

Проф. др Миленко Крећа

Правни факултет Универзитета у Београду

ПРИНЦИП СУВЕРЕНИТЕТА И МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ ТРИБУНАЛИ ЗА БИВШУ ЈУГОСЛАВИЈУ И РУАНДУ

*Аутор разматра питање суверенитета и међународних кривичних трибунала за бившу Југославију (МКТЈ) и Руанду (МКТР) на два нивоа: I) оснивање МКТЈ и МКТР у светлости принципа суверенитета и, II) међународно кривично право које МКТЈ и МКТР примењују и принцип суверенитета. Налази да оснивање МКТЈ, за разлику од оснивања МКТР, представља повреду судског суверенитета СР Југославије. Констатује, такође, да је доношењем Закона о сарадњи са Хашким трибуналом, Државна заједница признала *ex post* Трибунал за легалну институцију, али је то признање ограничено у свом домаћају, као признање *in foro interno* које је служило као правни основ надлежним унутрашњим органима за сарадњу са Трибуналом. Што се тиче правила међународног кривичног права које су МКТЈ и МКТР примењивали, аутор налази да су оба Трибунала изашли из оквира судске функције како је дефинисао Међународни суд правде – „да суд не може *sub specie legis ferende* или антиципирати право пре него што га законодавац створи“ – и ушао у легислативни простор у многим релевантним питањима. Наводи, примера ради, из јуриспруденције МКТЈ перцепцију обичајних правила која иде изван општеприхваћених поимања обичаја у међународном праву потврђених у конзистентној јуриспруденцији Међународног суда правде и ревизионистичко тумачење појма „уништења“ заштићене групе у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида.*

Кључне речи: Суверенитет; Међународни кривични трибунал за бившу Југославију; Међународни кривични трибунал за Руанду.

1. ПРИНЦИП СУВЕРЕНИТЕТА ДРЖАВЕ

У децентрализованој међународној заједници у којој су државе изворни и природни и трајни субјекти, принцип суверенитета је, по природи ствари, фундаментални принцип.

Суверенитет је комплексан појам који има философско, социолошко, политичко и правно значење. У конкретној ствари, од интереса је његово правно значење. У аналитичком смислу, суверенитет се може поделити на унутрашњи и спољашњи.

Суверенитет у унутрашњем смислу (*summa potestas*) подразумева стварну, фактичку власт на државној територији. Власт се остварује преко институционалне мреже чији саставни део чине и национални судови.

Спољашњи суверенитет (*suprema potestas*), како каже арбитар Макс Хубер у случају *Las Palmas*, „у односима између држава означава независност“.¹ Држава се не би могла назвати независном „у правном смислу ако је стављена у стање зависности од друге силе, ако је сама престала да врши *suprema potestas* или суверенитет у оквиру своје сопствене територије...“.² *Per analogiam*, исти закључак стоји и ако би била стављена у стање зависности од међународне организације.

Суверенитет није статична, окамењена правна категорија са прецизно одређеним границама. Представља варијабилну категорију чије границе одређује степен развоја међународног права.³

Не може се схватити као апсолутна, јер би, тако створена, предвиђала здраворазумски постулат о немогућности постојања апсолутне суверености државе са множином других држава унутар међународне заједнице, с једне стране, као и чињеницу да је суверенитет као правни појам успостављен и дефинисан међународним правом, с друге. А међународно право је *per definitionem* ограничење суверенитета, граница слободе држава у избору понашања *in foro externo et foro interno*.

У консенсуалном праву какво је међународно право, ограничења суверенитета нису креација неког имагинарног законодавца или диктат трећих држава, већ настају на бази пристанка државе. Ограничење суверенитета се, правнотехнички гледано, остварује у уговорној форми, у форми обичајних правила или једностранних правних аката државе.

¹ J. B. Scott, *Hague Court Reports*, Oxford University Press, New York 1932, 83.

² Издвојено мишљење судија *Adatci-a*, *Kellog-a*, барона *Rolin-Jaequemyns-a*, *Sir Cecil Hurst-a*, *Schücking-a*, *Jonikheer van Eysinga* и *Wang-a*, *Customs Regime between Germany and Austria*, Advisory Opinion, 1931, *P.C.I.J.*, Ser. A/B, No. 41.

³ *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, 1923, *P.C.I.J.*, Ser. B, No. 4, слично је резонување и Међународног суда правде – види англо-норвешки спор о риболову *Fishers*, Judgment, *ICI Reports*, 1951, 116; случај *Nottebohm*, *ICJ Reports*, 1955, 4, 20–21.

Постоји дијалектичка веза између суверенитета и његових ограничења. Основ ограничења суверенитета је сам суверенитет, јер држава као господар (титулар) суверенитета га може и ограничити делујући самостално или *in corpore*, у заједници са другим државама. Тако се ограничење суверенитета манифестује као израз његовог вршења.

Међутим, вршење суверених права у том смислу не сме ићи на уштрб права која чине биће појма суверенитета. У свом мишљењу које је V Комитет Друштва народа поднео Скупштини Друштва, а које се тичало молбе Лихтенштајна за пријем у Друштво народа стоји да Лихтенштајн „не би био у стању да извршава све међународне обавезе које би јој биле наметнуте Пактом јер се, *inter alia*, одрекао права да његови судови „доносе коначне одлуке у извесним правним случајевима“.⁴

Принцип суверенитета се испољава кроз укупну структуру међународног права, укључујући и надлежност држава у кривичним стварима која је, по правилу, територијална.

Однос принципа суверенитета МКТЈ/МКТР може се посматрати на две равни:

I) Институционалној која се тиче принципа суверености у оснивању МКТЈ/МКТР, и

II) Нормативној која се тиче односа принципа суверенитета и међународног кривичног права које МКТЈ/МКТР примењују.

2. ПРИНЦИП СУВЕРЕНИТЕТА И ОСНИВАЊЕ МКТЈ/МКТР

Релевантна карактеристика ова два Трибунала је да су у свим елементима установљења структуре и функционисања – међународне институције. Установљени су, у основи, по истом обрасцу.

МКТЈ установљен је резолуцијом 827 Савета безбедности Уједињених нација од 25. маја 1993. којој је придодат и Статут Трибунала. Резолуција је донета на основу Главе VII Повеље Уједињених нација, јер, како стоји у Преамбули Резолуције „раширена и флангрантна кршења међународног хуманитарног права...“ настављају да „конституишу претњу међународном миру и безбедности“. Савет безбедности је, каже се даље, одлучан да оконча „такве злочине и предузме ефективне мере да приведе правди лица одговорна за те злочине“. Њоме се, у ствари, имплементира резолуција 808 од 22. фебруара 1993. која садржи одлуку о оснивању Трибунала.

⁴ D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, Sweet & Maxwell, London 1973, 104–105.

МКТР, пак, установљен је резолуцијом 955 Савета безбедности од 8. новембра 1994. Структурални елементи резолуције о МКТР се, како дикцијом тако и садржином, поклапају са резолуцијом МКТЈ:

I) Обе су донете на основу Главе VII Повеље;

II) Као *ratio* установљења обе наводе кажњавање лица одговорних за учињене злочине, с једне стране, и успостављање и одржавање мира, с друге.

Резолуције се разликују у погледу надлежности трибунала *ratione materiae*. У одговарајућу надлежност МКТЈ увршћене су „тешке повреде међународног хуманитарног права“, док одговарајућа надлежност МКТР, по Резолуцији 955, обухвата поред тешких кршења међународног хуманитарног права и геноцид. (Злочин геноцида је, међутим, обухваћен самим Статутом МКТЈ одредбом члана 4).

У контексту односа према принципу суверенитета постоји, ваља нагласити, суштинска разлика између МКТЈ и МКТР.

СР Југославија се конзистентно и аргументовано противила оснивању Трибунала резолуцијом Савета безбедности. У дискусији вођеној у Савету безбедности, представник СР Југославије је истакао да наводни учиниоци треба да буду кажњени од стране националних судова по националном праву хармонизованом са међународним правом. Истакао је, такође, да СРЈ подржава оснивање сталног Кривичног суда, који би био установљен уз „поштовање принципа једнакости држава и универзалности и да, стога, сматра покушаје установљења *ad hoc* трибунала дискриминаторским“.⁵

Изразио је сумњу у погледу ваљаности правног основа за формирање Трибунала, наставши, штавише, да је Савет безбедности деловао *ultra vires*, будући да, према Повељи УН, нема правну моћ да оснива судски орган. Трибунал је, по мишљењу представника СРЈ израз политичке мотивације пре него међународне правне праксе, те је предложени статут Трибунала „неконзистентан и испуњен правним празнинама у мери да га чини неприхватљивим за било коју државу која негује свој суверенитет и достојанство“.⁶ У том смислу је СРЈ своје противљење установљењу Трибунала образлагала и у КЕБС-у.⁷

Насупрот таквој позицији СР Југославије, Руанда је тражила од Савета безбедности да установи Трибунал и понудила пуну сарадњу.⁸

⁵ Provisional Verbatim Record of the 3207 Meeting of the UN Security Council, 479.

⁶ *Ibid.*, 480.

⁷ Вид. O'Brien, "The International Tribunal for Violation of International Humanitarian Law in former Yugoslavia", *AJIL*, vol. 87, 1993, 639–659.

⁸ D. Shraga, R. Zacklin, "The International Criminal Tribunal for Rwanda", *EJIL*, vol. 7 no. 2, 1996, 503.

Истина, Руанда је, у својству несталног члана Савета безбедности, гласала против резолуције 955 због неслагања са одредбама Статута које се тичу надлежности *ratione temporis*, непостојања смртне казне и надлежности *ratione materiae* која је, по мишљењу Руанде, требало ограничити на геноцид.⁹ Ова чињеница, међутим, не дира у пристанак *ex ante* Руанде на формирање Трибунала од стране Савета безбедности. Пристанак је, наиме, дат у форми једностраног акта, донетог од стране надлежног органа, који обавезује државу.¹⁰

Изгледа извесно да је установљење МКТЈ *prima facie* изведено кршењем принципа суверенитета, будући да се СРЈ конзистентно супростављала његовом оснивању.

Кинески амбасадор је на састанку Савета безбедности на коме је усвојена одлука о остановљењу МКТЈ нагласио да „усвајање резолуције Савета безбедности о Статуту међународног Трибунала које Трибуналу даје привилеговану и искључиву јурисдикцију није у складу са принципом државног судског суверенитета“.¹¹

Дефинитиван одговор на то питање подразумева, међутим, и анализу других релевантних правних чињеница, превасходно

- I) Правног значења Закона о сарадњи са Хашким трибуналом (2003); и
- II) Правне моћи Савета безбедности да оснује *ad hoc* трибунал.

3. ПРАВНО ЗНАЧЕЊЕ ЗАКОНА О САРАДЊИ СА ХАШКИМ ТРИБУНАЛОМ

Државна заједница Србије и Црне Горе је 2002/2003. донела Закон о сарадњи Србије и Црне Горе са међународним трибуналом за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права учињена на територији бивше Југославије од 1991. године.¹²

Закон има за предмет, *inter alia*, „извршење обавеза које за Србију и Црну Гору произилазе из резолуције Савета безбедности бр. 827 (1993), Статута Међународног кривичног трибунала“,¹³ те да „Србија

⁹ L. Barria, S. Roper, “How effective are International Criminal Tribunals? An analysis of the ICTY and the ICTR“, *The International Journal of Human Rights*, Sept. 2005, 355.

¹⁰ Nuclear Test Cases, Australia v. France, Judgment, ICJ Report 1974, para 43; Guiding principles applicable to unilateral declaration of States, YILE 2006, Vol. II, Part II, Principle 4.

¹¹ Li Zhaoxing, S/PV. 3217, 25 May 1993.

¹² Закон о сарадњи Србије и Црне Горе са међународним трибуналом за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права учињена на територији бивше Југославије од 1991. године, *Службени лист СРЈ*, бр. 18/2002 и *Службени лист СЦГ*, бр. 16/2003.

¹³ Члан 1(1) Закона.

и Црна Гора ће поштовати и спроводити судске одлуке Међународног кривичног трибунала и указивати правну помоћ његовим истражним и судским органима“.¹⁴

Наведене опште одредбе Закона имплицирају да установљење МКТЈ не вређа судски суверенитет Србије и Црне Горе. У том смислу, Закон је одступио од позиције коју је СРЈ заузела приликом оснивања МКТЈ.

Истина, принцип суверенитета стидљиво провирује, у основи декларативно без стварних ефеката, из одредбе која предвиђа да „Ако надлежни орган процени да би одређени поступак сарадње могао да угрози суверенитет или интерес безбедности државне заједнице, о томе ће обавестити Савет министара, односно владу државе чланице“.¹⁵

Домашај ове одредбе је више него скроман, јер, како предвиђа параграф 3 члана 4 „Ако Савет министара или влада државе чланице оцени да би испуњење захтева угрозило суверенитет или интересе безбедности државне заједнице, наложиће Министарству спољних послова, односно министарству надлежном за послове правде државе чланице да о томе обавести Међународни кривични трибунал и уложи приговор према Правилима о поступку и доказима“.

Дакле, нешто што би *prima facie* могло наликовати спору, решава се према Правилима о поступку и доказима самог Трибунала и то одлуком самог Трибунала.¹⁶

Уз то, релеватна Правила о поступку и доказима не говоре о „угрожавању суверенитета“, већ о „интересима националне безбедности.“

¹⁴ Члан 1(2) Закона.

¹⁵ Члан 4(2) Закона.

¹⁶ Наиме, Правило 54 бис (Ф) предвиђа:

„Ако држава улаже приговор на основу става (Д) с образложењем да би обелодањивање нашкодilo интересима њене националне безбедности, она мора поднети најаву о приговору најкасније пет дана одређеног за претрес и навести основе за приговор. У својој најави приговора држава:

(I) мора навести у мери у којој је то могуће на основу по којој тврди да ће интереси њене националне безбедности бити угрожени; и

(II) може од судије или претресног већа затражити да се за претрес о приговору одреде одговарајуће заштитне мере, укључујући конкретно:

(а) одржавање претреса о приговору *in camera* и *ex parte*;

(б) одобрење да се документи поднесу у редигованом облику, попраћени изјавом вишег државног функционера под заклетвом, у којој се објашњавају разлози редиговања;“

У том случају, „судија или претресно веће могу одредити следеће заштитне мере за претрес о приговору:

(I) да се одреди само један судија из већа који ће прегледати документе и саслушати аргументе; и/или

(II) да се држави дозволи да за тај претрес обезбеди своје симултане преводиоце и своје преводе осетљивих докумената“.

Неспорно је да је Закон о сарадњи са Трибуналом признао Трибунал за легалну институцију. Признање је, међутим, било ограничено у свом домаћају, као признање *in foro interno* које је служило као правни основ надлежним унутрашњим органима за сарадњу са Трибуналом.

Наиме, Закон као унутрашњи правни акт, донет од стране Скупштине која, по међународном праву није овлашћена да представља Србију и Црну Гору *in foro externo* није могао *per se* произвести признање легалности Трибунала у међународном смислу речи. Такво признање учињено је јавним изјавама високих државних функционера, надлежних да својим изјавама и радњама обавезују Србију и Црну Гору на међународним форумима, посебно у Организацији Уједињених нација.

4. ОСНИВАЊЕ ТРИБУНАЛА У СВЕТЛОСТИ ПРАВИЛА ОПШТЕГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Признање легалности Трибунала од стране Србије и Црне Горе, независно од тога да ли је изражавало стварну, слободну вољу Државне заједнице не решава, међутим, питање његове легалности. Оно делује на равни, односа државе која га је признала и Трибунала, не дирајући као такво у однос Трибунала и општег међународног права.

Отуда, неопходно је размотрити пар релевантних правних питања.

4.1. „Претња миру“ као основ доношења Резолуција 827 и 955 Савета безбедности

Резолуција Савета безбедности 827, установљавајући МКТЈ пошла је од квалификације да ситуација на територији бивше Југославије „представља претњу међународном миру и безбедности“, а оснивање Трибунала би „допринело успостављању и одржавању мира“. (Преамбула Резолуције). Жалбено веће у случају Тадић закључило је да „установљење Трибунала спада у надлежност Савета безбедности на основу 41 Повеље Уједињених нација“.¹⁷

Закључак је потврђен у случају Милошевић. У том случају, Веће је нашло да је установљење Трибунала „у контексту конфликта у држави у то време, *превасходно мера успостављања међународног мира и безбедности*“.¹⁸

Аналогну квалификацију Савет безбедности је дао у погледу ситуације у Руанди.

¹⁷ *Tadić*, IT-94-1, *Jurisdictional Appeal*, para. 36.

¹⁸ *Milošević*, IT-02-54, *Trial Chamber, Decision on Preliminary motions*, 8 November 2001, para 7.

Да ли су овакве квалификације утемељене на релевантним одредбама Повеље Уједињених нација имајући у виду ситуацију на територији бивше Југославије, посебно у Босни и Херцеговини, која је посебно апострофирана у резолуцији 827, и ситуацију у Руанди?

Постоје озбиљне сумње у правну ваљаност оваквих квалификација.

Члан 39. Повеље предвиђа:

„Савет безбедности утврђује да ли постоји претња миру, повреде мира, или агресија и даје препоруке или одлучује које ће се мере предузети у складу са члановима 41 и 42, да би се одржали или васпоставили међународни мир и безбедност“.

У конкретном контексту од суштинског значаја је значење израза „претња миру“.

Слово и дух Повеље, као и одредаба Повеље које се тичу Савета безбедности, под „међународним миром“ подразумевају мир у негативном смислу, тј. одсуство оружаног сукоба између држава. Претња миру би, према томе, представљала претњу оружаног сукоба између држава. *Brownlie* наводи у том смислу претњу употребе силе која се састоји „у изричитом или прећутном обећању владе да ће прибећи сили у случају неприхватања извесних захтева те владе“.¹⁹

Од 90-тих година прошлог века, окончањем хладног рата и дебалансом у глобалној равнотежи снага, на таласу покушаја тихе ревизије Повеље Уједињених нација²⁰ долази до експанзије ситуација које Савет безбедности квалификује као „претњу миру“.²¹ Тако се као претње међународном миру квалификују, *inter alia*, грађански ратови, недостатак демократије, озбиљне повреде међународних људских права укључујући међународно хуманитарно право.

Потоња ситуација је послужила као основ квалификације ситуације у Југославији и Руанди као „претње миру“.

Савет безбедности је у резолуцији 827 претњу миру видео у „раширеном и флагрантном кршењу међународног хуманитарног права“, а у резолуцији 955 о ситуацији у Руанди у „геноциду и другим системским, раширеним и флагрантним кршењима међународног хуманитарног права...“

¹⁹ I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Clarendon Press, Oxford 1963, 364.

²⁰ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд 2018, 50–51.

²¹ Рецимо, резолуцијом Савета безбедности 688 (1991) о ситуацији у Ираку „репресија цивилног становништва“, посебно Курда у северном Ираку квалификован као претња миру. У Резолуцији о Сомалији 733 (1992) Савет је претњу миру нашао у тешким губицима у људским животима и распрострањене материјалне штете.

У обе земље водио се у релевантном периоду грађански рат са јаким етничким елементом, дакле, унутрашњи оружани сукоб. У тексту резолуција Савета не може се наћи ниједна чињеница или индиција која би указивала да ове повреде хуманитарног права, без обзира на своју тежину, прете сукобу између држава.

Није спорно да питање људских права није ствар у искључивој надлежности држава. Спорно је, међутим, поистовећивање повреде људских права са претњом миру.

Стављајући знак једнакости између масовног кршења људских права и претње међународном миру, Савет безбедности је ушао у легислативни простор, у тиху ревизију Повеље узурпирајући овлашћења која му не припадају.²² Дискрециона овлашћења Савета безбедности имају се вршити у сврху због којих су и дата, а која су суштински утврђена чланом 39 Повеље, а тичу се одржавања међународног мира и безбедности.

Савет безбедности у свом деловању је, као и Организација УН у целини, подвргнут правилима општег међународног права, посебно правилима *corpus iuris cogentus*-а. У том смислу, и Повеља у члану 24(2) предвиђа да:

„Савет безбедности делује у складу са циљевима и начелима Уједињених нација.“

Налаз, МКТЈ у случају Тадић да, чак уколико се оружан конфликт „сматра само унутрашњим оружаним конфликтом, он би и даље представљао „претњу миру према утврђеној пракси Савета безбедности и заједничком схватању чланства Уједињених нација“²³ одржава пост-позитивистички резон да формалну легислацију међународног права, тј. његове главне изворе ваља супституисати неформалном нормативном праксом.²⁴

У конкретном случају, то би подразумевало да 15 држава – чланица Савета безбедности, пет сталних и 10 несталних – преузима у своје руке улогу међународног законодавца, делујући као креатор међународног поретка у име око 200 држава.

Чак и уколико би *arguendo* и прихватили да је, поистовећујући кршење правила међународног хуманитарног права и претњу миру, Савет

²² M. Happold, “Security. Council resolution 1373 and the constitution of the UN”, *Leiden Journal of International law*, vol. 16, 2003, 610.

²³ *Tadić case*, IT-94-4, para 30.

²⁴ V. Lowe, “The politics of Law – Making: Are the Method and Character of Norm-Making changing?”, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law* (ed. M. Byers), Oxford University Press, 2000, 207–226; E. Loquin, L. Ravillon, “La volonté des operateurs vecteur d’un droit mondialisé”, *La mondialisation du droit* (ed. E. Loquin, C.Kessedjian), Litec 2000, 91–132.

безбедности деловао у складу са одредбама Повеље Уједињених нација, поставља се друго питање од фундаменталног значаја – да ли су *ad hoc* међународни кривични трибунали одговарајућа мера (*measure*) у смислу чланова 41 и 42 Повеље УН?

Оснивање МКТЈ и МКТР представља се и као „невојни облик интервенције међународне заједнице“²⁵ у контексту успостављања мира.

Иако постоји неспорни *nexus* између права и мира, инструментална улога тела које пресуђује у успостављању мира тешко да представља инхерентно обележје активности суда у строгом смислу те речи.

Успостављање мира је превасходно политичка ствар која се постиже мерама које су *stricto sensu* неправне или ванправне. Појмови „мира“ и „правде“ нужно се не поклапају. Мир се неретко остварује помоћу неправедних решења.²⁶ И сам концепт колективне безбедности у крајњој анализи почива на фактичкој моћи анти-агресорске коалиције.

Међународна пракса је развила два главна метода за успостављање међународних односа и бављење међународним споровима. Један је чисто политички. Други је правни. Због ове фундаменталне разлике између два приступа решавања међународних спорова, аналогије између њих су погрешне.²⁷

Чак и улога светског суда – Међународног суда правде, као главног судског органа Уједињених нација испољава се у „јачању структуре мира кроз његова саветодавна мишљења, кроз поверење које инспирише и кроз подстицање које даје проширењу права мирног решавања спорова, пре него кроз разрешење појединих спорова“.²⁸

У прилог перцепције о инструменталној неподобности Трибунала да допринесе успостављању мира говори и чињеница да је МКТР основан након што су оружани сукоби у Руанди окончани.

²⁵ H. Shinoda, “Peace – building by the Rule of Law: An examination of Intervention in the form of International Tribunals”, *International Journal of Peace Studies* 7/2002, 15.

²⁶ Штавише, прво може бити и препрека остваривању мира као што показује пример мировних уговора. Ако би се правила уговорног права примењивала *stricto sensu* на мировне уговоре, мир који се њима постиже не би се правно могао успоставити јер се, по правилу, мировни уговори заснивају на надмоћи на бојном пољу која се у смислу уговорног права по правилу изражава ко принуда над државом као колективитетом.

²⁷ S. Rossette, Y. Ronen, *The Law and Practise of the International Court 1920-2005*, Brill Nijhoff, 2006, 4–5.

²⁸ M. Hudson, *International Tribunals, Past and Future*, 1944, 238–239 и кроз пресуде посебно – М. К.

4.2. Да ли оснивање судских органа, улази у *corpus* мера предвиђених члановима 41 и 42 Повеље УН?

Изгледа очигледно да чланови 41 и 42 Повеље УН не садрже овлашћење Савета безбедности да оснива судске органе.²⁹

Стога се правни основ оснивања МКТЈ и МКТР покушава изнаћи на другој страни, позивањем на имплицитна овлашћења Савета безбедности у смислу овлашћења Савета која нису експлицитно наведена у Повељи али која нужно произлазе из његове функције очувања међународног мира и безбедности. Жалбено веће МКТЈ је у случају Тадић нашло да члан 41 Повеље садржи имплицитно овлашћење Савета да установи судски орган као „инструмент вршења своје основне функције одржавања мира и безбедности, тј. меру која доприноси успостављању и одржавању мира у бившој Југославији“.³⁰

Жалбено веће је дало прешироко тумачење имплицитних овлашћења Савета безбедности.

Рођена у уставној пракси САД, доктрина имплицитних овлашћења је прихваћена у јуриспруденцији Међународног суда правде³¹ у стварима које су се тичале надлежности међународних организација и њихових органа. Тумачење Жалбеног већа блиско је концепцији инхерентних овлашћења која би посебно када је реч о Савету безбедности као телу са ограниченим бројем чланова у коме доминантну улогу имају велике силе, широко отворило врата злоупотребама.³²

²⁹ Члан 41 гласи:

„Савет безбедности може одлучити какве мере које не повлаче употребу оружане силе треба да се примене у циљу извршења његових одлука, и може позвати чланове Уједињених нација да примене такве мере. Ове могу да садрже потпун или делимичан прекид економских односа и железничких, поморских, ваздушних, поштанских, телеграфских, радиографских и других веза, а, исто тако, и прекид дипломатских односа“.

Члан 42:

„Ако Савет безбедности сматра да мере предвиђене у члану 41 не одговарају или се покаже да су недовољне он може предузети такву акцију ваздухопловним, поморским или сувоземним снагама која је потребна ради одржања или васпостављања међународног мира и безбедности. Таква акција може укључити демонстрације, блокаду и друге операције ваздухопловним поморским или сувоземним снагама чланова Уједињених нација“.

³⁰ *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, 2 October 1995, para 38.

³¹ *Reparations for injuries suffered in the service of United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports*, 184-185; *Effects of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal, Advisory Opinion, ICJ Reports* 1954, 57; *Certain Expenses for the United Nations (Art. 17, paragraph 2 of the charter) Advisory Opinion, ICJ Reports* 1962, 153; *Legality of the Use by a State of nuclear weapons in armed conflict; Advisory Opinion, ICJ Reports* 1996, 79.

³² G. Arangio-Ruiz, “The ‘Federal Analogy’ and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue”, *EJIL* vol. 8 no. 1, 1997, 8–9.

Практично неограничени, имајући у виду да акти Савета безбедности не подлежу судској контроли.

Не постоји знак једнакости између инхерентних и имплицираних овлашћења.

Инхерентна овлашћења строго узевши припадају само сувереној власти. У амбијенту данашње међународне заједнице државама као изворним и трајним субјектима. Чак и Уједињене нације, као деривативни и, у нормативном смислу, пролазни субјект, немају инхерента овлашћења, већ су њена овлашћена уговорна креација држава и, као таква, делегирана од стране држава.

Имплицитна овлашћења, као овлашћења која нису изричито наведена у уставном акту Организације Уједињених нација подлежу јасним ограничењима. Као овлашћења неопходна за обављање функција које су му изричито поверене, имплицитна овлашћења Савета безбедности у оквиру Главе VII Повеле УН тичу се мера које се у конкретном контексту, односе на принудне мере обухваћене члановима 41 и 42 Повеље УН. У томе лежи смисао и релевантност принципа специјализације (*the principle of speciality*)³³ као суштинског критеријума за квалификацију имплицираних овлашћења.

Изгледа да је у праву *Klabbers* када каже да је доктрина имплицитних овлашћења имала корисну улогу у време када су се међународне организације развијале и да је данас, барем када је реч о стабилованим организацијама, доктрина прешла свој врхунац.³⁴

У оптици принципа суверенитета оснивање међународних кривичних судова у форми међународног уговора изгледа аксиом.

Генерална скупштина УН је резолуцијом 260 В (III) позвала Комисију за међународно право да проучи „могућност установљења једног међународног судског органа за суђење лицима оптуженим за геноцид или друге злочине за које би јурисдикција била пренета на тај орган међународним уговорима...“ (подвукао М. К.).

Након разматрања два извештаја специјалних извештача *R. Aefara* и *E. Sandström-a* и дискусије, Комисија УН за међународно право је одлучила да је „установљење једног међународног судског органа за суђење лицима оптуженим за геноцид или друге злочине за које би јурисдикција била пренета на тај орган међународним уговорима пожељна“, те да је установљење таквог судског органа могуће.³⁵

³³ Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 1996, 78–79.

³⁴ J. Klabbers, “The paradox of International Institutional Law“, *International Organization Law Review*, 2008, No. 1, 79.

³⁵ Doc. A/1316: Report of the International Law Commission covering its second session, 5 June – 29 July 1950, YILC 1950, II, 379.

5. ОСНИВАЊЕ ТРИБУНАЛА У СВЕТЛОСТИ ПРИНЦИПА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА (*RULE OF LAW*)

Разматрајући приговор одбране у случају Тадић да Трибунал није успостављен на основу права („*established by law*“) Жалбено веће даје редуковано значење принципа владавине права.

Налази, наиме, да „Статут Међународног трибунала и Правила процедуре и доказивања усвојена у складу са Статутом воде закључку да је Трибунал установљен у складу са владавином права. *Гаранције фер суђења из члана 14 Пакта о грађанским и политичким правима су усвојене скоро дословно у члану 21 Статута. Остале гаранције фер суђења налазе се у Статуту и Правилима процедуре и доказивања.*“³⁶

Принцип владавине права, као универзални правни принцип, релевантан како у унутрашњем тако и у међународном праву не подлеже општој правној дефиницији.

Пре би се могао одредити као синтетички израз мноштва правних правила и института, формалних и супстанцијалних, који, узети појединачно и *in corpore*, обезбеђују супрематију права над политиком. У том смислу, индикативно је да су релевантни документи о владавини права дизајнирана као „Контролна листа владавине права“ (*The Rule of Law Checklist*) (Венецијанска комисија) и „Индикатори владавине права“ (*UN Rule of Law Indicators*) (Уједињене нације), а да, притом, не дају општу дефиницију појма.³⁷

Погрешно је, међутим, из тога извући закључак да се супстанца владавине права своди на процесна правила и права оптуженог као што чини Жалбено веће Трибунала.

Венецијанска комисија на прво место „неопходних елемената владавине права“ ставља „законитост, укључујући транспарентан, одговоран и демократски процес доношења права“ у смислу, *inter alia*, приступа правди пред „независним и непристрасним судовима...“.³⁸

Значење израза „независни и непристрасни суд“ у смислу суда установљеног у складу са принципом владавине права је јасно и недвосмислено одређено у пракси Европског суда за људска права. Конзистантна јуриспруденција Европског суда подразумева да независан суд

³⁶ Prosecutor v. Tadić, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, para. 46.

³⁷ European Commission for Democracy through law (Venice Commission/Rule of Law Checklist), Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session, 2016.

³⁸ Venice Commission, Report on the Rule of Law adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session, 25-26 March 2011, 10.

не сме зависити од дискреционе оцене извршне власти, већ да треба да буде уређен законодавним актом.³⁹

Тачно је запажање Жалбеног већа да у међународном праву не постоји законодавство у техничком смислу речи нити у међународној заједници постоји Парламент.⁴⁰ Постоји, међутим, међународно законодавство у супстанцијалном смислу речи лоцирано у држави која делујући *in corpore* са другим државама, врши законодавна овлашћења аналогно Парламенту унутар државе. *A contrario*, нејасно је како би правила међународног права уопште настала и развијала се.

У конкретној ствари, не треба ићи даље од примера Сталног међународног кривичног суда основаног правностварајућом вољом држава у форми легислативног мултилатералног уговора.

6. ДА ЛИ ПОМОЋНИ ОРГАН ИЗВРШНОГ ОРГАНА УН МОЖЕ ПРЕДСТАВЉАТИ „НЕЗАВИСАН И НЕПРИСТРАСАН“ СУД?

Иако резолуција Савета безбедности 827, као и резолуција 955, не наводе да су МКТЈ и МКТР основани као помоћни органи Савета безбедности на основу члана 29 Повеље Уједињених нација, у то нема никакве сумње. У Извештају Генералног секретара УН, којим је предложено оснивање МКТЈ, стоји, *inter alia*, да се Трибунал оснива, у складу са чланом 29 Повеље, као помоћни орган Савета безбедности судске природе.⁴¹ У званичним документима ОУН, МКТЈ и МКТР фигурирају као помоћни органи Савета безбедности основани у складу са чланом 29 Повеље УН.

Помоћни органи главних органа Уједињених нација се у *Repertory of Practise of United Nations* одређује на следећи начин:

„а) помоћни орган се оснива од стране главног органа или је под његовом влашћу,

б) чланство, структура и задаци помоћног органа су одређени, и могу бити модификовани од стране главног органа или зависе од главног органа,

ц) помоћни орган може престати са радом одлуком главног органа“.⁴²

³⁹ Вид., између осталих, *Zand v. Austria*, App. No. 7360/76; *Piersack v. Belgium*, App. No. 8692/79; *Crociani Palmiotti, Tanassi and D'Ovidio, v. Italy*, App. Nos. 8603/79, 8722/79, 8723/79 & 8729 (joined).

⁴⁰ *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence, Motion for Interlocutory appeal on Jurisdiction*, para. 43.

⁴¹ Report of the Secretary General (S/25704), 1993, para. 28.

⁴² *Repertory of Practise of United Nations Organs*, I, 228.

Ово одређење помоћних органа у организационој структури Уједињених нација може се узети као ауторитативно, будући да Повеља УН не даје дефиницију помоћних органа Организације.

In concreto, постављају се два, органски повезана питања. *Primo*, да ли Савет безбедности поседује правну моћ да оснује судски орган као свој помоћни орган? Оснивајући помоћни орган, главни орган, *in concreto*, Савет безбедности, врши, у ствари делегацију надлежности. Члан 29 Повеље, изражавајући овај општи, когентни принцип, каже да „Савет безбедности може да оснива помоћне органе *потребне за обављање његових задатака*“ (подвукао М. К.).

Другим речима, да би основао судски орган на основу члана 29 Повеље, Савет безбедности би морао да поседује и овлашћења судског органа. А он таква овлашћења очигледно нема, тако да је формирање судског тела од стране Савета противустанован акт, акт супротан духу и слову Повеље УН. Општи је правни принцип да *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Secundo, да ли Трибунали у вршењу своје функције могу поступити независно од политике Савета безбедности? Елементарна логика сугерише да, иако могу уживати изврстан степен самосталности, МКТЈ и МКТР будући под контролом, директном и индиректном Савета безбедности, тешко могу да делују као независни судски органи. Сам статус помоћног органа једног политичког тела је у фундаменталном сукобу са природом судске функције која је по дефиницији независна од било кога и било чега изузев међународног права.

Пракса МКТЈ, рецимо, јасно показује јак утицај Савета безбедности и, чак, главног административног службеника ОУН на резонување Трибунала. Тако, у случају Тадић, одлучујући о елементима злочина против хуманости, Жалбено веће је нашло да Извештај Генералног секретара Уједињених нација представља „ауторитативно тумачење Статута“ Трибунала.⁴³ Или, Претресно веће је у случају истом одлучујући аргумент за своје тумачење члана 7(3) Статута, изнашло у „неоспореном објашњењу које је приликом гласања о Резолуцији 827 о установљењу Међународног трибунала дао представник САД“.⁴⁴ Општу логику која из такве позиције Трибунала, по правилу, произлази, можда је најбоље изразило Претресно веће у случају Блашкић. Одлучујући по приговору одбране да одговорност за пропуштање кажњавања на основу члана 7(3) Статута Трибунала није део обичајног хуманитарног права, Веће је истакло да би било „тотално неосновано да трибунал сада прогласи неуставним и ништавним део ју-

⁴³ Par. 297.

⁴⁴ Par. 356.

рисдикције за који је Савет безбедности, са пристанком Генералног секретара, тврдио да је део постојећег међународног хуманитарног права“.⁴⁵

Такво резонување не треба посебно ни наглашавати, је у функцији политичких циљева чија промоција лежи ван функције судског органа.

7. НАДЛЕЖНОСТ ТРИБУНАЛА И ПРИНЦИП *COMPÉTENCE DE LA COMPÉTENCE*

Жалбено веће МКТЈ је у случају Тадић одлучујући о приговору одбране, да Трибунал, будући основан *contra legem*, нема надлежност, прибегло аргументу *compétence de la compétence*.

Жалбено веће коректно наводи да је поменути принцип део инцидентне надлежности било судског тела, те да подразумева „надлежност, да се одреди сопствена надлежност“.⁴⁶ Као нужни, инхерентни састојак вршења судске функције, принцип *compétence de la compétence* не мора бити изричито предвиђен у конститутивном акту Трибунала.⁴⁷

Такво резонување Жалбеног већа превиђа једно суштинско обележје принципа *compétence de la compétence*. Принцип *compétence de la compétence* је по својој природи, структурално-функционални принцип који не поседује сопствени, самостални садржај у смислу материјалног права. Овај принцип је само правно средство које омогућава судском органу да утврди да су услови који регулишу његову надлежност утврђени ваљаним, на међународном праву заснованим уставним актом судског органа испуњени.

Уколико претходни услов међународноправне ваљаности уставног акта судског органа није испуњен, принцип *compétence de la compétence* има само техничко значење, значење једне техничке демонстрације без правног значаја. Јер, одлука судског органа донета на основу примене принципа *compétence de la compétence* је декларативне природе и, као таква, не може подарити било ком судском телу, па ни Трибуналу, јурисдикцију коју нема по међународном праву.

8. ПРИНЦИП СУВЕРЕНИТЕТА И ПРАВИЛА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА КОЈЕ СУ МКТЈ И МКТР ПРИМЕЊИВАЛЕ

Принцип суверенитета се на специфичан начин изражава и кроз правила међународног кривичног права (МКР) које су МКТЈ и МКТР

⁴⁵ Prosecutor v. Blaškić, *Decision on the Defence Motion to strike portions of the amended indictment alleging „failure to punish” liability*, Decision of 4 April 1997, пар. 8.

⁴⁶ Prosecution v. Tadić, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, para. 17.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 18.

примењивали. У поређењу са односом принципа суверенитета и оснивања *ad hoc* Трибунала код кога се принцип суверенитета непосредно и директно изражава, принцип се, када је реч о праву које судски орган примењује, изражава посредно и индиректно.

Изражава се, наиме, кроз пристанак државе, као атрибут суверенитета, у конституисању колективне воље или воље међународне заједнице као основа настанка и обавезности правила међународног права. Тако држава, као суверена јединка у амбијенту једне децентрализоване заједнице, делујући *in corpore* са другим државама, представља међународног законодавца, креатора правила међународног права.

Функција било ког судског органа је да тако створено међународно право примењује *ad casum*. Као што је нагласио Међународни суд правде судски орган „не може донети пресуду *sub specie legis ferende* или антиципирати право пре него што га законодавац не створи“.⁴⁸

У дискусијама вођеним у Савету безбедности једнодушно је истакнуто да МКТЈ има да примењује важеће међународно-хуманитарно право. Рецимо, амбасадор Француске је истакао да „израз закон или обичаји рата“ употребљени у члану 3. Статута обухватају „све обавезе које произилазе из споразума хуманитарног права на снази на територији бивше Југославије у време када су кршења учињена“.⁴⁹

Или, амбасадор Венецуеле који је рекао да „Трибунал, као помоћни орган Савета безбедности, не би могао бити овлашћен, нити би Савет могао преузети способност да утврђују правила међународног права или легислацију...“.⁵⁰ У том, преовлађујућем духу била је и интервенција амбасадора Бразила да ни резолуција Савета безбедности ни Статут „не значе установљење нових норми или прецедената“.⁵¹

Јуриспруденција МКТЈ и МКТР је, међутим, у низу релевантних питања изашла из тог оквира и ушла у легислативни простор. Не улазећи у детаљну анализу ове легислативне екскурзије оба Трибунала, навешћемо пар карактеристичних примера од фундаменталне важности који се односе како на општа правила међународног права тако и на специфична која се тичу појединих кривичних дела која су, по њиховим статутима, у надлежности Трибунала.

⁴⁸ Fisheries Jurisdiction (UK v. Iceland), Judgment, *ICJ Reports 1974*, para 53; Fisheries Jurisdiction (FR of Germany v. Iceland), Judgment, *ICJ Reports 1974*, para 45.

⁴⁹ Provisional Verbatim record of three thousand two hundred and seveneeth Meeting, S/PV. 3217, 25 May 1993, 11.

⁵⁰ *Ibid.*, 7.

⁵¹ *Ibid.*, 37.

9. ПЕРЦЕПЦИЈА ОБИЧАЈНИХ ПРАВИЛА

Перцепција обичајних правила, на којима је МКТЈ засновао све пресуде које се тичу геноцида је (благо речено) изненађујућа. Трибунал, наиме, наводи да је пресуду донео на основу „обичајног права у време када су се десили догађаји у Сребреници“.⁵² Пресуда у случају Крстић послужила је као модел за остале пресуде о геноциду.

Схватање обичаја као извора права од стране МКТЈ је веома иновативно и иде изван поимања обичаја у јуриспруденцији Међународног суда правде (МСП). Према установљеној судској пракси МСП, која је у складу са одредбом његовог Статута, обичај се одређује као извор права заснован на два елемента, општој пракси и *opinio iuris sive necessitatis*. Као што је истакнуто у случају Никарагва: „будући да је обавезан чланом 38 свог статута.... Суд не може пренебрегнути *суштинску улогу коју има општа пракса*“.⁵³

Јуриспруденција МКТЈ генерално се креће у сасвим супротном правцу, дајући доминантну улогу *opinio iuris*-у приликом утврђивања обичаја,⁵⁴ показујући јаку наклоност према концепцији обичаја заснованој на једном елементу. На тај начин, он разматра *opinio iuris* на начин који је далеко од одређења које му је дао МСП.

Да би се конституисао *opinio iuris*... „два услова се морају испунити. Не само да поступци морају представљати устаљену праксу, већ морају бити такви, или бити предузети на такав начин да буду доказ уверења да је пракса обавезујућа услед постојања правила које је захтева“.⁵⁵ *Opinio iuris* не може се раздвојити од праксе јер се „Суд мора уверити да је постојање правила из *opinio iuris*-а потврђено праксом“.⁵⁶

МКТЈ се често задовољавао са „врло ограниченим бројем случајева“ и праксом држава.⁵⁷ Велики део права које МКТЈ квалификује као обичајно право заснован је на одлукама националних судова које имају ограничено поље примене у пракси Суда. У случају *Certain German*

⁵² Prosecutor v. Krstić, *Trial Judgment*, para 541.

⁵³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, 97–98, para. 184.

⁵⁴ G. Mettraux, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford 2005, 13, fn. 4.

⁵⁵ North Sea Continental Shelf, Judgment, *I.C.J. Reports 1969*, 44, para. 77.

⁵⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, 97–98, para. 184.

⁵⁷ A. Nollkaemper, “The Legitimacy of International Law in the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, *Ambiguity In the Rule of Law: The Interface between National and International Legal Systems*, (T. A. J. A. Vandamme and J. H. Reestamn, eds.), 2001, 17.

Interests in Polish Upper Silesia, Стални суд је констатовао да национална судска акта представљају „чињенице путем којих се изражава воља и које представљају активности држава“.⁵⁸

Испод површине општих карактеристика приступа МКТЈ обичајном праву, који сам по себи побуђује сумњу, крију се одсуство повезаности и субјективност. Лепо је констатовано да су Већа МКТЈ у различитом саставу користила различите методе при проналажењу и тумачењу обичајног права чак и у истом предмету, што је укључивало и једноставно упућивање на претходне одлуке МКТЈ као доказ неког обичајног правила.⁵⁹ Уз то, МКТЈ није успео да се доследно и ригорозно позабави институтима праксе држава и *opinio iuris*, не позивајући се, између осталог, на доказе ни за једно нити за друго, а позивајући се једино на доказе обичаја расуте у националним прописима, а да се, при томе, није нити позабавио *opinio iuris*-ом нити формулисао политику „човечности“ као *opinio iuris-a*.⁶⁰

Утврђивање обичајног права од стране МКТЈ личи по многим аспектима на операцију утврђивања квазиобичајног права засновану на дедукативном закључивању које покрећу метаправна и ванправна начела. Као што се може запазити, „многа Већа *ad hoc* Трибунала била су превише спремна да етикетирају норме као обичајне, не наводећи никакав разлог нити ауторитет за такав закључак“.⁶¹ То је за резултат имало судско стварање права кроз циљано, авантуристичко тумачење,⁶² иако су, како тврди Генерални секретар, откад је основан МКТЈ, судије Трибунала могле примењивати једино она правила који су ван сваке сумње била део међународног обичајног права.⁶³ Како је у суштинском сукобу са обичајем, онаквим каквим га види МСП, виђење обичаја из угла МКТЈ, примењено у јуриспруденцији Трибунала, отвара пут ка фрагментацији међународног кривичног права, па чак и општег међународног права.⁶⁴

⁵⁸ Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Judgment, 1926, *P.C.I.J.*, Ser. A, No. 7, 19.

⁵⁹ N. Arajärvi, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of interpreting the concept of custom in international criminal tribunals*, Routledge, London – New York 2014, 117.

⁶⁰ *Ibid.*, 118.

⁶¹ G. Mettraux, 15.

⁶² M. Swart, “Judicial Law-making at the *ad hoc* Tribunals. The Creative Use of Sources of International Law and ‘Adventurous Interpretation’”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 70, 2010, 463–468, 475–478.

⁶³ UN Security Council, *Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993)*, doc. S/25704, 3 May 1993, para 34.

⁶⁴ Вид. Mettraux, 15, citing *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2002, 3.

Схватање обичајног права које је развио МКТЈ је изузетно деструктивно по нормативни интегритет међународног права. Пошто представља у суштини субјективно виђење обичајног права одвојено од његове дубоко укорјењене структуре која се изводи из Статута Суда као дела међународног *orde public*-а, заправо једна судска верзија обичаја контрадикторна не само *per se* и *in se*, која производи различитост при одређивању обичајног права, што укључује и правила *jus cogens*-а обичајне природе.

То се може оквалификовати као најозбиљнији изазов конструкцији обичајног права у новијој историји међународног права. Свођење „опште праксе“ на изоловане пресуде националних судова, или пак на изјаве у Савету безбедности Уједињених нација, те извођење *opinio iuris*-а из таквих поступака, или, корак даље, једноставно изношење тврдње да је неко правило обичајне природе, не само да противречи позитивноправном институту обичаја оличеног у судској пракси МСП него и своди на тривијалност вољу међународне заједнице као целине, као основе обавезности међународног права. Да резимирамо, обичајно право, како га опажајно доживљава МКТЈ, као демонстрација судског фундаментализма представљало би, како изгледа оличење Лаутерпахтове (*Lauterpacht*) метафоре о обичају као метафизичкој шали.⁶⁵

Као илустративан пример легислативне екскурзије *ad hoc* трибунала која се односи на специфична дела, навешћемо по својим последицама најдалекосежнију – о значењу „уништења“ заштићене групе код злочина геноцида.

У спору између Хрватске и Србије, МСП је закључио да је у светлу *travaux preparatoires*, поље примене Конвенције ограничено на физичко о биолошко уништење групе.⁶⁶ Налаз је доследно примењен у пресуди.⁶⁷ Међутим, израз „уништење“, употребљен на начин као што је учинио МКТЈ у предмету *Крстић* и предмету *Благојевић*, а касније у свим случајевима који се тичу геноцида, је пре уништење у социјалном смислу него у физичком и биолошком смислу.

У предмету *Крстић*, Претресно веће је, између осталог, установило да би уништење значајног броја војно способних мушкараца „неизбежно имало за резултат физички нестанак босанског муслиманског становништва у Сребреници“, ⁶⁸ с обзиром на то да „њихове супруге нису

⁶⁵ H. Lauterpacht, “Sovereignty over Submarine Areas“, *British Yearbook of International Law*, Vol. 27, 1950, 394.

⁶⁶ *Application on the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, Judgment 2015, para 136.

⁶⁷ Judgment, para 157; Вид. paras 160, 163.

⁶⁸ *Krstić*, IT-98-33, Trial Judgment, 2 August 2001, para. 595.

у стању да се поново удају, па, према томе (ни) да имају нову децу“.⁶⁹ Такав закључак одражава пре идеју о социјалном него о физичком или биолошком уништењу.

Виђење уништења као уништења у социјалном смислу је још јаче наглашено у предмету *Благојевић*. Претресно веће је применило „шире значење појма `уништити` који обухвата и `дела која могу и не ићи до тога да проузрокују смрт`“,⁷⁰ што је тумачење које се не уклапа у разумевање уништења према Конвенцији о геноциду. Подршку у том смислу Претресно веће налази у Пресуди Савезног уставног суда Немачке, који је нашао *expressis verbis* да: „правна дефиниција геноцида има над-индивидуални предмет правне заштите, *тј. социјално постојање* групе, [а] умишљај да се уништи група се... протеже и даље од физичког и биолошког истребљења... У тексту закона се, према томе, не намеће као обавезно оно тумачење по којем умишљај кривца мора бити физичко истребљење бар значајног броја припадника дотичне групе“.⁷¹ (нагласак и елипсе у оригиналу).

Сагледан на такав начин, израз „уништење“ у дефиницији геноцида може обухватити и принудно премештање становништва.⁷²

Наведени налаз противречи *dectum*-у МСП да утемељеном на *travaux préparatoires* Конвенције „депортовање или расељавање припадника неке групе, чак и ако је извршено на силу, није нужно еквивалентно са уништењем те групе, нити је такво уништавање аутоматска последица расељавања“.⁷³

Уз то, на сву срећу, субјективни карактер уништења у социолошком смислу јасно је приказан управо у предмету Сребреница. Један од кључних аргумената Трибунала у предмету *Крстић* и предмету *Благојевић* био је да би „уништавање значајног броја војно способних мушкараца неизбежно имало за последицу физички нестанак босанског муслиманског становништва у Сребреници“.⁷⁴

Међутим, прогнозу Трибунала живот је учинио погрешном. После закључења Дејтонског споразума, муслиманска заједница у Сребреници је поново успостављена, па је данас број припадника две заједнице – Муслимана и Срба, изједначен. То такође доказује и чињеница да је представник муслиманске заједнице изабран за градоначелника на претпрошлим изборима.

⁶⁹ *Krstić*, IT-98-33, Appeal Judgment, 19 April 2004, para. 28.

⁷⁰ *Blagojević and Jokić*, IT-02-60, Trial Judgment, 17 January 2005, para. 662.

⁷¹ *Blagojević et. al.*, IT-02-60, Trial Judgment, 17 January 2005, para. 664.

⁷² *Ibid.*, para. 665.

⁷³ 2007 Judgment, para. 190.

⁷⁴ *Krstić*, IT-98-33, Trial Judgment, 2 August 2001, para. 595.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Arajärvi, Noora, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of interpreting the concept of custom in international criminal tribunals*, Routledge, London – New York 2014;
2. Arangio-Ruiz, Gaetano, “The ‘Federal Analogy’ and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue”, *EJIL*, vol. 8 no. 1, 1997;
3. Barria, Lilian, Roper, Steven, “How effective are International Criminal Tribunals? An analysis of the ICTY and the ICTR”, *The International Journal of Human Rights*, 2005, vol. 9/3;
4. Brownlie, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, Clarendon Press, Oxford 1963;
5. Happold, Matthew, “Security. Council resolution 1373 and the constitution of the UN”, *Leiden Journal of International law*, vol. 16, 2003;
6. Harris, David J., *Cases and Materials on International Law*, Sweet & Maxwell, London 1973;
7. Hudson, Manley O., *International Tribunals, Past and Future*, Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, 1944;
8. Крећа, Миленко, *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд 2018;
9. Klabbers, Jan, “The paradox of International Institutional Law”, *International Organization Law Review*, 2008, No.1;
10. Lauterpacht, Hersch, “Sovereignty over Submarine Areas”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 27, 1950;
11. Loquin, Eric, Ravillon, Laurence, “La volonté des operateurs vecteur d’un droit mondialisé”, *La mondialisation du droit* (ed. E. Loquin, C.Kessedjian), Litec 2000;
12. Lowe, Vaughan , “The politics of Law – Making: Are the Method and Character of Norm-Making changing?”, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law* (ed. M. Byers), Oxford University Press, 2000;
13. Mettraux, Guénaél, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford 2005;
14. Nollkaemper, André, “The Legitimacy of International Law in the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, *Ambiguity In the Rule of Law: The Interface between National and International Legal Systems*, (T. A. J. A. Vandamme and J. H. Reestamn, eds.), 2001;
15. O'Brien, James C., “The International Tribunal for Violation of International Humanitarian Law in former Yugoslavia”, *AJIL*, vol. 87, 1993;
16. Rossenne, Shabtai, Ronen, Yael, *The Law and Practise of the International Court 1920-2005*, Brill Nijhoff, 2006;
17. Scott, James, Brown, *Hague Court Reports*, Oxford University Press, New York, 1932;

18. Shinoda, Hideaki, “Peace – building by the Rule of Law: An examination of Intervention in the form of International Tribunals”, *International Journal of Peace Studies* 7/2002;
19. Shraga, Daphna, Zacklin, Ralph, “The International Criminal Tribunal for Rwanda”, *EJIL*, vol. 7 no. 2, 1996;
20. Swart, Mia, “Judicial Law-making at the ad hoc Tribunals. The Creative Use of Sources of International Law and Adventurous Interpretation”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 70, 2010.

Пракса међународних судова и трибунала

1. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment - Merits, 3 February 2015;
2. Blagojević and Jokić, IT-02-60, Trial Judgment, 17 January 2005;
3. Certain Expenses for the United Nations (Art. 17, paragraph 2 of the charter) Advisory Opinion, ICJ Reports 1962;
4. Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Judgment, 1926, P.C.I.J., Ser. A, No.7;
5. Customs Regime between Germany and Austria, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Ser. A/B, No. 41;
6. Effects of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal, Advisory Opinion, ICJ Reports 1954;
7. Fisheries Jurisdiction (UK v. Iceland), Judgment, ICJ Reports 1974;
8. Fisheries Jurisdiction (FR of Germany v. Iceland), Judgment, ICJ Reports 1974;
9. Krstić, IT-98-33, Trial Judgment, 2 August 2001;
10. Krstić, IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001;
11. Krstić, IT-98-33, Appeal Judgment, 19 April 2004;
12. Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996;
13. Legality of the Use by a State of nuclear weapons in armed conflict; Advisory Opinion, ICJ Reports 1996;
14. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986;
15. Milošević, IT-02-54, Trial Chamber, Decision on Preliminary motions, 8 November 2001;
16. Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Ser. B, No. 4;
17. North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969;
18. Nuclear Test Cases, Australia v. France, Judgment, ICJ Report 1974;
19. Prosecution v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction;
20. Prosecutor v. Blaškić, Decision on the Defence Motion to strike portions of the amended indictment alleging „failure to punish” liability, Decision of 4 April 1997;

21. Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72, 2 October 1995;
22. Reparations for injuries suffered in the service of United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports;
23. Tadić, IT-94-1, Jurisdictional Appeal.

Остали извори

1. Doc. A/1316: Report of the International Law Commission covering its second session, 5 June – 29 July 1950, YILC 1950, II;
2. European Commission for Democracy through law (Venice Commission/ Rule of Law Checklist), Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session, 2016;
3. Закон о сарадњи Србије и Црне Горе са међународним трибуналом за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права учињена на територији бивше Југославије од 1991. године, *Службени лист СРЈ*, бр. 18/2002 и *Службени лист СЦГ*, бр. 16/2003;
4. Guiding principles applicable to unilateral declaration of States, YILE 2006, Vol. II, Part II, Principle 4;
5. Li Zhaoxing, S/PV. 3217, 25 May 1993;
6. Provisional Verbatim Record of the 3207 Meeting of the UN Security Council, 479.
7. Provisional Verbatim record of three thousand two hundred and seveneeth Meeting, S/PV. 3217, 25 May 1993;
8. Repertory of Practise of United Nations Organs, I;
9. Report of the Secretary General (S/25704), 1993;
10. UN Security Council, Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993), doc. S/25704, 3 May 1993;
11. Venice Commission, Report on the Rule of Law adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session, 25-26 March 2011.

Full Professor Milenko Kreća, LL.D.

Faculty of Law, University of Belgrade

THE PRINCIPLE OF SOVEREIGNTY AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS THE FORMER YUGOSLAVIA AND FOR RWANDA

Summary

The author considers the issue of relationship between the principle of sovereignty and the ICTY and the CTR on two levels: i) the establishment of the ICTY and ICTR in the light of the principle of sovereignty and ii) the rules of international criminal law as applied by Tribunals and the principle of sovereignty.

He finds that the establishment of the ICTY, in contrast to the establishment of ICTR, represented violation of the judicial sovereignty of FR of Yugoslavia, since it strongly opposed its establishment. He also notes that adoption of the Law on cooperation with ICTY by State Union of Serbia and Montenegro means recognizing the Tribunal as a legal institution, but of limited scope per se serving as a basis for competent domestic agencies to cooperate with the Tribunal.

The author holds that, in the light of relevant rules of international law, the purported legality of the Tribunals can be challenged on a number of grounds:

- The establishment of the *ad hoc* tribunals cannot be considered as one of the measures to be taken under Chapter VII of UN Charter;
- Security Council, as executive organ of the UN, is constitutionally incapable of creating a judicial organ which cannot be subsidiary organ of the Security Council in terms of independence and impartiality, being, *per definitionem*, under the authority of an executive organ;
- Principle *compétence de la compétence* is incapable as a functional norm to form the basis of jurisdiction of the Tribunal per se as advocated by the ICTY in Tadic case.

As regards the law applied, author considers that the Tribunals well exceeded the task of judicial organ defined by the dictum of the International Court of Justice. The Court states that „a court of law, cannot render judg-

ment *sub specie legis ferendae* or anticipate the law before the legislator has laid it down (Fisheries Jurisdiction case).

Exempli causa, the ICTY and the ICTR perception of custom as one of the main sources of international criminal law is highly innovative, going well beyond the generally accepted conception of custom. It is based on the predominant role of *opinio iuris*, often satisfied with extremely limited case law - mainly decisions of municipal courts. Moreover, „many a chamber of the ad hoc Tribunals have been too ready to brand norms as customary, without giving any reason or citing any authority...“ (Mettraux).

Perception of the destruction of the protected group, as determinative element of the crime of genocide, is destruction in social terms rather than in physical and biological terms.

As stated by the International Court of Justice in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Judgment of 2015), in the light of the *travaux preparatoires* the genocide is limited to physical and biological destruction of the protected group (paras. 136, 157, 160, 163).

Key words: *Sovereignty; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; International Criminal Tribunal for Rwanda.*