencije. Kao što Menly Hadson ispravno zaključuje:

“Ovaj član, međutim, ide i dalje jer ’uključuje’ u takve sporove ’one koji se odnose na odgovornost države za genocid ili bilo koje drugo djelo nabrojano u članu III.’ Kako se nijedna druga odredba Konvencije

---

<sup>269</sup> Izvještaj KMP o radu njenog 50. zasjedanja, 20. april – 12. juni 1998, 27. juli – 14. august 1998, Ujedinjene nacije, dok. A/53/10 i korigendum 1, paragraf 249.

ne bavi izričito odgovornošću države, teško je vidjeti kako neki spor koji se odnosi na tu odgovornost može biti *uključen* u sporove koji se tiču tumačenja, odnosno primjene, odnosno sprovođenja Konvencije. S obzirom na obavezu strana u članu I da spriječe genocid, shvatljivo je da neki spor koji se tiče odgovornosti države može biti spor u pogledu sprovođenja Konvencije. Pa ipak, kada se pročita u cjelini, Konvencija se odnosi samo na kažnjavanje pojedinaca; kažnjavanje države nije ni na koji način naznačeno, a isključeno je iz člana V kojim se strane obavezuju da donesu kazneno zakonodavstvo. Otuda 'odgovornost države' koja se spominje u članu IX nije krivična odgovornost M.M. Whiteman, *Digest of International Law*, 1968, strana 857]« (*Međunarodni sud pravde, Izvještaji 1996*).

Odredbe o nadležnosti ne mogu mijenjati ili revidirati materijalno pravo. Princip koji izražava uvjerljive pravne razloge naročito je valjan u pogledu *vrste* konvencija u koje spada Konvencija o genocidu.

Suštinske odredbe Konvencije spadaju u *corpus iuris cogentis*, te se, prema tome, mogu mijenjati «samo nekom kasnijom normom općeg međunarodnog prava koja ima isti karakter» (član 53 Konvencije o ugovornom pravu). Očigledno je da pravilo iz člana IX ne predstavlja »normu općeg međunarodnog prava koja ima isti karakter«, nego je to u stvari pravilo *ius dispositivum* koje Strane ugovornice mogu derogirati na osnovu diskrecionog prava. Ako bi član IX mogao mijenjati pravno stanje uspostavljeno suštinskim odredbama Konvencije, to bi, u optici dihotomije *jus cogens/ius dispositivum*, bilo ravno tome da se kaže da barem neka određena pravila koja su po prirodi *ius dispositivum* imaju sposobnost mijenjati ustanovljeni režim *jus cogens*. Štaviše, kao stvar praktičnih posljedica, iz toga bi slijedilo da bi neka Strane ugovornice koja je izrazila rezervu u pogledu člana IX mogla biti oslobođena odgovornosti koju član IX navodno unosi u suštinske odredbe Konvencije.

135. Ako, *arguendo*, uzmemo da su sastavljači Konvencije, pri korištenju izraza "odgovornost" u članu IX imali na umu odgovornost u pravnom smislu, onda se može smatrati sigurnim da nisu imali u vidu krivičnu odgovornost države.

Konvencija ne predviđa izričito građansku odgovornost države za genocid. Tekst Konvencije, u svom operativnom dijelu, ne samo da ne sadrži posebnu odredbu u ovom pogledu nego ne sadrži ni odgovarajuće opće kvalifikacije, kao što je «građanska odgovornost» ili naznake kao što su «reparacija» ili

«kompenzacija» i slično. Tačno je da je spomenuta „građanska odgovornost“ u *travaux préparatoires* člana IX, ali ova činjenica ima ograničeno značenje s obzirom na potvrdnu i podržavajuću ulogu *travaux* u tumačenju ugovora.

Otuda proizlazi da Konvencija ima u vidu *sui generis* odgovornost više kao odgovornost *lato sensu* nego *stricto sensu*. Tome u prilog govori i karakter međunarodnog krivičnog prava i član VIII Konvencije kao jedini član koji se bavi suzbijanjem i sprečavanjem genocida na međunarodnom planu. Imajući na umu da zločin genocida, koji je suprotan ne samo moralnim zakonima nego i duhu i ciljevima Povelje Ujedinjenih nacija, predstavlja prijetnju međunarodnom miru i sigurnosti, nadležni politički organi Ujedinjenih nacija, naročito Vijeće sigurnosti, imaju obavezu da djeluju *proprio motu* u slučaju sumnje na genocid.

Prema tome, može se reći da je odgovornost države za genocid prvenstveno moralnog i političkog karaktera, kao i za druge međunarodne zločine kao što su aparthejd ili agresija, kombinirano s kaznenim mjerama koje preduzimaju nadležni organi Ujedinjenih nacija, kao oblik kolektivne reakcije decentraliziranog međudržavnog društva. Takav oblik odgovornosti države za genocid, koji djelimično podsjeća na kolektivnu ili korporativnu odgovornost, proizlazi iz karaktera relativno neorganiziranog, *de facto* karaktera međunarodne zajednice, s jedne, i embrionske faze u kojoj se nalazi međunarodno krivično pravo, s druge strane.

Kao stvar principa u pogledu rezoniranja s gledišta materijalnog prava, takva percepcija odgovornosti države za genocid ne isključuje odgovornost države u smislu građanske odgovornosti. Ta odgovornost, iako nije primarna u odnosu na međunarodne zločine, ima svoj *rationale* u činjenici da izvršenje krivičnog djela isto tako ima posljedice na osnovu građanskog prava. Opravdana sa stanovišta materijalnog prava, građanska odgovornost države za genocid je veoma sumnjiva sa stanovišta nadležnosti, barem u sporu kada se nadležnost Suda zasniva na članu IX Konvencije kao njenoj kompromirnoj klauzuli.

136. Što se tiče aspekta nadležnosti u ovoj stvari, postavlja se pitanje primjenjivosti tih pravila u svjetlu principa *lex specialis derogat legi generali*.

Svaki ugovor koji je na snazi i koji služi kao osnova za nadležnost Suda predstavlja primjenjiv zakon *in casu* sam po sebi i za sebe. Biti *ius specialis*,

svaki takav ugovor isključuje primjenu pravila općeg međunarodnog prava. Može se pretpostaviti da su članice Konvencije bile svjesne postojećih općih pravila o odgovornosti države i da su odlučile tu stvar tretirati na način kako je predviđeno Konvencijom. Da su imale drugačiju namjeru, one bi se pozvale, u skladu sa standardnom praksom koja se primjenjuje u međunarodnim konvencijama, na pravila općeg međunarodnog prava bilo u obliku inkorporacije bilo u obliku *renvoi*.

Princip *ius specialis* se priznaje kao opće pravilo državne odgovornosti. Član 55 Statuta o odgovornosti države predviđa:

“Ovaj se Statut ne primjenjuje kada se, i u mjeri u kojoj se, uvjeti za postojanje međunarodno štetnog djela ili sadržaj, odnosno provedba međunarodne odgovornosti neke države reguliraju posebnim pravilima međunarodnog prava.”<sup>270</sup>

U ovom sporu, posebna pravila međunarodnih propisa svakako su suštinska pravila Konvencije o genocidu.

Uvjet za primjenu *ius specialis* je, naravno, sukob između odredaba koje su posebnog karaktera i pravila općeg međunarodnog prava. Do sukoba dolazi u slučaju nedosljednosti ili razlike, bilo u pozitivnom bilo u negativnom smislu, između ovih dviju vrsta pravila. I, *in concreto*, on zaista postoji, jer se Konvencija o genocidu ne bavi pitanjima građanske odgovornosti države za genocid.

Imajući to na umu, čini se, kao što je istakao i Specijalni izvjestilac u svom prvom izvještaju o državnoj odgovornosti, da se “strane u sporu nisu obavezale da prihvate obaveznu nadležnost Suda u ovom pitanju”<sup>271</sup>.

Samo na osnovu razlike između odgovornosti država uzete *in absolute* i u pogledu nadležnosti Suda, može se naći *rationale* za *dicta* Suda, kada nema nadležnosti da se bavi zahtjevima prema kojima:

“Postoji suštinska razlika između toga da neka država prihvata nadležnost Suda i kompatibilnosti određenih djela s međunarodnim pravom ... Bez obzira da li države prihvataju nadležnost Suda ili ne, one su i dalje u svim slučajevima odgovorne za djela koja im se pripisuju a kojima se krše prava drugih država” (*Spor o nadležnosti u ribarenju*, paragrafi 55-56; *Zračni*

<sup>270</sup> Godišnjak Komisije za međunarodno pravo, 2001, tom II, dio 2.

<sup>271</sup> Prvi izvještaj o državnoj odgovornosti gospodina Jamesa Crawforda, Specijalnog izvjestioca, dokument Ujedinjenih nacija A/CN.4/490/Add. 2, paragraf 43.

*incident od 10. augusta 1999 (Pakistan protiv Indije), paragraf 51; sporovi o Legalnosti upotrebe sile).*

Međutim, kada Sud dođe do zaključka da nije nadležan za rješavanje zahtjeva koji se odnose na odgovornost, onda, kao što je navedeno u Presudi o *legalnosti upotrebe sile*, Sud “ne može donijeti nikakvu odluku niti izraziti bilo kakvo zapažanje o pitanju ... bilo kakve nastale međunarodne obaveze”.

137. Što se tiče suštinskog aspekta stvari, neizvjesno je da li se opća pravila o državnoj odgovornosti onakvoj kakva jeste mogu objektivno baviti pitanjima međunarodnih zločina.

Tačno je da ima određene sličnosti između međunarodnih delikata i međunarodnih zločina. I jedni i drugi imaju obilježje nezakonitosti. U tom pogledu, oba pojma spadaju u *genus* nezakonitih djela, djela koja su u sukobu s relevantnim pravilima međunarodnog prava. Oni se razlikuju u drugim pogledima i sačinjavaju dvije odvojene *species* djela u okviru spomenutog *genus*.

Opća pravila o državnoj odgovornosti, kada je riječ o odgovornosti za nanijetu štetu, izrađena su na način *ius aequum*. Otuda građanska odgovornost, nasuprot krivičnoj odgovornosti, može nastati i *sine delicto*. Ona potječe od kršenja subjektivnog prava oštećene države.

Krivična odgovornost, s druge strane, podrazumijeva odgovornost za počinjeno krivično djelo, čime se štite vrijednosti međunarodne zajednice u cjelini, javni interesi izraženi u pravilima objektivnog prava kao takvog - tretirani kao *ius strictum*.

Razlika u pravnom karakteru između međunarodnih delikata i međunarodnih zločina dovodi do razlika u sankcijama. Kada je u pitanju građanska odgovornost, sankcija se u suštini sastoji u tome da se ponovo uspostavi stanje koje bi postojalo da subjektivno pravo oštećene države nije prekršeno. Nasuprot tome, sankcija kada su u pitanju međunarodni zločini, koji u suštini predstavljaju pravnu štetu objektivnom pravnom poretku, sastoji se u kažnjavanju počinioca.

Kako su građanska i krivična odgovornost ontološki različite, krivična odgovornost ne može se transponirati u građansku i obratno. Pokušaji transponiranja



vode ili kažnjivosti za građansku odgovornost ili nekažnjivosti po osnovu krivičnog prava – što predstavlja dva podjednako nezadovoljavajuća ishoda. Što se tiče genocida, takav se napor svodi ili na delikt “građanskog genocida” lišen suštine u kontekstu člana II Konvencije ili praktično na izlet u oblast krivične odgovornosti države koja ne postoji u primarnim pravilima. Čini se, međutim, da je većina u Sudu pošla baš tim putem. Članovi 1 i 2 Nacrta statuta Komisije za međunarodno pravo o državnoj odgovornosti, koji označavaju novi prilaz pojmu odgovornosti pomjeranjem klasičnih pojmova krivice i štete ka konceptu apsolutne odgovornosti, pružaju prima facie plodno tlo za takvo transponiranje. Međutim, ispostavlja se da je to samo iluzija zbog standarda koji se odnosi na kršenja koji treba primijeniti kao neophodan uvjet za postojanje međunarodno protupravnog djela koje se pripisuje državi. Kao što je rečeno u komentaru na član 2:

»Da li je došlo do kršenja nekog pravila može zavistiti od namjere, odnosno saznanja relevantnih državnih organa ili subjekata i u tom smislu može biti ‘subjektivno’. Naprimjer, član II Konvencije o genocidu kaže da: ‘U ovoj konvenciji genocid označava svako od slijedećih djela počinjenih s namjerom da se uništi, potpuno ili djelimično, nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva...’ U drugim slučajevima, standard za kršenje obaveze može biti ‘objektivan’ u smislu da je briga, odnosno nedostatak brige relevantnih državnih organa ili subjekata irelevantan.»<sup>272</sup>

Pravila o odgovornosti, kao sekundarna, osiguravaju okvir za ukazivanje na posljedice kršenja dok je određenje sadržaja neke obaveze, uključujući i standard za kršenje, rezervirano za primarna pravila. Kao takva, sekundarna pravila ne mogu izmijeniti ili derogirati primarna, što *per se* lišava suštinskih efekata svaki pokušaj transponiranja pravila krivičnog prava u kompleks državne odgovornosti.

### **III. Pravno određenje srebreničkog masakra**

Tragični masakr u Srebrenici predmet je dvije presude MKTBJ u slučajevima *Krstić* i *Blagojević*. Prilikom pravnog određenja masakra u Srebrenici Sud se oslanja podjednako na obje presude, iako se na drugu može uložiti žalba.

272 J. Crawford (urednik), *Pravila o odgovornosti države Komisije za međunarodno pravo, Uvod, Tekst i Komentari*, 2003, strane 81-82, paragraf 3.

## 1. Komponente genocidne namjere

Čini se da niti jedna od komponenti, koje se mogu uočiti u genocidnoj namjeri, nije zadovoljena u Krstićevoj presudi.

### 1.1. Nivo namjere

138. Oba vijeća MKTBJ - Pretresno i Žalbeno vijeće - našla su, u slučaju *Krstić*, navodnu genocidnu namjeru u smislu “znanja” ili “upoznatosti”.

Naprimjer, Pretresno vijeće je našlo da su “snage bosanskih Srba *morale biti svjesne* katastrofalnog efekta koji bi nestanak dvije ili tri generacije muškaraca imao na opstanak”<sup>273</sup>. Ili:

“Snage bosanskih Srba *znale su*, do vremena kada su odlučile pobiti sve vojno sposobne muškarce da će kombinacija tih ubistava s prinudnim preseljenjem žena, djece i starih lica neizbježno imati za rezultat fizičko nestajanje bosanskog muslimanskog stanovništva u Srebrenici.”<sup>274</sup><sup>137</sup>

Žalbeno vijeće je, sa svoje strane, smatralo da su “snage bosanskih Srba *bile svjesne* ovih posljedica kada su odlučile sistematski eliminirati zarobljene muškarce muslimane”<sup>275</sup>, i dalje:

“Zaključak da su neki pripadnici Glavnog štaba VRS planirali ubijanje muških zatvorenika, *uz potpuno znanje o štetnim posljedicama* koje će ono imati za fizički opstanak zajednice bosanskih muslimana u Srebrenici, nadalje podržava zaključak Pretresnog vijeća da su podstrekači te operacije *imali potrebnu genocidnu namjeru.*”<sup>276</sup>

U slučaju *Blagojević*, Pretresno vijeće je u suštini razdvojilo posebnu namjeru od genocidnih djela, uništavajući na taj način organsko jedinstvo subjektivnog i objektivnog elementa u biću zločina genocida. Pošto je našlo da “treba napraviti razliku između karaktera nabrojanih ‘djela’ (genocida)

<sup>273</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 595; kurziv dodan.

<sup>274</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 595; kurziv dodan.

<sup>275</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 29; kurziv dodan.

<sup>276</sup> *Idem.*; kurziv dodan.

i ‘namjere’ s kojom su počinjena u smislu da ‘dok pobrojana djela zaista moraju imati fizički i biološki oblik, to nije potrebno za namjeru’<sup>277</sup>, Pretresno vijeće, ustvari, isključuje iz djela relevantnih za taj slučaj namjeru da se uništi zaštićena grupa, jer “sa izuzetkom djela pobrojanih u članu 4(2) i (d), sam Statut ne zahtjeva postojanje namjere da se prouzrokuje fizičko odnosno biološko uništenje te grupe, potpuno ili djelimično”<sup>278</sup>.

139. Međutim, “znanje” ili “upoznatost” je jedna stvar, a “posebna namjera” druga. “Znanje” ili “upoznatost” kao pasivni, intelektualni element namjere predstavlja *dolus generalis*. Nasuprot tome, posebna namjera znači *dolus specialis*<sup>279</sup> i takvo je značenje jasno objašnjeno u naslovu za član 4 (2) Statuta MKTBJ. Dok *dolus generalis* zahtijeva da počinilac “ima namjeru prouzrokovati” izvjesne posljedice ili je svjestan da će se to dogoditi u normalnom slijedu događaja (član 30 (2b) Statuta MKK), *dolus specialis* zahtijeva da počinilac jasno namjerava postići taj rezultat ili jasno nastoji izvršiti djelo za koje je optužen. Prema tome, razlika je u aktivnom voljnom elementu koji je prevashodan kod posebne namjere kao subjektivni konstruktivni element zločina genocida.

Što se tiče zaštićene grupe, “samo saznanje počinioca da su žrtve članovi određene grupe nije dovoljno da se utvrdi namjera da se ta grupa uništi kao takva”<sup>280</sup>. Čak i ako su počinioci znali da će pogubljenje muškaraca imati trajne posljedice, to nužno ne znači da je takvo saznanje predstavljalo osnovu za namjeru počinioca, naročito ako se imaju u vidu svjesni koraci koji su preduzeti da se sačuva ostali dio zajednice<sup>281</sup>, a koji su se odnosili na prebacivanje žena, djece i starih osoba.

## 1.2. Vrsta uništenja

140. Uništenje, kako ga je shvatio MKTBJ u slučajevima *Krstić* i *Blagojević*, prije je uništenje u društvenom nego u fizičkom, odnosno biološkom smislu, kao pravno relevantnih oblika uništenja prema Konvenciji o genocidu.

---

<sup>277</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Blagojevića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 659.

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Jelisića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 51.

<sup>280</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 561.

<sup>281</sup> K. Southwick, “Srebrenica as genocide? The Krstić decision and the language of the unspeakable”, *Yale Human Rights and Development Law Journal* 2005, strana 7.

U slučaju *Krstić* Pretresno vijeće je našlo, *inter alia*, da bi uništenje znatnog broja vojnosposobnih muškaraca “neizbježno dovelo do fizičkog nestanka bosanskog muslimanskog stanovništva u Srebrenici”<sup>282</sup>, budući da “njihove supruge ne mogu ponovo stupiti u brak pa, prema tome, ni imati novu djecu”<sup>283</sup>. Takav zaključak, koji odražava ideju društvenog uništenja, čini se veoma neuvjerljivim s pravnog stanovišta. U opisanom kontekstu, moguće implikacije za rađanje, čak i pod pretpostavkom da je ubijanje muškaraca izvršeno s namjerom da ima takve implikacije, teško bi se moglo okvalificirati kao genocidno. Čini se očiglednim da takve implikacije za rađanje, da je do njih i došlo, ne bi mogle imati kao neposredan uzrok ubijanje muškaraca, već nemogućnost supruga ubijenih muškaraca “da se ponovo udaju i ... imaju novu djecu” zbog “patrijarhalnog karaktera društva bosanskih muslimana u Srebrenici”<sup>284</sup>. Takva konstrukcija nije prikladna za takozvanu objektivnu imputaciju (*imputatio facti*), budući da podrazumijeva namjerno uplitanje žrtve, kao i njeno odlučivanje u kauzalni tok (*Selbstverantwortung*). Štaviše, to predstavlja slobodnu odluku same žrtve.

Percepcija uništenja u društvenom smislu još je više naglašena u slučaju *Blagojević*. Pretresno vijeće je primijenilo “jedno šire poimanje izraza “uništiti”, obuhvatajući i “djela koja ne moraju nužno prouzrokovati smrt” (paragraf 662), tumačenje koje se ne uklapa u shvatanje uništenja prema Konvenciji o genocidu (vidjeti paragrafe ). U tom smislu, Pretresno vijeće nalazi podršku u presudi Saveznog ustavnog suda Njemačke koji je smatrao *expressis verbis* da:

“Zakonska definicija genocida zastupa supraindividualni cilj pravne zaštite, tj. društveno postojanje grupe (i da se) namjera da se uništi grupa [...] proteže dalje od fizičkog i biološkog istrebljenja [...]. Tekst zakona, prema tome, ne nalaže tumačenje da namjera krivca mora biti da se fizički istrijebi barem značajan broj pripadnika grupe.”<sup>285</sup>

Tako shvaćen izraz “uništenje” “u definiciji genocida može obuhvatiti prinudno premještanje stanovništva.”<sup>286</sup>

### 1.3. Ciljna grupa

<sup>282</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 595.

<sup>283</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 28.

<sup>284</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 28.

<sup>285</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 28; MKTBJ, *Tužilac protiv Blagojevića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 664.

<sup>286</sup> *Ibidem*, paragraf 665.

141. U slučaju *Krstić*, Tužilaštvo je u svojim konačnim argumentima navodilo “bosanske muslimane iz istočne Bosne” kao ciljnu grupu. Pretresno vijeće nije prihvatilo takvu kvalifikaciju smatrajući da zaštićena grupa “u okviru značenja člana 4 Statuta mora biti definirana, u ovom sporu, kao bosanski muslimani”<sup>287</sup>. U ispravnom izlaganju ideje koja je u osnovi odredbe člana II Konvencije o genocidu, Pretresno vijeće je smatralo da “bosanski muslimani iz Srebrenice ili bosanski muslimani iz istočne Bosne predstavljaju dio zaštićene grupe na osnovu člana 4 (Statuta koji doslovno reproducira član II Konvencije o genocidu - M.K.)»<sup>288</sup>. Treba, međutim, konstatirati da je Vijeće isto tako našlo da:

“Nije moguće na osnovu nacionalnog, etničkog, rasnog ili vjerskog obilježja praviti razliku između bosanskih muslimana koji su živjeli u Srebrenici u vrijeme ofanzive 1995. i drugih bosanskih muslimana. Jedino jasan kriterij bila bi njihova geografska lokacija, a ne kriterij koji je Konvencija imala u vidu.”<sup>289</sup>

Pretresno vijeće odredilo je da su bosanski muslimani u općem smislu zaštićena grupa ne tražeći nacionalnu, etničku, vjersku ili rasnu osnovu da bi je okvalificiralo kao distinktan i poseban entitet. Razlog je što je Pretresno vijeće tumačilo *travaux préparatoires* Konvencije u smislu «da je izrada takve liste imala više za cilj da opiše jednu jedinu pojavu, koja približno odgovara onome što je prije Drugog svjetskog rata bilo priznato kao ‘nacionalne manjine’, a ne da ukaže na nekoliko distinktnih prototipova ljudskih grupa»<sup>290</sup>.

Ovo tumačenje treba shvatiti u smislu da je dovoljno ako je to grupa koja je prepoznatljiva po svojoj generičkoj suštini i da nije potrebno “praviti razliku za svaku imenovanu grupu na bazi naučno objektivnih kriterija ... koji nisu saglasni s ciljem i svrhom Konvencije»<sup>291</sup>. Utvrđivanje naučno objektivnih kriterija samo je po sebi poželjno i može samo doprinijeti solidnom sprovođenju pravde u toj stvari, naročito u odnosu na element genocidne namjere. Štaviše, u izvjesnim slučajevima to nije neostvarljiv cilj, kao što pokazuje

---

287 MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 560.

288 MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 560.

289 MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 559; kurziv dodan.

290 MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 556.

291 *Idem*.

i jurisprudencija MKTR<sup>292</sup>. Potraga za «naučno objektivnim kriterijima» mogla bi, međutim, biti u suprotnosti s ciljem i svrhom Konvencije ako bi ostavila bez zaštite ljudsku grupu koja se ne razlikuje na osnovu nacionalnih, etničkih, vjerskih ili rasnih kriterija uzetih pojedinačno, ali koja, u općem i generičkom smislu, ispunjava uvjete da se smatra kao distinktna i posebna grupa u svjetlu Konvencije o genocidu.

#### 1.4. Potpuno ili djelimično

142. Riječ «dio» u okviru člana II Konvencije ne znači bilo koji dio zaštićene grupe nego kvalificirani dio. Ako bi se dio neke grupe shvatio kao *bilo koji* dio, onda bi se «namjera koja leži u osnovi *actus reus* i *mens rea* karakteristični za zločin genocida poklapali tako da bi genocidna namjera, koja predstavlja posebnu karakteristiku genocida, nestala»<sup>293</sup>.

U okviru «bosanskih muslimana» kao zaštićene grupe na osnovu Konvencije, Pretresno vijeće je identificiralo “bosanske muslimane iz Srebrenice”, odnosno “bosanske muslimane iz istočne Bosne” kao dio zaštićene grupe<sup>294</sup>.

Da li se “bosanski muslimani iz Srebrenice, odnosno bosanski muslimani iz istočne Bosne” mogu smatrati znatnim dijelom bosanskih muslimana? Kao preliminarna primjedba može se reći da, suprotno dikciji te formulacije, izrazi “bosanski muslimani iz Srebrenice” i “bosanski muslimani iz istočne Bosne” ne mogu se posmatrati kao sinonimi. Iako je muslimansko stanovništvo u Srebrenici bilo brojčano znatno povećano u relevantnom periodu, ono je po broju bilo daleko od stanovništva istočne Bosne koje je brojalo 170.000.

Imajući u vidu da se u kritičnom periodu nekih 40.000 bosanskih muslimana koncentriralo u Srebrenici i ako bismo prihvatili kao dokazano da je nekih 5.000-7.000 ljudi pobijeno, onda bi prema kvantitativnom kriteriju oni teško mogli predstavljati “znatan dio” zajednice. Osim toga, Pretresno vijeće je, ustvari, okvalificiralo ciljnu grupu precizno kao “bosanski muslimani u Srebrenici, odnosno bosanski muslimani iz istočne Bosne...”

---

292 MKTR, *Tužilac protiv Akayesua*, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 510-516.

293 C. Tournaye, “Genocidna namjera pred MKTBJ”, *International and Comparative Law Quarterly*, tom 52, april 2003, strana 459.

294 MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 560.

Prema podacima iz posljednjeg popisa stanovništva u Bosni i Hercegovini 1991, u istočnoj Bosni bilo je preko 170.000 muslimana (26.316 u Goraždu, 18.699 u Vlasenici, 21.564 u Bratuncu, 4.007 u Čajniču, 30.314 u Bijeljini, 48.208 u Zvorniku, 13.438 u Višegradu, 4.140 u Bosanskom Brodu i 2.248 u Bosanskom Šamcu).

Što se tiče pitanja da li bi se “bosanski muslimani” iz Srebrenice ili “bosanski muslimani iz istočne Bosne” mogli okvalificirati, prema kvantitativnom kriteriju, kao značajan dio bosanskih muslimana kao zaštićene grupe na osnovu Konvencije, treba imati na umu da je muslimanska zajednica u bosanskoj zajednici u Bosni i Hercegovini, na osnovu podataka iz posljednjeg popisa stanovništva u Bosni i Hercegovini 1991, brojala preko 1,900.000<sup>295</sup> osoba.

U pogledu kvalitativnog kriterija, u Presudi se ne navode nikakva posebna obilježja rukovodstva koje je pobijeno. Nije jasno kakvo je rukovodstvo u pitanju - političko, vojno ili intelektualno.

Iz diktuma Pretresnog vijeća, kao i iz njegovog općeg rezoniranja, proizlazi da se to rukovodstvo, ustvari, sastoji od vojnosposobnih muškaraca, jer je i vojno rukovodstvo na čelu s komandantom divizije Naserom Orićem, kao što je dobro poznato, napustilo grad nekoliko dana prije njegovog pada.

U Srebrenici je u datom periodu bilo oko 40.000 bosanskih muslimana, uključujući i pripadnike Armije BiH. S obzirom na kvantitativne kriterije za određenje značajnog dijela zaštićene grupe, čini se očiglednim da, u poređenju s više od milion i sto hiljada bosanskih muslimana, bosanski muslimani u Srebrenici nisu mogli sačinjavati njihov značajan dio. Isti zaključak također se nameće kad je riječ o primjeni alternativnog, kvalitativnog kriterija, jer se politička i intelektualna elita bosanskih muslimana nalazila u Sarajevu.

143. Broj ubijenih vojnosposobnih muškaraca u Srebrenici nikada nije tačno utvrđen. Štaviše, taj bi broj mogao biti znatno manji od broja koji je koristio Tribunal u slučaju *Krstić*.

Naime, Tribunal je izjednačio nestale i ubijene vojnosposobne muškarce u Srebrenici. Takvo izjednačavanje čini se spornim ne samo s pravnog stanovišta usvojenog u jurisprudenciji Tribunala (paragraf 10 gore), već i u

---

295 Vidi [www.FZS.ba/dem.Popis/Nac.StanB.htm](http://www.FZS.ba/dem.Popis/Nac.StanB.htm).

svjetlu nekih indicija koje nije razmatrao ni MKTBJ ni Sud *exempli causa*. Ako se upoređi konačni spisak birača za srebreničku općinu, koji je izradila Organizacija za sigurnost i saradnju u Evropi (OSCE) i spisak identificiranih tijela ljudi sahranjenih u memorijalnom kompleksu “Srebrenica - Potočari” (“Srebrenica Potočari memorijal i mezarje”, Srebrenica, septembar 2003); nalog za sahrane na lokaciji JKP “Gradska groblja”, Visoko<sup>296</sup> proizlazi da se više od trećine imena nalazi u oba dokumenta.

Osim toga, određen broj vojnika Armije Bosne i Hercegovine sahranjenih u Memorijalnom kompleksu “Srebrenica-Potočari” ubijeni su, prema dokumentaciji Armije, u bitkama prije događaja u Srebrenici. Naprimjer, sugestija i opravdanje Komande 28. divizije Armije Bosne i Hercegovine<sup>297</sup>.

144. Međutim, u pogledu posebne namjere, Pretresno vijeće je uvelo još jedan pojam “dijela” zaštićene grupe koji se zasnivao na kriteriju geografske oblasti. Pretresno vijeće je smatralo da:

“Namjera da se uništi neka grupa, čak i samo djelimično, znači nastojanje da se uništi *distinktan dio grupe* za razliku od akumuliranja izoliranih pojedinaca u njoj. Iako počinioци genocida ne moraju nastojati da unište cijelu grupu zaštićenu Konvencijom, oni moraju smatrati dio te grupe koju žele uništiti kao zaseban entitet koji se mora eliminirati kao takav ... *ubijanje svih pripadnika dijela grupe* koji se nalaze u malom geografskom prostoru, iako za rezultat ima manji broj žrtava, okvalificirao bi se kao genocid ako je izvršen s namjerom da se uništi dio grupe kao takav, lociran na ovom malom geografskom prostoru.”<sup>298</sup>

Takvo tumačenje moglo bi se smatrati proširenjem, tj. da u odnosu na definiciju u članu II Konvencije o genocidu ide daleko izvan njenog stvarnog značenja. Štaviše, čini se da je Pretresno vijeće namjerno izašlo iz okvira primjene Konvencije, jer je smatralo da bi “jedini distinktan kriterij bila njihova geografska lokacija a ne kriterij predviđen Konvencijom”<sup>299</sup>.

<sup>296</sup> [www.gradska.groblja.co.br.srebrenica.html](http://www.gradska.groblja.co.br.srebrenica.html).

<sup>297</sup> Povjerljivi broj 04-16/95 od 30 marta 1995, za davanje nagrade “Zlatni ljiljan”, Dodatak u “Vodič hronike Armije Bosne i Hercegovine”; M. Ivanišević, “Srebrenica, juli 1995, u traganju za istinom”.

<sup>298</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 590; kurziv dodan.

<sup>299</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 559.



Smanjenje “ciljnog dijela” na općine moglo bi imati efekt izvrtanja kao što je Pretresno vijeće smatralo u slučaju *Brđanin*<sup>300</sup>, prvenstveno zato što namjera da se djelimično uništi neka grupa znači nastojanje da se uništi “distinktan dio” te grupe. Teško je, međutim, shvatiti kako bosanski muslimani u Srebrenici predstavljaju distinktan dio nasuprot bosanskim muslimanima u cjelini. U smislu Konvencije, nacionalna, etnička ili vjerska grupa nije subjekt sastavljen od distinktnih dijelova, već predstavlja distinktan subjekt sam po sebi. Zaštita koju predviđa Konvencija za dio grupe je, ustvari, zaštita grupe u cjelini. U tom pogledu, priznavanje dijela neke grupe na osnovu njene geografske lokacije kao distinktnog dijela grupe smanjilo bi efikasnost zaštite koju grupa uživa kao cjelini. Ako se, međutim, dijelovi neke grupe razlikuju u pogledu karakteristika koje čine *genus proximus* te grupe (naprimjer, sunnije i šiije među muslimanima), moguće je govoriti o podgrupama koje čine skupinu nasuprot homogenim grupama kojima bosanski muslimani svakako i pripadaju.

Ustvari, takvo tumačenje dovodi do transformacije dijela grupe u “podgrupu”, kao bosanski muslimani u Srebrenici, na osnovu toga što ih počinio navodno vide kao zaseban entitet. Prema tome, namjera da se unište bosanski muslimani u Srebrenici, kao “podgrupa”, predstavlja namjeru da se uništi značajan dio grupe bosanskih muslimana. Štaviše, Pretresno vijeće je dva puta za redom koristilo kriterije značajnog dijela čiji je rezultat bio da: »Genocidna namjera dokazana u slučaju *Krstić* je namjera da se uništi *značajan dio značajnog dijela*«<sup>301</sup>, a ne, kao što se traži, značajan dio zaštićene grupe. Naime, osim kvalifikacije bosanskih muslimana u Srebrenici kao značajnog dijela bosanskih muslimana kao zaštićene grupe, Pretresno vijeće je smatralo da namjera da se unište vojnosposobni muškarci u okviru podgrupe označava namjeru da se uništi značajan dio ove podgrupe, ne samo s kvantitativnog stanovišta (Presuda, paragraf 594) nego i s kvalitativnog (Presuda, paragraf 595). Ustvari, određenje “dijela” grupe kao vojnosposobnih muslimana muškaraca iz Srebrenice zasniva se na trostrukoj kvalifikaciji - spol žrtava (samo muškarci), godine života (samo ili većinom vojnosposobni) i prema geografskom porijeklu - Srebrenica i okolna područja<sup>302</sup>. Sam termin, prema tome, daleko prevazilazi značenje “dijela grupe” kako je predviđeno u članu II<sup>303166</sup>.

<sup>300</sup> 163 MKTBJ, Tužilac protiv Brđanina, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 966.

<sup>301</sup> Tournaye, *op. cit.*, strana 460; kurziv dodan.

<sup>302</sup> G. Mettraux, *Međunarodni zločini i ad hoc tribunal*, 2005, strana 222.

<sup>303</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 559.

## 1.5. Zaključak o namjeri uništenja

145. Pretresno vijeće je izvuklo zaključak o genocidnoj namjeri iz tri različita izvora.

*Prvo*, “masakr svih vojnosposobnih muškaraca iz te zajednice od VRS”<sup>304</sup>, što je određeno kao “selektivni genocid”<sup>305</sup>. Odvojeno od pitanja osnove za zaključak prema kome su “svi vojnosposobni muškarci” bili pobijeni<sup>306</sup>, da bi se analizirao konkretan aspekt namjere uništenja, pitanje da li su vojnosposobni muškarci bili pobijeni isključivo na nacionalnoj, etničkoj ili vjerskoj osnovi od odlučujućeg je značaja.

Odgovor na ovo pitanje dat je u samoj Presudi koja se poziva na “zaključak da istrebljenje ovih ljudi nije bilo motivirano *isključivo* vojnim razlozima”<sup>307</sup><sup>170</sup>.

Čini se da je Pretresno vijeće eliminiralo isključivo vojne razloge kao motivaciju za ubistvo na osnovu dvije okolnosti:

<sup>304</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 594; MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 26.

<sup>305</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 593.

<sup>306</sup> Zaključak je naizgled proturječan utvrđenim činjenicama. Naprimjer, Pretresno vijeće je našlo da su artiljerijski napadi bili usmjereni na “kolonu bosanskih muslimana muškaraca koji su se kretali prema Tuzli» (*Krstić*, Presuda, paragraf 546) i da su u toku »kobne sedmice od 11. do 16. jula započeti pregovori između bosanskih muslimana i bosanskih Srba« i da je, kao rezultat toga, (grupa od 3.000) "dio kolone bosanskih muslimana konačno bio propušten da prođe na teritoriju koju je držala vlada” (*Krstić*, Presuda, paragraf 546). Konačan zaključak Pretresnog vijeća je da je “ukupno ... čak 8.000 do 10.000 muškaraca iz muslimanske kolone od 10.000 do 15.000 muškaraca *vremenom bilo prijavljeno kao nestali* (*Krstić*, Presuda, paragraf 546; kurziv dodan). Treba napomenuti da se još uvijek velika većina vodi kao “nestali” iako važeći zakon u Bosni i Hercegovini predviđa period od dvije godine od nestanka osoba za vrijeme rata da se proglase mrtvim. Postoji osnova za razumnu sumnju da su sve osobe koje se vode kao nestale mrtve. Ibrahim Mustafić, muslimanski predstavnik u bosanskom i Federalnom parlamentu, osnivač SDA u Srebrenici, predložio je u bosanskom parlamentu da se obrazuje jedna posebna komisija čiji bi zadatak bio da traži preživjele iz enklave ali nije naišao na odziv u parlamentu. On kaže da je “sadašnji stav vlasti prema tim ljudima dovoljan da me uvjeri da su vlasti očekivale da će broj preživjelih biti manji; izgleda da je broj preživjelih isuviše visok za njihove računice. Natjerali su me da ovo kažem: “Izgleda da se plašite živih stanovnika Srebrenice” (Slobodna Bosna, Sarajevo, 14. juli 1996).

<sup>307</sup> Žalbeno vijeće, paragraf 26.

- a) da nije pravljena nikakva razlika između muškaraca koji su bili vojne osobe i civila i
- b) da je među ubijenim bilo i onih koji nisu bili vojnosposobni.

Ima, međutim, argumenata koji ove okolnosti mogu staviti u perspektivu. Što se tiče pravljenja razlike između vojnih osoba i civila, izvještaj o Srebrenici spominje, *inter alia*, da su pripadnici Holandskog bataljona ukazali na “konflikt gdje je razlika između civila i vojnika često bila nejasna”<sup>308171</sup>. Takva situacija može se razumjeti ako se ima na umu specifičan koncept odbrane u SFRJ - takozvana općenarodna odbrana. Po tom konceptu oružane snage sastojale su se, pored regularne armije, od teritorijalne odbrane koja je uključivala ne samo vojnosposobne muškarce koji nisu bili u regularnoj vojsci već i ljude van tog kruga. U Presudi se ne iznose detalji o ubijenim osobama koje nisu bile vojnosposobne. Što se tiče mladića (Žalbena vijeće, paragraf 27), to vjerovatno označava starije maloljetnike nasuprot “djeci” koja su bila raseljena. Međutim, praksa u mnogim zemljama ih uključuje u regrute, naprimjer, u Sjedinjenim Američkim Državama s 16 godina. Pretresno vijeće se u odbacivanju vojnih razloga oslanjalo i na dokaz da su “neke žrtve bile ozbiljno hendikepirane i da zbog toga nije bilo vjerovatno da su bili borci”<sup>309172</sup>. Međutim, spomenut je samo jedan takav slučaj (*Idem.*).

Štaviše, čini se da rasuđivanje Tribunala dopušta tumačenje da osobe za koje je ustanovljeno da nisu vojnosposobne predstavljaju ograničenu prijetnju prema ozbiljnoj vojnoj prijetnji. Zaista, Žalbena vijeće je našlo:

“Iako su mladi i stariji ljudi *još uvijek u stanju nositi oružje*, Pretresno vijeće je imalo pravo zaključiti da oni nisu predstavljali *ozbiljnu vojnu opasnost...*” (Žalbena vijeće, paragraf 277; kurziv dodan).

*Drugo*, implikacije ubijanja muškaraca u muslimanskoj zajednici Srebrenice za rađanje djece.

*Treće*, prebacivanje žena, djece i starih osoba pod njihovom (bosanskih Srba) kontrolom u druge krajeve Bosne koje kontroliraju muslimani. Iako “prinudno premještanje ne predstavlja samo po sebi genocidni čin”<sup>310173</sup>, to nije

<sup>308</sup> Dio 2, poglavlje 8, odjeljak 10, strana 4.

<sup>309</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 75.

<sup>310</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 33.

spriječilo Pretresno vijeće da se na njega osloni kao na dokaz o namjerama Glavnog štaba VRS.

146. Čini se očiglednim da namjera da se unište bosanski muslimani u Srebrenici kao takvi nije jedini razuman zaključak koji se može izvući iz predočenog dokaza. U slučaju kada treba izvući zaključak on mora biti jedini razuman zaključak na osnovu tog dokaza. *In concreto*, genocidna namjera počinioća masakra nije samo jedini razuman zaključak, ali presuđivati na osnovu zaključka Pretresnog vijeća da »istrebljenje ... nije bilo motivirano isključivo vojnim razlozima«<sup>311174</sup> i, na osnovu pratećih argumenata, teško bi moglo zadovoljiti čak i fleksibilniji standard dokaza nego što je dokaz van razumne sumnje. Tvrdnja da je “namjera pri ubijanju vojnosposobnih muškaraca i mladića bila eliminiranje zajednice u cijelosti ... čini se kao zaključak izveden ogromnom dedukcijom na osnovu toga što su vojnosposobni muškarci i mladići bili pobijeni”<sup>312</sup>.

Prilaz Pretresnog vijeća izvođenju zaključka u slučaju *Krstić*, u raskoraku je s jurisprudencijom Tribunala u slučaju *Jelisić* (Presuda, paragrafi 107-108) i slučaju *Brđanin*. U ovom posljednjem slučaju, Pretresno vijeće je zaključilo, na način koji se može smatrati školskim primjerom demonstracije suštinskog uvjeta za izvođenje zaključka da su:

“Snage bosanskih Srba kontrolirale teritoriju ARK, kao što pokazuje činjenica da su bile u stanju ovladati logističkim resursima da prinudno rasele desetine hiljada bosanskih muslimana ..., resursima koji su, da je takva bila namjera, mogli biti upotrijebljeni za uništenje svih bosanskih muslimana ... u ARK”,

te su, prema tome,

«žrtve djela iz člana 4 (2) do (c), naročito u kampovima i objektima za pritvor, bili pretežno iako ne samo vojnosposobni muškarci. Ovaj dopunski faktor mogao se dalje kositi sa zaključkom da je postojanje genocidne namjere jedini razuman zaključak koji se može izvući iz dokaza”<sup>313</sup>.

147. Zaključak Tribunala prema kome ubijanje muškaraca u Srebrenici

<sup>311</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 26.

<sup>312</sup> W. Schabas, “Da li je genocid izvršen u Bosni i Hercegovini?”, 25 *Fordham International Law Journal* 2001, strana 46.

<sup>313</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Brđanina*, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 978-979.

ima ozbiljne implikacije za bosansku muslimansku zajednicu u pogledu rađanja djece, jer bi to uništenje “neizbježno dovelo do fizičkog nestajanja bosanskog muslimanskog stanovništva u Srebrenici”<sup>314</sup> zbog činjenice da “njihove supruge ne mogu ponovo stupiti u brak i, prema tome, imati novu djecu”<sup>315</sup> čini se veoma sumnjivim s pravnog stanovišta.

Moglo bi se isto tako reći da “fizičko nestajanje bosanskog muslimanskog stanovništva u Srebrenici”<sup>316</sup> samo po sebi ne znači i ne može značiti fizičko uništenje. Ovo je neovisno o pravnim argumentima, tj. o tome svjedoči neosporna životna činjenica - a to je da se bosanska muslimanska zajednica u Srebrenici ponovo uspostavila poslije zaključenja Dejtonskog sporazuma.

148. Što se tiče premještanja žena, djece i starijih osoba, dokaz o premještanju ne može poslužiti kao prava osnova za izvođenje zaključka o genocidnoj namjeri jer, prema nalazu samog Tribunala, to “ne predstavlja samo po sebi genocidno djelo”<sup>317</sup>. Doduše, Pretresno vijeće je ovo premještanje tretiralo u smislu da podržava njegov nalaz da su “neki članovi Glavnog štaba VRS namjeravali uništiti bosanske muslimane u Srebrenici”<sup>318</sup>. Čini se da je opći prilaz Tribunala po ovom pitanju, bio ekspanzionistički u poređenju s duhom i tekstom Konvencije o genocidu. Činjenična osnova za zaključivanje da postoji genocidna namjera treba se, u principu, sastojati od fizičkih radnji koje mogu objektivno imati genocidne posljedice. Fizičke radnje koje nemaju ovaj kapacitet, kao što je, *exempli causa*, čin premještanja, mogu samo poduprijeti zaključak o genocidnoj namjeri koji je već donijet ili potvrditi njeno postojanje. Inače, dokaz o premještanju treba implicitno tretirati kao dokaz o uništavanju ciljnih dijelova zaštićene grupe, što bi ustvari značilo da se priznaje - doduše na mala vrata – da je prinudno premještanje djelo koje je u osnovi toga, shodno članu I Konvencije o genocidu. *In concreto*, a imajući na umu ubijanje pretežno vojnosposobnih muškaraca u Srebrenici, ovo ne dopušta zaključak o genocidnoj namjeri kao jedini razuman zaključak, oslanjajući se na dokaz o premještanju koji prevazilazi dopuštene granice dokaza koji služi kao podrška u težnji da se otklone nedostaci dokaza radi donošenja zaključka da postoji genocidna namjera ili čak da služe kao zamjena za nju.

---

314 MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 595.

315 MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 28.

316 MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 595.

317 MKTBJ, *Tužilac protiv Stakića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 519; MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 33.

318 MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 33.

Fizičke radnje koje *per se* nisu u stanju proizvesti genocidne posljedice, čak i kada su motivirane namjerom da se uništi zaštićena grupa, pravno ne predstavljaju ništa više od neodgovarajućeg pokušaja koji se razlikuje od pokušaja da se poćini genocid u smislu člana III Konvencije i koje se mogu shvatiti “kao djela koja se zapoćinju realizirati znaćajnim korakom, ali se zloćin ne dogaća zbog okolnosti koje ne zavise od namjera odnosne osobe”<sup>319</sup>.

149. Ovi naćini ne mogu se izjednaćiti s djelom “ozbiljne tjelesne ili psihićke povrede” u smislu člana II Konvencije. Budući da su različiti po svom karakteru - neki od njih uključuju *actus reus* zloćina protiv ćovjećnosti (nehumano postupanje, deportacija) dok su drugi distinktna mećunarodna krivićna djela (mućenje, silovanje) - to su prije metodi koji mogu dovesti do “ozbiljne tjelesne ili psihićke povrede” nego neko djelo u normativnom smislu. U tom pogledu, “ozbiljna tjelesna ili psihićka povreda” javlja se kao rezultat primijenjenih metoda ili sredstava a ne kao djelo *per se*. Drugim rijećima, to treba posmatrati “na osnovu namjere i mogućnosti da se ta namjera ostvari nanijetom povredom”<sup>320</sup>.

150. Konstrukcija genocida u odnosu na masakr u Srebrenici koju je saćinio MKTBJ u slućajevima *Krstić* i *Blagojević* (s tim što se na presudu ovog drugog mogla uložiti žalba) bazira se na pogrešnom rasućivanju.

U slućaju Srebrenice nije dokazano da je postojao genocidni plan, bilo na lokalnom bilo na regionalnom nivou, plan za koji bi se smatralo da je ostvaren poćinjenim masakrom. Stoga je Pretresno vijeće nastojalo naći navodnu genocidnu namjeru u obliku zakljućivanja iz predoćenih ćinjenica.

Ćini se, mećutim, da procedura zakljućivanja nije primjenjivana *lege artis*, na taj naćin što bi se poštovali inherentni zahtjevi koje zakljućivanje kao takvo nućno podrazumijeva. Supstrat iz kojeg se moće izvesti zakljućak o posebnoj namjeri mora ispunjavati u pogledu svojih sastavnih dijelova relevantne standarde, kako kvantitativne tako i kvalitativne.

Što se tiće kvalitativnih uvjeta, supstrat iz kojeg se izvodi zakljućak mora se sastojati od djela koja su objektivno u stanju proizvesti genocidne posljedice ili su sastavni dio genocida.

---

<sup>319</sup> Ćlan 25 (3) (f) Statuta Mećunarodnog krivićnog suda.

<sup>320</sup> N. Robinson, *op. cit.*, strana 18.

Izgleda očigledno, čak i prema jurisprudenciji Tribunala, da premještanje žena, djece i starih osoba *per se* nema takav genocidni kapacitet. Ustvari, to premještanje je poslužilo Pretresnom vijeću kao pomoćni izvor za izvođenje zaključka o postojanju genocidne namjere, zbog činjenice da “ubijanje” kao primarni izvor zaključivanja nije bilo dovoljan i vjerodostojan izvor u tom pogledu. Naime, izgleda da i obim i cilj ubijanja omogućavaju samo tumačenje izraženo u slučaju *Krstić* da se dogodio “selektivni genocid”, pojam koji, u svjetlu zahtjeva utvrđenih u članu II Konvencije, predstavlja samo *contradictio in adjecto*. “Selektivni genocid” koji je u suštini ne-genocid, pretvoren je u genocid pomoću konstruiranja genocidne namjere iz drugih izvora a ne ubijanja, tj. onih koji se sastoje od djela koja nisu konstitutivni dio genocida.

Tako konstruirana, genocidna namjera je onda uzeta kao odrednica za karakter djela kao što su prinudno raseljavanje i gubitak koji su pretrpjeli preživjeli (*Krstić*, Presuda, paragraf 543; *Blagojević*, Presuda, paragrafi 644, 654), što većina (?) uzima kao “*actus reus* kojim se nanosi ozbiljna tjelesna ili psihička povreda”, kao što je definirano u članu II (b) Konvencije (Presuda, paragraf 290).

Takav postupak može se smatrati nedopustivim. Dedukcija genocidne namjere iz djela koja *per se* ne mogu imati genocidne posljedice i kao takva ne mogu se smatrati djelima u smislu članu II Konvencije, neizbježno dovodi do razvodnjavanja pojma genocida kako je utvrđen u Konvenciji.<sup>321/84</sup>

Djela koja ne mogu proizvesti genocidne posljedice mogu samo služiti kao potvrda ili podrška za već utvrđenu genocidnu namjeru.

Što se tiče masakra u Srebrenici, MKTBJ je, ustvari, izvodeći zaključak o navodnoj genocidnoj namjeri iz neodgovarajućeg supstrata, pretvorio moguće efekte koji potvrđuju ili podržavaju zaključak iz takvog supstrata u suštinske efekte. Jednom riječju, MKTBJ je pribjegao konstrukciji umjesto izvođenju zaključka o genocidnoj namjeri.

Čak i da je, hipotetički, dokazana genocidna namjera u Srebrenici, moglo bi se prije govoriti o pokušaju da se izvrši genocid nego o samom genocidu.

---

<sup>321</sup> William A. Schabas, “Da li je genocid izvršen u Bosni i Hercegovini? Prva presuda Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju”, *Fordham Int’l L.J.*, 47 (2001), strane 45-46.

Čini se da je Pretresno vijeće pošlo od osobnosti koja je neodrživa kada je riječ o prirodi etničkog čišćenja. Iako smatra *expressis verbis* da se etničko čišćenje ne može izjednačiti s genocidom, ono ga koristi kao supstrat za izvođenje zaključka o genocidnoj namjeri.

## **1.6. Stvarno pravno značenje presuda MKTBJ u slučajevima *Blagojević* i *Krstić***

151. General Krstić je osuđen za saučesništvo u genocidu.

Po samoj svojoj prirodi, saučesništvo u genocidu je supsidijarno krivično djelo. Saučesništvo kao takvo nije uzrok posljedica, kao ni djela počinjenih poslije njih nego samo uvjet ili jedan od uvjeta za njih.

Konvencija o genocidu pravi jasnu razliku između genocida i saučesništva u genocidu. Ta razlika striktno je napravljena u članovima III, IV, V, VI, VII i VIII korištenjem formulacije “genocid i ... druga djela taksativno navedena u članu III». Izraz “genocidna djela” pojavljuje se samo u članu VIII, ukazujući da se taj izraz odnosi na pet podtačaka člana II, a ne na “druga djela” definirana u članu III<sup>322</sup>. Budući da je kvalitativne prirode, razlika između genocida i saučesništva u genocidu podrazumijeva da se uzajamno isključuju.

U odsustvu počinioca genocida kao glavnog zločina, general Krstić je, ustvari, osuđen za saučesništvo u djelu ubijanja, a ne genocidu kao takvom.

Istina, djelo ubijanja je jedno od djela koja su utvrđena članom II Konvencije da predstavljaju *actus reus* genocida u normativnom smislu, ali djelo koje predstavlja zločin istrebljenja ili ratni zločin.

152. Krivično djelo u smislu krivičnog prava je jedna stvar, međunarodni zločin sasvim druga.

Percepcija kojom se izjednačava krivično djelo u smislu krivičnog prava i zločin u suštini svodi pojam zločina na nezakonitost kao objektivni element zločina.

---

<sup>322</sup> W. Schabas, *Genocid u međunarodnom pravu*, 2000, strana 155.



Međutim, pojam zločina zasniva se na simbiozi dvaju elemenata - objektivnog, u smislu nezakonitosti konkretnog djela ili propusta, i subjektivnog, u smislu individualizirane, personalizirane krivice. Tako pojam zločina postoji kao rezultat povezanosti zlodjela i individualizirane krivice. Takav koncept zločina zajedničko je naslijeđe u savremenim krivičnim pravima na čemu se, također, zasniva i sama klasifikacija krivičnog prava. U oblasti međunarodnog krivičnog prava, naprimjer, nije moguće, bez subjektivnog elementa u raznim oblicima koje predumišljaj može poprimiti, napraviti pravu razliku između genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnog zločina. Čak i kod zločina apsolutne odgovornosti potrebno je primijeniti subjektivni element u obliku apsolutne pretpostavke krivice.

Međunarodni zločin podrazumijeva skup nekoliko komponenata, od kojih jednu predstavlja počinilac zločina. Kao što je MKTBJ u više navrata utvrdio:

“Da bi se utvrdila individualna krivična odgovornost za planiranje, podsticanje, naređivanje, kao i pomaganje i podsticanje u planiranju i pripremi zločina iz članova 2 do 5 Statuta na druge načine, *potreban je dokaz da je glavni prekršilac, odnosno da su glavni prekršioci stvarno počinili zločin.*”<sup>323</sup>

Konkretan nalaz Tribunala je *a fortiori* važeći za zločine koje karakterizira posebna namjera, kao što je genocid. Bez izvršilaca kao osoba čiji je um kriv za uništenje etničke, nacionalne, vjerske ili rasne grupe, pravno je nemoguće govoriti o genocidu kao o počinjenom zločinu.

Krivica je subjektivni element bez kojeg nema zločina u pravnom smislu. Samo djelo nije *per se* dovoljno da predstavlja zločin; ono je samo jaka indicija njegovog postojanja.

---

<sup>323</sup> MKTR, *Tužilac protiv Akayesu*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 473; MKTBJ, *Tužilac protiv Blaškića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 278; MKTBJ, *Tužilac protiv Kordića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 386; MKTBJ, *Tužilac protiv Stakića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 445; MKTBJ, *Tužilac protiv Tadića*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 229; MKTBJ, *Tužilac protiv Aleksovskog*, Presuda Apelacionog vijeća, paragraf 164; MKTBJ, *Tužilac protiv Furundžije*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 235; MKTBJ, *Tužilac protiv Vasiljevića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 70; MKTBJ, *Tužilac protiv Naletilića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 63; MKTBJ, *Tužilac protiv Simića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 161; kurziv dodan.

Kako krivično djelo ne postoji bez počinioca, tako i krivica, kao neophodan element zločina, ne postoji u pravnom smislu kao apstraktna, neindividualizirana krivica. To je suština pojma individualne krivične odgovornosti. Po pravilu, fizičko djelo, kojim se krše norme krivičnog prava, prelazi u zločin kada se ispuni taj subjektivni uvjet, tj. predumišljaj izvršioca. Ukoliko se krivica ne utvrdi na pravi način u odnosu na osobu odnosno grupu osoba, ona predstavlja samo krivično djelo po krivičnom pravu (*Unrecht; illicite criminel*).

153. General Krstić je osuđen kao dio “udruženog zločinačkog poduhvata”. U odsustvu genocidnog plana sve do dana koji su neposredno prethodili ubijanju, kao što je Pretresno vijeće našlo, general Krstić je “mogao samo pretpostaviti da se prvobitni cilj etničkog čišćenja prinudnim preseljenjem pretvorio u ubilački plan za uništenje muškog stanovništva Srebrenice”<sup>324</sup>.

Neka zapažanja ovdje su, čini se, od ključnog značaja.

Pošto se pojam “udruženog zločinačkog poduhvata” zasniva na prirodnim i predvidivim posljedicama konkretnog djela, on spada po svojoj prirodi u krivična djela nehata koja se teško mogu poistovjetiti s najtežim zločinima, a naročito genocidom koji u suštini karakterizira posebna namjera. Kao takav, udruženi zločinački poduhvat je “oblik antidruštvenog ponašanja koje se ocjenjuje drugačijim aršinom nego oni koji počine zločine zlonamjerno i s predumišljajem”<sup>325</sup>.

Što je još važnije *in casu*, pojam “udruženog zločinačkog poduhvata” očigledno ne spada u genocidno pravo ustanovljeno Konvencijom. Kažnjiva djela pored genocida koja su iscrpno pobrojana u članu III Konvencije o genocidu ne obuhvataju »udruženi zločinački poduhvat”. Sva ta djela u pogledu zahtjeva iz člana II počivaju na subjektivnom standardu procjene *mens rea*. Nasuprot tome, “udruženi zločinački poduhvat” prije podrazumijeva objektivni standard razumno formuliran tako da više odgovara delegiranoj građanskoj nego krivičnoj odgovornosti. Štaviše, nije nabrojan kao oblik učešća u članu 7 (1) Statuta MKTBJ pošto je, ustvari, tvorevina sudija MKTBJ<sup>326</sup> koji se možda nisu obazirali na princip *nullum crimen nulla poena sine lege*. Njegovi efekti dovode do proširenja elementa *mens rea* u zločinu genocida s opasnim posljedicama.

<sup>324</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Krstića*, Presuda Pretresnog vijeća paragraf 622

<sup>325</sup> W. Schabas, “*Mens rea* i MKTBJ”, 37 *New England Law Review*, ljeta 2003, strana 1033.

<sup>326</sup> MKTBJ, *Tužilac protiv Furundžije*, Presuda Pretresnog vijeća, paragrafi 199-226; MK-TBJ, *Tužilac protiv Tadića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 190.

Kao što je istaklo Pretresno vijeće (sudije May, Bennouna i Robins) u presudi *Kordiću*:

“Ako se pojam individualnog *mens rea* suviše razvuče, to može dovesti do toga da se krivična odgovornost nametne pojedincima za ono što je ustvari krivica udruživanjem, što je rezultat koji se ne slaže s pokretačkim principima koji su doveli do stvaranja ovog Međunarodnog tribunala.”<sup>327</sup>

Opasnosti od “krivice udruživanjem” Tribunal je konstatirao u svom prvom godišnjem izvještaju. Tribunal je smatrao da to može dovesti do “kolektivne odgovornosti” kao primitivnog i arhaičnog koncepta koji znači da će se “cijela grupa smatrati krivom za masakre, mučenje, silovanje, etničko čišćenje, neobuzdano uništavanje gradova i sela”. Međutim, historija pokazuje da se “čvrsto držanje za osjećanja ‘kolektivne odgovornosti’ lahko izrodi u ozlojeđenost, mržnju i frustraciju i neizbježno vodi u dalje nasilje i nove zločine”<sup>328</sup>.

(potpisano) Milenko KREĆA

---

---

327 MKTBJ, *Tužilac protiv Kordića*, Presuda Pretresnog vijeća, paragraf 219.

328 Izvještaj Međunarodnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava izvršenog na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991, Ujedinjene nacije GAOR/SCOR, 49. zasjedanje, dokument Ujedinjenih nacija A/49/342-51994/1007, paragraf 16.