

AKTUELNO

UDK:341.485:342.724:341.645.2](497.15)
Bibliid 0543-3657, 57 (2006)
God. LVII, br. 1123, str. 5–13
Izvorni naučni rad
Septembar 2006.

Tužba BiH za genocid pred međunarodnim sudom pravde: pravna razmatranja i političke posledice

Miloš Jovanović*

ABSTRACT

The present study highlights two main legal issues raised by the Case Concerning the Application of the Genocide Convention (Bosnia-Herzegovina v. Serbia) pending before the ICJ and its possible political consequences. The jurisdiction of the Court and the definition of genocide are precisely analysed with following the conclusions. First, there are no strong legal foundations for establishing the jurisdiction of the Court. Second, if the intent and reason for the establishment of the Genocide convention and its definition of genocide are respected by the Court, it would not be possible, in accordance with the facts, to establish the crime of genocide in Bosnia-Herzegovina.

Ključne reči: Međunarodni sud pravde, nadležnost suda, princip *res judicata*, koherentnost, genocid, etničko čišćenje, teritorija, spoljna politika, Bosna i Hercegovina, Republika Srpska, Srbija.

Pravni pojam genocida stvoren je da bi se kvalifikovala do tada nezapamćena realnost istrebljenja jednog naroda — Jevreja, u Drugom svetskom ratu.¹ Na ovu činjenicu sasvim primereno ukazuje Gzavije de Ru (Xavier de Roux), advokat Srbije u sporu koji se protiv naše zemlje (tadašnje SRJ) vodi od 1993. godine pred Međunarodnim sudom pravde (u daljem tekstu: MSP) po tužbi Bosne i Hercegovine:

(...) Zločin genocida definisan je po uzoru na uništenje i pokušaj uništenja jevrejskog naroda od strane nacističkog režima, (...) želeo bih da podsetim da je šest miliona Jevreja poginulo u drugom svetskom ratu, odnosno oko 67 odsto jevrejske populacije u Evropi. Dovoljno je osvrnuti se na veličinu muslimanske populacije u Bosni

da bi se videlo da, na sreću, ta srazmera nije ni približno dostignuta.²

Nije li u tom kontekstu neozbiljno sa naučnog stanovišta govoriti o genocidu u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH) u periodu od 1992. do 1995. godine?

Građanski rat u BiH, koliko god bio tragičan, teško da se može porediti sa nečim što je sam tvorac pojma genocid, Rafael Lemkin (Raphael Lemkin), nazvao „realnostima evropskog života u vremenu od 1933. godine do 1945. godine”, koje su prouzrokovale potrebu za „stvaranjem jednog takvog termina (ge-

* Autor je istraživač-saradnik u Institutu za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

¹ Viđenje o unikatnosti genocida nad Jevrejima tokom Drugog svetskog rata treba relativizovati kada se ima na umu istrebljenje čitavih civilizacija na tlu Južne i Severne Amerike od šesnaestog veka pa nadalje.

² “Audience publique sous la présidence de Mme Higgins, président, en l’affaire relative à l’Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), Compte Rendu 2006/18 (Translation)”, (Mr. De Roux), Internet, http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cbhy/cbhy_pleadings/cbhy_cr_2006_18_20060314_translation.pdf, 20/07/2006, p. 4, par. 7. Naredna navođenja transkripta usmenih izlaganja označavaće se na sledeći način: CR 2006/redni broj zasedanja, autor izlaganja, internet adresa.

nocida) i formulisanjem pravnog koncepta uništenja ljudskih grupa”.³

Objektivne analize procenjuju broj žrtava građanskog rata u BiH na približno 100 000 ljudi. Od tog broja, 68 odsto (68 000) čine muslimani.⁴ Kada bismo ostavili po strani činjenicu da deo tih žrtava čine vojnici koji su najčešće ginuli tokom borbi, kada bismo prevideli i činjenicu da sve muslimanske žrtve nisu samo posledica borbi koje su se vodile između Srba i Muslimana, već i između Muslimana i Hrvata (Mostar i okolina), kao i između samih Muslimana (Cazinska krajina), tih 68 000 žrtava u odnosu na celokupno muslimansko stanovništvo Bosne i Hercegovine, koje je prema popisu iz 1991. godine brojalo 1 902 956 ljudi, čini 3,57 odsto. Da li se pri takvom činjeničnom stanju zaista može govoriti o genocidu? Da li se može govoriti o genocidnoj nameri, odnosno nameri da se fizički uništi muslimanska populacija u BiH?

Mnogima će navedena statistika delovati morbidno, možda i neprimereno. Međutim, optužba za genocid izuzetno je ozbiljna, koliko zbog monstruoznosti zločina i njegove jake negativne simbolike toliko i zbog konkretnih mogućih posledica za državu Srbiju. Iz tog razloga, nastali spor između BiH i Srbije zahteva analizu sa svim relevantnim činjenicama u koje nesumnjivo spada i broj žrtava. Nikakva politička korektnost ne sme sprečiti objektivno sagledavanje ovog problema.

Pravno gledajući, tužba BiH protiv Srbije svodi se na dva fundamentalna i vrlo jasna pitanja. Prvo pitanje glasi: da li je u Bosni i Hercegovini izvršen genocid? U slučaju potvrdnog odgovora, slede pitanja: da li je SRJ, i na koji način, učestvovala u izvršenju genocida?⁵ Jednostavna pitanja ne daju uvek jednostavne odgovore. Retko je koji predmet otvorio toliko kompleksnih pravnih problema pred Međunarodnim sudom pravde koliko spor BiH i Srbije o primeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine (u daljem tekstu: Konvencija o genocidu).⁶ Nastali problemi nisu samo materijalno prav-

ne, već su i formalno pravne prirode. Prvo pitanje tiče se nadležnosti suda. Samo u slučaju da se sud proglašeni nadležnim, dobićemo odgovor na suštinska pitanja, poput onog koje se odnosi na tumačenje definicije genocida. Od načina na koji će MSP protumačiti definiciju genocida direktno zavisi odgovor na glavno, već pomenuto pitanje o izvršenju zločina genocida u BiH. Na kraju ćemo se osvrnuti na političke konsekvence mogućih ishoda, koje bi, u slučaju utvrđivanja genocida, mogle biti veoma teške za Srbiju.

Pitanje nadležnosti suda (formalno pravno pitanje)

MSP se proglasio nadležnim *prima facie* 1993. godine u predmetu „Primena Konvencije o genocidu” na osnovu člana 9 Konvencije o genocidu koji glasi:

Sporovi između strana ugovornica u pogledu tumačenja, primene i izvršenja ove Konvencije, podrazumevajući tu i sporove koji se odnose na odgovornost neke države za genocid ili bilo koje drugo delo pobrojano u članu III, *biće izneseni pred Međunarodni sud pravde, na traženje jedne od strana u sporu.*⁷ (kurziv autorov)

Nadležnost MSP od tada je konstantno osporavana od srpske strane. Juna 1995. godine, SRJ je uložila prigovore na nadležnost suda *ratione personae* (3. prigovor), *ratione materiae* (5. prigovor) i *ratione temporis* (6. i 7. prigovor). Treba podvući da se 3. prigovor, *ratione personae*, nije odnosio na samu SRJ, već na Bosnu i Hercegovinu kojoj je osporavan statut strane u Konvenciji o genocidu, što, videćemo kasnije, nije bez značaja.⁸ Svi prigovori su odlukom od 11. jula 1996. godine odbijeni. Aprila 2001. godine Srbija i Crna Gora na osnovu člana 61 Statuta MSP podnela je zahtev za reviziju odluke iz 1996. godine zbog otkrića „činjenice od odlučujućeg značaja”, tj. zbog primanja SRJ kao nove države članice u OUN. Ovaj zahtev odbijen je iz formalnih razloga. O suštini nije bilo reči zato što navedena činjenica ne odgovara definiciji činjenice iz člana 61 Statuta pa samim tim nije bilo moguće pokrenuti reviziju odluke iz 1996. godine.⁹

³ Raphael Lemkin, “Genocide as a crime under international law”, *The American journal of International Law*, vol. 41 (1), 1947, p. 147.

⁴ Videti svedočenje eksperta Žan-Pola Sardona (Jean-Paul Sardon), CR 2006/26, Internet, http://www.icj-cij.org/cij/www/cdoocket/cbhy/cbhy_pleadings/cbhy_cr_2006_26_20060324.pdf, 02/08/2006, p. 41.

⁵ Od početka procedure pred MSP, branilac je tri puta promenio ime: SRJ, Srbija i Crna Gora i Srbija. Koristićemo ime države koje je bilo važeće u trenutku o kojem govorimo.

⁶ Nećemo biti u mogućnosti da u okviru ovog rada analiziramo sve pravne probleme nastale u predmetu „Primena Konvencije o genocidu”, poput pitanja odgovornosti države, automatske sukcesije, pravne kvalifikacije određenih činjenica u odnosu na definiciju genocida i mnogih drugih. Izdvojili smo pitanja koja smatramo najvažnijim.

⁷ Videti tekst Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida: Vidan Hadži-Vidanović i Marko Milanović (prir.), *Međunarodno javno pravo, Zbirka dokumenata*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, str. 169.

⁸ Videti “Affaire concernant l’application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), Exceptions préliminaires, juin 1995”, Internet, http://www.icj-cij.org/cij/www/cdoocket/cbhy/cbhy_written_pleadings/cbhy_exceptions_preliminaires_199506.pdf, 05/08/2006.

⁹ Činjenica od izuzetnog značaja predviđena članom 61 Statuta MSP mora biti po tumačenju suda činjenica koja je, iako nepoznata, postojala u trenutku donošenja odluke čija se revizija traži. Prijem SRJ u OUN 2000. godine ne može se smatrati takvom činjenicom i samim tim ne otvara postupak revizije.

Novi momenat nastao je presudama iz 2004. godine u predmetima u kojima je SRJ podnela tužbu protiv osam NATO zemalja (predmet „Legalnost upotrebe sile”). U tim presudama MSP proglasio se nena-dležnim *ratione personae* jer u trenutku podnošenja tužbe od strane SRJ (1999. godina), ista nije bila člani-ca OUN i samim tim joj MSP nije bio dostupan.

a) Novi momenat: presuda MSP u sporu SRJ protiv NATO zemalja

Da bismo sagledali značaj presuda MSP iz 2004. godine, moramo se kratko osvrnuti na formalno pitanje nadležnosti. Nadležnost Suda regulisana je drugim poglavljem Statuta MSP (čl. 34–38). Za predmet koji nas zaokuplja, najznačajniji je član 35 Statuta MSP koji glasi:

1. Sud je dostupan državama stranama ovog Statuta.
2. Uslove pod kojima je Sud dostupan ostalim državama, sa rezervom posebnih odredaba sadržanih u važećim ugovorima, određuje Savet bezbednosti, ali u svakom slučaju ti uslovi ne smeju stavljati stranke u sporu u neravnopravan položaj pred sudom.

Drugim rečima, član 35 Statuta predviđa dve situacije u kojoj MSP može biti dostupan državama. Prvo, MSP je dostupan (nadležan) svim državama članicama OUN koje su time i strane Statuta MSP.¹⁰ Drugo, državi, koja nije članica OUN (pa time ni strana Statuta) Sud i dalje može biti dostupan (nadležan) pod uslovima koje određuje Savet bezbednosti ili pak na osnovu „posebnih odredaba sadržanih u važećim ugovorima”. Član 9 Konvencije o genocidu upravo je 1993. godine smatran takvom odredbom i na osnovu tog člana MSP 1993. godine proglasio se nadležnim *prima facie*. Obe strane u sporu su smatrale da su vezane Konvencijom o genocidu i taj stav sud je prihvatio. Stav MSP, kada je SRJ u pitanju, mogao se zasnivati isključivo na pretpostavci kontinuiteta između SFRJ i SRJ po kome je ova poslednja preuzela sva prava i obaveze (članstva u međunarodnim organizacijama, prava i obaveze ugovornog prava) na međunarodnom nivou od ove prethodne. Samim tim bila je vezana i Konvencijom o genocidu i njenim članom 9, koji je poslužio kao jedini osnov nadležnosti MSP. Upravo su pretpostavku o kontinuitetu srušile odluke MSP iz 2004. godine u predmetu „Legalnost

upotrebe sile” u kome je SRJ podnela tužbu protiv osam zemalja članica NATO.¹¹ Ne samo što je u tim odlukama MSP apsolutno rasvetlio konfuziju po pitanju položaja SRJ u međunarodnim organizacijama od 1992. godine, već je obesnažio mogućnost dostupnosti sudu predviđenu drugim paragrafom člana 35 Statuta. Naime, 2004. godine MSP se proglasio nena-dležnim *ratione personae* zbog položaja SRJ. Tada je ispitao obe mogućnosti predviđene članom 35 Statuta. Prva je odbačena zato što je utvrđeno da SRJ nije bila članica OUN od 1992. do 2000. godine jer je postala njen član kao nova država tek 1. novembra 2000. godine. Zatim je ispitana mogućnost dostupnosti MSP na osnovu drugog paragrafa člana 35 koji predviđa da i države koje nisu članice OUN mogu izaći pred sud u slučaju „posebnih odredaba sadržanih u važećim ugovorima”, kao što propisuje prethodno navedeni član 9 Konvencije o genocidu. Pitanje na koje je trebalo logično odgovoriti glasilo bi da li je SRJ bila strana ugovornica Konvencije o genocidu 1999. godine kada je tužba protiv NATO zemalja podneta. MSP uopšte nije tražio odgovor na ovo pitanje koje se ispostavilo suvišnim. Sud je protumačio slovo 2. paragrafa člana 35 na sledeći način. Pojam „važeći ugovori” znači da su ugovori o kojima je reč morali biti važeći u trenutku stupanja na snagu Statuta MSP. To nije slučaj sa Konvencijom o genocidu. Prema tom tumačenju, potpuno je irelevantno da li je SRJ bila strana ili ne te konvencije jer ista jednostavno ne otvara vrata suda na osnovu 2. paragrafa člana 35 Statuta.¹² Dva značajna zaključka proizlaze iz odluke MSP od 2004. godine. Prvo, SRJ nije održala kontinuitet SFRJ i u periodu od 1992. do 2000. godine nije bila članica OUN. Drugo, Konvencija o genocidu i njen deveti član ne može poslužiti kao osnova za nadležnost suda. Drugim rečima, u periodu između 1992. do 2000. godine, MSP nije bio dostupan SRJ i isti nije nikako mogao da se proglasi nadležnim za tužbe pokrenute u tom periodu, pa tako ni za tužbu koju je BiH podnela 1993. godine.

b) Odlučujući momenat?

Dva pravna principa nas sprečavaju da decidirano tvrdimo da će MSP u predmetu „Primena Konvencije o genocidu” usvojiti sopstveno viđenje iz predmeta „Legalnost upotrebe sile”, iako postoje solidni pravni argumenti za takav postupak. Radi se o principima relativnog i apsolutnog dejstva presude (*res judicata*). Prema članu 59 Statuta MSP, „odluka suda

¹⁰ Zbog relativno kratkog formata ovog članka, nećemo se upuštati u teorijski osnovanu razliku između dostupnosti Sudu i nadležnosti Suda. Videti usmeno izlaganje pravnog savetnika Srbije, advokata Vladimira Đerića pred MSP, CR 2006/13, Internet, http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cbhy/cbhy_pleadings/cbhyrcr20061320060309translation.pdf, 17/07/2006.

¹¹ Videti paragrafe 78–91 presude u predmetu “Licéité de l’emploi de la force (Serbie et Montenegro c. Belgique)”, C.I.J., 15 décembre 2004, Internet, <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cybe/cybejudgment/cybetocjudgment.htm>, 05/08/2006.

¹² Ibid., paragrafi 113 i 114.

ima obaveznu snagu samo prema strankama u sporu i u odnosu na taj poseban slučaj”. Drugim rečima, odluka suda u jednom sporu nije obavezujuća za odluku koju sud treba da donese u drugom sporu. Drugi razlog leži u odluci suda iz 1996. godine po kojoj se isti proglasio nadležnim u predmetu „Primena Konvencije o genocidu”. Koja je stvarna snaga te odluke? Da li ona onemogućava da Sud ponovo preispita svoju nadležnost? Da li je potvrđena nadležnost suda u datoj odluci *res judicata*? Pravni zastupnici Bosne i Hercegovine su se trudili u više navrata da dokažu da Sud više nema pravo da preispituje svoju nadležnost jer je to već potvrdno uradio odgovorivši na prigovore srpske strane 1996. godine.¹³ Dva ozbiljna argumenta se protive ovakvom stavu. Prvo, Sud uvek mora da preispita svoju nadležnost u datom predmetu, ako treba i *proprio motu*. To proizlazi iz tvrdnje samog suda u predmetu „Savet MOCA” iz 1972. godine, u kome se kaže da sud uvek mora biti siguran u svoju nadležnost i da je dužan po potrebi da je utvrdi *ex officio*.¹⁴ Drugo, i u slučaju kada bi se odluci iz 1996. godine dalo apsolutno dejstvo presude, činjenica je da tada nije odgovoreno na pitanje da li je sud dostupan SRJ jer takvo pitanje nije ni postavljeno (3. prigovor SRJ jeste bio prigovor *ratione personae* ali se nije odnosio na samu SRJ, već na BiH). Kako pitanje nije postavljeno, tako nije moglo ni biti presuđeno, što znači da ne može biti *res judicata*.

Iz gorenavedenih razloga, Sud ima nekoliko mogućnosti. Prva je da preuzme kompletnu argumentaciju i zaključke iz predmeta „Legalnost upotrebe sile” i proglasi se nenadležnim. S obzirom na promenjene okolnosti, snagu argumenata i potrebnu koherentnost u sudskoj praksi MSP, ovo rešenje se smatra najverovatnijim i s pravnog aspekta najlogičnijim. U periodu od 1992. godine do 2000. godine, MSP nije bio dostupan ni po jednom osnovu SRJ. Sve tužbe iz tog perioda moraju biti odbačene. Druga mogućnost je da Sud preuzme deo motivacije iz predmeta „Legalnost upotrebe sile”, time što bi, kao 1993. godine, smatrao da je Konvencija o genocidu relevantna za 2. paragraf člana 35. U tom slučaju, Sud bi još morao da dokaže da je SRJ, koja nije očuvala kontinuitet SFRJ, postala na neki način strana te konvencije, što je teško moguće, osim ako se prihvati teorija automatske sukcesije koja nije prihvaćena kao običajno pravo. Končno, Sud može potpuno prevideti presudu iz 2004.

¹³ CR 2006/3 (Pellet), CR 2006/35 (Pellet), CR 2006/36 (Pellet), Internet, http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cbhy/cbhy_pleadings/cbhy_cr_toc.htm, 12/08/2006.

¹⁴ Predmet “Appel concernant la compétence du Conseil de l’OACI (Inde c. Pakistan)”, Internet, http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cip/cip_cjudgment/cip_cjudgment_19720818.pdf, 07/08/2006, p. 52, par. 13.

godine tako što će odlučiti da je njegova odluka iz 1996. godine *res judicata*. Poslednja mogućnost čini se malo verovatna. Smatramo da će Sud morati da preispita svoju nadležnost (to je fundamentalno i elementarno pitanje) i da pri tome neće moći da zaobiđe rezon i motivaciju iznetu u predmetu „Legalnost upotrebe sile” — motivaciju na osnovu koje se proglasio nenadležnim.

Može se napraviti koherentna pravna konstrukcija u prilog obe teze, nadležnosti i nenadležnosti. Međutim, argumenti u prilog teze nenadležnosti suda leže na solidnijim osnovama i odluka bi morala da se njima i rukovodi. Iako verovatno, nije u potpunosti sigurno da će MSP krenuti tim putem i zbog toga se moramo osvrnuti na materijalno-pravni aspekt predmeta.

Problem definicije genocida (materijalno pravno pitanje)

Definicija genocida data je u drugom članu Konvencije o genocidu.¹⁵ Podložna je, kako to primećuje Saša Obradović, različitim tumačenjima:

I dok je definicija genocida ostala nepromenjena, tumačenje pojedinih elemenata genocidne namere predstavlja najteži i najzanimljiviji problem za međunarodne sudove i za krivičnopravnu teoriju uopšte. Šta se podrazumeva pod pojmom „uništenja grupe” (fizička destrukcija, a ne destrukcija njenog kulturnog bića), na koji način se dokazuje genocidna namera da se grupa uništi u celini, a na koji delimično, kako odrediti šta je deo grupe i da li se grupa vezuje za određenu teritoriju, šta znače reči „kao takva” — samo su neka od pitanja na koje odgovore danas daju tribunali UN u predmetima *Krstić, Stakić, Sikić, Jelić, Brđanin, Milošević, Akayesu, Kayishema i Ruzindana* itd.¹⁶

Podrobnije ćemo analizirati dva srodna i za naš predmet važna problema: pitanje dela grupe i vezivanja grupe za određenu teritoriju.

¹⁵ „U smislu ove Konvencije kao genocid se smatra bilo koje od navedenih dela učinjenih u nameri potpunog ili delimičnog uništenja jedne nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe kao takve: a) ubistvo članova grupe; b) teška povreda fizičkog ili mentalnog integriteta članova grupe; c) namerno podvrgavanje grupe životnim uslovima koji treba da dovedu do njenog potpunog ili delimičnog uništenja; d) mere uperene na sprečavanje rađanja u okviru grupe; e) prinudno premeštanje dece iz jedne grupe u drugu” (Član II, Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, 1948. godine).

¹⁶ Vojin Dimitrijević, Obrad Račić, Vladimir Đerić, Tatjana Papić, Vesna Petrović, Saša Obradović, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, str. 230.

a) Pojam grupe i njenog dela

Genocid postoji kada postoji namera da se uništi jedna ljudska grupa u celini ili delimično. Referentna grupa u ovom predmetu ne predstavlja problem. Radi se o muslimanskoj populaciji BiH. Genocid u BiH postojao bi u slučaju postojanja namere da se uništi muslimanska populacija u BiH u potpunosti ili delimično. Kako međutim tumačiti pojam jednog dela grupe. Zar nije i pojedinac deo grupe? Zar ne bi ubistvo jednog čoveka u tom slučaju bilo dovoljno za postojanje genocida?

Logično bi bilo smatrati da deo grupe mora biti dovoljno obiman za utvrđivanje genocida. Proces ratifikacije Konvencije o genocidu u SAD, započet pedesetih godina prošlog veka, dobro ilustruje problem definicije jednog dela grupe. Predloženo je da se uz ratifikaciju podnese sledeće objašnjenje: „Vlada Sjedinjenih Država smatra i tumači da reči 'u nameri potpunog ili delimičnog uništenja jedne nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe kao takve' iz člana 2 znače da namera uništenja jedne nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe (...) mora da se odrazi na suštinski deo zaštićene grupe”, podrazumevajući da „suštinski deo znači deo brojčano toliko važan da bi njegovo uništenje dovelo u pitanje opstanak cele grupe”.¹⁷ Rafael Lemkin prilikom debate o ratifikaciji Konvencije o genocidu, takođe je 1950. godine u svom pismu Senatu SAD izjavio da „delimično uništenje mora biti suštinske prirode (...) tako da se odrazi na celinu”.¹⁸ Pored ovog, postavlja se još jedno važno pitanje. Da li genocidna namera mora biti usmerena ka grupi u potpunosti ili je dovoljno da postoji namera uništenja dela grupe? Konvencija o genocidu ne postavlja ni u jednom od ova dva pitanja nikakva ograničenja. Neke autore to navodi na mišljenje da je veliki broj žrtava suprotan samom duhu definicije genocida koja se oslanja na nameru uništenja i koja teorijski dozvoljava da genocid bude izvršen nad samo jednom osobom, ako je genocidna namera prisutna.¹⁹ Do istog zaključka dolazi profesor Džo Veroven (Joe Verhoeven) koji ujedno podvlači glavnu poteškoću takvog shvatanja: „Smatra se uglavnom da genocid podrazumeva masovni nestanak ili masakre velikog obima. Verovatno. Međutim, Konvencija o genocidu ne vezuje formalno postojanje genocida s činjenicom da naj-

manje deo grupe bude podvrgnut lošem tretmanu iz člana 2 i ne daje nikakve kriterijume pomoću kojih bismo odredili od kog trenutka je uništenje dovoljno obimno da bismo se našli u situaciji genocida. Time je moguće, barem u teoriji, da zločin genocida bude izvršen iako je broj žrtava sasvim mali. Ovakav zaključak stoji, *koliko god bilo teško dokazati nameru uništenja grupe u situaciji kada je samo mali broj pripadnika grupe nestao*”. (kurziv autorov)²⁰

Upravo se u poslednjem delu rečenice nalazi glavna prepreka ovakvom shvatanju. Specifičnost zločina genocida leži u postojanju genocidne namere — *mens rea*, kao konstitutivnog dela pravne kvalifikacije genocida. Bez postojanja genocidne namere ne može biti reči o postojanju genocida. Ako je prisutan sasvim mali broj žrtava, ili ako je u pitanju samo jedna žrtva, da li se zaista ozbiljno može govoriti o genocidnoj nameri a da se ne naruši sam pojam genocida? Kako uopšte dokazati genocidnu nameru u situaciji proporcionalno malog broja žrtava u odnosu na referentnu grupu? Uništenje relativno malog broja pripadnika referentne grupe prvenstveno je znak da namere za uništenjem grupe u potpunosti ili njenom značajnom delu nije bilo.²¹ Možda je zahtev za velikim brojem žrtava suprotan slovu člana 2 Konvencije o genocidu kako tvrdi Nadine L. C. Tvejts (Nadine L. C. Twaites), ali mogućnost genocida u situaciji malog broja žrtava ili čak samo jedne uništene osobe suprotna je samom smislu pojma genocid i postojanja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju istog. Uostalom, pravni zastupnici BiH ne osporavaju činjenicu da je broj žrtava relevantan faktor u dokazivanju genocida. Profesor Tomas Frenk (Thomas Franck) navodi radove kako Komisije UN za međunarodno pravo koja smatra da zločin genocida, po svojoj prirodi, podrazumeva nameru uništenja najmanje jednog značajnog dela grupe tako i sudsku praksu Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu: MKTJ) koji u drugostepenoj presudi u predmetu Krstić smatra da je genocidna namera prisutna kada se utvrdi da je počinitelj imao nameru da uništi najmanje jedan značajan deo zaštićene

¹⁷ Lawrence J. LeBlanc, “The intent to destroy groups in the genocide convention: the proposed U.S. understanding”, *The American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, pp. 370 and 380.

¹⁸ *Ibid.*, p. 378.

¹⁹ Nadine L.C. Twaites, “Le concept de génocide dans la jurisprudence du TPIY: avancées et ambiguïtés”, *Revue belge de droit international*, vol. XXX, 1997/2, p. 603.

²⁰ Joe Verhoeven, “Le crime de génocide, originalité et ambiguïtés”, *Revue belge de droit international*, 1991/1, p. 18.

²¹ Može se naravno uzeti kao početna pretpostavka da je genocidna namera postojala ali da nije efektivno sprovedena zbog nepovoljnog odnosa snaga. Verovatno zbog takve mogućnosti član 2 Konvencije o genocidu uzima u obzir deo grupe. U stvarnosti, retko se možemo susresti s takvom mogućnošću. Genocidna namera po pravilu je usmerena protiv slabijeg od sebe i samim tim može biti sprovedena u velikoj meri. U tom smislu možemo reći da odsustvo velikog broja žrtava samo ukazuje na odsustvo genocidne namere.

grupe.²² O tome da deo grupe mora biti brojčano važan u odnosu na zaštićenu grupu nema spora ni u doktrini ni u sudskoj praksi MKTJ.

Ovde dolazimo do jednog zanimljivog i diskutabilnog obrta. Naime, pravni zastupnik BiH profesor Frenk tvrdi da je, u predmetu Krstić, MKTJ u drugostepenoj presudi istakao da je genocidna namera prisutna kada se ispostavi da je počinilac imao nameru da uništi najmanje jedan, suštinski deo, zaštićene grupe i da se u datoj presudi pojam zaštićene grupe odnosi „na muslimane iz Srebrenice a ne na muslimane u Bosni i Hercegovini ili bivšoj Jugoslaviji ili Evropi”.²³ Po toj tvrdnji, referentna, tj. zaštićena grupa ne bi bila celokupna muslimanska populacija BiH već samo muslimanska populacija Srebrenice. Ovakvo shvatanje je neprihvatljivo. Konvencija o genocidu štiti jednu grupu ili jedan njen deo. Kao što smo prethodno istakli, opšte je prihvaćeno, u doktrini ali i u praksi MKTJ, da taj deo mora biti od suštinske važnosti da bi se mogao utvrditi genocid. Postoji samo grupa i jedan njen deo. Ne može postojati grupa, jedan njen deo i deo dela. Ako se zaštićena grupa definiše kao grupa muslimana u Srebrenici, onda dolazimo do logičke greške koja nas vodi u *regressus ad infinitum* odnosno *regressus ad homicidium*. Pomenuta logika bi nas prosto odvela do irelevantnosti broja žrtava. Naime, ako se zaštićena grupa može definisati kao grupa muslimana u Srebrenici, onda nema teorijske prepreke da se grupa definiše i u nekom manjem obimu odnosno na manjem prostoru, delu nekog grada, sela ili zaseoka i da se u odnosu na tako definisanu referentnu grupu donosi sud o uništenju jednog njenog dela. U tom slučaju nema teorijske prepreke da se vratimo na, prethodno odbačeno, stanoviše da ubistvo pojedinca može predstavljati genocid. Kao što je već rečeno, u tom slučaju pojam genocida gubi svaki smisao.

Međutim, nije tačno, kako to tvrdi profesor Frenk, da je u predmetu Krstić, MKTJ uzeo kao zaštićenu grupu isključivo muslimane u Srebrenici. U dva navrata, Sud izričito ističe da se pojam zaštićene grupe odnosi na grupu muslimana u Bosni i time pobija argument tužilaštva koji je definisao zaštićenu grupu kao grupu muslimana u Srebrenici.²⁴ Ipak,

profesor Frenk nije slučajno došao do ovog formalno pogrešnog zaključka. U obe presude u predmetu Krstić konstatuje se zločin genocida. Ako je referentna grupa celokupna muslimanska populacija u BiH kao što sam MKTJ tvrdi i što je jedino ispravno, ne vidimo na koji način žrtve masakra u Srebrenici predstavljaju značajan — suštinski deo zaštićene grupe koji bi doveo u pitanje opstanak svih muslimana u BiH.²⁵ Takav zaključak jednostavno nije moguć.²⁶ Ipak, sud je do takvog zaključka došao kroz određenu konfuziju u argumentaciji. Konfuzija se zasniva na povezivanju i tumačenju različitih elemenata definicije genocida, poput genocidne namere ili pak teritorije, u funkciji dokazivanja genocida. Suvišno je govoriti da je time dobijena globalna pravna konstrukcija, nekoherentna.

b) Začarani krug: genocid, genocidna namera, teritorija i etničko čišćenje

O upotrebi čudnovate pravne konstrukcije pri dokazivanju genocida najbolje svedoči prvostepena presuda MKTJ u predmetu Krstić:²⁷

590. Pretresnom veću je time ostavljen prostor za vlastitu slobodnu procenu „delimičnog” uništenja grupe (...) Pretresno veće je stoga mišljenja da namera uništenja grupe, pa i samo delimičnog, znači težnju da se uništi neki zaseban deo grupe, a ne tek bilo koji skup pripadnika te grupe. (...) ubijanje svih pripadnika dela grupe locirane unutar manjeg geografskog područja, čak ako i rezultira manjim brojem žrtava, okvalifikovaće se kao genocid onda kada je izveden s namerom da se uništi deo grupe kao takve lociran na tom manjem geografskom području. Zaista, meta fizičkog uništenja može biti samo geografski omeđeni deo veće grupe zbog toga što počinioци genocida nameravano uništenje smatraju dovoljnim da zatru grupu kao poseban entitet na geografskom području koje je posredi. (kurziv autorov)

U navedenom paragrafu grupa se jasno vezuje za određenu teritoriju i time se relativizuje značaj broja žrtava. Pravni savetnik BiH Alan Pele (Alain Pellet)

²² CR 2006/6 (Thomas Franck), Internet, http://www.icjci.org/cijwww/cdocket/cbhy/cbhy_pleadings/cbhy_cr_2006_06_20060302_translation.pdf, 12/07/2006, p. 38, par. 40.

²³ Ibid.

²⁴ Videti prvostepenu (par. 591) i drugostepenu presudu (str. 7, par. 15) MKTJ u predmetu Krstić, Internet, <http://www.un.org/icty/krstic/TrialC1/jugement/index.htm>; <http://www.un.org/icty/krstic/Appeal/jugement/krs-aj040419f.pdf>, 15/08/2006.

²⁵ Ponavljamo da je uslov o suštinskom značaju uništenja dela grupe MKTJ prihvatio i u predmetima Jelašić i Sikirica. Vide ti str. 4, drugostepene presude u predmetu Krstić.

²⁶ Ako se uzme u obzir navedeni broj žrtava zločina u Srebrenici — između 7 000 i 8 000 ljudi — i celokupnog muslimanskog stanovništva u BiH koji se za 1993. godinu procenjuje na oko 1 400 000 ljudi, žrtve masakra u Srebrenici predstavljaju oko 0,5 odsto i nikako se ne mogu smatrati suštinskim delom zaštićene grupe.

²⁷ Drugostepena presuda ne donosi nova pojašnjenja i potvrđuje presudu Pretresnog veća.

ponavlja identičan argument pred MSP, tako se argument čini besmislenim.²⁸ Oslanjajući se na ograničen prostor, pojam dela grupe se odvađa od referentne grupe. Tom logikom, bili bismo teorijski u prisustvu zločina genocida, a ne isključivo u prisustvu zločina protiv čovečnosti, u situaciji u kojoj bi svih 50 meštana nekog zaseoka bilo fizički uništeno.

594. Pretresno veće na osnovu dokaza zaključuje da su snage VRS-a htele da eliminišu sve bosanske Muslimane u Srebrenici kao zajednicu. U periodu od samo sedam dana sistematski je pobijeno čak između 7 000 i 8 000 vojno sposobnih muškaraca, dok je ostatak bosanskih Muslimana iz Srebrenice, nekih 25 000 ljudi, prisilno premešten u Kladanj.²⁹

595. Istina, sistematski su ubijani samo vojno sposobni muškarci, ali je značajno to što su se ti pokolji dogodili u jeku prisilnog premeštanja ostatka bosansko-muslimanskog stanovništva. Bosansko-srpske snage nisu mogle ne znati, u momentu kada je odlučeno da se pobiju svi muškarci, da će to selektivno uništavanje grupe imati trajne posledice po cijelu grupu. Njihova smrt je unapred omogućila bilo kakav delotvorni pokušaj bosanskih Muslimana da vrate teritoriju.

U citiranim paragrafima se genocid vezuje, ponovo upotrebom teritorijalne komponente koja se nigde ne pominje u Konvenciji o genocidu, za etničko čišćenje što je vrlo diskutabilno. Pravni zastupnici BiH su u više navrata tvrdili da je etničko čišćenje genocid, ili da je jedan od pokazatelja genocida.³⁰ Često su se koristili nepreciznim terminima poput tvrdnji o „nestanku muslimana” sa određene teritorije.³¹ Od presudnog značaja je odgovor na pitanje da li su ljudi koji su nestali sa određenog dela teritorije fizički uništeni ili nasilno premešteni. Ne želeći živeti s nekim jedna je stvar, sasvim je druga stvar način na koji će se ta želja manifestovati, proterivanjem ili istrebljenjem. Reč je o elementarno različitim, odnosno isključivim stvarima. Konvencija o genocidu postoji upravo da bi zaštitila ljudske grupe od fizičkog uništenja. Etničko čišćenje je po prirodi, čak i

praćeno ratnim zločinima i zločinima protiv čovečnosti, nespojivo s genocidom, odnosno namerom fizičkog uništenja, pa zapravo predstavlja suštu suprotnost genocida.

Na kraju MKTJ dolazi do sledećeg zaključka koji može biti osnovan isključivo na nekoherentnoj i konfuznoj konstrukciji:

598. Veće zaključuje da namera da se pobiju svi vojno sposobni muškarci bosanski Muslimani u Srebrenici predstavlja nameru da se delimično unište bosanski Muslimani kao grupa u smislu člana 4, što se stoga mora okvalifikovati kao genocid.

Objašnjenje navedene konstrukcije daje profesor Džo Veroven: „Shodno Konvenciji, genocid postoji samo ako postoji namera da se grupa uništi 'u potpunosti ili delimično'. Stvarno značenje ovih pojmova ipak nije potpuno jasno. Bukvalno shvaćen, ovaj iskaz znači da nije potrebno, za postojanje genocida, da autor zločina ima nameru da uništi grupu u potpunosti; dovoljno je da ima nameru da uništi deo grupe. *A priori, takav stav deluje razumno; ako se međutim stvari bolje promisle, ne vidimo koji bi mogao biti smisao namere da se uništi samo deo grupe 'kao takve', osim ako se ne zamisle podgrupe, koje bi u tom slučaju morale biti, za potrebe genocida, posmatrane na autonoman način*”. (kurziv autorov)³² Drugim rečima, podgrupe, odnosno delovi grupa bi morali za potrebe genocida biti posmatrani kao same referentne grupe. Upravo se to dogodilo u sudskoj praksi MKTJ. Formalno nije tako rečeno ali iz opšte prihvaćene šeme u kojoj postoji grupa i jedan njen deo koji mora biti suštinski, prešlo se, posredstvom teritorije, na grupu, jedan njen deo koji je postao nezavisan i na deo tog dela. Samim tim se vraćamo na isti rezultat, *regressus ad homicidium*, prethodno pomenuti, iz kog sledi da je takva konstrukcija neprihvatljiva. U njoj pojam genocida gubi svaki smisao.

Kada se čita presuda MKTJ u predmetu Krstić za genocid u Srebrenici, izgleda kao da je obrnuta logička sekvenca. Nije se krenulo od fakata da bi se odgovorilo na pitanje da li je u BiH izvršen genocid, već se krenulo od postulata da je genocida bilo, i onda su se činjenice morale prilagoditi, za tu svrhu, nešto proširenijoj definiciji genocida. Pretpostavka nimalo nije nerealna kada se ima u vidu politički kontekst u trenutku otvaranja, trajanja procedura i donošenja presuda pred MKTJ. U tom će političkom kontekstu i MSP doneti odluku u predmetu „Primena Konvencije o genocidu”.

²⁸ CR 2006/31 (Pellet), Internet, http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cbhy/cbhy_pleadings/cbhy_cr_2006_31_20060418.pdf, 11/08/2006, pp. 23–4, par. 35.

²⁹ U Srebreničkoj enklavi je bilo između 38 000 i 40 000 muslimana. Ostaje nejasno kako MKTJ u ovom paragrafu dolazi do cifre od 25 000 nasilno premeštenih muslimana.

³⁰ CR 2006/6 (Th. Franck), 12/07/2006, p. 27, par. 17, CR 2006/30 (van den Biesen), 11/08/2006, p. 28, par. 15 i CR 2006/31 (Pellet), 11/08/2006, p. 33, par. 58. Internet, http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cbhy/cbhy_pleadings/cbhy_cr_toc.htm.

³¹ CR 2006/31 (Pellet), 11/08/2006, p. 30, par. 55.

³² Verhoeven, op. cit., p. 17.

Politički kontekst i političke implikacije

a) Politički kontekst

Međunarodni sud pravde je cenjena i poštovana institucija u čiji se autoritet, nezavisnost i profesionalni integritet ne sumnja. Postoji, međutim, sasvim objektivno jedan negativan politički kontekst, po Srbiju i srpski narod, kada je reč o istorijskom sagledavanju jugoslovenske krize i krivice za ratove koji su se desili od 1991. do 1999. godine. Nedavna izjava Martija Ahtisarija (Marti Ahtisaari) o krivici srpskog naroda, dobro ilustruje način razmišljanja kada su u pitanju Srbi i Srbija i uklapa se u dominantnu viziju o uzrocima rata u bivšoj Jugoslaviji.³³ Zapadnjačko sagledavanje jugoslovenske krize vrlo je jednostavno: srpsko rukovodstvo, poneto suludim projektom stvaranja Velike Srbije, započelo je agresorske ratove na Balkanu. Na istom idejnom temelju počiva i tužba BiH protiv Srbije. Takvo sagledavanje rezultat je različitih interesa, selektivnog informisanja, katkad i medijskih manipulacija, ali ne odgovara istorijskoj istini.³⁴ Efikasnost takve vizije takođe se zasniva na isključivom sagledavanju posledica rata — ratnim zločinima — koje ima dvostruku funkciju: da van domašaja ozbiljne analize ostavi fundamentalna pitanja o uzrocima rata i da prouzrokuje emotivnu reakciju saosećanja sa žrtvama. Komemoracija desetogodišnjice masakra u Srebrenici — ratnog zločina i zločina protiv čovečnosti — leta 2005. godine dobra je ilustracija tog mehanizma. O srpskim žrtvama sa tog područja nije bilo reči kao ni o kontekstu u kome se desio zločin.³⁵ Pristup koji se zasniva na patetici, koja je često bila prisutna i u usmenim izlaganjima pravnih zastupnika BiH pred MSP, po definiciji ostavlja po strani racionalnu analizu.

Iako po značaju zapadnjačko viđenje jugoslovenske krize prevazilazi spor između BiH i Srbije, ne smemo zaboraviti da će se odluka pred MSP donositi upravo u pomenutom negativnom kontekstu na koji nijedan sudija ne može biti imun.³⁶

Pored ovog simbolično negativnog konteksta, postoje trenutni i konkretni politički konteksti Srbije na koje bi presuda MSP mogla imati direktan uticaj. Reč je o pregovorima koji se vode po pitanju statusa Kosova i Metohije i o budućnosti Republike Srpske. U trenutku kada se srpsko nacionalno biće dodatno slabi nezavisnošću Crne Gore i izmenom tradicionalnog crnogorskog identiteta, pomenuta pitanja poprimaju egzistencijalni značaj za srpski narod.

b) Političke implikacije

U slučaju da se sud proglasi nadležnim, postoje tri mogućnosti. Prva je da MSP istakne da pored ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti koji su se nesumnjivo desili u BiH nije izvršen zločin genocida. U tom slučaju, antisrpska histerija koja je umela, na trenutke, da zavlada zapadnim javnim mnjenjem izgubila bi deo oslonca. Svakako bi se i dalje insistiralo na počinjenim zločinima. Srbija, kao što je već rečeno, morala bi donekle da uravnoteži sliku o počinjenim zločinima na tlu bivše Jugoslavije. Ipak, najveći dobitak prvog ishoda leži u odsustvu negativnih posledica koje proističu iz naredne dve mogućnosti.

Drugi mogući ishod je da MSP konstatuje da je u BiH izvršen zločin genocida ali da SRJ nije odgovorna. Takva presuda bi jednostavno označila kraj Republike Srpske (RS) kao entiteta u BiH. Kao genocidna tvorevina, Republika Srpska bi izgubila apsolutno svaki legitimitet i politički jednostavno ne bi bilo moguće boriti se za njen opstanak. Međutim, pored izvesnog nestanka Republike Srpske, pregovaračke pozicije Srbije po pitanju konačnog rešenja statusa Kosova i Metohije dodatno bi bile oslabljene jer su veze između SRJ i Republike Srpske ipak bile snažne tokom perioda rata u BiH. Pregovaračke pozicije Srbije bile bi u potpunosti oslabljene ako bi MSP označio SRJ krivom u bilo kom obliku za genocid koji se desio u BiH, bilo kao izvršioca, ili saučesnika, što predstavlja treći mogući ishod. U tom slučaju, Srbija ne bi sačuvala ni kvadratni santimetar manevarskog prostora u spoljnoj politici. NATO agresija dobila bi u tom svetlu novi legitimitet. Teza da je na Kosovu i Metohiji sprečen, makar i preventivno (planirani) genocid, iako potpuno iskonstruisana, dobila bi na verodostojnosti. Srbija bi izgubila južnu pokrajinu i svaku mogućnost uticaja na Srbe u bliskom okruženju (bliskom inostranstvu) — u Republici Srpskoj, Crnoj Gori, Kosovu i Metohiji (ako deo Srba ostane). Za kraj, ne treba zaboraviti i ratnu odštetu koja bi verovatno, po obimu, bi-

³³ „Hua pravda Ahtisarija”, *Politika*, 31. avgust 2006.

³⁴ O medijskim manipulacijama i selektivnom pristupu videti između ostalog Emil Vlajki, *Demonizacija Srba*, Vesti, Beograd, 2002; Jacques Merlino, *Les vérités yougoslaves ne sont pas toutes bonnes à dire*, Albin Michel, Paris, 1993; Mira Beham, *Ratni doboši*, Miona, Beograd, 1997.

³⁵ Članak generala Luisa Mekenzija redak je primer intelektualnog poštenja i predstavlja izuzetak vredan pomena. Lewis MacKenzie, “The real story behind Srebrenica”, *The Globe and Mail*, Thursday, July 14, 2005, p. A17.

³⁶ Pomenuti kontekst prevazilazi spor između BiH i Srbije jer predstavlja sam po sebi ograničenje za srpsku spoljnu politiku. Ako Srbija želi da ima efikasnu spoljnu politiku, moraće prvo da koriguje na Zapadu dominantnu viziju o raspadu SFRJ i uzrocima rata. Morao bi to biti glavni prioritet srpske spoljne politike. Velika šansa propuštena je 2000. godine kada

je postojao značajan demokratski kredibilitet i kada je bio potreban jedan neostrašćen i iznijansirani pristup sopstvenoj prošlosti i događajima iz poslednje decenije

la konsekvantna monstroznosti zločina genocida. S obzirom na skoro nepostojeća prirodna bogatstva Srbije, sve manju teritoriju i slabi demografski potencijal, plaćanje ratne odštete predstavljalo bi ozbiljan teret za državu i buduće generacije.

Naglašeno je već da MSP ne bi smeo da se proglasi nadležnim. Svi pravni argumenti idu u prilog tezi nenadležnosti suda. Sve kada bi se MSP i proglasio nadležnim, ne vidi se kako bi mogao da dođe do konstatacije da je u BiH počinjen genocid. Ako bi do tog, malo verovatnog ishoda ipak došlo, Srbija bi morala da odbaci odluku suda! Ulog je, kao što se vidi, isuviše veliki. U tom slučaju Srbija bi bila jedina zemlja u istoriji dvadesetog veka (jedina zemlja uopšte) koja bi bila proglašena krivom za genocid. Krivom u ratu koji nije htela, u ratu koji je počeo zato što se Srbima nije priznalo pravo na samoopredeljenje koje se priznalo svima koji nisu Srbi, u ratu u kome je imala najviše izbeglica, u periodu u kome je živela pod embargom da bi kasnije bila bombardovana, a danas joj se preti otimanjem dela teritorije gde su koreni srpske nacije. Iz tih razloga, odluka koja bi predstavljala pravnu konsekra-

ciju zapadnjačkog sagledavanja istorijske istine, morala bi biti snažno osporavana.

Rezime

Spor koji se pred Međunarodnim sudom pravde vodi između BiH i Srbije otvara niz veoma važnih pravnih pitanja i, u zavisnosti od ishoda, može imati izuzetno značajne političke posledice po državu Srbiju. Pitanje nadležnosti suda kao i problemi definicije genocida posebno su analizirani u ovom radu u kome se iznose sledeći zaključci. Ne postoji snažna pravna osnova za nadležnost suda kao što ne postoji mogućnost konstatovanja zločina genocida u BiH tokom rata između 1992. godine i 1995. godine ako se poštuju duh i namera Konvencije o genocidu. Rad se osvrće i na sudsku praksu Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju i jasno ukazuje na nedostatke tumačenja definicije genocida koju je taj Sud prihvatio i koja mu je omogućila da zločin u Srebrenici proglasi za zločin genocida. U praksi MKTJ, pojam genocida gubi svaki smisao i ne bi smeo biti prihvaćen od strane MSP.