

SVEUČILIŠTE U ZAGREBU
PRAVNI FAKULTET

ANDRO ATLAGA, LOVRE VULIĆ

- PITANJE VJERODOSTOJNOSTI ICTY-a -

kroz prizmu predmeta Gotovina

Zagreb, 2016.

I. Uvod.....	3
II. Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od 1991. godine	4
1. Povijesni pregled	4
1.1. Začeci ideje o međunarodnom kaznenom pravosuđu.....	4
1.2. Osnivanje suda	8
1.3. Legalitet i legitimitet ICTY-a.....	9
2. Temeljna obilježja postupka pred ICTY-em	11
2.1. Vrsta postupka pred ICTY-em	11
2.2. Temelji i kriteriji žalbenog postupka pred ICTY-em	14
3. Pitanje kriterija i ujednačenosti presuda pred ICTY-em	18
3.1. Predmet Gotovina.....	19
4. Kritika rada ICTY-a	35
5. Zaključak.....	39
III. Zahvale	41
IV. Popis literature	42
V. Sažetak.....	49

I. Uvod

Osnivanje Međunarodnog kaznenog suda za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od godine 1991. posljedica je uočene potrebe progona i kažnjavanja pojedinaca za teške zločine počinjene na području bivše Jugoslavije u ratovima vođenim od 1991. godine. Namjera Vijeća sigurnosti pri osnivanju Suda bila je prevencija budućih kršenja humanitarnog prava i stvaranje objektivnog međunarodnog sudišta koje će bez pritiska država sudionica ratnih sukoba donositi sudske presude. Prvotna namjera Vijeća sigurnosti nije ostvarena budući da su najveći zločini počinjeni tek nakon njegova osnutka, dok se pitanje objektivnosti Suda aktualiziralo 2012. godine nakon presude u predmetu Gotovina.

Sudac Harhoff je nakon donošenja presude Žalbenog vijeća u predmetu Gotovina optužio suce da su vođeni nepravim motivima donijeli presude kojima se odstupilo od do tada teškim naporima utvrđenih kriterija utvrđivanja odgovornosti vojnih zapovjednika. Hrvatski general Ante Gotovina je od strane Raspravnog vijeća 15. travnja 2011. godine nepravomoćno osuđen na 24 godine zatvora, a potom od strane Žalbenog vijeća 16. studenog 2012. oslobođen po svim točkama optužnice.

Kako bi se sustavno i cjelovito obradilo pitanje eventualnog odstupanja od kriterija Međunarodnog kaznenog za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije, u ovom će se radu postupno ulaziti u sam meritum problema. Prvo će se ukratko objasniti povijesni razvoj misli osnivanja međunarodnih kaznenih sudova te konkretno postupak osnivanja Međunarodnog kaznenog suda za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije.

Potom će se s teoretsko-doktrinarnog aspekta obrazložiti postupovno relevantna pitanja za predmete Gotovina, ponajprije kriterij preispitivanja presude raspravnog vijeća od strane žalbenog vijeća (tzv. *Standard of Review*).

Nakon toga, obrađivat će se presude Raspravnog i Žalbenog vijeća u predmetu Gotovina uz kritičke osvrte na zaključke sudačke većine u navedenim predmetima te na izdvojena mišljenja sudaca.

Konačno, utori rada će iznijeti vlastite zaključke o od strane suca Harhoffa otvorenom pitanju vjerodostojnosti Međunarodnog kaznenog suda za ratne zločine počinjene na području bivše Jugoslavije te dati vlastite prijedloge poboljšanja izgradnje budućih međunarodnih *ad hoc* sudova.

Nit vodilja pri stvaranju ovog rada bila je svijest o tabuiziranju obrađivanja presuda Haaškog tribunala u hrvatskoj pravnoj zajednici. Glavni uzrok tome je nezahvalnost teme iz koje izvedeni zaključci mogu imati političke konotacije. Međutim, pravo i pravna znanost trebaju biti egzaktni te vođeni kriterijima objektivnosti i sustavnosti. Stoga eventualna odstupanja od tih kriterija trebaju biti očita i zdravom oku vidljiva te bi se zadiranje u preispitivanje vjerodostojnosti Suda trebalo odvijati bez ikakvog suzdržavanja. S tim na umu, autori ovog rada su krenuli u obrađivanje predmeta Gotovina te izveli zaključke o opstojnosti, vjerodostojnosti i uvjerljivosti kako prvostupanjske, tako i drugostupanjske presude.

II. Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od 1991. godine

1. Povijesni pregled

1.1. Začeci ideje o međunarodnom kaznenom pravosuđu

Ideja regulacije i humaniziranja oružanih sukoba pravnim normama pojavila se još u starom i srednjem vijeku. Unatoč rano razvijenoj svijesti o potrebi pravne regulacije, prvi je put adekvatno artikulirana u 16. i 17. stoljeću od strane predstavnika škole prirodnog prava predvođenih Hugom Grotiusom. Početni koraci inertne međunarodne pravne zajednice tog vremena, ako je uopće moguće govoriti o njenom postojanju, uslijed rascjepkanosti država i stalnih državničkih mijena, nisu bili dovoljno odlučni da bi inicirali formiranje kaznenog prava na međunarodnoj razini.¹ Usporedno s razvojem ideje stvaranja međunarodnog kaznenog prava, pojavila se i ideja osnivanja međunarodnog kaznenog sudišta. Naravno, pretpostavke za osnivanje svojevrsnog naddržavnog međunarodnog suda u tom razdoblju nisu mogle biti ispunjene. Međutim, budući da je postojala društvena svijest o zvjerstvu pojedinih ratnih zločina i općenito o zabranjenosti ponašanja kojima su se napadale društvene vrijednosti zajedničke većini civiliziranih ljudskih zajednica, njihovi počinitelji su se smatrali za *hostes humani generis*.² Obzirom da su se države čiji su takvi počinitelji bili državljani prema njima postavljale protekcionistički, kroz povijest je prevladavala ideja da im se može suditi bilo kada i bilo gdje. Dakle, bila je odbačena ideja da sudbenu vlast nad njima imaju samo sudovi države čiji su državljani.³

Do oživotvorenja ideje kodifikacije međunarodnog humanitarnog prava dolazi u drugoj polovici 19. stoljeća. Prva konvencija kojom se nastojalo humanizirati oblike vođenja borbi nastala je napornim radom organizacije Crvenog križa 1864. godine u Ženevi: „Konvencija o poboljšanju sudbine vojnika ranjenih u ratu“.⁴ Od iznimne važnosti su također konvencije i deklaracije usvojene na Haaškim mirovnim konferencijama 1899. i 1907.

¹ Josipović, Ivo; Krapac, Davor; Novoselec, Petar, Stalni međunarodni kazneni sud, Narodne novine i Hrvatski pravni centar, 2001., str. 13.

² Neprijatelji ljudskog roda. Konstrukcija neprijatelja ljudskog roda kojima može suditi bilo koja država, odnosno koji nisu pod zaštitom vlastite države nastala je u pomorskom pravu. Na temelju nje su bili kažnjavani počinitelji kaznenih djela piratstva. Povijesni korijen navedene pravne zamisli potječe iz rimskog prava i pravnog pojma *homo sacer* koji označava pojedinca koji je van pravne zaštite te kao takav može biti ubijen od bilo koga bez pravnih posljedica.; Agamben, Giorgio. Heller-Roazen, trans. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life* Stanford, CA: Stanford University Press, 1998., str 72.

³ V. Krapac, Davor, Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije, Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava i Hrvatski pravni centar, Zagreb, 1995., str. 9.

⁴ Schindler, Dietrich; Toman, Jiri, *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nihjoff Publisher, 1988., str. 280.-281.

godine.⁵ Niti jednom od tih konvencija i deklaracija nije najavljeno osnivanje međunarodnog kaznenog suda, niti se službeno raspravljalo o tom pitanju. Prvi zahtjevi za osnivanjem međunarodnog kaznenog suda nastali su nakon uporabe novih razarajućih oružja u Prvom svjetskom ratu te masovnih ubojstava civilnog stanovništva u tursko-armenskom sukobu 1917. godine.⁶

Međunarodni instrument kojim se prvi put pokušalo ustanoviti međunarodni kazneni sud bio je mirovni ugovor sila Antante s Njemačkom, sklopljen u Versaillesu 28. lipnja 1919. godine.⁷ U člancima 227. i 228. Versailleskog ugovora nagoviješteno je osnivanje *ad hoc* suda koji bi za cilj imao suđenje njemačkom caru Wilhelmu II. Hohenzollernu i časnicima njemačke vojske za „povredu međunarodnog morala i svetost međunarodnih ugovora“⁸. Do osnivanja tog suda nikad nije došlo. Car je dobio azil u Nizozemskoj, a nije postojala adekvatna politička volja da se pokrene postupak njegovog procesuiranja pred sudom koji nikad nije bio osnovan. U međuratnom razdoblju nije bilo nastojanja za osnivanjem međunarodnog kaznenog suda. Pitanje potrebe njegovog osnivanja ponovno se aktualiziralo slijedom zločina počinjenih u Drugom svjetskom ratu, što je konačno rezultiralo uspjehom. Temelj nastanka prvog međunarodnog kaznenog suda položen je donošenjem Londonskog sporazuma 8. kolovoza 1945. godine na osnovi kojeg je ustanovljen Međunarodni vojni sud u Njerebergu.⁹ Pred njim su podizane optužnice za tri kategorije djela: zločine protiv mira,¹⁰

⁵ Haaška deklaracija o zabrani upotrebe metaka sa zagušljivim ili otrovnim plinovima, od 29. srpnja 1899., dostupno na: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_849_coupland_et_loye.pdf, Haaška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu, od 18. listopada 1907. dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/4374cae64.html>, Haaška konvencija o započinjanju neprijateljstava od 18. listopada 1907., dostupno na: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/190?OpenDocument>; Haška konvencija o pravima i dužnostima neutralnih sila i osoba u slučaju rata na kopnu, od 18. listopada 1907., dostupno na: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/200?OpenDocument>, Haaška konvencija o polaganju podmorskih automatskih kontaktnih mina, od 18. listopada 1907., dostupno na: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/215>; Haaška konvencija o pravima i dužnostima neutralnih sila u slučaju pomorskog rata, od 18. listopada 1907., dostupno na: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/240>;

⁶ Usp. Bellot, Hugh H.L., *War Crimes and War Criminals, Some Practical Proposals (III)*, Canadian Law Times 37, no.9, 1917. i Lewis, Alan Mark, *International Legal Movements Against War Crimes, Terrorism and Genocide 1919. – 1948.*, University of California, Los Angeles, 2008., str. 40- 49.

⁷ The Treaty of Peace Between the Allied and Associated Powers and Germany, The Protocol annexed there to, the agreement respecting the military occupation of the territories of the Rhine, and the Treaty Between France and Great Britain respecting Assistance to France in the event of unprovoked Aggression by Germany. Signed at Versailles, June 28th 1919, od 28. lipnja 1919. godine. dostupno na: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp

⁸ Ibid., čl. 227.

⁹ United Nations, Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement"), od 8. kolovoza 1945. dostupno na: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asd>

¹⁰ Planiranje, pripremanje, započinjanje ili vođenje agresorskog rata ili rata kojim se krše međunarodni ugovori, sporazumi ili jamstva, ili sudjelovanje u nekom zajedničkom ili zavjeri za izvršenje nekog od ovih djela., *Ibid.*, čl.6.2.a

ratne zločine,¹¹ i zločine protiv čovječnosti¹². Osnivanje Međunarodnog vojnog suda predstavlja epohalan događaj u međunarodnom kaznenom pravu zbog njegove težnje prema univerzalnošću i zbog napora njegovih osnivača za rješavanjem tri glavna pravna pitanja: utvrđenje relevantnog materijalnog kaznenog prava, ustrojstva međunarodnog kaznenog suda i njegovog postupka. Međutim, njegovom ustrojstvu i djelovanju upućen je rigorozan prigovor kršenja jednog od temeljnih kaznenopravnih načela *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.¹³ Naime, optuženicima je suđeno za *supra* spomenute tri kategorije kaznenih djela temeljem retroaktivnosti. Odnosno, u trenutku njihovog počinjenja nije postojao Statut Međunarodnog vojnog suda čija bi oni pravila bili uopće u mogućnosti prekršiti, niti su ta djela smatrana kaznenim djelima po međunarodnom kaznenom običajnom pravu.

Pored nürnbergskog suda, deklaracijom Vrhovnog zapovjednika savezničkih snaga za Daleki istok, osnovan je i Međunarodni vojni sud za Daleki istok čiji su ustroj, nadležnost i način djelovanja propisani gotovo identično kao Statutom suda u Nürnbergu.¹⁴

Završetkom Drugog svjetskog rata i osnivanjem Ujedinjenih naroda 1946. godine sve su izraženije bile tendencije za osnivanjem međunarodnog kaznenog suda. U tu svrhu je, na temelju mandata Opće skupštine Ujedinjenih naroda, Komisija za međunarodno pravo 1950. godine formulirala načela međunarodnog prava izražena u povelji Međunarodnog vojnog suda te pripremila „Nacrt zakonika o kaznenim djelima protiv mira i sigurnosti čovječanstva“¹⁵. Usvajanje navedenog Nacrta nailazilo je na poteškoće pri definiranju nekih kaznenih djela te je zbog nesuglasja u definiranju pojma „agresija“ zastalo s djelovanjem sve do konsenzusa o tom pitanju 1974. godine. Opća skupština UN-a je 1991. godine zatražila od

¹¹ Povrede ratnih zakona ili ratnih običaja, koje obuhvaćaju, ali nisu na njih ograničeni, ubojstvo, zlostavljanje ili odvođenje na prisilni rad ili za koji drugi cilj civilnog stanovništva okupiranog teritorija ili na okupiranom području, ubojstva ili zlostavljanje ratnih zarobljenika ili osoba na moru, ubijanje talaca, pljačka javne ili privatne imovine, namjerno razaranje gradova, naselja ili sela ili pustošenje koje nije opravdano vojnom potrebom., *Ibid.*, čl. 6.2.a

¹² Ubojstva, istrebljivanje, porobljavanje, deportacija i ostala nečovječna djela, izvršena protiv bilo kojeg civilnog stanovništva prije ili za vrijeme trajanja rata, ili proganjanje na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi u izvršenju ili u vezi s bilo kojim zločinom koji spada u nadležnost Međunarodnog vojnog suda, bez obzira jesu li time učinjene ili ne povrede zakona zemlje u kojoj su zločini počinjeni. *Ibid.*, čl. 6.2.a

¹³ Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. Berlin 1988., str. 104. – 112.

¹⁴ Bassiouni Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Wolters Kluwer, 1999., str. 32.

¹⁵ International Law Commission, Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, UN Doc. A/2693, od 28.7. 1954., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf

UN-a da se neovisno od Nacrta posveti pitanju osnutka stalnog međunarodnog kaznenog suda.¹⁶

Usporedno s navedenim zbivanjima, svjetska je javnost bila uznemirena ratnim događanjima i kršenjima međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije. Stoga je međunarodna zajednica, nakon dužeg oklijevanja, odlučila ustanoviti istražnu komisiju čija bi zadaća bila utvrditi eventualna počinjena kaznena djela. Komisiju je, na zahtjev Vijeća sigurnosti UN-a izražen u Rezoluciji 780¹⁷, utemeljio Glavni tajnik UN-a pod imenom „Komisija stručnjaka za ispitivanje i analizu informacija s obzirom na donošenje zaključaka Glavnog tajnika o dokazima teških povreda Ženevskih konvencija i drugih povreda međunarodnog prava počinjenih na području bivše Jugoslavije“¹⁸, poznatije kao Kalshoven/Bassiounijeva istražna komisija.¹⁹

Premda je preliminarni zadatak Kalshoven/Bassiounijeve istražne komisije bio analiza informacija, a ne prikupljanje dokaza, njezin je djelokrug naknadno proširen Rezolucijom 787 Vijeća sigurnosti. Tom rezolucijom intenziviran je opseg samostalnih istražnih djelatnosti Komisije, pogotovo na području ispitivanja postojanja politike etničkog čišćenja.²⁰ Značaj Komisije za prikupljanje dokaza za potrebe Tužiteljstva Međunarodnog kaznenog suda za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od godine 1991. bio je od ogromne važnosti. Komisija je, koristeći informacije prikupljene bilo na vlastitu inicijativu, bilo na inicijativu iz drugih vladinih ili nevladinih izvora uspjela skupiti više od 65000 stranica pisanih dokaza te velike količine video zapisa o kršenjima Ženevskih konvencija i drugih pravila međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije. O kredibilitetu nalaza Komisije svjedoči podatak da ih je Međunarodni sud uvrstio u svoju

¹⁶ Bassiouni, Mahmoud Cherif, Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, AIDP/Eres, Toulouse, 1993.

¹⁷ UN Security Council, UN Security Council Resolution 780, od 6. listopada 1992., dostupno na: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/780\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/780(1992))

¹⁸ Skraćeni naziv komisije je Komisija stručnjaka te Kalshoven/Bassiounijeva istražna komisija. Komisija je bila ustrojena tako da je na njenom čelu bio predsjednik nadređen četvorici običnih članova. Prvi predsjednik bio je Frits Kalshoven iz Nizozemske, a članovi su bili Mahmoud Cherif Bassiouni iz Egipta, William J. Fenrick iz Kanade, Keba M'Baye iz Senegala, te Torkel Opsahl iz Norveške. Nakon Kalshovenove ostavke i Opsahlove smrti, predsjedništvo je preuzeo Bassiouni, a za dvije nove članice imenovani su Christine Cleiren i Hanne Sophie Greve. Članovi komisije obavili su preko 30 *in situ* inspekcija i istražnih misija o kojima su sastavili izvještaj od 84 stranice na engleskom jeziku koji uključuje nekoliko aneksa sa više od 3000 stranica.; Commission of Experts, Report of the Commission of Experts, Vol. II, Ann. VI, Letter Dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, od 27. svibnja 1994., dostupno na: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf

¹⁹ Josipović, Krapac, Novoselec, op. cit. u bilj 1., str 16.-17

²⁰ UN Security Council, UN Security Council Resolution 780, od 16. studenog 1992., dostupno na: <http://www.nato.int/for/un/u921116a.htm>

presudu u donošenju zaključaka u slučaju Bosna i Hercegovina v. Srbija i Crna gora.²¹ Zamisao o potrebi osnivanja međunarodnog *ad hoc* kaznenog suda koji bi bio nadležan za suđenje za kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije, Komisijinim radom bila je potvrđena.²²

1.2. Osnivanje suda

Vijeće sigurnosti UN-a, vođeno zaključcima Kalshoven/Bassiounijeva istražne komisije, donijelo je 22. veljače 1993. godine Rezoluciju 808. kojom je istaknulo potrebu „osnivanja međunarodnog suda za progon osoba odgovornih za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava, počinjene na području bivše Jugoslavije od 1991. godine“²³. Također, navedenom rezolucijom upućen je zahtjev Glavnom tajniku UN-a da u roku od 60 dana sastavi prijedloge za provedbu rezolucije.²⁴ Postupajući u skladu sa zahtjevom, Glavni tajnik podnio je izvještaj Vijeću sigurnosti uz koji je priložio i Nacrt statuta budućeg *ad hoc* suda. Vijeće sigurnosti je 25. svibnja 1993. Rezolucijom 827 prihvatilo izvještaj i Statut suda te utemeljilo sud službenog naziva „Međunarodni tribunal“²⁵ za progon osoba koje su odgovorne za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije između 1.

²¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, I.C.J. Reports 2007., od 26. veljače 2007., para., 246. -249. dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>

²² Commission of Experts, Report of the Commission of Experts, Vol. II, Ann. VI, Letter Dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, dostupno na: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf

²³ UN Security Council, UN Security Council Resolution 808, od 22. veljače 1993., dostupno na: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *International tribunal for the sole purpose of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia between 1 January 1991 and a date to be determined by the Security Council upon the restoration of peace.*

Budući da se radi o službenoj kratici naziva suda, poznatij široj međunarodnopravnoj zajednici, u ovom radu koristit će se engleska kratica „ICTY“.

U službenom nazivu suda koristi se pojam „tribunal“ umjesto naizgled engleskom jeziku adekvatnijeg izraza „court“. Naziv tribunal koristi se u skladu s francuskom pravnom tradicijom prema kojoj su, u kaznenim stvarima, presuđujuća, adjudikativna tijela (fr. *Cour*, hrv. sudište) te ured javnog tužitelja (fr. *Procureur de la Republique*) locirana u istoj instituciji., V. Krapac, Davor (ur.), Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije, Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava i Hrvatski pravni centar, Zagreb, 1995., str. 9.

Autori ovog rada smatraju da bi u skladu s tim bilo adekvatnije da se i u hrvatskom službenom nazivu ICTY-a koristi izraz tribunal, umjesto izraza sud. Semantički, izraz tribunal hrvatsko stanovništvo asocira na srbizam što je, budući da se radi o pravom uvjetovanom pojmu, pogrešno.

siječnja 1991. godine i dana kojeg će Vijeće sigurnosti ustanoviti nakon ponovne uspostave mira“ (u daljnjem tekstu: ICTY).²⁶

1.3. Legalitet i legitimitet ICTY-a

Nakon osnutka ICTY-a, javilo se pitanje njegovog legaliteta, odnosno pitanje pravne osnovanosti njegovog postojanja. Premda je supra izloženo, potrebno je naglasiti kako je Sud osnovan od strane Vijeća sigurnosti te da nije nastao regularnim putem potpisivanja i ratifikacije međunarodnog višestranog ugovora, kao i da nije osnovan od strane Opće skupštine UN-a. Takav hitan način osnivanja suda, prema stajalištu Vijeća sigurnosti, produkt je nužde za uvođenjem i održavanjem mira na području zemalja bivše Jugoslavije. Postojanje situacije nužde i pozivanje na staru maksimu *non facit fraudem, qui facit quod debet*, smatrali su protivnici osnivanja suda, ne može pružiti adekvatno pravno opravdanje osnivanja suda, budući da Poveljom Ujedinjenih naroda nije predviđena takva ovlast Vijeća sigurnosti.

Ovlast za osnivanje *ad hoc* suda izvedena je ekstenzivnim tumačenjem članaka 24. , 29. , 39. , i 40. Povelje UN-a, kojima se Vijeću sigurnosti široko postavljaju ovlasti za održavanjem međunarodnog mira. Legalitet ICTY-a može se opravdati činjenicom da Vijeće sigurnosti ima dužnost održavati međunarodni mir i sigurnost te pravo osnivati vlastite pomoćne organe. Nakon što je iscrpilo sve privremene mjere na koje ga ovlašćuje članak 40. Povelje UN-a, u nedostatku adekvatnih načina očuvanja mira Vijeće sigurnosti se odlučilo za osnivanje *ad hoc* suda.

Ovakva argumentacija može pružiti svojevrsnu satisfakciju i opravdanje, no ne može pružiti bijeg od činjenice da Poveljom UN-a nije definirana ovlast Vijeću sigurnosti da osnuje sudsko tijelo UN-a. Očito je kako je percepcija Ujedinjenih naroda bila da će se osnivanjem suda uvesti red i da će *ad hoc* institucija međunarodnog kaznenog prava biti prevencija nastavljanju ratnih zločina. Gledajući s današnje perspektive, osnivanjem ICTY-a nije se polučio taj učinak budući da su se tek nakon njegovog osnutka zbila najveća zvjerstva poput Srebreničkog genocida ili pokolja na Ovčari.

U vrijeme osnivanja Suda, Savezna Republika Jugoslavija se protivila njegovom nastanku pozivajući se na činjenicu da je osnivanje međunarodnih *ad hoc* sudova za određeno područje protivno načelu univerzalnosti, obveznom za sve članice međunarodne zajednice.

²⁶ UN Security Council, UN Security Council Resolution 827, od 25. svibnja 1993., dostupno na: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf

Umjesto toga, podržavali su tada postojeću ideju osnivanja jedinstvenog međunarodnog kaznenog sudišta. Također, istaknut je argument kako ustanovljavanje Suda krši zabranu miješanja u unutarnju nadležnost država propisanu člankom 2., stavkom 7. Povelje UN-a koja određuje da „ništa u Povelji ne ovlašćuje UN da se miješaju u poslove koji po svojoj suštini pripadaju u unutarnju nadležnost niti ne zahtijeva da članovi takve poslove podnose na rješavanje prema Povelji“.

Ta dva argumenta predstavnika Savezne Republike Jugoslavije, očito uzrokovana bojaznošću od progona njihovog državnog rukovodstva, nisu bila održiva. Argument po kojem bi se povrede međunarodnog humanitarnog prava mogle supsumirati samo pod nadležnost jednog univerzalnog međunarodnog kaznenog suda, posljedica je pogrešnog shvaćanja pojma pravednosti. Naime, taj pojam ne zahtijeva aritmetičku jednakost za sve različite slučajeve, nego traži individualiziranu pravednost prilagođenu, na temelju općih kriterija, posebnostima svakog pojedinačnog slučaja. Drugim argumentom, da bi djelovanje ICTY-a značilo prodiranje u isključivu jurisdikciju država koja je zabranjena supra istaknutim člankom 2., stavkom 7. Povelje UN, počinjen je kardinalan previd. Naime, zabrana miješanja UN-a u unutarnje stvari država ne odnosi se na prisilne mjere poglavlja VII. Povelje UN-a u kojem se nalaze prethodno spomenuti članci 39. i 40., a koji su bili pravni temelj osnutka ICTY-a.

ICTY je u predmetu Tadić i prvostupanjskom i drugostupanjskom presudom utvrdio svoju nadležnost. Sud je u navedenom predmetu presudio da je Vijeće sigurnosti UN-a osnivajući Sud djelovalo unutar vlastitih ovlasti. Pored toga, potrebno je istaknuti Tadićeve žalbu na prvostupanjsku odluku u kojoj je tvrdio da se u BiH vodio građanski rat te da ICTY u tom slučaju nema nadležnost. ICTY je odbio presuditi o kakvoj se vrsti sukoba radi, umjesto toga je zaključio da njegova nadležnost za kaznena djela mučenja, ubojstava i silovanja postoji neovisno o prirodi sukoba.

Premda autori ovog rada smatraju da je osnivanje i djelovanje ICTY-a bilo potrebno te da je imalo za cilj ustanoviti i održati mir na području zemalja bivše Jugoslavije, bitno je primijetiti da je od samih idejnih začetaka bio povezan uz neslaganja i prijepore. Ipak, nit vodilja osnutka nepristranog međunarodnog suda koji će iste kriterije primjenjivati na sve optužene, neovisno o državljanstvu, te misao izbjegavanja pseudopostupaka kojima bi se optuženi za ratne zločine u svojim državama oslobodili, su prevladale.

2. Temeljna obilježja postupka pred ICTY-em

2.1. Vrsta postupka pred ICTY-em

Većina svjetskih kaznenih postupaka može se kvalificirati ili kao akuzatorna ili kao inkvizitorna. Premda nijedan pravni sustav nije u potpunosti opredijeljen za jedan od dva navedena, u pravilu, u svakom sustavu prevladavaju elementi jednog od njih.²⁷ Akuzatorni sustav, čije karakteristike prevladavaju u *common law* zemljama, karakterizira suprotstavljanje dvije strane vođeno načelom jednakosti oružja²⁸. U postupku se samo na inicijativu stranaka nude i izvode dokazi pred neovisnom porotom i sucem koji tek stranačkim radnjama dolaze u doticaj s činjenicama relevantnim za presuđivanje. Ono što je značajno je da se porota sastoji od nepravnik a čija je zadaća isključivo utvrđivanje činjenica. Akuzatorni sustav odraz je težnje suprotstavljanja dva neovisna procesna subjekta. Njim se jamči, budući da ne sudjeluje u prikupljanju dokaza i istražnim radnjama, objektivnost suca pri utvrđivanju činjenica i odlučivanju te se okrivljeniku i obrani omogućava slobodno kritiziranje procesnih teza tužitelja.²⁹

U inkvizitornom postupku, tipičnom za kontinentalno pravo, sudac istražitelj zadužen je za prikupljanje dokaza. Ako sudac istražitelj smatra da su dokazi sadržajem i opsegom dovoljni da se temeljem njih donese sud o krivnji optuženog, prosljeđuje ih prvostupanjskom sudu. Tako prikupljeni dokazi, u pravilu, predstavljaju srž postupka te se ispitivanje svjedoka i vještaka svodi na potvrdu istinitosti zaključaka proizašlih iz tih dokaza. U prvostupanjskom sudu odlučuje vijeće sudaca koje ima svog predsjedatelja. Predsjednik vijeća je dominantna figura inkvizitornog postupka koja ispituje obje stranke u postupku i predlaže izvođenje dokaza. Budući da su upravo suci profesionalci ti koji utvrđuju činjenice, za razliku od akuzatornog postupka, oni su dužni obrazložiti svoje zaključke te, u konačnici, svoju presudu. Dužni su sastaviti svoj, prema anglosaksonskoj pravno terminologiji, *reasoned opinion*.³⁰ U obrazloženju sud razlaže zašto je dosegao određene zaključke bilo da se oni odnose na činjenice, bilo da se odnose na pravo. Suđenja u drugostupanjskom stadiju su suđenja *de novo*

²⁷ Premda se u doktrini nerijetko prezentiraju kao dva oponirajuća pristupa, prema stajalištu profesora Mirjama Damaške, čvrstu razliku između akuzatornog i inkvizitornog postupka je vrlo nezahvalno postavljati. Damaška smatra da ne postoji jedan pravni sustav koji sadrži isključivo elemente nekog od njih, već da svaki pravni sustav zapravo predstavlja njihovu kombinaciju., Damaška, Mirjan, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U. PA. L. REV. 507, 513 (1973)

²⁸Schroeder, Friedrich- Christian, Strafprozessrecht, 2. Aulf., C. H. Beck, Munchen 1997. str. 32.; Krapac, Davor, Kazeno procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2012., str. 162.

²⁹ Doran, Sean, Rethinking Aversariness in Nonjury Criminal Trials, 23 Am. J. CRIM. L. 1, 1995., str. 13-14, et 16

³⁰ Cassesse, Antonio, International Criminal Law, Oxford, 2005., str. 355. – 360.

pri čemu drugostupanjski sud zamjenjuje presudu prvostupanjskom i u odnosu na zaključke koji se tiču činjenica i u odnosu na zaključke koji se tiču prava.³¹

Postupak pred ICTY-em, na prvi je pogled sagrađen na modelu akuzatornog kaznenog postupka, pravnog spora dviju stranaka, pri čemu je na strankama inicijativa za prikupljanje i izvođenje dokaza. Međutim, postupak nije „čisti“ akuzatorni, budući da ima nekoliko značajnih elemenata inkvizitornog postupka. Prije svega, to je podjela postupka na stadije do pravomoćnosti presude. Zatim, kumulacija funkcije gonjenja i istraživanja u rukama tužitelja u istrazi, pravo tužitelja da ispituje okrivljenika u istrazi, kao i ovlast Raspravnog vijeća da po vlastitoj inicijativi sudjeluje u postupku prikupljanja i izvođenja dokaza. Također, bitna karakteristika inkvizitornog postupka usvojena kod ICTY-a, a važna za razumijevanje suštine ovog rada, je obveza profesionalnih sudaca raspravnog vijeća da sastave obrazloženu sudsku odluku (*reasoned opinion*).³²

Statutom ICTY-a u članku 23. propisana je obveza raspravnog vijeća da svaka presuda mora sadržavati obrazloženje te da svakoj presudi moraju biti priložena izdvojena i protivna mišljenja sudaca ukoliko su izrečena.³³ Navedena odredba potvrđena je potom sudskom praksom *ad hoc* Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu (International Criminal Tribunal for Rwanda) (u daljnjem tekstu: ICTR) počevši s presudom u predmetu Ntagerura. ICTR je utvrdio da: „kada se razmatra predmet o kojem odlučuje ICTR, mora se imati na umu da ispitivači činjeničnog stanja nisu porotnici laici kao u *common law* sustavima, već da to radi panel sudaca profesionalaca. U slučaju porotnika laika, jedino pitanje na koje mora biti odgovoreno je pitanje krivnje optuženog pri čemu činjenična utvrđenja nisu podložna ispitivanju stranaka. Sve radnje porote trebaju biti usmjerene ka davanju odgovora o krivnji. U praksi ICTR-a, s druge strane, raspravna vijeća se ne mogu isključivo ograničiti na utvrđivanje krivnje optuženog, već se moraju izjašnjavati o raznim činjeničnim i pravnim pitanjima. Stoga je raspravno vijeće obvezno da, sukladno Statutu ICTR-a, iznese obrazloženje svoje presude“.³⁴

³¹ Cryer, Robert; Friman, Hakan; Robinson, Darryl; Wilmshurst, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2008., str. 387.

³² Summers, Mark, *Surprising Acquittals in the Gotovina and Perisic Cases: Is the ICTY Appeals Chamber a Trial Chamber in Sheep's Clothing*, *Richmond Journal of Global Law and Business*, Vol. 13, Issue 4, 2015., str. 649-680., Josipović, Krapac, Novoselac, op. cit. u bilj.1., str. 39.

³³ UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, čl. 23.2., od 25. svibnja 1993., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/3dda28414.html>

³⁴ ICTR, *Prosecutor v. Ntagerura*, ICTR-99-46-A, od 7. srpnja 2006., para. 169., dostupno na: <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict99-46/trial-judgements/en/060707.pdf>

Dužnost obrazlaganja presude koja proizlazi iz statuta oba *ad hoc* suda, iz Statuta Međunarodnog kaznenog suda³⁵, kao i iz snage uvjerljivosti njihovih presuda uvjetovana je osnaživanjem prava optuženog. Međunarodna kaznena suđenja su kompleksne naravi, sa dokaznim postupcima u kojima se ispituje na stotine svjedoka i koji traju mjesecima, a u nekim slučajevima i godinama. Stoga je od ogromne važnosti za prava okrivljenika da iz obrazloženja presude raspravnog, odnosno prvostupanjskog vijeća sazna na koji je način raspravno vijeće došlo do svoje odluke. Također, bez adekvatnog obrazloženja bilo bi nemoguće da žalbeno vijeće stekne uvid u činjenice kojima je raspravno vijeće bilo vođeno u donošenju svoje presude.

Praksom *ad hoc* sudova iskristalizirani su elementi koje sudsko obrazloženje treba imati. Raspravna vijeća su dužna izvesti relevantne činjenične nalaze za svako relevantno obilježje kaznenog djela za koje se tereti optuženog. Pritom se nisu dužni referirati na apsolutno svako usmeno svjedočenje, odnosno na svaki dokaz prezentiran pred sudom. I kada u obrazloženju presude raspravno vijeće ne obrazloži utjecaj svakog pojedinog dokaza, presumira se da je sve dokaze uzelo u obzir.³⁶

Unatoč postojanju presumpcije da je raspravno vijeće uzelo u obzir sve dokaze premda ih nije iznijelo u obrazloženju, postoji nekoliko situacija kada žalbeno vijeće može zatražiti artikuliranje adekvatnog objašnjenja. Jedna od njih je kada je krunski dokaz u osuđujućoj presudi iskaz svjedoka kojim se identificira počinitelja. U tom slučaju, žalbeno vijeće postavlja rigorozan zahtjev za valjanim obrazloženjem.³⁷ Drugi primjer je kada raspravno vijeće izvede zaključak o krivnji optuženog na temelju nekog posrednog dokaza. Tada se od raspravnog vijeća zahtijeva da obrazloži zašto je zaključak koji je donio „jedini razuman zaključak koji se može izvesti iz određenog dokaza“³⁸. Konačno, treći primjer je kada su o određenom pitanju svjedočenje dala dva svjedoka čiji se iskazi međusobno isključuju. Tada je raspravno vijeće dužno valjano objasniti razloge zašto je jedan od iskaza uzelo kao relevantan, odnosno zašto je drugi iskaz isključilo. U protivnom, žalbeno vijeće ne bi moglo odrediti je li raspravno vijeće u potpunosti razmotrilo predmet i donijelo utemeljenu odluku.³⁹

³⁵UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court, od 17. srpnja 1998., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html>

³⁶ICTY, Prosecutor v. Kvočka *et al*, IT-98-30/1-A, od 28. veljače 2005., para. 23., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/kvočka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>

³⁷*Ibid.*, para. 24.

³⁸ICTY, Prosecutor v. Kupreškić, IT-95-16-A, od 23. studenog 2001., para. 39., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/acjug/en/kup-aj011023e.pdf>

³⁹ICTR, Prosecutor v. Muvunyi, ICTR-2000-55A-A, od 11. veljače 2011., para. 147., dostupno na: <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/icttr-00-55/trial-judgements/en/100211.pdf>

Pogreška u stvaranju valjanog obrazloženja sudske presude tretira se kao pogreška u primjeni prava (*error of law*), čak i kada se nedostatak obrazloženja odnosi na obrazlaganje postojanja činjenice relevantne za spor.⁴⁰

2.2. Temelji i kriteriji žalbenog postupka pred ICTY-em

Pravo na žalbu na presudu raspravnog vijeća definirano je Statutom ICTY-a u članku 25. kojim se određuje da će „žalbeno vijeće razmatrati žalbe osoba osuđenih od raspravnih vijeća, kao i tužitelja kada: dođe do pogreške pri primjeni prava koja utječe na valjanost presude ili kada dođe do pogreške pri utvrđivanju činjenica, koja je uzrokovala pogrešnu primjenu prava“.

Pojednostavljeno, osnova za žalbu je pogreška u primjeni prava raspravnog vijeća (*error of law*) i pogreška u utvrđenju činjenica (*error of fact*). Pri ispitivanju prvostupanjske presude, žalbeno vijeće je vezano činjeničnim nalazima raspravnog vijeća što je utvrđeno praksom ICTY-a, počevši sa predmetom Tadić 1999. godine te je vrlo ograničena mogućnost žalbenog vijeća da zamijeni nalaze raspravnog. „Žalbeno vijeće može zamijeniti nalaz raspravnog vijeća samo u slučajevima gdje dokaze na koje se oslonilo raspravno vijeće ne bi logički prihvatila nijedna razumna osoba. Bitno je napomenuti da dvoje sudaca, koji oboje razumno postupaju, mogu na osnovi istih dokaza doći do različitih zaključaka.“⁴¹ Takvo stajalište ICTY-a potvrđeno je u predmetu Aleksovski⁴². Pored toga, praksa ICTY-a potvrdila je dosljednost provođenja *supra* spomenutog članka 25. Statuta ICTY-a te je u predmetu Furundžija Sud zaključio da „neće svaka i bilo koja pogreška u utvrđivanju činjenica navesti Žalbeno vijeće da ukine odluku pretresnog vijeća, nego samo ona koja je dovela do sudske greške.“⁴³

Jasno se primjećuje da Statut ICTY-a ne normira sva postupovna pravila i ne predviđa sve potencijalne situacije. Umjesto toga, normira sudske odluke ICTY-a pri čemu se jasno

⁴⁰ ICTR, Prosecutor v. Zigiranyirazo, ICTR-01-73-A, od 16. studenog 2009., para. 91, dostupno na: http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Court%20Documents/ICTR/Zigiranyirazo_Appeal_Judgement.pdf

⁴¹ ICTY, Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, od 15. srpnja 1999., para. 64., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

⁴² ICTY, Procesutor v. Aleksovski, IT-95-14/1-A, od 24. ožujka 2000., para. 74., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>

⁴³ ICTY, Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1, od 21. srpnja 2000., para. 27., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/en/fur-aj000721e.pdf>

primjećuju elementi precedentnog sustava. Jednom uspostavljene kriterije i svojevrsni obrazac ponašanja od strane Suda u jednom predmetu, slijede druga raspravna, odnosno pretresna vijeća u drugim predmetima. Zapravo, trebali bi slijediti te kriterije radi očuvanja pravne sigurnosti i predvidivosti vlastitog budućeg djelovanja. Snagu i uvjerljivost sudskih odluka ICTY-a, kao i pitanje njihove precedentne snage, autori ovog rada dovesti će u pitanje obrazlažući presude u predmetu *Prosecutor v. Ante Gotovina*.

2.2.1. Kriterij ispitivanja presude raspravnog vijeća (Standard of review)

Kao što je prethodno navedeno, Statutom ICTY-a u članku 25. normira se ovlast žalbenog vijeća da poništi presudu raspravnog vijeća u dva slučaja. Prvi je ako dođe do pogreške pri primjeni prava koja utječe na valjanost presude, dok je drugi slučaj ako dođe do pogreške pri utvrđivanju činjenica, koja je uzrokovala pogrešnu primjenu prava. Navedena odredba Statuta jedini je spomen žalbenog postupka koji nije potanje definiran. Stoga se trebalo prepustiti praksi da u nekim od prvih predmeta pred ICTY-em ukaže na smjer kojim će se postupati u budućim predmetima. Budući da postoje dva žalbena razloga, za svaki od njih se razlikuje kriterij ispitivanja presude raspravnog vijeća.

U slučaju pogreške pri primjeni prava koja utječe na valjanost presude, sud je na sljedeći način utvrdio kriterij ispitivanja presude raspravnog vijeća. Stranka koja se poziva na pogrešku pri primjeni prava prvenstveno treba utvrditi o kojoj se povredi radi. Potom je potrebno da svoju tvrdnju potkrijepi dokazima te pojasni na koji je način eventualna pogreška utjecala na valjanost presude. Ukoliko se radi o pogrešci pri primjeni prava koja ne utječe na presudu, žalbeno vijeće ju neće uzeti u obzir. Međutim, čak i ako su navodi stranke koja se poziva na pogrešku nedovoljni da se ona utvrdi, žalbeno vijeće ima ovlast ustanoviti postojanje navedenog žalbenog razloga zbog neke druge pogreške pri primjeni prava, a ne one na koju se žalitelj pozivao.⁴⁴

⁴⁴ ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, IT-04-84-A, od 19. srpnja 2010., para. 10., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/haradinaj/acjug/en/100721.pdf>, ICTY, *Prosecutor v. Boškoski et Tarčulovski*, IT-04-82, od 19. svibnja 2010., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/boškoski_tarčulovski/acjug/en/100519_ajudg.pdf, ICTR, *Prosecutor v. Bagosora et Nsengiyumva*, ICTR-98-41-A, od 14. prosinca 2011., para. 18., dostupno na: <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-98-41/appeals-chamber-judgements/en/111214.pdf>

Ukoliko žalbeno vijeće utvrdi postojanje pogreške pri primjeni prava koja proizlazi iz primjene pogrešnog pravnog kriterija, ono će vijeće artikulirati adekvatan pravni kriterij i primijeniti ga na činjenice koje je prethodno utvrdilo raspravno vijeće.⁴⁵ Žalbeno vijeće neće ispitivati i činjenice, već će samo na njih primijeniti prikladan pravni kriterij. Takav postupak je razumljiv budući da je raspravno vijeće ono pred kojim su se izvodili dokazi te utvrđivale činjenice. Upravo iz razloga otuđenosti od utvrđivanja činjeničnog stanja, žalbeno vijeće postupa s povjerenjem prema činjeničnom nalazima raspravnog vijeća.

Pri navedenoj primjeni adekvatnog pravnog kriterija, žalbeno vijeće ne samo da ispravlja pravnu pogrešku, već i primjenjuje ispravan pravni kriterij na prethodno utvrđene činjenice te presuđuje je li uvjeren iznad razine osnovane sumnje u optuženikovu krivnju.

Premda je prethodno ustanovljena važnost kvalitete obrazloženja presuda za žalbeni postupak, potrebno je istaknuti kako kvaliteta i opseg obrazloženja presude nije od velike važnosti kod žalbe zbog pogrešne primjene prava koja utječe na valjanost presude, kao što je to slučaj kod žalbe zbog pogreške pri utvrđivanju činjenica koja je uzrokovala pogrešnu primjenu prava. Žalbeno vijeće će utvrditi i ispraviti pogrešku pri primjeni prava, neovisno o obrazloženju presude raspravnog vijeća.

S druge strane, u slučaju žalbe zbog pogreške pri utvrđivanju činjenica koja je uzrokovala pogrešnu primjenu prava, snaga obrazloženja ima veću ulogu. U tom slučaju kao kriterij ispitivanja presude raspravnog vijeća koristi se tzv. „kriterij razumnosti“ koji je ustanovljen kako bi spriječio da žalbeno vijeće olako ignorira činjenične nalaze raspravnog vijeća. Naime, u ispitivanju nalaza raspravnog vijeća, žalbeno će vijeće zamijeniti nalaze samo u slučaju kada nijedan razuman sudac ne bi mogao doći do zaključaka koje je u ispitivanju činjenice doseglo raspravno vijeće. Pri tom, taj zaključak raspravnog vijeća o činjeničnom stanju mora imati takav značaj da uzrokuje pogrešnu primjenu prava.⁴⁶ Stoga, žalbeno vijeće ne može olako odbaciti činjenične nalaze raspravnog vijeća. Glavni uzrok tome je u činjenici da raspravno vijeće ima prednost u opservaciji činjenica, prvenstveno iskaza svjedoka o kojima žalbeno vijeće saznaje tek temeljem zapisa s prvostupanjske rasprave.

⁴⁵ ICTY, *Prosecutor v. Gotovina*, IT-06-90-A, od 16. studenog 2012., para. 12., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf

⁴⁶ ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, IT-04-84-A, od 19. srpnja 2010., para. 12., ICTY, *Prosecutor v. Bošković et Tarčulovski*, IT-04-82, od 19. svibnja 2010., para 13., ICTR, *Prosecutor v. Bagosora et Nsengiyumva*, ICTR-98-41-A, od 14. prosinca 2011., para. 18.

Stoga je očito da je raspravno vijeće izrazito bolje pozicionirano u ocjenjivanju pouzdanosti i vjerodostojnosti dokaza.⁴⁷

Također, potrebno je istaknuti, za razliku od *supra* obrazloženog inkvizitornog postupka, žalbeni postupak pred ICTY-em ne karakterizira suđenje *de novo*. Umjesto toga, podlogu za odlučivanje u žalbenom postupku čine izreka i obrazloženje presude prvostupanjskog, odnosno raspravnog vijeća.⁴⁸

Stranka koja se poziva na neki žalbeni razlog ne može samo ponavljati tvrdnje koje je iznosila pred raspravnim vijećem. To može učiniti iznimno ukoliko dokazuje da je raspravno vijeće učinilo pogrešku ignorirajući valjane argumente stranke te pri tome zahtijevati intervenciju žalbenog vijeća.⁴⁹

Ovako postavljeni kriteriji ispitivanja presude raspravnog vijeća, kao što je prethodno istaknuto, nisu uspostavljeni Statutom ICTY-a. Umjesto toga, određeni su praksom te su kao takvi integrirani i istaknuti u svakoj drugostupanjskoj presudi ICTY-a, ali i ICTR-a pod poglavljem naslovljenim „*Standard of review*“.

Premda je u nedostatku pisane regulative, davanje pravne snage presudama kao izvorima prava bio logičan izbor, autori ovog rada smatraju kako je potrebno istaknuti da snaga presuda kao presedana u Statutu ICTY-a nije nigdje propisana. Slijedom toga, ne postoji izričita obveza da sud zaključke vlastitih vijeća u prethodnim predmetima slijedi kao dogme te ih se nije dužan pridržavati. Problem naravno može nastati s vjerodostojnošću presuda ukoliko u praksi dolazi do izraženijih diskrepancija. To pitanje će autori potanje obraditi u nastavku rada.⁵⁰

U razumijevanju načina donošenja odluka ICTY-a, autori ovog rada kontaktirali su suca ICTY-a Alphonsusa Oriea. Orie nije bio u mogućnosti obrazložiti način donošenja odluke u nekom konkretnom predmetu u kojem je sudio, ali je generalno iznio svoj stav. Suci donose odluke isključivo temeljem Statuta ICTY-a, a pri donošenju odluke, smatra Orie, teško

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Antonio Cassese, *International Criminal Law* 366, Oxford, 2008., ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1, od 21. srpnja 2000., para. 40.

⁴⁹ ICTY, *Prosecutor v. Boškoski et Tarčulovski*, IT-04-82, od 19. svibnja 2010., para 13., ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić, Radić, Šljivančanin*, IT-95-13/1-T, od 27. rujna 2007., para. 16., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/en/090505.pdf>

⁵⁰ Isto naglašava i sudac Orie koji je u mailu autore rada uputio na svoj članak objavljen u *Journal of Criminal Justice*, Oxford University Press., *Orie, Alphonsus M.M., Stare Decisis in ICTY Appeal System, Successor Responsibility in the Hadžihasanović Case*, *Journal of Criminal Justice*, Oxford University Press, 2012., Volume 10, Issue 3, str. 635.-644.

je provesti strogu distinkciju između učinaka koje sudac želi proizvesti u odnosu na optuženog, žrtve te društvo u cjelini.⁵¹

3. Pitanje kriterija i ujednačenosti presuda pred ICTY-em

Navedeno pitanje standarda ispitivanja presude raspravnog vijeća se problematiziralo nakon drugostupanjske presude u predmetu Gotovina. Svojevrsan međunarodni pravni skandal je izbio kada je sudac Frederik Harhoff u pismu optužio svoje kolege, suce ICTY-a da su odstupili od pravnih kriterija koje je sud godinama sustavno gradio.

Harhoff je uvodno istaknuo da se do presude u spomenutom predmetu uspostavila praksa kojom su vojni zapovjednici osuđivani kao odgovorni za ratne zločine koje su činili njihovi podređeni tijekom rata na području bivše Jugoslavije. Naime, sudac je naglasio kako je ICTY mukotrpno stvarao način kako bi ekstenzivnim tumačenjem kaznenih djela i oblika odgovornosti mogao uspostaviti odgovornost vojnih zapovjednika, istaknutih političara i državnika koji su podržavali cilj istrebljenja etničkih grupa u pojedinim područjima te su tako bili sudionici udruženog zločinačkog pothvata. Međutim, tvrdi da je odjednom Sud naprasno odstupio od svojih kriterija u jesen 2012. godine kada je oslobodio hrvatske generale na čelu s Antom Gotovinom.⁵²

Uzroke takvom navodnom odstupanju sudac pronalazi u nepravnim motivima. Istaknuo je urotničku teoriju prema kojoj je američki sudac⁵³ koji je predsjedavao žalbenim vijećem u predmetu Gotovina, izvršio pritisak na kolege u vijeću da odstupe od do tada utvrđenih kriterija. Harhoff smatra da je uzrok tome strah američke i izraelske vlasti da se u slučaju eventualnih budućih suđenja njihovim vojnim zapovjednicima lako ostvari osuđujuća presuda te da je pobuda tog suca bila upravo postroženje kriterija pri donošenju osuđujućih presuda.⁵⁴

Harhoff smatra da je ICTY učinio veliki korak unatrag u utvrđivanju zapovjedne odgovornosti te da je sada stajalište zauzeto pri utvrđivanju odgovornosti za udruženi

⁵¹ Iz intervjua sa sucem ICTY-a Alphonsusom Oriem, od 25. lipnja 2015.

⁵² Pismo suca Harhoffa objavljeno na danskom portalu bk.dk., od 6. lipnja 2013., dostupno na: <http://www.ejiltalk.org/danish-judge-blasts-icty-president/>

⁵³ Radi se o sucu Theodoru Meronu, kojeg Harhoff nije imenovao u svom pismu, ali ga je dovoljno precizno odredio.

⁵⁴ *Ibid.*

zločinački pothvat podignuto s razine u kojoj se tražilo doprinos zločinu, do razine kada se traži izravna namjera za počinjenje.⁵⁵

Očito se primjećuje Harhoffovo htijenje za kažnjavanjem vojnih zapovjednika isticanjem pitanja kako objasniti obiteljima poginulih da vojni zapovjednici nisu odgovorni za smrti tisuća ljudi. Iz tog stava proizlazi da svrha međunarodnog kaznenog pravosuđa, odnosno u ovom slučaju ICTY-a, treba biti kažnjavanje pojedinaca te da se kriteriji trebaju ustanoviti na način da se te pojedince lakše kazni. To je daleko od suvremenog poimanja kaznenog prava, kao i ljudskih prava te prava optuženih.

Autori ovog rada, intrigirani pismom suca Harhoffa, odlučili su proanalizirati presude u predmetu Gotovina, te utvrditi da li u navedenom predmetu postoji pravni temelj kojim se opravdava drugostupanjska presuda ili se tu pak radi o očitom, razumnom oku vidljivom nametanju novih kriterija koji uistinu razdiru tektonske ploče međunarodnog kaznenog sustava.

3.1. Predmet Gotovina

Hrvatski general Ante Gotovina 15. travnja 2011. godine nepravomoćno je osuđen na 24 godine zatvora. U istom predmetu, nepravomoćno je osuđen i Mladen Markač, zapovjednik specijalnih redarstvenih jedinica MUP-a na 18 godina zatvora.⁵⁶ Pred raspravnim vijećem ICTY-a bili su optuženi za sudjelovanje u udruženom zločinačkom pothvatu koji je za cilj imao trajno uklanjanje srpskog stanovništva s područja međunarodno nepriznate Republike Srpske Krajine uz upotrebu sile, prijetnjom sile, progonom, prisilnim premještanjem, protjerivanjem i uništavanjem imovine.⁵⁷

Premda se Statutom ICTY-a izričito ne propisuje udruženi zločinački pothvat kao oblik pojedinačne kaznene odgovornosti, taj koncept usvojen je praksom Suda još u predmetu Tadić 1999. godine. Potom je potvrđen i u nekoliko drugih slučajeva⁵⁸ budući da je ICTY

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Budući da se protiv Gotovine i Markača vodio zajednički postupak zasnovan na istom činjeničnom i pravnom stanju, te sa sličnim presudama u prvostupanjskom i istim presudama u drugostupanjskom postupku, autori ovog rada su odlučili radi veće preglednosti i sustavnosti isticati samo presudu Anti Gotovini.

⁵⁷ ICTY, Prosecutor v. Gotovina, Čermak, & Markač, IT-06-90-T, Amended Joinder Indictment 1, od 17. svibnja 2007., para. 10. et 12. dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/gotovina/ind/en/got-amdjoind07O517e.pdf>.

⁵⁸ ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-T, 27. rujna 2006., para. 883., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/krajsnik/tjug/en/kra-jud060927e.pdf>; ICTY, Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al,

zaključio da je taj oblik odgovornosti dio međunarodnog običajnog prava kao izvora prava ICTY-a.⁵⁹

U teoriji su se razvile tri vrste udruženog zločinačkog pothvata. Osnovni oblik udruženog zločinačkog pothvata (u daljnjem tekstu: JCE⁶⁰ 1) obuhvaća slučajeve u kojima svi sudionici imaju istu namjeru da ostvare zajednički cilj i poduzimaju radnje usmjerene na njegovo postizanje. Teoretski primjer JCE 1 je situacija u kojoj više pojedinaca dogovori da počinjenje ubojstva, postupaju s namjerom počinjenja te sudjeluju u izvršenju djela imajući pritom različite uloge.⁶¹ Za ostvarenje JCE 1 potrebno je dakle, prije svega, da u izvršenju sudjeluje više osoba. Zatim je potrebno da postoji zajednički plan čije ostvarenje uključuje počinjenje kaznenog djela. Pri tome nije nužno da plan bude izričito formuliran, niti ranije dogovoren. Umjesto toga, može nastati u tijeku neke operacije. Konačno, potrebno je da optuženi sudjeluje u ostvarivanju zajedničke svrhe, bilo da neposredno izvršava neko kazneno djelo, bilo da na drugi način pomaže ili doprinosi izvršenju zajedničkog plana ili svrhe.⁶²

Drugi, sistemski oblik udruženog zločinačkog pothvata (u daljnjem tekstu: JCE 2) predstavlja varijaciju osnovnog oblika uz specifikaciju postojanja organiziranog sustava zlostavljanja, poput koncentracijskih logora, s ciljem izvršenja zločina nad zatočenim osobama.⁶³ *Actus reus* JCE 2 isti je kao kod JCE 1, dok je razlika u namjeri, to jest u *mente rea*, odnosno njenom dokazivanju. Naime, pri dokazivanju *mentem ream* JCE 2 predmnijeva se znanje optuženog o postojanju sistema zlostavljanja i namjeri da se plan zlostavljanja ostvari. Pritom nije potrebno dokazivati da je optuženi bio suglasan sa svakim pojedinim djelom počinjenim u okviru JCE 2, već je dovoljno utvrditi da je znao za sistem i da je pristao na njega.⁶⁴

Konačno, treći oblik predstavlja prošireni udruženi zločinački pothvat (u daljnjem tekstu: JCE 3). Odnosi se na situaciju u kojoj postoji zajednička namjera počinjenja nekog

IT-98-30/1-T, od 2. veljače 2001., para. 97.-98. dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/kvočka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>, ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, od 31. srpnja 2003., para. 440. et 490. dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>

⁵⁹ Ivanišević, Bogdan; Ilić, Goran; Višnjić, Tomislav; Janjić, Vesna, Vodič kroz Haški tribunal, propisi i praksa, Beograd : Misija OEBS u Srbiji, 2008., str. 119.

⁶⁰ Autori ovog rada odlučili su se za kraticu JCE izvedenu iz engleskog naziva udruženog zločinačkog pothvata (*joint crime enterprise*).

⁶¹ ICTY, Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, para. 196

⁶² Marston Danner, Allison, Martinez Jenny, Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law, 93 Cal. L. Rev. 75 2005; Gunel Guliyeva, *The Concept of Joint Criminal Enterprise and ICC Jurisdiction*, 5 EYES ON THE ICC 49, 2008. str. 53

⁶³ ICTY, Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al, IT-98-30/1-T, para. 88.

⁶⁴ ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, IT-97-25-T, od 17. rujna 2003., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>

kaznenog djela, ali jedan ili više počinitelja počine i ono djelo koje, iako je izvan okvira zajedničkog cilja, predstavlja prirodnu i predvidljivu posljedicu ostvarivanja tog zajedničkog cilja. Primjer JCE 3 bila bi egzekucija zajedničkog plana neke grupe da pripadnike određene nacionalnosti prisilno ukloni iz nekog mjesta, pri čemu jedna ili više žrtava budu ubijene. Premda ubojstvo nije bilo izričito sadržano u zajedničkom planu, moglo se predvidjeti da bi prisilno premještanje pod prijetnjom oružja moglo dovesti do smrti jednog ili više pojedinaca. *Mens rea* JCE 3 sastoji se od dva elementa. Prvo se u odnosu na dogovorene zločine traži namjera sudionika da pridonosi njegovom ostvarenju. Zatim se u odnosu na zločine počinjene van svrhe zajedničkog pothvata traži tzv. *dolus eventualis*. Iako optuženi nije imao namjeru da se izvrše zločini osim onih planiranih, on će biti odgovoran i za one zločine koji predstavljaju predvidljivu posljedicu djelovanja u postizanju zajedničkog cilja, ako je svjesno poduzeo rizik njihovog počinjenja.⁶⁵

U predmetu Gotovina relevantni su JCE 1 i JCE 3 modaliteti počinjenja udruženog zločinačkog pothvata. Ante Gotovina je u konačnoj verziji izmijenjene optužnice Tužiteljstva ICTY-a optužen da je od srpnja do 30. rujna 1995. godine sudjelovao u udruženom zločinačkom pothvatu koje ja za svrhu imalo uklanjanje srpskog stanovništva s područja Republike Srpske Krajine uz upotrebu sile, prijetnjom sile, progonom, prisilnim premještanjem, protjerivanjem i uništavanjem imovine. Kao predvidljivu i konačno ostvarenu posljedicu izvršenja tog zločina, smatralo je Tužiteljstvo, dogodio se veći broj drugih kaznenih djela koje je Gotovina trebao predvidjeti. U popratna kaznena djela, koja su bila svojevrsna nuspojava ostvarenja cilja udruženog zločinačkog pothvata Tužiteljstvo ICTY-a je svrstalo: progone na političkoj, vjerskoj i rasnoj osnovi, deportaciju i prisilno premještanje, pljačkanje i oštećenje privatne imovine srpskog stanovništva, razaranje gradova i sela koje ne može biti opravdano ratnim ciljem, mučenja, nečovječno postupanje i ubojstva. Konačan cilj je, prema optužnici, bio produkt pomno osmišljenog plana vodstva Republike Hrvatske uključivši u vrijeme podnošenja optužnice preminule: hrvatskog predsjednika Franju Tuđmana, ministra obrane Gojka Šuška, načelnika Glavnog stožera Oružanih snaga Republika Hrvatske Janka Bobetka. Kako je tvrdilo Tužiteljstvo ICTY-a, u cilju ostvarenja uklanjanja srpskog stanovništva bile su uključene sve hijerarhijske razine hrvatske države. Počevši od spomenutog vrha države, preko članova političkih i službeničkih struktura, članova Hrvatske demokratske zajednice koja je bila vodeća politička stranka tog vremena do pripadnika civilne i vojne policije, vojske i njenih specijalnih postrojbi. Ante Gotovina je

⁶⁵ ICTY, Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al, IT-98-30/1-T, para. 83.

optužen da je bio jedan od glavnih sudionika ostvarenja spomenutog cilja te da je odgovoran za koordiniranje, discipliniranje i nadziranje svojih podređenih.⁶⁶

3.1.1. Prvostupanjska presuda

Žalbeno vijeće ICTY-a u presudi obrazloženoj na 1378 stranica osudilo je Antu Gotovinu na 24 godine zatvora za zapovijedanje i kontrolu nad udruženim zločinačkim pothvatom. Pored nezakonitog bombardiranja koje je, prema stajalištu prvostupanjskog vijeća Suda, nedvojbeno ukazivalo na postojanje cilja protjerivanja srpskog stanovništva, Žalbeno se vijeće pozivalo na iskaze nekoliko svjedoka. Prije svega, bitno je istaknuti svjedočenje Alain Foranda, zapovjednika južnog sektora UNCRO-a⁶⁷.

Alain Forand je tijekom vojne operacije Oluja u više navrata kontaktirao generala Gotovinu te ga upozoravao na povrede međunarodnog humanitarnog prava za koje je smatrao da ju čine njegovi podređeni. Prvenstveno je u nekoliko protestnih pisama ukazivao na nedozvoljena granatiranja doline rijeke Cetine u općini Civljane, razaranje nekoliko obiteljskih kuća i smrti civila koji se ne mogu opravdati kao kolateralne žrtve opravdanog vojnog cilja. Forand je također isticao da nastavak granatiranja tog područja predstavlja ogluhu i nepoštivanje volje Ujedinjenih naroda. Gotovina je negirao bilo kakvu povezanost s tim napadima.⁶⁸

U tijeku napada hrvatske vojske na Knin, Forand je napisao do tada najradikalnije protestno pismo u kojem je urgirao i izričito zahtijevao obustavu svakog napada na grad Knin. Isticao je da je granatiranje od strane hrvatske vojske došlo bez povoda i bilo kakvog organiziranog otpora protivničke strane. Smatrao je da je pod vodstvom generala Gotovine izvršena agresija protiv nenaoružanih civila protivna svim pravilima međunarodnog prava.⁶⁹ Autori ovog rada izražavaju čuđenje da je navedeno protestno pismo u kojem se koristio izraz agresija uvršteno u presudu Raspravnog vijeća ICTY-a kao jedno od opravdanja osuđujuće presude. Naime, pojam agresije definiran je Rezolucijom 3314 (XXIX) Opće skupštine UN-a

⁶⁶ ICTY, Prosecutor v. Gotovina *et al.*, IT-06-90-PT, Amended Joinder Indictment, od 17. svibnja 2007., para. 12., 15., 16., 42.-43., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/gotovina/ind/en/got-amdjoind070517e.pdf>

⁶⁷ Operacija Ujedinjenih naroda za obnovu povjerenja u Hrvatskoj (eng. *United Nations Confidence Restoration Operation in Croatia*) mirovna je operacija Vijeća sigurnosti oformljena Rezolucijom 981 i pravni je sljednik UNPROFOR-a., UN Security Council, UN Security Council Resolution 981, od 31. ožujka 1995., dostupno na: <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/uncro.htm>

⁶⁸ ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, Volume II, IT-06-90-A, od 15. travnja 2011., para. 2337. dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415_judgement_vol2.pdf

⁶⁹ *Ibid.*, para. 2345.

kao upotreba oružane sile jedne države protiv suvereniteta, teritorijalnog integriteta ili političke neovisnosti druge države. Uzme li se u obzir da je Republika Hrvatska priznata od strane Ujedinjenih naroda 1992. godine, da su Ujedinjeni narodi kao dio hrvatskog teritorija priznali i sporno bombardirano područje, postavlja se pitanje kako se agresija mogla uopće počinuti budući da je agresija jedne države na samu sebe protivna samom pojmu agresije i svakoj pravnoj logici. Još više čudi što je taj pojam u protestnom pismu iskoristio upravo predstavnik UNCRO-a osnovanog od strane Vijeća sigurnosti UN-a.

Nakon ulaska hrvatske vojske u Knin, registrirani su paleži, pljačke, ubojstva i drugi *supra* spomenuti zločini. Alain Forand je od generala Gotovine tražio objašnjenje zašto nije zaustavio počinjenje tih zločina. Gotovina je smatrao kako zapovijedanje vojnicima nakon ulaska u grad nije bilo u njegovoj nadležnosti, da ih nije bio u mogućnosti kontrolirati te je iznio svoje stajalište kako je ponašanje njegovih vojnika bio izraz njihove osvete srpskom narodu za djela koja su činili Hrvatima od 1991. godine. Iz iznesenog stava, Forand je zaključio kako je general bio upućen u zbivanja nakon izvršene ratne operacije, da je znao tko su bili počinitelji kaznenih djela, ali da nije bio dovoljno sposoban da situaciju stavi pod vlastitu kontrolu.⁷⁰

Tajni svjedok 174 istaknuo je kako Gotovina nikad nije poricao počinjene zločine, no također i da nikada izričito nije rekao i istaknuo znanje da su ih počinili njemu podređeni vojnici.

Svjedok Soren Liborious, vođa operacije ECMM-a⁷¹, prenio je Gotovinine riječi kako se tijekom operacije Oluja dogodilo nešto što se nije smjelo dogoditi. Također je istaknuo da je general Gotovina smatrao kako je neprofesionalno ponašanje hrvatskih vojnika posljedica nepostojanja adekvatne vojne edukacije kojima bi se discipliniralo njihovo ponašanje i prevenirali brojni zločini.⁷²

Svjedok Marko Rajčić u svojem je svjedočenju ukazao na činjenicu da je Ante Gotovina pokrenuo disciplinske postupke protiv vojnika za koje je postojala sumnja da su počinili kaznena djela te proveo mjere njihove demobilizacije i oduzimanja vojnih činova. Također je svojim podređenim naredio da poduzmu daljnje mjere kako bi se identificiralo počinitelje i protiv njih poduzelo disciplinske i pravosudne mjere.⁷³ Pored toga, za obranu

⁷⁰ *Ibid.*, para. 2337.

⁷¹ *European Community Monitor Mission* misija je osnovana od strane Europske komisije u srpnju 1991. godine. s ciljem nadgledanja ratnih zbivanja na području zemalja bivše Jugoslavije.

⁷² ICTY, *Prosecutor v. Ante Gotovina et al.*, *Volume II*, IT-06-90-A, para. 2350

⁷³ *Ibid.*, para. 2353. et 2361.

generala Gotovine, Rajčićovo svjedočenje bilo je važno i zbog što je tvrdio kako je Gotovina izričito zahtijevao od svojih podređenih da se ograniče na gađanje vojnih objekata te da se od bombardiranja nužno zaštite jedinice UNPROFOR-a⁷⁴. Isticao je da je od velike važnosti da se bombardiraju samo one mete koje će donijeti znatnu vojnu prednost. Gotovina je također zahtijevao da se ratnim zarobljenicima pruži odgovarajuća zaštita.⁷⁵

Bitan dokaz predstavljao je transkript sastanka državnog i vojnog vrha⁷⁶ Republike Hrvatske na Brijunima 31. srpnja 1995. Raspravno vijeće ICTY-a je uzelo navedeni transkript kao dokaz postojanja plana protjerivanja srpskog stanovništva kao krajnji cilj hrvatskog udruženog zločinačkog pothvata. Premda u transkriptu nigdje izrijekom nije izražena ideja protjerivanja srpskog naroda te protjerivanje nigdje nije istaknuto kao cilj vojno-redarstvene akcije Oluja, Raspravno vijeće ICTY-a je činjenicu vremenskog podudaranja sastanka na Brijunima i napada na Knin te odlazak ogromnog broja srpskog stanovništva ocijenilo kao uzročno-posljedičnu.

U zaključku, pri obrazlaganju važnosti Brijunskih transkripata za predmet Gotovina, ICTY je iznio sljedeće izjave. Prije svega, citiran je tadašnji hrvatski predsjednik Franjo Tuđman koji je rekao da se Srbima treba dati izlaz s kninskog područja. Tuđman, predstavljen od strane Tužiteljstva kao čelna osoba udruženog zločinačkog pothvata, izjavio je također da je od velike važnosti da srpski civili napuste teritorij, a da ih potom napusti i srpska vojska. Smatrao je da će to imati veliki psihološki utjecaj na srpski narod. Odgovor generala Gotovine na Tuđmanove zahtjeve bio je da je veliki broj srpskog civilnog stanovništva već evakuiran s područja grada Knina te da je usmjeren prema Banja Luki i Beogradu. Ukoliko se pritisak hrvatske vojske nastavi, smatrao je Gotovina, kroz kratko vrijeme od civilnog stanovništva će ostati samo oni koji nisu u fizičkoj mogućnosti da odu.⁷⁷

Navedene izjave Raspravno vijeće ICTY-a predstavilo je kao dokaz postojanja hrvatske zločinačke politike, odnosno namjere progona srpskog stanovništva s područja Srpske Krajine. Navedene izjave, smatraju autori ovog rada, mogle su se interpretirati i na

⁷⁴ *United Nations Protection Force* (Zaštitne snage Ujedinjenih naroda) bila je mirovna operacija Ujedinjenih naroda zadužena za održavanje i uspostavljanje mira na području BiH i Hrvatske. Djelovala je od veljače 1992. do ožujka 1995. godine. Osnovana je Rezolucijom 713 Vijeća sigurnosti 1991. godine.; UN Security Council, Resolution 713 (1991), od 25. rujna 1991., dostupno na: <http://www.un.org/Docs/scres/1991/scres91.htm>; http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unprof_b.htm

⁷⁵ ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, *Volume I*, IT-06-90-A, od 15. travnja 2011., para. 1181. dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415_judgement_vol1.pdf

⁷⁶ Franjo Tuđman, Gojko Šušak, Miroslav Tuđman, Davor Domazet-Lošo, Zvonimir Červenko, Vladimir Zagorec i generali Miljenko Crnjac, Mirko Norac, Mladen Markač i Ante Gotovina., *Ibid.*, para. 1971.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 2304.

način da je hrvatska strana željela osigurati srpskom civilnom stanovništvu izlaz s područja na kojem se odvijao ratni sukob. U nepostojanju izričite izjave prije same operacije Oluja o cilju progona Srba, a u mogućnosti Suda da zauzme i upravo izneseno stajalište o sigurnoj evakuaciji civila. ICTY je navedene izjave mogao sagledati i sa stajališta koje ide u prilog optuženom, pogotovo uzme li se u obzir pravna maksima *in dubio pro reo*.

Također, citirana je izjava i predsjednika Tuđmana održana nakon vojne akcije. U svom govoru Tuđman navodi: „ali danas to je hrvatski Knin i nikada više nema povratka na ono što je bilo, da nam usred Hrvatske šire rak koji je razarao hrvatsko nacionalno biće. Nisu dozvolili da Hrvatska bude sposobna biti samostalna i suverena država. Kao što sam rekao, u par dana su otišli kao da ih nikad prije nije bilo. Nisu imali vremena da pokupe ni svoje prljave pare, devize, ni gaće“.⁷⁸

Važan dokaz su bili i nalazi topničkih vještaka Koningsa i Corna predloženi od strane Tužiteljstva ICTY-a. Konings je dobio uvid u naredbe generala Gotovine topničkoj postrojbi Hrvatske vojske. Konings je utvrdio da je Gotovina 2. kolovoza 1995. naredio napad na Knin bez detaljnih smjernica o konačnim metama i učinku koji se želi uzrokovati. Smatra da su u slučaju napada na grad detaljne specifikacije napada nužan preduvjet budući da se u suprotnom zapovijed može od strane podređenih protumačiti kao dozvola proizvoljnog bombardiranja. Na taj način je potencijalno obuhvatio i dopuštanje bombardiranja i onih dijelova grada u kojima boravi civilno stanovništvo. Nedavanje direktnih uputa, zaključio je Konings, pretpostavlja svjesno preuzimanje rizika da stradaju brojni civili.⁷⁹ S druge strane, vještak Corn je smatrao da se zapovijed generala Gotovine može protumačiti na različite načine, te da iz nje ne proizlazi zaključak da je samo i isključivo zapovjedio neselektivno bombardiranje Knina. Corn tvrdi da je moguće i tumačenje da je Gotovina naredio da se bombardiraju točno označeni vojni ciljevi.⁸⁰ Očito je da se radi o dva stručna mišljenja vještaka čiji se iskazi ne podudaraju. Sud je od navedenog uzeo samo činjenicu da je Gotovina naredio napade, dok će se pitanju njihove selektivnosti posvetiti naknadno.

Upravo je pitanje selektivnosti napada i granatiranja bio ključni dio postupka Anti Gotovini i presudi o hrvatskom udruženom zločinačkom pothvatu. Naime, ICTY je u predmetu Gotovina uspostavio kriterij prema kojem se u slučaju granatiranja nekog grada, sve granate koje padnu unutar 200 metara od opravdanog vojnog cilja smatraju kao dio opravdanog vojnog napada. Međutim, one granate koje padnu van radijusa od 200 metara

⁷⁸ ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, Volume II, IT-06-90-A, para. 2009.

⁷⁹ *Ibid.*, para. 1172.

⁸⁰ *Ibid.*, para. 1173.

smatraju se neopravdanim te se svaka tako nastala šteta, tjelesna ozljeda ili smrt smatra protupravnom.

3.1.1.1. Kriterij 200 metara

Da bi se shvatilo pitanje selektivnosti napada i pravna dogmatika protupravnog granatiranja, kao i utjecaj dosadašnjih pravnih standarda o protupravnom granatiranju na presudu u predmetu Gotovina, potrebno je objasniti razvoj pravne regulacije te problematike.

Kodifikacija međunarodnog kaznenog prava koja se odnosi na pitanje protupravnosti granatiranja počela je na *supra* spomenutoj Haaškoj mirovnoj konferenciji 1907. godine (vidi II. 1.1.). Najvažniji međunarodni dokument koji regulira navedenu materiju je Dopunski protokol Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba iz 1977. godine, poznat kao Protokol I. Premda nije ratificiran od strane svih vodećih svjetskih sila, on obuhvaća kodifikaciju postojećeg međunarodnog običajnog kaznenog prava obvezujućeg za sve države i sve pravne sustave.

Uređenje protupravnosti granatiranja vođeno je s tri osnovna načela. Prvo je načelo vojne nužnosti kojim se opravdavaju štete i pogibelji nužne da se neprijatelja podvrgne svojoj vlasti. Ono pretpostavlja da vojni zapovjednik prije svakog napada mora donijeti razumnu procjenu da meta napada predstavlja opravdani vojni cilj.⁸¹ Drugo načelo je načelo distinkcije civila i civilnih objekata od ratnika i vojnih objekata.⁸² Pravno je prepoznata činjenica da su uz vojne objekte nerijetko situirani i civilni objekti te da usred vojnog napada postoji mogućnost nastanka štete i civilima. U skladu s tim nastalo je i treće načelo, načelo proporcionalnosti. Njim se od vojnih zapovjednika zahtijeva da urade svjesnu, *bona fide* procjenu o potencijalnim kolateralnim civilnim žrtvama vojnog napada.⁸³ Potrebno je da važnost vojnog cilja opravda popratne žrtve i štete nastale u njegovom ostvarenju.⁸⁴

U obrađivanju zaključka Raspravnog, odnosno prvostupanjskog vijeća ICTY-a o protupravnosti granatiranja Knina autori ovog rada će sustavno i postupno analizirati zaključke Suda. Važnost davanja posebne pozornosti upravo pitanju selektivnosti granatiranja

⁸¹ International Committee of the Red Cross (ICRC), *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, čl. 52.2., od 8. lipnja 1977., 1125 UNTS 3, dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36b4.html>

⁸² *Ibid.*, čl. 48.

⁸³ *Ibid.*, čl. 51.5.

⁸⁴ Huffman, Walter B., Margin of Error Potential Pitfalls of the Ruling in the Prosecutor v. Ante Gotovina, *Military Law Review*; 2012., Vol. 211, str. 18.- 22.

istaknuti će se pri obrađivanju drugostupanjske, oslobađajuće presude ICTY-a u kojoj je Žalbeno vijeće upravo postavljanje kriterija 200 metara ocijenilo kao srž samog predmeta i na temelju ocjene njegove nevaljanosti poništilo sve ostale nalaze Raspravnog vijeća.

Raspravno je vijeće u donošenju odluke i postavljanju kriterija 200 metara bilo vođeno s nekoliko nalaza i vlastitih stajališta. Prije svega, ICTY je utvrdio da su se na teritoriju koji je bio granatiran nalazili i opravdani vojni objekti, čije bi osvajanje predstavilo veliku vojnu korist hrvatskoj vojsci. U skladu s tim, bilo bi nemoguće te strogo pravno neutemeljeno da je Raspravno vijeće cjelokupan napad te granatiranje kojim je rukovodio general Gotovina ocijenilo kao nedopušteno. ICTY je, dakle, zaključio postojanje opravdanih vojnih ciljeva. Pored toga, ICTY je istaknuo vrstu topova i granatnih bacača⁸⁵ koje je koristila Hrvatska vojska te ih ocijenio kao dopuštena ratna sredstva.

Premda je Raspravno vijeće istaknulo djelomičnu zakonitost hrvatskih napada, izrijekom ih razlikuje od nezakonitih. Kriterij diferencijacije predstavlja kriterij 200 metara. Pomoću njega se zaključuje da se za svaki projektil koji je pao unutar 200 metara od identificiranog i opravdanog vojnog cilja neoborivo predmnijeva da je bio usmjeren upravo na taj cilj. S druge pak strane, svaki onaj projektil koji je pao na udaljenost veću od 200 metara od opravdanog vojnog cilja smatra se nezakonitim. To jest, budući da nije usmjeren na objekt čije bi osvajanje donijelo vojnu korist, neoborivo se predmnijeva da je bio usmjeren na gađanje civilnih objekata što je protivno brojnim međunarodnopravnim konvencijama, kao i samom kogentnom međunarodnom običajnom pravu koje stavlja civile pod zaštitu.

Kriterij 200 metara zapravo je patent Raspravnog vijeća ICTY-a u predmetu Gotovina, odnosno sudaca Alphons Oriea, Uldis Ķinisa i Elizabeth Gwanzueae. Bitno je istaknuti kako nikad prije u praksi ICTY-a, kao ni u praksi drugih međunarodnih kaznenih sudova nije upotrebljen navedeni kriterij. Također, njegova upotreba nije poznata niti u vojno-topničkoj doktrini, niti praksi. U suštini je nejasan način na koji se Raspravno vijeće odlučilo osloniti na kriterij 200 metara budući da nisu tražili mišljenje nijednog eksperta vještaka o tom kriteriju, niti je neki od njih sugerirao na njegovu upotrebu. Tek je zabilježen iskaz Andrew Lesliea, kanadskog generala i vođe mirovne misije UN-a u Hrvatskoj, koji je sugerirao na upotrebu kriterija od 400 metara. Međutim, Raspravno je vijeće njegovu sugestiju odbacilo zaključivši kako Leslie nije topnički stručnjak.⁸⁶ Sud je potom bez detaljnog objašnjenja, bez referiranja na prethodno iznesene zaključke jednostavno odredio da „smatra kako je razumna

⁸⁵ 130 milimetarski raketni bacači, BM 21; *Ibid.*, str. 31.

⁸⁶ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, *Volume II*, IT-06-90-A, para. 1898

interpretacija da su oni topnički projektili ispaljeni na vojne ciljeve i pali unutar udaljenost od 200 metara od njih bili namjerno usmjereni na opravdanu vojnu metu⁸⁷.

Postavivši navedenim kriterijem presumptivnu bazu, sud je zaključio da svi oni projektili koji su pali više od 200 metara od opravdanog vojnog cilja nisu posljedica pogreške u gađanju, nego su produkt namjernog gađanja točno onog mjesta na koje su pali. Budući da su mjesta pada granata uglavnom civilna područja u kojima nije bilo prisustva srpske vojske čije bi napadanje predstavilo opravdan vojni cilj, Raspravno vijeće je zaključilo da je Gotovina naredio napade upravo na to područje.⁸⁸

Dosadašnjom praksom ICTY-a provodilo se postupovno pravilo da Tužiteljstvo treba dokazati svoje tvrdnje. Ukoliko postoji bilo koje razumno objašnjenje utvrđivane činjenice koje ide u korist optuženom, ICTY treba ići u korist optuženom.⁸⁹ Razumno objašnjenje koje bi išlo u korist generalu Gotovini bilo bi da se u dogodila greška u gađanju opravdanih vojnih ciljeva te da je ona uzrok nastanka štete civilima i civilnim objektima. ICTY je navedeno, u praksi Suda prethodno oživotvoreno, načelo *in dubio pro reo* jednostavno zaobišao formulirajući u praksi do tada nepostojeći kriterij 200 metara. Raspravno vijeće ICTY-a je zapravo podvrglo pravila međunarodnog kaznenog prava jednoj matematičkoj formuli koja do tada nije postojala u međunarodnom kaznenom pravu te na temelju nje donosilo zaključke.

Iz navedenih dokaza, iskaza svjedoka, vještaka, Brijunskih transkripata te konačno kriterija 200 metara, Raspravno vijeće ICTY-a zaključilo je da je postojao udruženi zločinački pothvat, rašireni i sustavni napad protiv srpske civilne populacije. Sud je presudio da je Gotovina znao za navedeni plan protjerivanja Srba te da je bio jedan od njegovih ključnih figura. Slijedom navedenog, osudio ga je nepravomoćnom prvostupanjskom presudom na 24 godine zatvora.

3.1.2. Drugostupanjska presuda

Zbog jasnoće i lakšeg razumijevanja dvojbjenih pitanja drugostupanjske presude, uvodno će se ukratko još jednom izložiti ICTY-ev kriterij preispitivanja presude prvostupanjskog vijeća koji je, između ostalog, formuliran i na početku presude u predmetu

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Granatiranje bolnice i mrtvačnice udaljenih 400, odnosno 750 metara od opravdanog vojnog cilja, tvornica udaljena 250 metara od opravdanog vojnog cilja., *Ibid.*, para. 1898. et 1906.

⁸⁹ ICTY, Prosecutor v. Mucić *et al.*, IT-96-21-T, od 16. studenog 1998., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf

Gotovina. Žalba se u postupku pred ICTY-em može temeljiti na dva razloga: pogrešci pri primjeni prava koja utječe na valjanost presude i pogrešci pri utvrđivanju činjenica, koja je uzrokovala pogrešnu primjenu prava.

Ukoliko žalbeno vijeće utvrdi postojanje pogreške pri primjeni prava koja proizlazi iz primjene pogrešnog pravnog kriterija, ono će vijeće artikulirati adekvatan pravni kriterij i primijeniti ga na činjenice koje je prethodno utvrdilo raspravno vijeće.⁹⁰ Žalbeno vijeće neće ispitivati i činjenice, već će samo na njih primijeniti prikladan pravni kriterij. Takav postupak je razumljiv budući da je raspravno vijeće ono pred kojim su se izvodili dokazi te utvrđivale činjenice. Upravo iz razloga otuđenosti od utvrđivanja činjeničnog stanja, žalbeno vijeće prema činjeničnom nalazima raspravnog vijeća postupa s povjerenjem. Pri navedenoj primjeni adekvatnog pravnog kriterija, žalbeno vijeće ne samo da ispravlja pravnu pogrešku, već i primjenjuje ispravan pravni kriterij na prethodno utvrđene činjenice te presuđuje je li uvjeren iznad razine osnovane sumnje u optuženikovu krivnju.

U slučaju žalbe zbog pogreške pri utvrđivanju činjenica koja je uzrokovala pogrešnu primjenu prava kao kriterij ispitivanja presude raspravnog vijeća koristi se tzv. „kriterij razumnosti“. On je ustanovljen kako bi spriječio da žalbeno vijeće olako ignorira činjenične nalaze raspravnog vijeća. Naime, u ispitivanju nalaza raspravnog vijeća, žalbeno će vijeće zamijeniti nalaze samo u slučaju kada nijedan razuman sudac ne bi mogao doseći zaključke koje je u ispitivanju činjenice doseglo raspravno vijeće. Pri tom, taj zaključak raspravnog vijeća o činjeničnom stanju mora imati takav značaj da uzrokuje pogrešnu primjenu prava.⁹¹ Stoga, žalbeno vijeće ne može olako odbaciti činjenične nalaze raspravnog vijeća. Glavni uzrok tome je u činjenici da raspravno vijeće ima prednost u opservaciji činjenica, prvenstveno iskaza svjedoka o kojima žalbeno vijeće saznaje tek temeljem zapisa s prvostupanjske rasprave. Stoga je očito da je raspravno vijeće izrazito bolje pozicionirano u ocjenjivanju pouzdanosti i vjerodostojnosti dokaza.⁹²

Žalbeno vijeće ICTY-a je većinom od tri člana naprema dva pravomoćnom presudom oslobodilo Antu Gotovinu. Budući da je raspravno vijeće utvrdilo udruženi zločinački pothvat

⁹⁰ICTY, Prosecutor v. Gotovina, IT-06-90-A, od 16. studenog 2012., para. 12., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf

⁹¹ ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, IT-04-84-A, od 19. srpnja 2010., para. 12., ICTY, Prosecutor v. Boškoski *et* Tarčulovski, IT-04-82, od 19. svibnja 2010., para 13., ICTR, Prosecutor v. Bagosora *et* Nsengiyumva, ICTR-98-41-A, od 14. prosinca 2011., para. 18.

⁹² *Ibid.*

kao temelj cijelog postupka protiv Gotovine, Žalbeno vijeće ispitivalo je samo njegovu krivnju za navedeni oblik odgovornosti.

U analizi nepravomoćne prvostupanjske presude kojom je Gotovina osuđen na dvadeset i četiri godine zatvora, Žalbeno vijeće je kao srž cijele konstrukcije udruženog zločinačkog pothvata, srž optužnice, te konačno presude uzelo protupravnost granatiranja naređenog od strane generala Gotovine. Kriterij 200 metara označen je kao središnje pitanje cijelog postupka i temeljni indikator postojanja udruženog zločinačkog pothvata.

Žalbeno vijeće je ustanovilo da je Raspravno vijeće počinilo pogrešku pri primjeni prava, jedno od dva žalbena razloga u postupku pred ICTY-em. Zaključilo je da je do pogreške došlo tako što Raspravno vijeće nije valjano obrazložilo dolazak do kriterija 200 metara, niti razlog njegove primjene na predmet Gotovina. Žalbeno vijeće posebno ističe da ni iz jednog od dokaza izvedenih pred Raspravnim vijećem, ponajprije iz iskaza svjedoka, nije proizišla misao o uvođenju kriterija 200 metara. On je kao takav označen plodom proizvoljnosti sudaca prvostupanjskog postupka.⁹³

Većina Žalbenog vijeća, smatraju autori ovog rada, opravdano je porekla kriterij 200 metara. Međutim, u daljnjem donošenju svoje odluke, suci s izdvojenim mišljenjima su tvrdili da je većina počinila kardinalne postupovne pogreške. Kao što je *supra* istaknuto, pogreška u uvođenju navedenog kriterija ocjenjena je kao pogreška pri primjeni prava. U slučaju takve pogreške prvostupanjskog suda, prema dosada utvrđenoj praksi suda, što je i u samoj drugostupanjskoj presudi najavljeno⁹⁴ sud treba učiniti sljedeće: utvrditi postojanje pogreške pri primjeni prava, odnosno pogrešku u primjeni pravnog kriterija, potom artikulirati adekvatan pravni kriterij i primijeniti ga na prethodno utvrđene činjenice.

Premda je Žalbeno vijeće najavilo da će provesti postupovni kriterij preispitivanja pogreške pri primjeni prava te da će potom učiniti *de novo* ispitivanje činjenica kako bi zaključilo je li presuda Raspravnog vijeća o postojanju udruženog zločinačkog pothvata opstojna i bez postojanja kriterija 200 metara, to nije učinilo. Umjesto, Žalbeno vijeće je samo poništilo navedeni nalaz Raspravnog vijeća te zaključilo da bez postojanja kriterija 200 metara ne postoji ni protupravno granatiranje, a da bez protupravnog granatiranja kao srži konstrukcije postojanja udruženog zločinačkog pothvata ne postoji ni počinjenje kaznenog djela udruženog zločinačkog pothvata.

Protiv takve pogreške u provedbi kaznenog postupka snažno su se usprotivili suci Agius i Pocar u svojim izdvojenim mišljenjima. Dok je sudac Agius istaknuo neutemeljenost

⁹³ ICTY, Prosecutor v. Gotovina, IT-06-90-A, od 16. studenog 2012., para. 59.- 61.

⁹⁴ *Ibid.*, para 10.-15.

uvođenja kriterija 200 metara,⁹⁵ sudac Pocar ga je opravdavao. Pozivajući se na visoka pravna načela i potrebu donošenja objektivne sudske presude, Pocar je tvrdio da je presumpcija ilegalnosti granata koje su pale dalje od 200 metara od vojnog cilja ispravan zaključak te plod darežljivosti Raspravnog vijeća prema generalu Gotovini. Smatra kako je svrha njegovog uvođenja bila da se Gotovinu oslobodi od odgovornosti za sve projekte koji su pali unutar 200 metara te da je njegovim uvođenjem Gotovina profitirao. U protivnom, smatra sudac, mogao bi biti odgovoran i za projekte bačene unutar 200 metara.⁹⁶ Autori ovog rada postavljaju nekoliko pitanja. Prije svega, ukoliko se patentiranjem do tada nepostojećeg kriterija 200 metara uspostavila nepravomoćna kaznena odgovornost generala Gotovine, na koji način se tim kriterijem ide Gotovini u korist? Kojom logikom bi Gotovina, da nije uspostavljen navedeni kriterij, bio odgovoran za projekte koji su pali u blizinu legitimnog vojnog cilja? Sudac Pocar nije ponudio objašnjenje. Najviše zbunjuje Pocarovo pozivanje na objektivnu pravednost i potrebu donošenja objektivne sudske presude, dok istovremeno kao argument održivosti kriterija 200 metara navodi da je njegovo uvođenje usluga Gotovini, da mu ide u korist te da ga zapravo povlašćuje. Pocar takvo eventualno povlašćivanje evidentno opravdava. Tim svoje zahtjeve za pravednom presudom stavlja u opreku s vlastitim zaključkom o pogodovanju budući da je opravdavanje eventualnog pogodovanja Gotovini u suštinskoj kontradikciji s objektivnom pravednošću.

U izdvojenim mišljenjima, Agius i Pocar su složni da je većina pogriješila u provođenju kriterija preispitivanja prvostupanjske presude. Očito je da se radi o povredi postupovnih pravila te da najavljeno uvođenje adekvatnog pravnog kriterija nije provedeno. Također, Žalbeno vijeće nije *de novo* preispitalo presudu Raspravnog vijeća nakon rušenja kriterija 200 metara te nije pojedinačno pregledalo svaki pojedini dokaz i izvelo zaključak o održivosti postojanja udruženog zločinačkog pothvata u odsustvu kriterija 200 metara. Suci ističu čuđenje da se u tri paragrafa drugostupanjske presude ruši tisuću tristo stranica argumentiranja prvostupanjske presude. Zaključno, presudu Žalbenog vijeća ističu kao neprihvatljivu, dok sudac Pocar smatra da „pravda nije zadovoljena“⁹⁷.

Autori ovog rada, smatraju konačan zaključak sudaca u izdvojenim mišljenjima neutemeljenim. Prije svega, njihov argument kvantitete stranica teksta prvostupanjske presude djeluje, u najmanju ruku, neozbiljno. U praksi svih međunarodnih kaznenih sudova presude

⁹⁵ ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, IT-06-90-A, od 16. studenog 2012., Dissenting Opinion of Judge Agius, para. 2., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf

⁹⁶ ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, IT-06-90-A, od 16. studenog 2012., Dissenting opinion of Judge Pocar, para. 9.-12., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf

⁹⁷ *Ibid.*, para 14.

prvostupanjskih vijeća su znatno veće od presuda drugostupanjskih vijeća. Osim toga, suci u izdvojenim mišljenjima zanemaruju činjenicu da tisuću tristo stranica teksta prvostupanjske presude čine različita činjenična i pravna pitanja, brojni odbijeni zahtjevi Tužiteljstva ICTY-a. Što je najvažnije, zanemaruju da je kriterij 200 metara, osovina cijelog postupka izveden paragrafu 1898 presude Žalbenog vijeća ICTY-a bez ikakvog argumentiranja i uvoda u nepune dvije rečenice. Kvantitativno gledano, ocjenjujući samu suštinu spora i primjenu navedenog kriterija, više napora u njegovu utemeljenost je unijelo Žalbeno nego Raspravno vijeće.

Supra je opsežno elaborirana neodrživost postojanja kriterija 200 metara koje je očito srž konstrukcije postojanja udruženog zločinačkog pothvata. Uz nepostojanje tog kriterija, pitanje je na čemu se može izvesti odgovornost generala Gotovine za sudjelovanje u udruženom zločinačkom pothvatu čije je izvođenje, prema navodima Tužiteljstva ICTY-a, bilo isplanirano od strane rukovodstva moderne Republike Hrvatske. Pravomoćnom presudom o Gotovininoj odgovornosti, *de facto* bi se presudilo i okrivilo cijeli hrvatski narod te sve strukture hrvatske državne vlasti za provođenje zločinačke politike protjerivanja srpskog stanovništva.

U samom postupku, Tužiteljstvo je dugotrajno pokušavalo pribaviti Brijunske transkripte u kojima su očekivali izričito izraženu hrvatsku zločinačku politiku. Uz pribavljanje dokumenata na dvojbenu način, pokušaji Tužiteljstva da se pribavi dokaz koji će ukazati na postojanje ideje protjerivanja srpskog stanovništva ostali su jalovi. U nijednom trenutku nitko od organizatora vojno redarstvene operacije Oluja nije istaknuo ideju prisilnog tjeranja civila kao vodilju hrvatskog organiziranog napada. Također, nijedan iskaz svjedoka nije potvrdio izraženu misao ostvarivanja udruženog zločinačkog pothvata. Pored toga, evidentirani su Gotovini naponi pokretanja stegovnih i kaznenih postupaka protiv izdvojenih pojedinaca za utvrđivanje odgovornosti za počinjenje kaznenih djela po završetku vojne operacije. Da je Gotovina htio širiti strah i izgnati srpsko civilno stanovništvo, za očekivati bi bilo da bi umjesto pozivanja na odgovornost pojedinaca, prikrivao njihove zločine. Bez ikakvog pokazatelja eventualne hrvatske zločinačke politike i bez izražene namjere, uz rušenje kriterija 200 metara, zaključak o nevinosti Ante Gotovine bio je jedini očekivani zaključak.

Činjenica je ipak da Žalbeno vijeće nije primijenilo vlastiti ustanovljeni kriterij preispitivanja prvostupanjske presude. Ustanovilo je pogrešku u primjeni prava, no nije artikuliralo adekvatni pravni standard i primijenilo ga na postojeće činjenice. Kruto gledano, odstupilo je od postupovnih pravila. Međutim, može se zauzeti i drugo stajalište. Kako je

ustanovljeno, kriterij 200 metara je do presude u predmetu Gotovina bio nepostojeći kako u pravnoj, tako i u topničko-artiljerijskoj doktrini i praksi. Patentiran je od strane triju sudaca Raspravnog vijeća ICTY-a koje pri njegovom patentiranju nije argumentiralo način dolaska do tog kriterija, niti je na bilo koji način pokušalo opravdati potrebu njegovog korištenja. Ako je njegovo uvođenje utvrđeno kao pogrešno, neutemeljeno, do tada nepostojeće i u konačnosti nevaljano, postavlja se pitanje zašto bi nakon takvog utvrđivanja uopće bilo potrebno uspostavljati drugi kriterij? Kakav uopće kriterij bi trebalo uspostaviti kad se jednom utvrdi ništavost prethodnog? Iz kojeg razloga nije dovoljno jednostavno poništiti kriterij 200 metara i vidjeti je li bez njega opstojna konstrukcija udruženog zločinačkog pothvata?

Središnji problem je u ogromnim pravnim prazninama Statuta ICTY-a koji je veliku dužnost dao praksi i njenom razvijanju. Bitno je istaknuti kako se do sada u praksi ICTY-a, ni drugih *ad hoc* sudova nije vršilo svojevršno patentiranje i izmišljanje novih pravnih kriterija, za koje bi se potom u drugom stupnju utvrdilo da su nevaljani. Praksom uspostavljeni pravni kriterij preispitivanja prvostupanjske presude zbog greške u primjeni prava teško pokriva takvu situaciju. Njim se zapravo Žalbeno vijeće stavilo u situaciju u kojoj je trebalo odlučiti hoće li jednostavno poništiti i ignorirati sve zaključke proizišle iz kriterija 200 metara ili će, po uzoru na Raspravno vijeće, iznaći novi, vlastiti patent i iz njega izvesti zaključak o udruženom zločinačkom pothvatu. Žalbeno vijeće je izbjeglo izmišljati nova rješenja te, smatraju autori ovog rada, donijelo ispravnu odluku. Ignoriralo je pravno neutemeljen zaključak Raspravnog vijeća o protupravnosti granatiranja svega što je udaljeno više od 200 metara od opravdanog vojnog cilja. U nepostojanju izričito izražene politike protjerivanja srpskog civilnog stanovništva, Žalbeno vijeće je vođeno logikom i osjećajem prava ispravno zaključilo o nepostojanju udruženog zločinačkog pothvata.

Preveniranje postojanja eventualnih postupovnih pogreški suda koje se impliciraju u konačnosti na ishod presude može se postići sustavnim i cjelovitim kodificiranjem Statuta ICTY-a. Na taj bi se način cjelovito regulirale i predvidjele sve potencijalne postupovne situacije te bi se sucima dala jasna smjernica u postupanju. Na ovaj način nastaju presude koje izazivaju političke potrese u javnosti država čije je stanovništvo ne tako davno prošlo kroz strahote ratnih stradanja. Otvaranje mogućnosti različitih tumačenja pravnih instituta i automatski različitih presuda u faktički istoj situaciji ne doprinosi održanju mira, niti pravnoj sigurnosti što su bile i jedne od primarnih intencija Vijeća sigurnosti UN-a u osnivanju ICTY-a. Međutim, bila kakva današnja promjena Statuta ICTY-a, statuta suda koji se nalazi pred krajem svog rada je teško izvediva i nerealno je očekivati da će do nje doći.

Pitanje učestalosti pogreški suda, pravnih zaključaka upitne kvalitete prvostupanjskih sudova i potom njihovog rušenja te njihov utjecaj na vjerodostojnost i smisao postojanja samog ICTY-a biti će posebno obrađeno u sljedećem dijelu rada.

4. Kritika rada ICTY-a

Osnutak ICTY-a, kao što je u II. 2.1. istaknuto, popraćen je uz kontroverze i prijepore budući da osnivaču Suda, Vijeću sigurnosti, Poveljom Ujedinjenih naroda nije dodijeljena izričita ovlast osnivanja *ad hoc* sudova. Naprotiv, ona je izvedena ekstenzivnim tumačenjem Povelje. *Ratio* osnivanja bilo je, *inter alia*, utvrđenje objektivnog međunarodnog suda čije će provođenje prava prevenirati počinjenje daljnjih zločina u ratu na prostoru bivše Jugoslavije. Dodatnu težnju predstavljalo je osiguranje objektivnih suđenja kojima bi se izbjegle potencijalno dvojbene presude pred nacionalnim sudovima iz čije se jurisdikcije osnivanjem ICTY-a izuzimaju predmeti o povredama međunarodnog humanitarnog prava. S današnje perspektive jasno je da Sud ni u jednom od toga nije uspio.

Prije svega, ICTY na prostoru bivše Jugoslavije nije shvaćen kao snažan međunarodni autoritet koji bi suzbio ratne zločine s bilo koje strane. Kao dokaz tome potrebno je istaknuti da su najveći zločini, poput Srebreničkog genocida i masakra na Ovčari, počinjeni upravo nakon osnivanja Suda.

Pored toga, vjerojatno i važnija ili barem tipičnija zadaća jednog suda – ona o donošenju objektivnih i sustavnih sudskih odluka dovedena je u pitanje. Lavinu kritika Sudu pokrenuo je *supra* spomenuti sudac Harhoff osvrnuvši se na prethodno elaborirani predmet Gotovina. Jasno je da praksa ICTY-a nije predvidljiva i jednolična, jasno je da na prostorima bivše Jugoslavije ne ulijeva sigurnost i ne pruža povjerenje. Primjer za to je patentiranje do tada nepostojećeg kriterija 200 metara u predmetu Gotovina, okosnice osuđujuće nepravomoćne presude hrvatskom generalu koji je potom opravdano poništen od strane Žalbenog vijeća ICTY-a u oslobađajućoj presudi.

Takav problem neujednačenosti ima izvorište u dvjema činjenicama. Prvenstveno, Statut ICTY-a je nedovoljno izgrađen kako materijalno, tako i postupvopravno da bi se njime predvidjeli svi slučajevi koji se pred sudom nađu. Također, ICTY ne poznaje precedentalni sustav kojim bi jednom donesena presuda obvezivala buduća raspravna, odnosno žalbena vijeća da donose ujednačene presude u činjenično sličnim slučajevima. Premda se u argumentiranju svojih odluka suci pozivaju na presude u prošlim predmetima kako bi dobili na uvjerljivosti, prethodne presude prema Statutu ICTY-a nemaju formalnopravnu snagu. Vijeća ICTY-a stoga nemaju nikakvu prepreku da presude predmet drugim kriterijima i odvedu ga drukčijim putem nego što su to učinila vijeća prije njega. Bavljenje ovim pitanjem bi u vrijeme osnivanja suda moglo biti tretirano kao doktrinarno bavljenje nepotrebnim. Međutim, iz današnje perspektive kada se vide određena odstupanja

od dosadašnje prakse, pogrešna interpretiranja, kao i kreiranje do tada nepostojećih kaznenopravnih kriterija nužno je da se međunarodna pravna zajednica oglasi i ponudi rješenje kako bi se spriječile eventualne buduće pogriješke u međunarodnom kaznenom pravosuđu. Ovakvo stanje neujednačene sudske prakse dovodi u pitanje pravnu sigurnost, kao i vjerodostojnost samog ICTY-a. To pitanje biva važnije, jače i izraženije kada se uzmu u obzir implikacije koje presude ICTY-a ostave na području zemalja bivše Jugoslavije. Donošenje nepravomoćnih optužujućih presuda s dugogodišnjim zatvorskim kaznama koje bivaju preinačene u oslobađajuće, kao i primjerice naknadna preinaka presude Žalbenog vijeća Veselinu Šljivančaninu šire konfuziju među stanovništvom zemalja bivše Jugoslavije. Pri tome, u najmanju ruku, ICTY ne ispunjava jednu od svojih temeljnih postavki i zadaća, a to je učvršćenje međunarodne pravne sigurnosti. Najsvježiji primjer je onaj presude Raspravnog vijeća u predmetu Vojislav Šešelj koje je donijelo nekoliko zaključaka koji su suštinski kontradiktorni sa prethodno donesenim presudama ICTY-a. Prije svega to je zaključak Raspravnog vijeća da se na prostoru Republike Hrvatske te Bosne i Hercegovine nije dogodio sustavan i raširen napad od strane srpske vojske, dok je postojanje takvog napada prethodno utvrđeno u pravomoćnoj presudi predmeta Martić.⁹⁸ Jednako tako, svega nekoliko dana prije presude Vojislavu Šešelju kojom je utvrđeno da dotični nije dio udruženog zločinačkog pothvata donesena je presuda Radovanu Karadžiću. U toj je presudi utvrđeno da je Radovan Karadžić sudionik udruženog zločinačkog pothvata, za koji je u optužnici tužiteljstva ICTY-a naglašeno da se njegovim sudionikom smatra i Vojislav Šešelj.⁹⁹ Ime Vojislava Šešelja i isticanje njegovih doprinosa u ostvarenju udruženog zločinačkog pothvata je u predmetu Karadžić istaknuto 93 puta.¹⁰⁰ Takva razina neusklađenosti uvelike problematizira vjerodostojnost presuda ICTY-a. Dvojbena vjerodostojnost suda čije odluke automatski izazivaju turbulencije može imati i ima ogromne negativne implikacije za zemlje s prostora bivše Jugoslavije.

Pitanje koje se postavlja je, pogotovo uzme li se u obzir da je ICTY osnovan bez izričite ovlasti Vijeće sigurnosti, je li možda Sud tek jedan eksperiment Ujedinjenih naroda koji je u jednom trenutku krenuo u krivom pravcu? Autori rada ne izvode zaključak o navedenom pitanju, već im je intencija samo ga istaknuti te dodirnuti jedan od tabua međunarodne pravne zajednice.

⁹⁸ ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, IT-95-11-A, od 8. listopada 2008., para 189., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/martic/acjug/en/mar-aj081008e.pdf>

⁹⁹ ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadžić, Third Amended Indictment, para 11., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/ind/en/090227.pdf>

¹⁰⁰ ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadžić, IT-95-5/18-T, od 24. ožujka 2016., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf

Kao jedan od pionira međunarodnog kaznenog pravosuđa, ICTY-eva zadaća svakako je postavljanje temelja izgradnje stabilnog i pouzdanog međunarodnog pravosudnog sistema. Prethodno je zaključeno da Sud to nije napravio na najbolji način. Svi početnici rade greške, ni ICTY u tom nije bio iznimka. Danas kada postoji stalni Međunarodni kazneni sud malo je vjerojatno da će doći do potrebe budućih osnivanja međunarodnih kaznenih *ad hoc* sudova. Ako pak dođe, potrebno je prije njihovih osnivanja utemeljiti dovoljno obuhvatan statut kojim će se do u tančine predvidjeti postupovna pravila, pogotovo ona kojim se uređuje postupanje žalbenih vijeća, njihove ovlasti i dužnosti. Budući da se radi o međunarodnom sudu, jasno je da nije jednostavno pomiriti razlike suštinski različitih pravnih sustava i naći solomonsko rješenje. Međutim, apsurdno bi bilo ponavljanje pogreški ICTY-a u budućnosti, različita tumačenja pojedinih pravnih instituta kao i izigravanje pravnih inovatora patentiranjem u svjetskoj pravnoj doktrini nepostojećih pravnih standarda.

Autori rada su za mišljenje o radu Suda i konačnoj ocjeni o njegovoj učinkovitosti tražili mišljenje Sterling profesor emeritusa Mirjana Damašku sa sveučilišta Yale koji je samo i isključivo za potrebe rada izjavio : *„Teško je ocijeniti učinkovitost neke ustanove ako njeni ciljevi nisu jasni. Negdje sam citirao jednu staru mornarsku poslovicu da nijedan vjetar nije povoljan lađi bez jasnog odredišta. To je pak slučaj sa ICTY-om, kao i drugim međunarodnim sudovima. Ako im je, na primjer, poglaviti cilj kaznama spriječiti zločine, ni ICTY, pa ni ICC nisu se pokazali uspješnima. Sjetite se da je Srebrenica uslijedila nakon osnivanja ICTY, a sad je dovoljno pogledati što se zbiva na Bliskom istoku. Po mom je mišljenju najvažnija uloga suda dugoročan odgojni utjecaj na stvaranje moralne klime u kojoj će biti lakše stvoriti konsenz o nedopustivosti određenih nehumanih djela. Ako se stvari tako postave teško je u ovom trenutku davati konačnu ocjenu. Uzmite, na primjer, da Reichsgericht Njemačkog Carstva nije uopće bio učinkovit, ali se dugoročno pokazala korisnost njegove judikature. Možda će se to pokazati i u slučaju ICTY. Osobno mislim da se optimizam o ICTY može održati samo u pogledu tog dugoročnog utjecaja.“*¹⁰¹

Potrebno se osvrnuti na u II. 3. istaknutu konstrukciju suca Harhoffa koji je presude u predmetu Gotovina ocijenio kao zavjerničke presude koje za cilj imaju otežavanje budućih osuđivanja vojnih zapovjednika. Pri obrazlaganju navedenih predmeta utvrđena je pogreška Raspravnog vijeća ICTY-a u predmetu Gotovina. Premda Sud nije postupao ujednačeno, autori ovog rada smatraju kako nema logičnog temelja za utvrđenje da je ICTY intenciozno

¹⁰¹ Iz intervjua sa Sterling profesor emeritus Mirjanom Damaškom, od 5. listopada 2015.

donosio oslobađajuće presude kako bi, prema navodima suca Harhoffa, gotovo pa onemogućio osuđivanje vojnih zapovjednika. To je najočitiije u predmetu Gotovina. Ako postoji dvojbenost u tom predmetu, ona izvire prvenstveno iz osuđujuće presude Raspravnog vijeća koje je iskonstruiralo kriterij 200 metara, okosnicu osude Gotovini za sudjelovanje u udruženom zločinačkom pothvatu. Jednom srušen kriterij, bez u bilo kojem trenutku istaknute hrvatske zločinačke politike srušio je cijelu konstrukciju udruženog zločinačkog pothvata. Namjera Žalbenog vijeća je prije svega težnja za utvrđivanjem čvrstih okvira odgovornosti te ostvarenje pravne sigurnosti, posebno s obzirom na moguće učinke na budućnost koja je, što je vidljivo iz same presude, uzeta u obzir. Navedenim zaključkom, stav o postojanju eventualnog obrasca ICTY-a kojim poremećuje do tad utvrđene kriterije Suda kako bi spriječio osude vojnim zapovjednicima jednostavno nije realan. Stoga, premda se mogu utvrditi neke pogreške, ICTY se nikako ne može odrediti kao politički instrument svjetskih sila i oruđe proizvodnje presuda neovisnih o pravu.

5. Zaključak

Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od godine 1991. je međunarodna pravosudna institucija ovlaštena za suđenje pojedincima s područja bivše Jugoslavije za kršenje međunarodnog humanitarnog prava u ratovima vođenim od 1991. godine na tom području. Ovlast za suđenje državljanima tih zemalja nije nastala samim aktom osnivanja Suda, već je svaka pojedina zemlja donijela zakone kojima se uspostavila suradnja sa Sudom.

Budući da se radi o nedavnim ratnim događanjima te da je stanovništvo koje je kako neposredno, tako i posredno bilo žrtvom rata, bilo je jasno za očekivati da će svaka presuda ICTY-a izazvati i negativne reakcije. Bilo je očekivano da će Sud takve reakcije svojom konzistentnošću svesti na očekivani minimum, te da će bilo kakvo protivljenje njegovim odlukama biti opravdano subjektivnošću neke od strana u ratnim sukobima. Međutim, stvarnost je ponudila drukčiji razvoj događaja. Nedovoljno argumentirane presude popraćene žestokim kritikama u sudačkim izdvojenim mišljenjima, te odstupanja od zaključaka i pravnih shvaćanja koje su vijeća ICTY-a usvojila u prethodnim predmetima uvelike su narušila vjerodostojnost samog Suda. Kao jedno od boljih rješenja kojim bi se sačuvao kredibilitet Suda, a istovremeno javnost očuvala od spoznaje o sudačkim kolebanjima je odbijanje usvajanja angloameričkog modela presuda s izdvojenim mišljenjima. Sterling profesor emeritus Mirjan Damaška sa sveučilišta Yale, promatrajući svrhu ICTY-a kao prvenstveno edukativnu samo je i isključivo za potrebe ovog rada iznio sljedeći stav: *Ako mu je svrha edukativna, različita mišljenja očito slabe edukativni efekt. Kako promicati neku tezu ako se u njenom pogledu i sami suci kolebaju? Ako bi se odgojna svrha uzela ozbiljno, nije isključeno da bi stara kontinentalna ideja o jedinstvenoj presudi, bez odvojenih mišljenja, bila bolja od usvojene anglo-američke prakse donošenja "dissenting opinions". Žalbena presuda u predmetu Gotovina, na primjer, s tamo iznesenim odvojenim mišljenjima, sasvim sigurno nije doprinijela reputaciji ICTY-a.*¹⁰²

Potaknuti brojnim kritikama upućenih samom Sudu, dovođenjem u dvojbu presuda koje imaju direktne implikacije na pisanje hrvatske povijesti, autori rada su s ciljem bacanja svjetla na pitanja koja gotovo da i nisu otvorena u hrvatskoj pravnoj zajednici odlučili obraditi predmet Gotovina i dati svoj sud o pitanju vjerodostojnosti ICTY-a. Zaključno, odbijaju se

¹⁰² Iz intervjua sa Sterling profesor emeritus Mirjanom Damaškom, od 5. listopada 2015.

bilo kakve ideje i primisli o urotničkom djelovanju Suda s ciljem stvaranja otežavajućih mogućnosti presuđivanja vojnim zapovjednicima, premda se jednako tako i osuđuju pogreške koje je sud nedvojbeno radio. S današnjeg aspekta teško je donijeti konačnu ocjenu o radu ICTY-a i sud o implikacijama koje će on proizvesti u međunarodnom kaznenom pravu. Ocjenu i sud donijeti će vrijeme, kako to u pravilu uvijek i biva.

III. Zahvale

Autori ovog rada se zahvaljuju:

jednom od najpriznatijih svjetskih pravnih stručnjaka, Sterling profesor emeritusu Mirjanu Damaški sa sveučilišta Yale koji je izdvojio dio svog dragocjenog vremena kako bi pomogao u izvođenju zaključaka o vjerodostojnosti ICTY-a te što je pristao napisati svoja razmišljanja o radu tribunala te dozvolio da ona postanu dio ovog rada.

Sucu ICTY-a Alphonsusu Orieu koji je od samog početka rada bio spreman odgovoriti na pitanja teoretsko-dogmatske prirode, što je bio od velike pomoći pri nabavljanju literature, poglavito znanstvenih članaka koji nisu bili dostupni autorima. Pogotovo, ogromno hvala Alphonsusu Orieu što je jednom od autora rada pružio priliku da bude intern na ICTYu na predmetu u kojem je predsjedavajući sudac te mu na taj način pružio mogućnost produbljivanja znanja o kako radu samog suda, tako o međunarodnom kaznenom pravu. / *The Honorable Alphonsus Orie, ICTY judge, who has been, since the very beginning, ready to answer all authors' theoretical and dogmatic questions, as well as for being of great help with the acquisition of literature, especially scientific papers the authors didn't have free access to. Furthermore, thanks to judge Orie, one of the authors has been given the opportunity of internship in the ICTY, on a case where he serves as a presiding judge. In that way, he provided him the opportunity not only to widen his knowledge about the principles and mechanisms of the Court, but, even more, about the international criminal law in general.*

Kolegici Emini Pinjić na konstruktivnim kritikama i ispravcima rada,

Te naposljetku veliko i ogromno hvala našoj mentorici doc.dr.sc. Maji Munivrani Vajdi koja je stajala iza ovog projekta od njegovih idejnih začetaka na ljeto 2015. godine te ga vodila do samog kraja. Hvala joj što je iskoristila svoj ugled kako bi nas spojila s profesorom Damaškom. Hvala joj više od svega na ogromnom prilagođavanju, kritikama rada, ispravcima, trudu, savjetima kako onima pravne i stručne prirode, tako i onima osobne prirode koje će autori rada uvelike imati na umu. Hvala joj što nije odustali niti od nas, niti od ovog rada i što je kroz ovo dugo razdoblje bili iza nas.

IV. Popis literature

Knjige i članci

1. Agamben, Giorgio. Heller-Roazen, trans. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life* Stanford, CA: Stanford University Press, 1998.,
2. Bassiouni, Mahmoud Cherif, Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, AIDP/Eres, Toulouse, 1993.
3. Bassiouni Mahmoud Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Wolters Kluwer, 1999.
4. Bellot, Hugh H.L., War Crimes and War Criminals, Some Practical Proposals (III), Canadian Law Times 37, no.9, 1917.
5. Cassese, Antonio, International Criminal Law, Oxford, 2005
6. Cryer, Robert; Friman, Hakan; Robinson, Darryl; Wilmshurst, Elizabeth, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2008.
7. Damaška, Mirjan, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U. PA. L. REV. 507, 513 (1973)
8. Doran, Sean, Rethinking Aversariness in Nonjury Criminal Trials, 23 Am. J. CRIM. L. 1, 1995.
9. Huffman, Walter B., Margin of Error Potential Pitfalls of the Ruling in the Prosecutor v. Ante Gotovina, Military Law Review; 2012., Vol. 211
10. Ivanišević, Bogdan; Ilić, Goran; Višnjić, Tomislav; Janjić, Vesna, Vodič kroz Haški tribunal, propisi i praksa, Beograd : Misija OEBS u Srbiji
11. Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Berlin 1988.
12. Josipović, Ivo; Krapac, Davor; Novoselec, Petar, Stalni međunarodni kazneni sud, Narodne novine i Hrvatski pravni centar, 2001.
13. Krapac, Davor, Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, V. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, studeni 2012.

14. Krapac, Davor, Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije, Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava i Hrvatski pravni centar, Zagreb, 1995.
15. Lewis, Alan Mark, International Legal Movements Against War Crimes, Terrorism and Genocide 1919. – 1948., University of California, Los Angeles, 2008.
16. Marston Danner, Allison, Martinez Jenny, Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law, 93 Cal. L. Rev. 75 2005; Gunel Guliyeva, *The Concept of Joint Criminal Enterprise and ICC Jurisdiction*, 5 EYES ON THE ICC 49, 2008.
17. Orié, Alphonsus M.M., Stare Decisis in ICTY Appeal System, Successor Responsibility in the Hadžihasanović Case, Journal of Criminal Justice, Oxford University Press, 2012., Volume 10, Issue 3
18. Schindler, Dietrich; Toman, Jiri, The Laws of Armed Conflicts, Martinus Nijhoff Publisher, 1988.
19. Schroeder, Friedrich- Christian, Strafprozessrecht, 2. Aulf., C. H. Beck, Munchen 1997. str. 32.; Krapac, Davor, Kazneno procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2012.
20. Summers, Mark, Surprising Acquittals in the Gotovina and Perisic Cases: Is the ICTY Appeals Chamber a Trial Chamber in Sheep's Clothing, *Richmond Journal of Global Law and Business*, Vol. 13, Issue 4, 2015.
21. Trahan, Jennifer; Lovallt , Erin K., The ICTY appellate chamber's acquittal of Momcilo Perisic: The specific direction element of aiding and abetting should be rejected or modified to explicitly include a „reasonable person“ due diligence standard

Sudska praksa

1. ICTR, Prosecutor v. Ntagerura, ICTR-99-46-A, od 7. srpnja 2006., dostupno na: <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-99-46/trial-judgements/en/060707.pdf>
2. ICTR, Prosecutor v. Zigiranyirazo, ICTR-01-73-A, od 16. studenog 2009., para. 91, dostupno na: http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Court%20Documents/ICTR/Zigiranyirazo_Appeal_Judgement.pdf
3. ICTR; Prosecutor v. Emmanuel Rukundo, ICTR-2001-70-A, od 20. listopada 2010., dostupno na: <http://www.refworld.org/pdfid/4cc1b2692.pdf>

4. ICTR, Prosecutor v. Muvunyi, ICTR-2000-55A-A, od 11. veljače 2011., dostupno na: <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-00-55/trial-judgements/en/100211.pdf>
5. ICTR, Prosecutor v. Bagosora *et Nsengiyumva*, ICTR-98-41-A, od 14. prosinca 2011., dostupno na: <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-98-41/appeals-chamber-judgements/en/111214.pdf>
6. ICTY, Prosecutor v. Mucić *et al*, IT-96-21-T, od 16. studenog 1998., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf
7. ICTY, Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, od 15. srpnja 1999., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>
8. ICTY, Procesutor v. Aleksovski, IT-95-14/1-A, od 24. ožujka 2000., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>ICTY
9. Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1, od 21. srpnja 2000., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/en/fur-aj000721e.pdf>
10. ICTY, Prosecutor v. Miroslav Kvočka *et al*, IT-98-30/1-T, od 2. veljače 2001., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>
11. ICTY, Prosecutor v. Kupreškić, IT-95-16-A, od 23. studenog 2001., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/acjug/en/kup-aj011023e.pdf>
12. ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, od 31. srpnja 2003., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>
13. ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, IT-97-25-T, od 17. rujna 2003., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>
14. ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-A, od 19. travnja 2004., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>
15. ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, IT-95-14-A, od 29. srpnja 2004., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>
16. ICTY, Prosecutor v. Kvočka *et al*, IT-98-30/1-A, od 28. veljače 2005., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>
17. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-T, 27. rujna 2006., dostupno na <http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/en/kra-jud060927e.pdf>
18. ICTY, Prosecutor v. Blagoje Simić, IT-95-9-A, od 28. studenog 2006., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/simic/acjug/en/061128.pdf>

19. ICTY, Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić, IT-02-60-A, od 9. svibnja 2007.; para. 182, 185-189.; dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/acjug/en/blajok-jud070509.pdf
20. ICTY, Prosecutor v. Gotovina, Čermak, & Markač, IT-06-90-T, Amended Joinder Indictment 1, od 17. svibnja 2007., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/gotovina/ind/en/got-amdjoind070517e.pdf>
21. ICTY, Prosecutor v. Limaj *et al.*, IT-03-66-A, od 27. studeni 2007., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/limaj/acjug/en/Lima-Jug-070927.pdf>
22. ICTY, Prosecutor v. Naser Orić, IT-03-68-A, od 3. srpnja 2008., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/oric/acjug/en/080703.pdf>;
23. ICTY, Prosecutor v. Delić, IT-04-83-T, od 15. rujna 2008., dostupno na: www.icty.org/x/cases/delic/tjug/en/080915.pdf
24. ICTY, Prosecutor v. Mile Mrkšić *et al.* IT-95-13/1-A, od 5. svibnja 2009., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/en/090505.pdf>
25. ICTY, Prosecutor v. Boškoski *et Tarčulovski*, IT-04-82, od 19. svibnja 2010., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/boskoski_tarculovski/acjug/en/100519_ajudg.pdf
26. ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, IT-04-84-A, od 19. srpnja 2010., dostupno na: <http://www.icty.org/x/cases/haradinaj/acjug/en/100721.pdf>,
27. ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, *Volume I*, IT-06-90-A, od 15. travnja 2011., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415_judgement_vol1.pdf
28. ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, *Volume II*, IT-06-90-A, od 15. travnja 2011., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415_judgement_vol2.pdf
29. ICTY, Prosecutor v. Gotovina, IT-06-90-A, od 16. studenog 2012., dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf
30. ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, IT-06-90-A, od 16. studenog 2012., Dissenting Opinion of Judge Agius, dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf
31. ICTY, Prosecutor v. Ante Gotovina *et al.*, IT-06-90-A, od 16. studenog 2012., Dissenting opinion of Judge Pocar, dostupno na: http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf

Pravni izvori

1. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, I.C.J. Reports 2007., od 26. veljače 2007., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>
2. Commission of Experts, Report of the Commission of Experts, Vol. II, Ann. VI, Letter Dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, od 27. svibnja 1994., dostupno na: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf
3. Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, od 20. prosinca, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946), dostupno na : <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>
4. Haaška deklaracija o zabrani upotrebe metaka sa zagušljivim ili otrovnim plinovima, od 29. srpnja 1899., dostupno na: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_849_coupland_et_loye.pdf
5. Haaška konvencija o polaganju podmorskih automatskih kontaktnih mina, od 18. listopada 1907., dostupno na: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/215>
6. Haaška konvencija o pravima i dužnostima neutralnih sila u slučaju pomorskog rata, od 18. listopada 1907., dostupno na: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/240>
7. Haška konvencija o pravima i dužnostima neutralnih sila i osoba u slučaju rata na kopnu, od 18. listopada 1907., dostupno na: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/200?OpenDocument>,
8. Haaška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu, od 18. listopada 1907. dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/4374cae64.html>
9. Haaška konvencija o započinjanju neprijateljstava od 18. listopada 1907., dostupno na: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/190?OpenDocument>
10. International Committee of the Red Cross (ICRC), *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of*

- International Armed Conflicts (Protocol I)*, čl. 52.2., od 8. lipnja 1977., 1125 UNTS
3, dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36b4.html>
11. International Law Commission, Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, UN Doc. A/2693, od 28.7. 1954., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf
 12. Statement by the Governments of the United Kingdom, the United States of America, the Union of Soviet Socialist Republics and the Provisional Government of the French Republic on Control Machinery in Germany (June 5, 1945), dostupno na: http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=2298
 13. The Treaty of Peace Between the Allied and Associated Powers and Germany, The Protocol annexed there to, the agreement respecting the military occupation of the territories of the Rhine, and the Treaty Between France and Great Britain respecting Assistance to France in the event of unprovoked Aggression by Germany. Signed at Versailles, June 28th 1919, od 28. lipnja 1991. dostupno na: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp
 14. United Nations, Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement"), od 8. kolovoza 1945. dostupno na: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>
 15. United Nations, Charter of the United Nations, 24. listopada 1945., 1 UNTS XVI, dostupno na: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>
 16. UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, od 25. svibnja 1993., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/3dda28414.html>
 17. UN Security Council, Resolution 713 (1991), od 25. rujna 1991., dostupno na: <http://www.un.org/Docs/scres/1991/scres91.htm>;
http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unprof_b.htm
 18. UN Security Council, UN Security Council Resolution 764, od 13. srpnja 1992., dostupno na: <http://www.nato.int/ifor/un/u920713a.htm>
 19. UN Security Council, UN Security Council Resolution 771, od 13. kolovoza 1992., dostupno na: <http://www.nato.int/ifor/un/u920813b.htm>

20. UN Security Council, UN Security Council Resolution 780, od 6. listopada 1992.,
dostupno na: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/780\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/780(1992))
21. UN Security Council, UN Security Council Resolution 780, od 6. listopada 1992.,
dostupno na: <http://www1.umn.edu/humanrts/peace/docs/scres780.html>,
22. UN Security Council, UN Security Council Resolution 780, od 16. studenog 1992.,
dostupno na: <http://www.nato.int/ifor/un/u921116a.htm>
23. UN Security Council, UN Security Council Resolution 808, od 22. veljače 1993.,
dostupno na: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf
24. UN Security Council, UN Security Council Resolution 820, od 17. ožujka 1993.,
dostupno na: <http://www.nato.int/ifor/un/u930417a.htm>
25. UN Security Council, UN Security Council Resolution 827, od 25. svibnja 1993.,
dostupno na: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf
26. UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court, ISBN No.
92-9227-227-6, od 17. srpnja 1998., dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html>
27. UN Security Council, UN Security Council Resolution 981, od 31. ožujka 1995.,
dostupno na: <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/uncro.htm>

V. Sažetak

Andro Atlaga, Lovre Vulić – Pitanje vjerodostojnosti ICTY-a kroz prizmu predmeta Gotovina

Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od 1991. godine osnovan je iz dva razloga: radi preveniranja budućih kršenja humanitarnog prava te radi stvaranja objektivnog međunarodnog sudišta koje će bez pritisaka država sudionica ratnih sukoba donositi sudske presude. Prvotna namjera osnutka ICTY-a nije ostvarena, budući da su najveći zločini počinjeni nakon njegova osnutka. Presude ICTY-a donesene u posljednjih nekoliko godina dovele su u pitanje i objektivnost ICTY-a. Za temu rada autori uzimaju vjerodostojnost ICTY-a te ujednačenost presuda pred ICTY-em. Kronološki se izlaže i kritički osvrće na sve prijepore vezane uz ICTY, od samog njegovog osnivanja, legaliteta i legitimiteta, pa sve do pitanja ujednačenosti presuda pred istim. Također izlažu se i temeljna obilježja postupka pred ICTY-em, kako bi naposljetku, kroz prizmu predmeta Gotovina, autori mogli iznijeti svoje zaključke i stavove vezane za ujednačenost presuda ICTY-a. Zasebno se i detaljno obrađuju prvostupanjska i drugostupanjska presuda u predmetu Gotovina, te kriterij 200 metara, kao odlučni kriterij donošenja osuđujuće prvostupanjske presude te oslobađajuće drugostupanjske presude. Zaključno, na temelju istraživanja iznosi se kritički osvrt na rad ICTY-a te pitanje ujednačenosti presuda pred ICTY-em.

Ključne riječi: vjerodostojnost, ICTY, ujednačenost presuda, predmet Gotovina, kriterij 200 metara

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia was established for two reasons: in order to prevent future violations of humanitarian law and to create an objective international court that will make judgments without pressures of the war participating countries. The original intent of establishment of the ICTY has not been achieved, since the biggest crimes were committed after its establishment. ICTY judgments made in the past few years cast doubts on the objectivity of the ICTY. For the paper theme, the authors take the credibility of the ICTY and the uniformity of judgments before the ICTY. All disputes related to the ICTY are chronologically exposed and criticized, in the range from its establishment, legality and legitimacy, to the question of uniformity of judgments before the same. Fundamental features of the proceeding before the ICTY have also been presented in order to authors, finally, through the prism of the Gotovina case, could be able to present their conclusions and opinions related to the uniformity of judgments of the ICTY. First and second instance judgment are separately and detailed analyzed, such as the criteria of 200 meters, as the decisive criteria for rendering a convicting the first instance judgment and acquittal the second instance judgment. In the end, based on researches, a review of the work of the ICTY and the question of uniformity of judgments before the ICTY is critically presented.

Key words: credibility, ICTY, uniformity of judgments, Gotovina case, the criteria of 200 meters