

IT-95-5/18-T
20 November 2009

**INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL
FOR THE FORMER YUGOSLAVIA**

Case No. IT-95-5/18-T

IN TRIAL CHAMBER 3

Judge O-Gon Kwon, Presiding
Judge Howard Morrison
Judge Melville Baird
Judge Flavia Lattanzi, Reserve Judge

THE PROSECUTOR
vs
Dr RADOVAN KARADŽIĆ

Public

**MOTION CHALLENGING THE LEGAL VALIDITY AND
LEGITIMACY OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL
FOR THE FORMER YUGOSLAVIA**

Prosecutors:

Mr Alan Tieger
Ms Hildegard Uertz-Retzlaff

Accused:

Dr Radovan Karadžić

Case No. IT-95-5/18-T

I. Introduction

1. This motion challenges the validity and legitimacy of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

II. Questionable legal basis for the establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

Questionable legal basis of the Hague Tribunal

2. Although justice can never be reduced to mere legality or legal validity, in the elemental sense it always presumes conformity with the law in effect, indeed with the stipulation that it be a good law. This is precisely why Aristotle could conclude: “Since the lawbreaker is unjust and the law-abiding man just, it is therefore clear that all lawful things are just in one sense of the word.”¹

3. The most important and universal norms of international law, which may be said to possess the properties of laws, are the Charter of the United Nations and other legislative treaties, which in content and effect are analogous to internal laws. In its elemental sense, fairness in international law presumes the *proper* implementation of general enactments to *individual* cases. Thus, the validity of the legal basis of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia depends mostly on the assessment of whether the Security Council *correctly* interpreted the essence and extent of its powers when it decided to found the Tribunal.

4. All over the world, the establishment of *regular* courts is only partially a constitutional and mostly a legislative matter, never in the power of the political executive or administrative bodies. Since the international legal order still lacks a legislative body, legislative work is done by the States themselves through what are known as legislative treaties. According to the Charter of the United Nations, the Security Council is not a legislative but a political-executive organ, and its task is not to adopt *general* enactments but to take appropriate *measures* whenever there is a given, and therefore *individual*, threat or danger to peace or act of aggression. However, if this authority were to be interpreted as being unlimited (*carte blanche*) in terms of arresting suspects, conducting investigations, issuing indictments, trying cases and enforcing prison sentences, which represent *police*, *judicial* and *administrative* powers, this would be an impermissible *exceeding* of the explicitly established powers of the Security Council. This is why in reply to a request to consider the establishment of an International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Boutros Boutros-Ghali was able to say, “in asking the Secretary-General

¹ Nicomachus’s Ethics, V, 1129c.

to consider this project, the Security Council has given itself an entirely new mandate).”²

5. That the legal basis for the founding of this Tribunal would be controversial could be anticipated when Security Council Resolution 808 of 22 February 1993 became public, expressing the intention to establish an international tribunal to punish persons responsible for serious violations of international humanitarian law in the territory of the former Yugoslavia since 1991, in spite of the fact that the Security Council did not find it necessary to provide a *legal basis* for establishing the Tribunal.³ The reason why the Security Council allowed this omission was simple: there is no such legal basis nor can there be in the existing legal order of the United Nations. Half a century has passed since the founding of the United Nations without the Security Council - its political and executive organ - ever before having exercised the right to set up a tribunal, since in the international community, due to the absence of a universal legislative organ, the source of judicial authority lies in international treaties. This was explicitly acknowledged by the UN Secretary-General when, in his report no. S/25704 (Sec. 18) of 3 May 1993, he said, “The approach which, in the normal course of events, would be followed in establishing an international tribunal would be the *conclusion of a treaty* by which the States parties would establish a tribunal and approve its statute. This treaty would be drawn up and adopted by an appropriate international body (e.g., the General Assembly or a specially convened conference), following which it would be opened for signature and ratification. Such an approach would have the advantage of allowing for a detailed examination and elaboration of all the issues pertaining to the establishment of the international tribunal. It would also allow the States participating in the negotiation and conclusion of the treaty fully to exercise their sovereign will, in particular whether they wish to become parties to the treaty.”

6. This tenet by which the source of judicial authority lies in international treaties was respected without a single exception until recently. Then the Security Council, in Resolution no. 827 of 25 May 1993 took upon itself the right to form an ad hoc tribunal, whose jurisdiction in terms of time and territory was limited – beginning on 1 January 1991, and for the territory of the former Socialist Federative Republic of Yugoslavia. Since the Security Council had never before established a tribunal⁴, it was only fitting to find some sort of legal basis in order to avoid the imputation that might makes right. The legal basis was “found” in a broad interpretation of the provisions of Chapter VII of the UN Charter, according to which the Security Council may take any *measure* to maintain or establish peace and security, having first established the requisite existence of a threat to the peace, a breach of the peace or act of aggression. In other words, the term “tribunal”, as the appropriate *institution* was subsumed into the word “measure”, something no one had done before. However the members of the Security Council, particularly the permanent members, probably decided not just that might made right, but also that

² UN Secretary-General’s Report No. S/25704 of 3 May 1993.

³ This was also noted by the United Nations Secretary-General in his report no. S/25704 (sec. 18) of 3 May 1993.

⁴ The Statute of the International Court of Justice in The Hague is an integral part of the UN Charter and accepted as such by the member States.

they could give certain words a meaning they had never had before. This is how the terms “measure” and “tribunal” came to be synonymous.

7. It was the UN Secretary-General who undertook the thankless task of justifying the international criminal tribunal as a kind of emergency measure that the Security Council had the power to take under Chapter VII of the Charter. In so doing, he did not invoke a valid *legal foundation* for this power of the Security Council, calling it an expeditious *principle*. “This approach” said the Secretary-General “would have the advantage of being expeditious and of being immediately effective as all states would be under a binding obligation to take whatever action is required to carry out a decision taken as an enforcement measure under Chapter VII.”⁵ This is how the principle of political expediency was given priority over the principle of legality and legal validity.

8. Regardless of warnings that the UN Security Council lacked any authority to establish a tribunal as a branch of government separate from the executive and the legislature, it is fitting to point out violations of the Security Council’s Rules of Procedure and of international law on the only way in which valid courts may be established. Pursuant to Article 29 of the UN Charter, “the Security Council may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions”. However, since it lacks any power to hold trials and pronounce judgement, it cannot transfer to a subsidiary organ a power it does not possess. This is also confirmed by Article 28 of the Rules of Procedure of the Security Council, pursuant to Article 30 of the UN Charter, adopted on 24 July 1946. According to this article, “the Security Council may appoint a commission, committee or rapporteur for a certain matter.”

9. The Security Council, it is true, may form subsidiary organs to carry out its tasks, but a tribunal as an institution – particularly a valid and *independent* tribunal – can never be considered a subsidiary organ of any other, not even an executive organ. So to subsume the term “tribunal” under the term “subsidiary organ” or “measure”⁶, in order to create a legal basis for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia was an erroneous interpretation of the meaning and scope of the established powers of the Security Council in order to vastly exceed them. It was the beginning of a new, non-formalised and limited redistribution of power throughout the entire international legal order. As Alfred Rubin noted, “if the Security Council, by its own vote, can categorize events in such ways as to avoid limits on its own authority placed there by those submitting to that authority, a radical change in the structure of the United Nations will have been achieved. It is a change that few members of the United Nations would agree to, other than the five great powers that have the protection provided by vetoes in the Security Council.”⁷

⁵ Report of the Secretary-General No. S/25704 (sec. 23) of 3 May 1993.

⁶ According to the UN Secretary-General, the establishment of an ad hoc Tribunal for the former Yugoslavia was “... a measure to maintain or restore international peace and security, following the requisite determination of the existence of a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression.” UN Security Council, Report of the Secretary-General Pursuant to Sec. 2 of the S.C. Res. 808 (S/25704, 3 May 1993) at sessions 20-21.

⁷ Alfred P. Rubin, “Dayton, Bosnia and the Limits of the Law”, *The National Interest*, Winter 1996/97, p. 42.

10. In addition to this obvious abuse that led to the Security Council's *exceeding* its powers and adopting a decision to establish the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Alfred Rubin points to a less noticeable abuse seen in the laboured, mainly erroneous, qualification of certain conflicts as a threat and danger to world peace. A case in point is the armed conflict in Bosnia, which was obviously a civil war, similar to the American War of Secession of 1861 to 1865. This, however, did not in the least deflect the Security Council from qualifying the *internal* conflict in Bosnia as a threat to "*international*" peace and security. Therefore, concludes Rubin, "it is very difficult to understand how the authority of the Security Council to determine that a civil war constitutes a threat to international peace can be supported by people interested in the rule of law."⁸

11. The controversial nature of the legal basis for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia becomes especially noticeable when one compares its establishment with that of the permanent International Criminal Court founded in 1998. While in the case of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia this took place by a binding resolution of the Security Council pursuant to Chapter VII of the UN Charter, whereby the Security Council tacitly *usurped legislative power* in the international legal order, no such usurpation was permitted in the case of the permanent International Criminal Court, because it was established and set up by an international legislative treaty. And this is recognition of the fact that sovereign states exercise legislative power in this matter, embodying their conjoined will in a treaty.

III Violations of agreements under international law (legislative treaties)

12. The Secretary-General certainly knew that the Security Council could not "create" international criminal law. This is why he let slip the statement that "in assigning to the International Tribunal the task of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law, the Security Council would not be creating or purporting to 'legislate' that law. Rather, the International Tribunal would have the task of applying existing international humanitarian law." However, this is not true either. In Resolution 827 of 25 May 1993, the Security Council, exercising its *non-existent* legislative power, *suspended* the implementation of the Geneva Conventions of 12 August 1949 with additional protocols, along with the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948, which entrusted jurisdiction to try cases to national courts, thus establishing in the case of crimes committed in the territory of the former SFR /Socialist Federative Republic/ of Yugoslavia the *primary* jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, which overrides the jurisdiction of national courts in any country in the world. This poses the question: in

⁸ *Ibid.*

the name of what principle can the Security Council suspend and even change international legislative treaties?

13. More importantly, however, as the political executive organ of the UN, the Security Council does not hold any legislative power or authority to adopt general legal enactments that have the same role in international law as domestic legislation has in national law. This is precisely why the Security Council was incapable of founding any court, much less an international tribunal, because according to recognised international standards, an independent and impartial tribunal can only be one established by law. Thus, Article 14, paragraph 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights envisages that "... everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal *established by law*." In almost exactly the same manner, Article 8, paragraph 1 of the American Convention on Human Rights envisages that "every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously *established by law*..." The same applies for Article 6, paragraph 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which reads: "... everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal *established by law*."

14. What the law is to a national legal system, multilateral agreements or conventions - containing general legal norms and ratified as such by the countries - are to the international legal order. This is best seen from the manner in which the International Court of Justice in The Hague and the permanent International Criminal Court (Rome, 1998) were established. Both courts were founded on the basis of multilateral international treaties, which the states signed and ratified – the International Court of Justice in The Hague by a Statute which is an integral part of the UN Charter, and the permanent International Criminal Court by a convention that the States sign and ratify. The latter court is fully compliant with the abovementioned standards for an independent and impartial court, since its founding convention is to international law what a law is to a national legal system.

IV Delegating non-existent legislative powers

15. Having once usurped the right to pass laws, the Security Council was encouraged to go a step further: it transferred its non-existent legislative powers to its own creation – the International Criminal Tribunal in The Hague. To this end, in Article 15 of the Statute of the International Tribunal it empowered the judges of the Tribunal to adopt rules of procedure and evidence for investigations, trials and appeals, adducing evidence, protecting victims and witnesses, and other pertinent matters. Not only did it adopt a law, but the Security Council thus empowered the Tribunal to be its own legislator in criminal procedural law.

16. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia accepted this power to create its own laws without any hesitation by establishing the Rules of Procedure and Evidence to be used later to try individual cases. It adopted these Rules

as early as 11 February 1994, then went on to amend them as many as 42 times, most recently on 28 February 2008. Worst of all, the Tribunal amended the very Rules according to which it was supposed to adjudicate, aware of the practical problems of implementing them in trials already pending. Regrettably, it did so contrary to its own Rule 6 paragraph (D), which sets out that an amendment cannot operate to prejudice the rights of the accused in any pending case, some of these amendments thereby taking on the attributes of *ex post facto* law.

17. This was how the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia used its legislative power, which the Security Council first usurped for itself and then magnanimously delegated. An even greater paradox was that the Tribunal took this a step further: not only was its own legislator, but it transferred part of its legislative power to the prosecutor so that he could personally frame the rules by which to proceed. This is why Rule 37 paragraph (A) sets out that the Prosecutor shall perform all functions provided by the Statute in accordance with the Rules and such Regulations, consistent with the Statute and Rules, as may be framed by the Prosecutor.

18. Antonio Cassese, the first President of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, knew full well that never in the history of a civilized country had an *individual* court set out the rules by which it was to operate, because this would be a fatal violation of the principles of the division of power between the legislature and the judiciary, which according to Montesquieu is a vital guarantee of freedom. This is why in May 1995 he could state that the adoption of the Rules of the Tribunal was an undertaking “without international precedent”.⁹ Had he been less self-confident and obsessed with this unanticipated role of being his own law-maker, he would surely have seriously asked himself this question: if no single individual court - internationally or in any civilised country - had ever been its own legislator, could there be any good reason for deviating from a practice which had become an inviolable norm?

19. Certainly there are countries where the law of precedent applies, such as in *Common Law* in England. However, this too is not the fruit of the deliberate and ad hoc undertaking of just one court, but the product of *all* the courts in a *single system*, and over a long period of several centuries. This is the reason the English judge is deeply convinced that he is adjudicating in a system of justice created by someone else, and does not have Antonio Cassese’s satisfaction of framing the *general* rules by which he himself will sit in judgment.

20. If the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia is only partially responsible for exercising legislative powers to establish the Rules by which it will operate, most of the “credit” for this belongs to the Security Council which first assumed this power and then delegated it, but the Tribunal bears the blame for continuing its devolution and transferring it to the prosecutor, who represents only one of the two sides in cases before the Tribunal. This too was a feat unrivalled in recent history. Had by any chance this Tribunal considered both sides to be *equal*, it would have gone a step further, and empowered the accused’s defence counsel to frame the *general* rules by which he would defend his client. This too would have been a major

⁹ Preface to a book in which all the major documents on the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia were published.

and unexpected novelty introduced into contemporary criminal procedural law by this Tribunal.

V CONCLUSION

21. Regardless of what the decision of the Trial Chamber may be in response to this motion, Dr Radovan Karadžić believes it his moral duty in the light of history and before the general public, to challenge the legal validity and legitimacy of this court.

Respectfully submitted by

/signed/

Dr Radovan Karadžić¹⁰

Word count: 2,916

¹⁰ Dr Radovan Karadžić is particularly grateful to Prof. Dr Kosta Čavoški, Member of the Serbian Academy of Sciences and Arts, for assisting him in the writing of this motion.

IT-95-5/18-T
20. новембар 2009.

**МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД
ЗА БИВШУ ЈУГОСЛАВИЈУ**

Предмет бр. IT-95-5/18-T

У СУДСКОМ ВЕЋУ Бр. 3
Пред: судија O-Gon Kwon, председавајући
судија Howard Morrison
судија Melville Baird
судија Flavia Lattanzi, резервни судија

**ТУЖИЛАЦ
против
Др РАДОВАНА КАРАЦИЋА**

Јавно

**ПОДНЕСАК КОЈИМ СЕ ОСПОРАВАЈУ ПРАВНА ВАЉАНОСТ
(ВАЛИДНОСТ) И ЛЕГИТИМНОСТ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА
ЗА БИВШУ ЈУГОСЛАВИЈУ**

Тужиоци:
Mr. Alan Tieger
Ms. Hildegrad Uertz-Retzlaff

Окривљени:
Др Радован Караџић

Предмет бр. IT-95-5/18-T

I. Увод

1. У овом поднеску оспоравају се правна ваљаност (валидност) и легитимност Међународног кривичног суда за бившу Југославију.

II. Спорни правни основ за образовање Међународног кривичног суда за бившу Југославију

Споран правни основ хашког Суда

2. Иако се правда никако не може свести на пуку законитост, односно правну ваљаност (валидност), она у свом елементарном смислу увек претпоставља саобраћавање важећем закону, наравно под условом да је реч о добром закону. Зато је Аристотел и могао да закључи: „Пошто је онај који крши закон неправедан, а онај ко га поштује праведан, јасно је да је све оно што је законито у извесном смислу и праведно.”¹

3. Најважније и најопштије норме у међународном праву, за које би се могло рећи да имају својства закона, јесу Повеља Уједињених нација и други легислативни уговори који су, по својој садржини и дејству, аналогни унутрашњим законима. У свом елементарном смислу, праведност у међународном праву претпоставља ваљану примену општих аката у *појединачним* случајевима. Отуда ваљаност правног основа Међународног кривичног суда за бившу Југославију највећма зависи од процене да ли је Савет безбедности *исправно* протумачио садржину и границе своје надлежности када је својом одлуком основао овај Суд.

4. Свуда у свету образовање *редовних* судова је само делимично уставна, а највећма законодавна материја; никако надлежност извршно-политичких и управних органа. Како у међународном правном поретку још нема успостављеног законодавног тела, законодавну делатност врше саме државе закључивањем такозваних легислативних уговора. Према Повељи Уједињених нација, Савет безбедности није законодавни него извршно-политички орган, и његов задатак није да доноси *опште* акте него да предузима одговарајуће *мере* кад год у датом, дакле *појединачио*, случају наступи претња миру, угрожавање мира или чин агресије. Уколико би се, пак, ово овлашћење протумачило као *ничим ограничено пуномоћје (carte blanche)* за хапшеље осумњичених, вођење истраге, подизање оптужнице, суђење и чување осуђеника у загвору, што представља *полицијску, судску и управну* надлежност, то би пред-стављало недозвољено *прекорачивање* изричито утврђене надлежности Савета безбедности. Зато је поводом захтева да размотри образовање Међународног кривичног суда за бившу Југославију Бутрос Гали и могао да изјави да је „захтевајући од генералног секретара да размотри овај пројекат, Савет безбедности дао себи *потпуно нов мандат* (The Security Council has given itself an entirely new mandate)”.²

¹ Никомахова етика, V, 1129в.

² UN Secretary General Report No. S/25704 of May 3rd, 1993.

5. Да ће правни основ за образовање овог Суда бити споран могло се наслутити већ приликом обелодањивања Резолуције Савета безбедности бр. 808 од 22. фебруара 1993. године, којом је изражена намера да се оснује међународни суд за кажњавање лица која су одговорна за озбиљне повреде међународног хуманитарног права на територији бивше Југославије од 1991, а да при том Савет безбедности није нашао за потребно да наведе *правни основ* за образовање овог суда.³ Разлог због којег је Савет безбедности допустио овај пропуст једноставан је: таквог правног основа нема нити га у постојећем правном поретку Уједињених нација може бити. Од оснивања Организације уједињених нација прошло је пола века, а да никада до тада Савет безбедности, као њен главни политички и извршни орган, није узео себи за право да образује судове, будући да у међународној заједници, због одсуства универзалног законодавног органа, извор судске власти почива у међународним уговорима. То је изричито признао и Генерални секретар Уједињених нација када је у свом извештају бр. 8/25704 (sec. 18) од 3. маја 1993. рекао: „Приступ који би се, у нормалном току догађаја, следио приликом установљења међународног суда био би *закључивање уговора*, којим би државе уговорнице основале суд и прихватиле његов статут. Овај уговор саставило би и прихватило одговарајуће међународно тело (на пример, Генерална скупштина или специјално сазвана конференција), после чега би био отворен за потписивање или ратификацију. Такав приступ имао би предност што допушта подробно испитивање и разраду питања која се тичу образовања међународног суда. Он би такође државама, које учествују у преговорима и закључењу уговора, допустио да изразе своју суверену вољу, нарочито у погледу тога да ли желе да постану стране тог уговора или не.”

6. Ово правило по којем је извор судске власти у закљученим међународним уговорима доскора је поштовано без и једног изузетка. А онда је Савет безбедности својом Резолуцијом бр. 827 од 25. маја 1993. узео себи право да образује *ad hoc* суд чија је надлежност и временски и просторно ограничена - почев од 1. јануара 1991, а за територију бивше Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. Како никад до сада Савет безбедности није образовао ни један суд,⁴ ваљало је наћи какав-такав правни основ да не би баш испало да сила чини право. Правни основ је „нађен” у широком тумачењу одредбе у глави VII Повеље Уједињених нација, по којој Савет безбедности може преузети *меру* ради одржавања или васпостављања мира и безбедности, после неопходног утврђивања да постоји претња миру, нарушавање мира или чин агресије. Другим речима, израз суд, као одговарајућа *установа*, подведен је под реч „мера”, што још нико није учинио. Али су чланови Савета безбедности, нарочито стални чланови, вероватно сматрали не само да сила чини право, него и да појединим речима могу да придају оно значење које оне никада до тада нису имале. Тако су израз „мера” и „суд” постали синоними.

³ То је приметио и Генерални секретар Уједињених нација у свом извештају бр. S/25704 (sec. 18) од 3. маја 1993.

⁴ Статут Међународног суда правде у Хагу саставни је део Повеље Уједињених нација и прихваћен је од стране држава чланица као таквих

7. Тог незахвалног задатка, да међународни кривични суд оправда као једну врсту принудне мере за коју је, према глави VII Повеље, Савет безбедности овлашћен, подухватио се Генерални секретар Уједињених нација. При том се није позивао на *ваљан правни основ* овог овлашћења Савета безбедности, већ на начело *целисходности*. „Овај приступ“ - вели Генерални секретар - „имао би предност да је сврсисходнији и непосредно делотворан, пошто би све државе имале неотклоњиву обавезу да предузму све што је неопходно да би се провела одлука донета као иринудна извршена мера на основу главе VII.“⁵ Тако је начело политичке целисходности добило предност у односу на начело законитости и правне ваљаности.

8. Поред упозорења да Савет безбедности Организације уједињених нација није имао надлежност за оснивање судова, као посебне гране власти поред извршне и законодавне, ваља указати и на кршење Пословника Савета безбедности и нарушавање правила међународног права о начину на који се искључиво могу образовати ваљани судови. Према члану 29 Повеље ОУН, „*Савет безбедности може да оснива помоћне органе* које сматра неопходним за обављање своје делатности“. Но, пошто он сам није надлежан да суди и изриче судске пресуде, он не може на свој помоћни орган пренети надлежност коју сам нема. То, поред осталог, потврђује и члан 28 Пословника Савета безбедности, који је на основу члана 30 Повеље, усвојен 24. јула 1946. године. Према овом члану, „Савет безбедности може да именује *комисију, комитет или известиоца* за неко одређено питање.“

9. Савет безбедности може, додуше, оснивати помоћне органе ради обављања својих послова, али се суд као установа - нарочито *ваљан и независан* суд - никако не може сматрати помоћним органом неког другог, па ни извршног органа. Отуда подвођење појма суд под израз „помоћни орган“ или „мера“,⁶ да би се створио правни основ за образовање Међународног кривичног суда за бившу Југославију, представља погрешно тумачење смисла и домашаја већ утврђених овлашћења Савета безбедности ради њиховог далекосежног прекорачивања. А то је почетак нове, ничим формализоване и ограничене, прерасподеле надлежности у свеколиком међународном правном поретку. Или како је то Алфред Рубин приметио: „Ако Савет безбедности, својим властитим гласањем, може да категорише догађаје на такав начин како би избегао границе своје властите надлежности, које су поставили они који подлежу тој надлежности, онда ће доћи до радикалне промене у структури Уједињених нација. То је промена коју би поред пет великих сила које су заштићене својим ветом у

⁵ *Report of the Secretary General No. S/25704 (sec. 23) од 3 маја 1993. године*

⁶ *По казивању Генералног секретара Уједињених нација, образовање ad hoc Суда за бившу Југославију било је „мера зарад одржавања или успостављања међународног мира и сигурности која је уследила после неопходног утврђивања претњи миру, нарушавања мира или акта агресије“ .U.N. Security Council, Report of the Secretary General Pursuant to sec. 2 of S.C. Res. 808 (S/25704, May 3rd, 1993) at sections 20-21.*

Савету Безбедности, прихватила само неколицина чланица Уједињених нација“.⁷

10. Поред ове очигледне злоупотребе која је довела до *прекорачивања* надлежности Савета безбедности доношењем његове одлуке о образовању Међународног кривичног суда за бившу Југославију, Алфред Рубин указује и на мање приметну злоупотребу која се огледа у натегнутом, највећма погрешном квалификовању појединих сукоба као претње светском миру и његовог угрожавања. Пример који то потврђује јесте оружани сукоб у Босни који је очигледно представљао грађански рат, попут добро позватог америчког сецесионистичког рата од 1861. до 1865. године. Савету безбедности то, међутим, није нимало сметало да овај *унутрашњи* сукоб у Босни квалификује као претњу „*међународно.м*“ миру и безбедности. Отуда се -закључује Рубин - "врло тешко може разумети како људи, који верују у владавину права, могу подржати овлашћење Савета безбедности да утврђује да ли грађански рат представља претњу међународном миру“.⁸

11. Спорност правног основа Међународног кривичног суда за бившу Југославију нарочито избија на видело када се начин његовог образовања упореди са начином на који је 1998. године образован Стални међународни кривични суд. Док је у случају Међународног кривичног суда за бившу Југославију то учињено обавезујућом резолуцијом Савета безбедности с позивом на главу VII Повеље Уједињених нација, чиме је Савет безбедности прећутно *узурпирао законодавну надлежност* у међународном правном поретку, приликом образовања Сталног међународног кривичног суда таква узурпација није била допуштена, пошто је он био успостављен и уређен легислативним међународним уговором. А то је признање да у овој ствари законодавну надлежност врше суверене државе својом сагласношћу воља отеловљеној у одговарајућем уговору.

⁷ Alfred P. Rubin, „Dayton, Bosnia and the Limits of Law“, *The National Interest*, Winter 1996/97, *cmp.* 42.

⁸ *Ibidem.*

III Кршење међународних општих правних аката (легислативних уговора)

12. Генерални секретар је наравно знао да Савет безбедности не може да „креира“ међународно кривично право. Зато му се и омакла тврдња да „поверавањем Међународном суду задатка да прогони лица одговорна за озбиљне повреде међународног хуманитарног права, Савет безбедности не би стварао или наводио на то да 'озакоњује' право, него би Међународни суд пре имао задатак да примењује постојеће међународно хуманитарно право".⁹ Ни то, међутим, није тачно. Резолуцијом бр. 827 од 25. маја 1993. Савет безбедности је, вршећи своју *непостојећу* законодавну надлежност, *суспендовао* примену Женевских конвенција од 12. августа 1949, са додатним протоколима, као и Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида од 9. децембра 1948, које надлежност за суђење поверавају националним судовима, тако што је за злочине почињене на територији бивше СФР Југославије успоставио *првенствену* надлежност Међународног кривичног суда за бившу Југославију која укида надлежност националних судова у било којој држави света. Поставља се питање у име ког начела Савет безбедности може суспендовати, па и мењати међународне уговоре легислативног карактера.

13. Много је међутим, важније што као извршно-политички орган ОУН Савет безбедности нема законодавну надлежност, а тиме ни овлашћење да доноси опште правне акте који у међународном праву имају ону улогу коју у унутрашњем праву имају домаћи закони. И управо због тога Савет безбедности није могао да оснује било какав, а камоли међународни суд, пошто према устаљеним међународним стандардима, независан и непристрасан суд може бити само онај који је законом установљен. Тако се чланом 14. ставом 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима утврђује да „свако има право да његова ствар буде правично и јавно саслушана од стране надлежног независног и непристрасног суда, „установљеног законом“. Скоро на потпуно исти начин и члан 8 став 1 Америчке конвенције о људским правима прописује да „свако лице има право да буде саслушано по закону и у разумном року пред надлежним, независним и објективним судом, који је већ установљен на основу закона“. Истоветаи је и члан 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, који гласи: „Свако има право да се његов случај практично и јавно расправи у разумном року пред независним и непристрасним судом, који је *образован на основу закона*. ”

14. Оно што представља закон у унутрашњем правном поретку то је у међународном правном поретку вишестрани уговор, односно конвенција која садржи опште правне норме и коју ратификују државе као такве. То најбоље потврђује начин на који су образовани Међународни суд правде у Хагу и стални Међународни кривични суд 1998. у Риму. Оба суда су образована вишестраним међународним уговорима које су државе и отписивале и ратификовале - Међународни суд правде у Хагу Статутом који је интегрални део Повеље ОУН, а стални Међународни кривични суд конвенцијом коју државе потписују и ратификују. Овај потоњи Суд потпуно одговара поменути

⁹ *Report of the Secretary General No. S/25704 (sec. 29) од 3. маја 1993. године.*

стандардима независног и непристрасног суда, пошто конвенција којом је основан представља у међународном праву оно што је закон у унутрашњем праву.

IV Делегирање непостојећих законодавних овлашћења

15. Када је једном узурпирао право да доноси законе, Савет безбедности се одважио на још један корак: своју непостојећу законодавну надлежност пренео је на своју творевину - Међународни кривични суд у Хагу. У том циљу чланом 15 Статута Међународног суда овластио је његове судије да донесу правила о поступку и доказима за спровођење истражног поступка, суђења и поступка по жалби, извођења доказа, заштиту жртава и сведока и о другим прикладним стварима. А тиме је Савет безбедности не само доносио закон, већ је и овластио овај Суд да у материји кривичног процесног права сам себи буде законодавац.

16. Међународни кривични суд за бившу Југославију је без икаквог двоумљења прихватио ово овлашћење да сам себи прописује законе, то јест да утврђује Правила о поступку и доказима по којима ће касније пресуђивати у појединачним случајевима. Тако је већ 11. фебруара 1994. усвојио ова Правила да би их потом, закључно са 28. фебруаром 2008. године, чак 42 пута мењао. И што је најгоре, Суд је мењао Правила по којима треба да суди имајући на уму практичне проблеме који су се појављивали приликом њихове примене на текуће случајеве које је требало да пресуди. То је, нажалост, чинио упркос властитом правилу 6 ставу (D) да се амандмани не могу примењивати на штету права оптуженог у било којем текућем случају, чиме су поједини амандмани попримили карактер закона са повратном снагом.

17. Тако је Међународни кривични суд за бившу Југославију користио законодавну надлежност коју је Савет безбедности најпре узурпирао, а потом Суду великодушно делегирао. Да парадокс буде већи, Суд је учинио још један корак даље: не само да је сам себи био законодавац, него је део „своје“ законодавне надлежности пренео на тужиоца како би и он сам себи прописивао правила по којима ће поступати. Зато је правилом 37 ставом (A) утврђено да ће тужилац све своје функције утврђене Статутом вршити у складу с Правилима и таквим уредбама, сагласним Статутом и Правилима, које он сам може донети.

18. Антонио Касезе, први председник Међународног кривичног суда за бившу Југославију, добро је знао да никада до сада у историји и једне цивилизоване земље није *појединачни* суд сам себи прописивао правила по којима ће да суди, јер би то значило погубно нарушавање начела поделе власти између законодавца и судства, која је по Монтескијеу, битно јемство слободе. Зато је маја 1995. и могао да каже да доношење Правила овог Суда представља подухват „за који нема преседана на међународном плану”.¹⁰ Да је био мање самоуверен и самољубив у тој неочекиваној улози властитог законодавца, морао

¹⁰ Предговор књизи у којој су објављени сви важнији документи о Међународном кривичном суду за бившу Југославију

је озбиљно да се упита: ако никад до сада ни на међународном плану нити у једној цивилизованој земљи ни један *појединачни* суд није био сам себи законодавац, зар уопште може бити ваљаног разлога због којег треба одступити од такве праксе која је постала и неприкосновено правило?

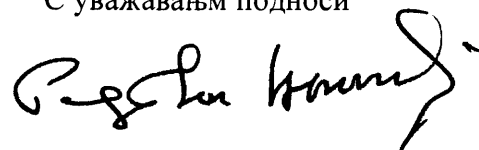
19. Има, додуше, земаља у којима се примењује прецедентно право, попут *common law-a* у Енглеској. Али ни оно није плод смишљеног и тренутачног подухвата само једног суда, већ производ *свих* судова као *јединственог система*, и то у дужем периоду времена од неколико векова. И зато енглески судија дубоко верује да суди по праву које је неко други створио, па нема то задовољство, које је имао Антонио Касезе, да прописује *општа* правила по којима он сам суди.

20. Ако је за вршење законодавне надлежности ради утврђивања Правила по којима ће судити Међународни кривични суд за бившу Југославију само делимично одговоран, јер главна „заслуга“ за то припада Савету безбедности који је поменути надлежност најпре узурпирао а потом делегирао, за даљу деволуцију ове надлежности и њено преношење на тужиоца, као само једну од двеју страна у спору пред судом, искључиво је одговоран овај Суд. А то је такође подухват за који нема премца у новијој историји. Да је којим случајем овај Суд уважио *једнакост* страна у спору, он би отишао и корак даље, па би и браниоца оптуженог овластио да сам себи пропише *општа* правила по којима ће бранити свог клијента. То би такође била велика и неочекивана новина коју би овај Суд увео у савремено кривично процесно право.

V ЗАКЉУЧАК

21. Независно од одлуке коју ће претресно веће донети поводом овог поднеска, др Радован Карацић сматра својом моралном дужношћу пред свеколиком јавношћу и историјом да оспори правну ваљаност и легитимност овог суда.

С уважавањем подноси



Др Радован Карацић¹¹

Број речи: 2916

¹¹ Др. Карацић се посебно захваљује на помоћи у изради овог поднеска проф. др. Кости Чавошком, члану Српске Академије Науке и Уметности