

Др Сања Бајић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

О ДОКАЗНОМ ПОСТУПКУ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ: СТУДИЈА ТРИ СЛУЧАЈА

Сажетак: Иако је доказни процес Међународног суда правде начелно уређен његовим Статутом и Пословником, већина доказних процедура и правила усвојена је у пракси. Зато је и фокус овог рада управо на оним случајевима где је утврђивање чињеница било значајно: Крфски шеснац, Војне и паравојне активности против Никарагве и Конвенција о сиречавању и кажњавању злочина геноцида. Разлози који су одређивали Суд у погледу доказа створили су одговарајући оквир и формирали стандарде доказног процеса. Аутор у раду закључује да се ова правила доследно примењују у пракси Суда. Најзначајније правило доказивања је да ће стандард доказивања зависити од тежине оужбеног захтева, и оно ће имати већу улогу него одређивање за стандард доказивања преко природе процеса (парнични или кривични). Суд користи различите стандарде доказивања за непосредну и посредну одговорност државе. Непосредни докази који утврђују чињенице као нејобичне и несумњиве ће бити потребни за усвојење нејосредне одговорности државе начелно као последица чињења. Посредни докази ће бити довољни (ако одговарају стандарду доказивања) за посредне облике одговорности државе који резултирају из аката нечињења. Тежина оужбе одређује и ширину доказивања: док се начело *actor incumbit probatio* начелно увек примењује, оно може бити ублажено самим увођењем посредних доказа који се користе за доказивање посредних облика одговорности државе. Ако Суд треба прво да реши питање кривичне одговорности пре него што расправи одговорност државе, Суд ће, по правилу, констатирајући

да је надлежан и способан да одлучи о кривичној одговорности. Иако ће Суд иада користити своју терминологију за кривичноправни стандард доказивања (као што су обично необични докази), аутор истиче да је заправо реч о класичном кривичноправном стандарду доказивања (ван разумне сумње). Ова ишњања, иак, Суд је био у прилици да реши врло лако управо захваљујући једном необичном обележју предмета Конвенција о Геноциду, јер је Суд располагао великим бројем доказа и пресуда из процесуала пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију. Овим пресудама Суд је признао највећу доказну снагу. Друго доказно средство по снази су изјаве званичника државе који имају непосредно сазнање о догађају када њихове изјаве не иду у корист њихове државе. Овакав процесуални критеријум оцени доказа је специфичан управо за Међународни суд правде.

Кључне речи: доказивање – међународни судски процесуал – стандард доказивања – територијално доказивање – одговорност државе

Активност међународног правосуђа је данас живља него икада раније. Велики је број различитих међународних судских и арбитражних институција. Упркос разликама које међу њима постоје, а најчешће се огледају у надлежности, функцијама, изворима које ће применити и правилима о процесној способности и легитимацији, они и даље заједно чине међународни правосудни систем, јер су, иако најчешће без формалних веза, нужно упућене једне на другу.¹ Једно од питања које ће свака од ових институција морати да реши током поступка јесте утврђивање чињеница. Начин на који ће нека судска или арбитражна установа приступити утврђивању чињеница, односно како изгледа њен доказни поступак, важно је за коначан исход поступка. Циљ овог рада је да илуструје специфичности доказног по-

¹ Да ли постоји међународни правосудни систем актуелна је тема међународног права. Судови се заиста налазе у некаквом односу, али њихови односи нису увек институционализовани нити међу њима постоји јасна хијерархија као у домаћем правосуђу, већ је више реч о односу негативних додира. Више о овој теми, видети: Johnatan I. Charney, „The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals”, 31 *New York University Journal of International Law & Policy* (1999), стр. 697-708; Cesare P.R. Romano, „The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle“, 31 *New York University Journal of International Law & Policy* (1999), стр. 709-751. Више о ставу да Међународни суд правде ужива виши положај у хијерархији судова захваљујући одредбама Повеље УН, видети: Rodoljub Etinski, „Appearance of Specilized Tribunals and the Question of the Balanced Application of International Law“ *Facta Universitatis, Law and Politics*, Vol. 1, No. 4, 2000, стр. 389-395.

ступка пред међународним судовима на примеру Међународног суда правде, и то у предметима *Крфски теснац*,² *Војне и њаравојне активности у Никарагви*³ и *Примена Конвенције о сиречавању и кажњавању геноцида*.⁴

Неке основне напомене о доказном поступку

Доказни поступак обухвата неколико важних питања: врсте доказних средстава, правила о допуштености доказних средстава, терет доказивања, доказна снага доказних средстава, стандарди и претпоставке које ће судови користити у доказном поступку. Понекад ће се ова правила разликовати међу судовима јер је то логична последица разлика у њиховим надлежностима: судови опште надлежности, судови за људска права или међународни кривични судови примениће различита правила доказивања. Међутим, у појединим случајевима то неће бити последица основних разлика, већ тумачења појединих општих доказних правила које већина судова, без обзира на врсту надлежности, примењује у редовном доказном поступку.

Доказни поступак пред Међународним судом правде начелно је уређен чл. 48-52 Статута и правилима 56-72 Пословника Суда. Статут даје врло мало информација о доказним средствима, те оставља Суду могућност да се о свим питањима доказивања споразуме са странкама или да о конкретним питањима одлучи током поступка (чл. 48.). Суд може позвати стране да доставе неке од доказа, те ако оне то одбију једина санкција, бар према речима Статута, је „формална констатација о одбијању захтева“ (чл. 49.).⁵ Суд може и наложити спровођење истраге преко истражних комисија или захтевати мишљење вештака (чл. 50.).⁶ О допуштености доказа у Статуту постоји само одредба која забрањује подношење доказа након истека утврђеног рока, али сагласност друге стране може отклонити и ову

² *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, ICJ Reports 1949, Пресуда од 12. децембра 1948. У даљем тексту: Крфски теснац.

³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Reports 1986, Пресуда од 27. јуна 1986. У даљем тексту: Никарагва.

⁴ *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Reports 2007, Пресуда од 26. фебруара 2007. У даљем тексту: Конвенција о геноциду.

⁵ На сличан начин је ово питање уређено и чланом 62. Пословника Суда.

⁶ Пословник Суда допушта Суду да *proprio motu* прибави доказе са територије једне од држава након споразума са странама у поступку, али при томе није одређена врста доказног средства које Суд може да прибави на овај начин (чл. 66. Пословника). Члан 62, став 2 допушта Суду да самоиницијативно позове лица да сведоче пред Судом, док чл. 67. упућује на истражне комисије и вештаке које Суд *ex officio* може да ангажује. Члан 69. Пословника овлашћује Суд да захтева информације од међународне организације.

препреку (чл. 52.).⁷ Пословник Суда садржи детаљнија правила о достављању и извођењу доказа пред Судом, али ниједан од ова два формално-правна акта не садржи она најважнија правила: стандард доказивања, допуштеност доказних средстава (осим услова благовременог достављања доказа), терет доказивања и врсте доказних средстава. Одредбе Статута су начелног карактера и даље остављају доста простора Суду да поједина доказна правила, као и питања допуштености, стандарда и терета доказивања решава на основу обележја конкретног случаја. Како то једноставно описује Хајет: „Основно правило је практичност.“⁸ Многи аутори критикују овакав приступ Суда: „међународни судови нису вољни да себи поставе ограничења путем прецедента или неког другог скупа правила у одсуству јасне норме у статуту.“⁹

У прегледу који следи испитаћемо природу доказних правила и уједначеност њихове примене у пракси Суда.

Стандард доказивања и доказна снага појединих доказних средстава

Иако се доказни поступак пред међународним судовима природно поставља на правила доказивања која познају домаћи правни системи, постоји низ специфичности. На овом месту можемо указати на две основне специфичности. Прво, у међународном поступку доказују се и чињенице и право тако да можемо говорити о две врсте доказних поступака где је овај други далеко типичнији за међународне судове. То, наравно, не искључује значај и потребу утврђивања чињеница, али је јасно да када се међу странама као спорне јаве и чињенице и право, онда је задатак међународног суда далеко тежи. Друго, у околностима повећаног броја међународних судова могуће је да неколико судова буде суочено са истим чињеницама. Разлике у начину доказивања тада постају одлучујуће заједно са питањем да ли је један суд на било који начин везан утврђеним чињеницама пред другим међународним судом. Како се ове специфичности манифестују у пракси и какве одговоре могу дати међународни судови на питање утврђи-

⁷ Пословник Суда наводи да је коначни рок за подношење доказа окончање писане фазе поступка, након чега је потребна сагласност друге стране. Међутим, сагласност друге стране ће се претпоставити уколико не приговори накнадно достављању доказа. Ако Суд и даље сматра да је реч о важном доказу, може допустити накнадно достављање доказа и независно од сагласности друге државе. (чл. 56. Пословника).

⁸ Keith Hight, „Evidence, the Court, and the Nicaragua Case“ 81 *American Journal of International Law* (1987), стр. 9.

⁹ Andrea Gattini, „Evidentiary Issues in the ICJ’s Genocide Judgment“, 5 *Journal of International Criminal Justice* (2007), стр. 889.

вања чињеница илустроваћемо случајевима *Крфски теснац*, *Војне и њара-војне активностии у Никараџи* и *Примена Конвенције о сиречавању и ка-жњавању геноцида*. Посебно смо издвојили и упоредили ова три примера из судске праксе јер се Суд у њима бавио утврђивањем чињеница много више него у неким другим случајевима, те је био принуђен да више време-на и пажње посвети управо доказном поступку. У сва три примера начин доказивања био је условљен не само чињеницама већ и правним правили-ма на које су се те чињенице односиле. Дакле, сва три предмета показаће врло блиску везу између почетног правног стандарда и доказног стандарда. Општа правила доказног поступка, која су прописана Статутом и Пра-вилником Суда, су начелног карактера и не повлаче разлику између стан-дарда који треба применити и начина утврђивања чињеница које су основ за њихову примену. Овакве разлике последица су искључиво праксе Су-да,¹⁰ која сведочи да ће тежи облици одговорности државе захтевати више доказне стандарде, док се лакши облици одговорности могу доказати и по-средним доказима.¹¹

Крфски теснац

Међународни суд правде је већ у свом првом предмету био суочен са задатком утврђивања чињеница у вези са експлозијом подводних мина у Крфском теснацу, у територијалним водама Албаније, где су настрада-ла два британска бојна брода. Да ли је Албанија одговорна за штету зави-сило је од учешћа Албаније у њеном наступању. Пред Судом су, дакле, била два алтернативно постављена питања: да ли је Албанија поставила мине, чиме би одговарала за повреду међународног права актима чињења њених органа, односно органа под њеном контролом, или је Албанија од-говорна јер је знала за постављање мина без обзира ко је учествовао у њиховом постављању. Дакле, два различита правна стандарда се разли-кују не само према обиму обавезе која важи за државу – забрана чињења штете или забрана спречавања штете, актима чињења и нечињења – већ и према стандарду доказивања који ће се овде користити. У првом случају морају постојати непосредни докази о чињењу државних органа који ће несумњиво показати приписивост овог акта држави, те је примена прави-ла о посредном доказивању и вероватноћи овде искључена. Непосредна одговорност државе за акте чињења условљена је строжим правилима

¹⁰ Shabtai Rosenne, *Law and Practice of the International Court of Justice*, стр 1039.

¹¹ S. Halink, "All Things Considered: How the International Court of Justice Delegated its Fact-Assessment to the United Nations in the Armed Activities Case", 40 *New York University Journal of International Law & Politics (Special Issue)* 13 (2008), стр. 24.

доказивања.¹² Речником доказног поступка, постојаће претпоставка против одговорности државе у оваквим случајевима.¹³

Други облик одговорности допушта посредне доказе и оцену вероватноће приликом процене способности и могућности државе да спречи штету на својој територији. Обавеза спречавања штете полази од претпоставке да је држава на својој територији способна да спречи наступање штете. Претпоставка из ове обавезе условљава и начин доказивања њеног неиспуњења. У једном необичном парничном маневру, Уједињено Краљевство је покушало да докаже одговорност Југославије за полагање мина на основу врло блиске везе између Албаније и Југославије која је постојала у то време. Циљ овакве стратегије био је, како је то и Суд разумео, да се „укаже на поистовећивање Албаније и Југославије, било као последица захтева Албаније Југославији да јој пружи помоћ односно на основу пристанка Албаније да Југославија постави мине.“¹⁴ Пошто је и овде потенцијално ангажована непосредна одговорност Албаније за чињење, Суд је захтевао непосредне доказе те је индиције и претпоставке одбацио као неодговарајуће: „Уједињено Краљевство покушало је да докаже истоветност Албаније и Југославије путем одређених претпостављених чињеница и посредних доказа, као што је чињеница да је у то време Југославија располагала овим минама, при чему су Албанија и Југославија у то време биле у политичком и војном савезу на основу Уговора о пријатељству и узајамној помоћи од 9. јула 1946.“¹⁵ Суд одбацује предлог тужиоца и сматра да понуђени докази не могу несумњиво установити одговорност Југославије а самим тим ни одговорност Албаније за полагање мина. Једини непосредни доказ који је Уједињено Краљевство понудило било је сведочење бившег официра југословенске ратне морнарице који је изјавио да је пар дана уочи инцидента видео два југословенска ратна брода како са товаром мина испловљавају из луке Шибеник, а потом их је видео како се враћају дан након инциден-

¹² „Иако Уједињено Краљевство никада није одустало од свог захтева да је Албанија та која је поставила мине, учињено је врло мало са њене стране да се овај захтев и докаже.“ – Крфски теснац, стр. 15.

¹³ Амерасинхе сматра да се у доказном поступку користе обориве и необориве претпоставке, те да ће у случају оцене законитости аката суверених држава постојати претпоставка против такве одговорности. Видети: С.Ф. Amerasinghe, „Presumptions and Inferences in Evidence in International Litigation“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, бр. 3/2004, стр. 397-398.

¹⁴ Крфски теснац, стр. 16.

¹⁵ *Ibidem*, стр. 17. Занимљиво је да се у списима предмета налази приложен и Уговор о привредној сарадњи између Југославије и Албаније, који је закључен месец дана након инцидента, којим се, између осталог, предвиђа и стварање царинске уније између ове две земље. (Видети: *The Corfu Channel Case*, Pleadings, Oral Arguments, Documents, vol. 5, стр. 68. Доступно на следећој интернет страници: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/10913.pdf>)

та без спорног товара. Суд ово сведочење није прихватио јер његово сведочење није имало довољну доказну снагу која је потребна за непосредну одговорност државе: „Изузетно тешка оптужба против државе захтева одговарајући степен сигурности који овим није постигнут.“¹⁶

Међутим, посредни докази могу играти значајну улогу приликом утврђивања одговорности државе да спречи штету на својој територији. Како је већ напоменуто, обавеза није апсолутна али је, за разлику од прве обавезе, за тужиоца много лакше доказати њену повреду, како због природе обавезе и претпоставке одговорности тако и због могућности коришћења посредних доказа: „Суд мора да испита да ли је утврђено, путем посредних доказа, да ли је Албанија знала за полагање мина у њеним територијалним водама независно од њеног могућег учешћа у овој операцији. Доказ се може извести посредно из чињеница под условом да не остављају простор за било какву разумну сумњу. Елементи чињеница на основу којих се изводе овакви закључци могу бити другачији од оних који су значајни за доказивање директног учешћа. Овде постоје два чињенична низа која се међусобно допуњују: први је понашање Албаније пре и након несреће од 22. октобра 1946. године, а други се тиче могућности опажања полагања мина са албанске обале.“¹⁷ Пошто након несреће Албанија није учинила ништа да испита зашто је до инцидента дошло, и пошто су вештаци установили да је са осматрачница преглед Крфског теснаца био добар у свим временским приликама, Суд је нашао да је посредно доказано да је Албанија морала знати за полагање мина и стога установио њену одговорност за наступелу материјалну штету, јер је пропустила да обавести бродове о опасности. Наравно, знање Албаније се могло доказати и непосредним доказима, али у њиховом одсуству посредни докази су били довољни да докажу посредну одговорност државе. Посредно доказивање дозвољава већи простор за слободну оцену и закључивање из збира различитих чињеница.¹⁸ Ограничење оваквом закључивању, бар према мишљењу Суда у овом случају, налази се у стандарду доказивања, тако да чињенице морају бити утврђене ван сваке разумне сумње. Управо је оваквим, донекле и занимљивим закључивањем, Суд нашао да је поступање Албаније након инцидента било такво да имплицира њену одговорност: Албанија је телеграмом протествовала због тога што су британски бродови повредили њене територијалне воде при чему није споменула постојање мина нити је про-

¹⁶ Крфски теснац, стр. 16.

¹⁷ Крфски теснац, стр. 18.

¹⁸ Шире, видети: C.F. Amerasinghe, „Presumptions and Inferences in Evidence in International Litigation“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, br. 3/2004, стр. 395-410.

тествовала против њиховог постављања.¹⁹ Суд овде полази од претпоставке из првог чињеничног низа по којој је Албанија, због обележја теснаца и положаја осматрачница, морала знати за постојање мина. Пошто је за њих морала знати, пропуст да их помене или да против њих протестује на било који начин, представља неку врсту сагласности за постављање мина.

Обавеза и стандард доказивања условљени су и теретом доказивања. У оба случаја терет доказивања је на тужиоцу, али је, свакако, то много лакши задатак ако се доказује посредна одговорност државе за дужност спречавања штете. Ако тужилац пропусти да преузме овај терет доказивања, постојаће претпоставка против одговорности:

„Јасно је да сазнање о полагању мина не може бити приписано Албанији само због тога што су мине откривене у албанским територијалним водама проузроковале експлозију чије су жртве британски бојни бродови. Тачно је, како и показује међународна пракса, да она држава на чијој територији наступи штета, може бити позвана да пружи одговарајуће објашњење. (...) Али то нужно не значи да, због тога што има контролу над својом територијом, држава је нужно знала или је морала знати за постојање противправног акта које је на тој територији почињено, нити да је нужно могла знати или морала знати за починиоце. Ова чињеница, сама за себе и независно од осталих околности, не имплицира *prima facie* одговорност нити се овим терет доказивања пребацује на другу страну.“²⁰

Приликом утврђивања чињеница Суд је користио различита доказна средства. Најбројнији су били, као и у већини предмета пред Међународним судом правде, различити писани докази, као што су службени документи, јавне исправе, међународни уговори, домаћи прописи и слично.²¹ Како ниједан није био непосредни доказ, они су имали најмањи значај у конкретном случају. Пред Судом је саслушано десет сведока. Најзначајније доказно средство свакако је био налаз вештака које је директно именовао Суд.²² Вештаци су извршили реконструкцију догађаја посматрањем проласка сличног брода у ноћним условима. Према налазу вештака, са осматрачница пролазак брода није могао бити непримећен. Суд је највећу веру поклатио управо налазу вештака: „Суд само може признати изузетну доказну снагу налазу вештака који су испитали локалитет на начин који пружа све могуће гаранције за тачне и непристрасне информације.“²³ Ипак, вештаке ће далеко чешће предлагати странке него Суд.

¹⁹ Крфски теснац, стр. 19.

²⁰ Крфски теснац, стр. 18.

²¹ Највећи број ове обимне документације односио се на умешаност југословенске војске у инцидент и блиске везе које су постојале између Албаније и Југославије у то време.

²² Вештаке могу предложити стране, али их непосредно може ангажовати и Суд (садашњи члан 67. Пословника Суда).

²³ Крфски теснац, стр. 21.

Војне и паравојне активности у Никарагви

Предмет *Никараџа* посебно је занимљив за различите аспекте доказивања пред Међународним судом правде. Сложеност чињеничне грађе и изостанак тужене државе определио је и начин на који је Суд обавио задатак оцене понуђених доказа у светлу тужбеног захтева о непосредној одговорности САД за различите повреде основних норми међународног права о забрани употребе силе. Истовремено је Суд имао прилику да расветли поједина доказна правила и доказне претпоставке, али и да понуди нека нова, врло занимљива решења.²⁴

Оцењујући изворе који регулишу доказни поступак, Суд полази од одредаба Статута и Пословника, али указује и на општа правна начела која важе за судски поступак као што су слободна оцена доказа и стандарди доказивања.²⁵ Као један од извора Суд наводи и начело једнакости странака које у околностима изостанка једне од странака захтева од Суда активнију улогу.²⁶

Суд полази од уобичајене и опште прихваћене класификације доказних средстава. Тако Суд прво оцењује различите доказе у писаној форми, као што су незванични документи, новински чланци, књиге и слично. Потом следе званични документи, као што су јавне исправе, домаћи прописи и међународни инструменти. Првима Суд признаје тек ограничену доказну снагу: сама за себе ова врста писаних доказа заправо нема никакву доказну снагу, али може послужити као допуна другим доказима, као њихово објашњење или као доказ ноторних чињеница.²⁷ Другој категорији ће бити призната доказна снага ако непосредно доказују спорну чињеницу. Сведоци су традиционално доказно средство које прихвата и Међународни суд правде, иако саслушање сведока неће бити изведено у свакој усменој расправи. У предмету Никарагва Суд пажљиво класификује доказну снагу сведочења: ако се изјава односи на непосредно сазнање сведока који нема интерес у погледу исхода спора, такво сведочење има изузетно високу доказну снагу. Његово сведочење ће имати посебан значај за Суд ако је још и успешно тестирано у поступку саслушања у усменој расправи пред Судом.

²⁴ Поједини аутори ову одлуку сматрају најзначајнијом пресудом коју је Међународни суд правде до тада донео: "Одлука у предмету *Никараџа* је једна од најзначајнијих одлука икада донетих пред Међународним судом правде. Она је убедљиво 'најтежи' случај о којем је Суд икада одлучивао, у околностима одсуства једне од странака.... Дужина одлуке у предмету *Никараџа*, њен обим и детаљна анализа су упечатљиви." – Keith Highet, "Evidence, the Court, and the Nicaragua Case", 81 *American Journal of International Law* 1 (1987), стр. 1.

²⁵ Никарагва, пасус 59.

²⁶ Никарагва, пасус 60.

²⁷ Никарагва, пасуси 62. и 63.

Ако је такво сведочење дато од званичника државе и супротно је интересу његове државе, онда ће се таквом сведочењу признати највиша доказна вредност.²⁸ Супротно, сведочење званичника, чак и ако се односи на непосредно сазнање, али је у корист његове државе, пред Судом неће имати значајну доказну вредност.²⁹ Такође, изјава сведока која се не односи на непосредно сазнање неће имати снагу доказа у поступку.³⁰ Посебно занимљив аспект у овом поступку био је и покушај коришћења обавештајних докумената као доказа,³¹ али пошто су делови обавештајних докумената искључени због тајности извора и осталих података, природно је да су они имали занемарљиву улогу.

Приликом доказивања, Суд је користио посредне и непосредне доказе. Међусобни захтеви и оптужбе страна у спору (док се САД нису повукле из поступка) били су тешки за доказивање: Никарагва је оптуживала САД да су у дужем временском периоду угрожавале суверенитет и неповредивост Никарагве, директно или преко снага контре. САД су, позивањем на колективну самоодбрану и заштиту Ел Салвадора, тврдиле да је Никарагва наоружавала антивладине снаге у тој латиноамеричкој држави. Суд се упустио у испитивање ових чињеница, те се донекле послужио и посредним доказима. Тако је, изричито указујући да је реч о посредним доказима,³² закључио да је у одређеном временском периоду заиста постојала оружана подршка Никарагве побуњеницима у Ел Салвадору. Полазна доказна претпоставка захтева од Никарагве да докаже негативну чињени-

²⁸ „Суд сматра да изјаве ове врсте, које потичу од високих политичких званичника, понекад чак и од највиших, имају посебну доказну снагу када се њима признају чињенице и понашање које не иде у корист државе коју представљају. У том случају ове изјаве се могу тумачити као признање.“ – Никарагва, пасус 64. Слично, пасус 69.

²⁹ Никарагва, пасус 70.

³⁰ Никарагва, пасус 68.

³¹ Никарагва, пасус 140-142.

³² „Одмеравајући горе наведене доказе, Суд мора да установи значај и околности одређених изјава и индиција. Околности су, првенствено, идеолошка блискост два покрета, Сандиниста у Никарагви и оружане опозиције садашњој влади у Ел Салвадору; друго, политички интерес Никарагве за слабљење и свргавање власти у Ел Салвадору, и коначно, симпатије које показује Никарагва, а нарочито њена војска, према опозицији у Ел Салвадору. (...) У оваквим околностима различите индиције које, саме по себи не би могле бити доказ, чак ни претпоставка постојања војне помоћи Никарагве Ел Салвадору, ипак морају бити пажљиво испитане на основу тога што је могуће да су ипак од значаја.“ (Никарагва, пасус 150). „У овом светлу, један индиректни доказ има посебан значај. ... Командант Ортега је изјавио да су предузете мере како би се спречило коришћење ваздушног пролаза... према мишљењу Суда, ово је признање чињенице да је постојао ваздушни пут који је коришћен за мање ваздухоплове, највероватније за превоз оружја чија је вероватна дестинација била Ел Салвадор, чак иако Суд није добио конкретне доказе о таквом транспорту.“ (Никарагва, пасус 151).

цу: „Докази и материјали које је доставила Никарагва против навода о снабдевању оружјем морају се оцењивати на начин који има у виду да Никарагва, одговарајући на ове оптужбе, мора доказати негативну чињеницу.“³³ Доказивање негативних чињеница заправо означава претпоставку одговорности (коју прати одговарајућа доказна претпоставка) те пренос терета доказивања са тужиоца на туженог и другачији стандард доказивања.³⁴ На пример, да ли Никарагва ове оптужбе може одбацити путем средњих доказа и вероватноће.

Ипак, захваљујући мрежи претпоставки и збира другачијих чињеница, Суд је закључио да је: „тешко могуће аутоматски претпоставити одговорност Никарагве за транспорт оружја на њеној територији када постоје и супротне претпоставке које говоре о могућем ангажману суседних држава у транспорту оружја.“³⁵ Суд тако закључује да: „од јула 1979. до датума пада режима у Никарагви и до почетка 1981. године је постојао пренос оружја преко територије Никарагве ка оружаним снагама опозиције у Ел Салвадору. Са друге стране, докази су недовољни да би показали да је пренос оружја, од почетка 1981. године и даље текао као вид помоћи наоружаним снагама опозиције у Ел Салвадору управо са територије Никарагве у неком значајном обиму, односно да је влада Никарагве одговорна за транспорт оружја у оба временска распона.“³⁶

У погледу чињеница и доказа против САД, Суд је био објективно ограничен у њиховој оцени због одлуке САД да се повуку из поступка у меритуму. Иако је Суд преузео нешто активнију улогу у процени доказа, пропуст државе да оспорава наводе тужбе и доказе на којима се тужба заснива озбиљно ометају потпуно утврђивање чињеница. Иако Суд помиње и начело равноправности странака у поступку, могућа одбрана и подношење доказа од стране тужене државе је ограничено и теретом доказивања: страна која се позива на супротне чињенице те чињенице мора и доказати према начелу *actor incumbit probatio*, а њено одсуство нужно пасивизира Суд бар у погледу нових чињеница и доказа који би могли бити од значаја. Дакле, начело материјалне истине на које се Суд посредно позива ће ипак на најбољи могући начин бити заштићено тек учешћем обе странке у поступку.

³³ Никарагва, пасус 147.

³⁴ Волфрум, цитирајући и друге ауторе, из овог изводи закључак да у поступку пред Међународним судом не важи правило римског права *negativa non sunt probanda*. То, наравно, није безусловно, али свакако утиче на стандард и терет доказивања. Видети, Rüdiger Wolfrum, “International Court and Tribunals, Evidence”, у: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, OUP, Oxford, 2006, пасус 63, доступно на: http://www.mpepil.com/sample_article?id=epil/entries/law-9780199231690-e26&recno=27&.

³⁵ Никарагва, пасус 158.

³⁶ Никарагва, пасус 160.

Тужбени захтеви против САД били су бројни и скоро у потпуности успешни. Једини захтев који Суд није усвојио односио се на приписивање САД повреда хуманитарног права које су починиле снаге контре.³⁷ Разлози за неуспешност овог захтева су двоструки. Прво, правно правило о приписивању аката приватних лица страном држави Суд је поставио прилично строго: да би држава одговарала за такве акте мора постојати чврста веза између појединца и стране државе али је још потребно и да је страна држава издала јасну инструкцију за чињење конкретног противправног акта. Реч је о правном стандарду који се од доношења одлуке у овом предмету назива „ефективна контрола“.³⁸ Правни стандард приписивања у оваквим околностима битно одређује и стандард доказивања те доказивање потребне везе, односно ефективне контроле, чини прилично тешким. Суд је, одбијајући овај захтев, упутио на стандард и указао да нису постојали докази који би довели до одговорности САД за повреде хуманитарног права:

„Према томе, докази који су доступни Суду указују да су постојали различити видови помоћи које су САД пружале снагама контре за вођење операција, али су ипак недовољни да би доказали потпуну зависност од помоћи САД. Са друге стране, докази показују да је у почетку таква зависност снага контре од САД заиста и постојала. Међутим, да ли су САД у било којој фази заиста и развиле стратегију и управљали тактиком снага контре зависи и од тога у којој мери су САД користиле могућност контроле инхерентне у таквој врсти зависности. Суд је већ нашао да за тако нешто не постоји довољно доказа да би се могло доћи до таквог несумњивог закључка. Према томе, Суд *a fortiori* није у могућности да у правном смислу изједначи снаге контре са снагама САД.“³⁹

„Суд је тако заузео став да је учешће САД, чак и да је вишеструко или одлучујуће, у финансирању, организовању, обуци, помоћи и опремању снага контре, у избору војних и паравојних циљева и планирању целокупне операције, и даље недовољно само по себи, на основу доказа којима располаже Суд, да у сврху приписивања САД аката снага контре које су извршене током њихових војних и паравојних операција у Никарагви. Сви облици учешћа САД, који су горе наведени, па чак и општа контрола коју је тужена држава имала над ових снагама и која је била високог степена зависности, не могу сами по себи да значе, без додатних доказа, да су САД

³⁷ Снаге контре (или контраши како се још називају) су група оружаних побуњеника против тадашње владе Сандиниста у Никарагви. Сандинисти су били покрет социјалистичке оријентације који је свргнуо војну диктатуру у Никарагви 1979. године. Будући да су се борили против револуционарне владе Сандиниста, себе су називали „контрареволуционарима“, те отуда назив контре. Уживали су велику помоћ и подршку САД.

³⁸ Никарагва, пасус 114.

³⁹ Никарагва, пасус 110.

управљале или спроводиле повреде људских права и хуманитарног права против државе тужиоца.⁴⁰

Налази Суда показују чврсту везу између правног стандарда и стандарда доказивања, те да су услови одговорности у блиској вези са начином доказивања, нешто што је Суд већ најавио у предмету *Крфски твеснац*. Међутим, иако је ова веза јасна и логична сама по себи, потребно је указати на чињеницу да је Суд формулисао правни стандард 'ефективне контроле' када је већ пред собом имао понуђене доказе. Одлука је Суда да је ипак потребно много више од понуђеног да би се доказала веза између снага контре и САД да би се установила повреда људских права и хуманитарног права, иако је та веза била довољна да се установи одговорност САД за низ других међународноправних норми.

Какве је стандарде доказивања, вредне помена, применио Суд у овом предмету? Поред класификације различитих доказних средстава према доказној снази (као што су изјаве званичника државе, потврђене у поступку саслушања сведока у усменој расправи, а које су супротне интересима његове државе), Суд показује и како тумачење правног правила може битно одредити и стандард доказивања у мери која за тужиоца може бити и превелики терет.

И поред тога, Суд не искључује посредне доказе и показује више флексибилности у оквиру слободне оцене, те могућности и вероватноће понекад подиже на ниво посредних доказа.⁴¹ Закључивање на основу доказних претпоставки и посредних доказа може значити и да ако страна не оспори наводе, може се претпоставити да је са њима сагласна или да су наводи тачни. Реч је о посредном доказивању и доказним претпоставкама, који су слабије доказне снаге од непосредних доказа, и донекле супротне правилу *actor incumbit probatio*. Међутим, не треба из овог закључити да је одговорност САД утврђена само на основу посредних доказа, иако је њима дата много већа вера него што је то Суд учинио у предмету *Крфски твеснац*. У обимном доказном материјалу нашло се и довољно непосредних доказа.⁴² Суд је овде показао да приликом одмеравања различитих доказа, што чини пажљиво и детаљно, донекле мора преузети активнију улогу него што то чини у случајевима где се појављују обе стране.⁴³

⁴⁰ Никарагва, пасус 115.

⁴¹ Суд допушта посредне доказе (*circumstantial evidence*) и закључивање на основу доказних претпоставки (*inference*).

⁴² Видети пасус 99 одлуке Никарагва.

⁴³ „Суд је тако био обавезан да филтрира изјаве и сведочења те да учини више него што је његова уобичајена улога приликом одмеравања могућности и искључивања недо-вољних доказа.“ – Keith Hight, *op. cit.*, стр. 28.

Примена Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида

Педесет година након случаја Крфски теснац и тридесет година након Никарагве, Суд се опет суочио са чињенично комплексним предметом. Ова пресуда остаће запамћена не само по обиму доказног материјала и броју чињеница које су од Суда обе стране тражиле да утврди, те правила доказивања која је у овој пресуди Суд применио,⁴⁴ већ управо и због јасног повезивања правног стандарда о одговорности са стандардом доказивања, те оно што је било најављивано у ранијим пресудама ће Суд овом приликом врло јасно формулисати. Суд овде, по први пут, објашњава однос индивидуалне кривичне одговорности и одговорности државе за извршење међународног уговора,⁴⁵ а питање је било једнако важно и за начин доказивања.

Пресуда је, за разлику од претходних, конципирана управо тако да на посебном месту издваја сва питања у вези са доказивањем и дели их на терет доказивања, стандард доказивања и доказна средства.⁴⁶

У погледу терета доказивања Суд закључује да ће се применити опште прихваћено правило по којем странка мора доказати чињенице на које се позива, те одбија предлог тужиоца да терет доказивања пребаци на туженог због његове одлуке да поједине делове докумената, означених као државна тајна, не учини доступним.⁴⁷ Сувише докумената, нарочито из архиве Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (МКТЈ), је било на располагању тужиоцу да би се могло оправдати пребацивање тере-

⁴⁴ Видети, Andrea Gattini, „Evidentiary Issues in the ICJ’s Genocide Judgment“, *5 Journal of International Criminal Justice* (2007), стр. 889-904; C. F. Amerasighe, „The Bosnia Genocide Case“, *21 Leiden Journal of International Law* (2008), стр. 411-428. Michael Ottolenghi, Peter Prows, „Res Judicata in the ICJ’s Genocide Case: Implications for Other Courts and Tribunals“, *Pace International Law Review* (2009), стр. 37-54.

⁴⁵ Касезе, на пример, критикује повезивање кривичноправних категорија са правилима о одговорности држава. Његова критика иде у два правца. Прво, сматра да се на овај начин проширују обавезе, а самим тим и одговорност држава, ван оних утврђених Конвенцијом. Друго, примена кривичноправних института, по његовом мишљењу, није доследно спроведена у овом случају, јер би доследна примена правила кривичног права, бар кад је у питању доказивање намере, могла довести до одговорности Србије за геноцид (позивајући се на праксу МКТЈ). Шире, видети: Antonio Cassese, „On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide“, *5 Journal of International Criminal Justice* (2007), стр. 875-887.

⁴⁶ Део V пресуде, пасуси 202-230.

⁴⁷ Према мишљењу појединих коментатора пресуде, Суд је могао, позивајући се на чл. 49. Статута који допушта Суду да захтева достављање докумената и формално констатује ако се страна не повинује наредби, да изведе закључке на терет стране која не доставља доказе, у овом случају СР Југославије. – A. Gattini, *op. cit.*, стр. 891, белешка 9 i стр. 892-893.

та доказивања на туженог.⁴⁸ Посебан проблем постојао је код доказивања намере да се почини геноцид, *dolus specialis* као битни елемент кривичног дела геноцида. Тужилац, како Суд и примећује, није ни покушао да докаже постојање овакве намере код органа СР Југославије за акте који би туженој могли бити приписани. Дакле, у овом погледу тужилац није ни покушао да преузме терет доказивања и није понудио никакве непосредне доказе.⁴⁹ Стратегија тужиоца била је да посредно докаже постојање *dolus specialis* преко обрасца поступања у различитим подручјима Босне и Херцеговине, где би образац и његово понављање требало да докажу план и специјалну намеру.⁵⁰ Тужилац је на овај начин покушао да олакша терет доказивања променом стандарда доказивања.

Стандарди доказивања су управо били значајан део спора. Претходни проблем за Суд, пре упуштања у оцену доказа, био је да ли ће се за оцену одговорности државе за геноцид користити правила доказивања кривичног права (јер је претходно потребно утврдити постојање индивидуалне кривичне одговорности за геноцид) и одговарајући стандарди (доказаност ван сваке разумне сумње) који су строжи од редовног теста доказивања који би се могао применити за оцену одговорности државе за повреду међународног уговора у доказном поступку који је далеко ближи парничном, чиме би били условљени и нешто блажи стандарди доказивања. Тужилац је тако тврдио да, будући да се не ради о кривичном поступку, није ни потребно користити кривичноправне стандарде доказивања, већ Суд ужива много већу слободу приликом слободне процене понуђених доказа јер је заправо реч о повреди међународног уговора. Суд је на ово питање одговорио у два наврата, користећи различиту методологију, и увек са истим закључком. Прво, Суд закључује да „ако државу треба прогласити одговорном јер је повредила своју обавезу забране чињења геноцида, онда се мора доказати да је геноцид, у смислу Конвенције, заиста и почињен.”⁵¹ Питање је да ли овај Суд то може установити у одсуству правоснажне одлуке о индивидуалној кривичној одговорности за геноцид надлежног кривичног суда? Суд сматра да “различита процесна правила и овлашћења овог Суда и других судова који воде поступке против лица због чињења кривичних дела не указују да постоји правна препрека због које овај Суд не би могао утврдити да ли су геноцид и други акти наведени у чл. III почињени.”⁵² Суд, тако, коначно закључује да држава може бити проглашена

⁴⁸ Пресуда Конвенција о Геноциду, пасуси 204-206.

⁴⁹ Пресуда Конвенција о Геноциду, пасус 369.

⁵⁰ Пресуда Конвенција о Геноциду, пасуси 370-376.

⁵¹ Пресуда Конвенција о Геноциду 180.

⁵² Пресуда Конвенција о Геноциду 181.

одговорном за повреду Конвенције због геноцида и саучесништва у геноциду и без индивидуалне кривичне осуде за геноцид.⁵³ Суд, дакле, мора утврдити да ли је учињен геноцид да би државу прогласио одговорном, али то не мора бити условљено индивидуалном кривичном осудом. Док је први део ове тезе логичан и уводи редослед у решавање правних питања, а донекле и усмерава начин доказивања, други део тезе оставља разлог за бојазан – јер, какве су последице одлуке о постојању геноцида пре него што су одговорни појединци стварно и осуђени? У овом предмету ова ће бојазан остати само теоријска, пошто су налази Међународног суда правде у свему били идентични са налазима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Друго је питање и колико је Суд био искрен у предложеном решењу и да ли је отворен простор оставио неискоришћен приклањајући се кривичним осудама међународног кривичног трибунала. Какве би политичке импликације другачијих одлука могле бити није тешко претпоставити.

Суд ће, дакле, упустити се у испитивање да ли је геноцид заиста и почињен пре него што приступи приписивању геноцида туженој држави. Том приликом мора доказати да су оба елемента геноцида, акт и намера, присутни те ти налази морају бити несумњиви. Како је већ речено, тужилац је покушао да преко обрасца поступања и посредним доказивањем докаже постојање намере. Суд сматра да образац поступања може доказати намеру тек у изузетним околностима захтевајући при том висок степен доказаности, што се у конкретном случају није десило:

„Суд ће сада да размотри наводе тужиоца по којима само постојање обрасца злочина почињених над већим бројем заједница, током дужег временског периода, а који су били првенствено усмерени против босанских Муслимана али и Хрвата, показује неопходну намеру. Суд се не слаже са овако широко постављеним предлогом. *Dolus specialis*, посебна намера да се уништи група у целини или делимично, мора се убедљиво доказати упућивањем на релевантне околности, осим ако није доказано постојање општег плана; али да би образац понашања могао бити прихваћен као доказ постојања намере, он мора бити такав да може јасно доказати постојање такве намере.”⁵⁴

Суд коначно закључује да тужилац, осим за Сребреницу, није доказао постојање намере да се почини геноцид, независно од акта приписивања: „Суд закључује да тужилац није доказао постојање ове намере на страни туженог, било на основу осмишљеног плана или тако да след догађаја показује устаљени образац понашања који може јасно указати на постојање

⁵³ Пресуда Конвенција о Геноциду 182.

⁵⁴ Пресуда Конвенција о Геноциду 373.

такве намере.”⁵⁵ Стандард доказивања је строг, иако доказна средства, чини се, могу бити и посредна. Суд не користи речник кривичног поступка као што су изрази „ван разумне сумње“ (*beyond reasonable doubt*), али је стандард који примењује практично томе идентичан. Можда оваквим поступањем Суд непотребно уводи терминолошку конфузију. Можда би боље било да је Суд стандард назвао правим именом (*beyond reasonable doubt*) уместо што је користио израз непобитни докази (*fully conclusive evidence*). Реч је о истом стандарду, али је Суд већ из неког разлога желео да се дистанцира од кривичноправне терминологије приликом утврђивања одговорности државе. За тим није било праве потребе јер постоје и други међународни судови, као што је Европски суд за људска права, који немају кривичну надлежност, али за стандард доказивања ипак користе израз „ван разумне сумње.“⁵⁶

Одговор о стандарду доказивања одговорности државе за геноцид, поред кривичноправног тона приликом доказивања намере, Суд даје и речником уговорног права. Суд овде примењује општа правила о одговорности, али прави разлику између тужбених захтева по њиховој тежини. Дакле, дефинишу се правни стандарди, блиски уговорном праву, који се доказују одговарајућим стандардом доказивања. У том погледу Суд закључује: „Тужбени захтеви који укључују изузетно тешке оптужбе против државе морају се доказати искључиво доказима који су у потпуности непобитни.“⁵⁷ Са друге стране: „У погледу захтева тужиоца да је тужени прекршио своје обавезе да спречи геноцид и да казни или изручи лица оптужена за геноцид, Суд захтева доказе високог степена поузданости која одговарају озбиљности оптужби.“⁵⁸ Суд повлачи разлику између обавезе државе да не почини геноцид и обавезе државе да геноцид спречи и казни. У првом случају је реч не само о тешкој оптужби која ће захтевати несумњиве доказе, већ је и реч о негативној обавези која може бити повређена актима чињењима. Тако ће Суд од тужиоца захтевати да несумњиво докаже акте чињења. У другом случају реч је о позитивној обавези – држава ову обавезу може повредити и нечињењем, али је оваква оптужба и много лакша. У контексту доказивања, Суд се може задовољити посредним доказима и оценом целокупног чињеничног материјала. Тужилац не мора доставити

⁵⁵ Пресуда Конвенција о Геноциду 376.

⁵⁶ Тако, на пример, Европски суд за људска права када одлучује о одговорности државе за повреду чл. 2. у вези са чл. 14. или чл. 3 у вези са чл. 14, користи овај стандард. Видети, на пример: *Нахова против Бугарске* (*Nachova v. Bulgaria*), Grand Chamber, 6/7/2005, пасус 147 или *Бекос и Куироупулос против Грчке* (*Bekos and Koutropoulos v. Greece*), пасуси 47, 65-68.

⁵⁷ Пресуда Конвенција о Геноциду пасус 209.

⁵⁸ Пресуда Конвенција о Геноциду пасус 210.

толико убедљиве доказе као у првом случају, а делимично ће се терет доказивања тиме преbacити и на туженог који мора доказивати да је предузео бар неку радњу која би се могла тумачити као акт спречавања. Повезаност правног стандарда, врсте обавезе и начина доказивања Суд јасно истиче када говори о разлици између тужбених захтева о чињењу геноцида, и пропусту да се геноцид спречи и казни.

„Конечно, Суд сматра да је нарочито важно да укаже на разлике између услова за одговорност државе за повреду обавезе спречавања геноцида – у смилу чл. I Конвенције – и оних који морају постојати да би држава била одговорна за чињење геноцида у смилу чл. III(е). Постоје две основне разлике које су толико важне да је немогуће две повреде третирати на исти начин. Прво, чињење увек захтева позитиван акт...док повреда обавезе спречавања може проистећи из пропуста да се усвоје одговарајуће мере за спречавање геноцида. Другим речима, док акт геноцида мора бити резултат чињења, повреда обавезе спречавања може бити резултат нечињења. (...)Са друге стране, држава може повредити своју обавезу спречавања чак и када није била сасвим сигурна, у време када је требало да поступа али је то пропустила да учини, да ће геноцид бити почињен или је његово извршење извесно; да би била одговорна по овом основу довољно је да је била свесна озбиљне опасности да ће геноцид бити почињен.“⁵⁹

Како блажи правни стандард и позитивна обавеза државе утичу на стандард и терет доказивања, најбоље илуструје следећи налаз Суда:

„Тужени није доказао да је предузео било какву иницијативу да би спречио оно што се десило, нити је предузео било какву радњу да отклони могућност чињења злочина. Према томе, мора се закључити да органи туженог нису ништа предузели да спрече масакр у Сребреници. Тврдње да су у том погледу били потпуно беспомоћни нису одрживе имајући у виду њихов утицај на ВРС. Као што је горе наведено, да би држава била одговорна за повреду обавезе спречавања не мора бити доказано да је та држава имала стварну моћ да спречи геноцид; довољно је да је имала средства да то учини и да је било очигледно да се уздржала од коришћења таквих средстава.“⁶⁰

Израз „докази високог степена поузданости“ за оптужбе о пропуштању Србије да спречи геноцид су докази који су мање захтевни за тужиоца него „докази који су у потпуности непобитни“. Дакле, „лакша“ оптужба је лакша у томе што је тужиоцу сада једноставније да докаже свој тужбени захтев, али и због тога што се терет доказивања делом преноси на туженог. Доказне претпоставке од којих полази Суд, да тежина повреде захтева од-

⁵⁹ Пресуда *Конвенција о Геноциду*, пасус 432.

⁶⁰ Пресуда *Конвенција о Геноциду*, пасус 438.

говорајући стандард доказивања, по мишљењу појединих коментатора нису доследно спроведене. Чак и доказна претпоставка да лакша оптужба допушта лакше доказивање, није испуњена, јер „Суд није нашао за сходно да елаборира закључак по коме су власти СР Југославије морале учинити нешто да спрече трагичне догађаје који су били у настајању”, што би помогло будућој пракси шта тачно значи израз „доказ високог степена поузданости“, нарочито зато што је Суд врло лако дошао до радикалног закључка да власти нису учиниле ништа”.⁶¹

Иако много прецизније и детаљније образложена, логика Суда у овом случају по много чему је у складу са стандардима постављеним у предмету *Крфски њеснац*. Негативна обавеза Албаније и тежина тужбеног захтева определили су и доказна средства којима Суд ни у једном од ова два случаја није био задовољан толико да установи одговорност тужених држава. Са друге стране, у оба случаја је закључио да није испуњена обавеза „дужне пажње“ те да акти чињења, који су за тужене државе били део позитивних обавеза, нису били предузети. У овом другом случају, посредни докази су били довољни да доведу до одговорности држава.

Последње питање у вези са доказивањем су врсте доказних средстава и њихова доказна снага. Суд указује на изузетно велики обим различитих писаних доказа, највише докумената које су доставиле обе стране.⁶² Међутим, уместо упуштања у оцену доказне снаге и уверљивости појединих доказних средстава, као што је то Суд урадио у предмету Никарагва, где је доказна средства разврстао по доказној снази, Суд упућује на посебну од-

⁶¹ А. Gattini, *op. cit.*, стр. 899. Упућена је и нешто другачија критика: према мишљењу Касезе, Суд је врло лако закључио да су власти СРЈ морале знати шта ће наступити, што би већ било довољно за непосредну одговорност тужене државе за помагање приликом извршења геноцида. „Чини се да је нелогично (поред тога што није поткрепљено ниједним извором, правилом или начелом) закључити да је предвидљивост ризика геноцида релевантна за обавезу државе да спречи геноцид када је то ирелевантно за кривично дело (или одговорност државе) за саучесништво у геноциду. Ако је држава свесна да постоји озбиљна опасност да кривична дела геноцида могу бити извршена од стране појединаца или група које та држава помаже и подржава, да би поступила у складу са међународним правом, она мора бар престати са пружањем помоћи. Ако то не учини, онда не само да крши обавезу спречавања већ тиме постаје и саучесник у геноциду.“ – А. Cassese, *op. cit.*, стр. 887.

⁶² Стране су доставиле Суду обиман материјал који потиче из различитих извора. Они обухватају извештаје, резолуције и налазе различитих органа Уједињених нација, укључујући ту и Генералног секретара, Генералну скупштину, Савет безбедности, Комисију експерата, Комисију за људска права, Подкомисију за спречавање дискриминације и заштиту мањина и Специјалног известиоца за људска права у бившој Југославији; документа различитих међународних организација као што је Конференција о безбедности и сарадњи у Европи; документе, доказна средства и одлуке Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију; званичне публикације држава; документе невладиних организација; медијске изворе, чланке и књиге.

лику поступка утврђивања чињеница у овом предмету: „Суд мора самостално да установи чињенице које су важне за примену права за које тужилац тврди да је тужени прекршио. Овај случај, пак, има једно необично обележје. Многобројни наводи који су изнети пред овим Судом су већ били предмет поступака и одлука Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.“⁶³ Суд се, потом, ослања на један нови стандард оцене доказа из одлуке истог Суда у предмету, *Оружане активности на територији Конга*,⁶⁴ и закључује да посебну доказну снагу имају они докази који су прибављени испитивањем лица који имају непосредно сазнање, које је тестирано у унакрсном испитивању пред судом, када таква сведочења и изјаве нису касније довођени у питање.⁶⁵ Овим Суд отвара врата за коришћење одлука Међународног кривичног суда за бившу Југославију. Штавише, овим одлукама Суд ће признати највишу доказну снагу у односу на сва остала доказна средства. Суд ће признати значај утврђеним чињеницама због ригорозности поступка утврђивања чињеница у кривичном поступку где се примењује највиши доказни стандард: ван сваке разумне сумње. Дакле, изгледа да Суд не признаје ауторитет утврђеним чињеницама због надлежности МКТЈ или из неког другог формалног разлога (*res judicata*), већ само због формалних и материјалних гаранција које таква поступак пружа.⁶⁶ Већ је напоменуто да је Суд закључио како је слободан да сам утврди да ли је геноцид заиста и почињен без обзира што не постоји одговарајућа пресуда. Али ако таква пресуда постоји, Суд према њој неће бити равнодушан: „Суд закључује да ће у начелу одговарајућим налазима Трибунала, до којих се дошло у судском поступку, признати изузетну доказну снагу, осим ако ови налази нису оспорени у жалбеном поступку. Из истих разлога, закључак Трибунала, на основу тако утврђених чињеница, у погледу, на пример, постојања потребне намере, имаће одговарајућу тежину.“⁶⁷

Да се Суд руководи материјалним, а не формалним критеријумима приликом прихватања налаза МКТЈ као неспорно утврђених чињеница

⁶³ Пресуда *Конвенција о геноциду*, пасус 212.

⁶⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Пресуда од 19. децембра 2005., I.C.J. Reports 2005.

⁶⁵ Пресуда *Конвенција о геноциду*, пасус 212-213.

⁶⁶ Тако Суд одбија као доказна средства оптужнице, доказе уз оптужницу и друге одлуке МКТЈ као могуће доказе, већ прихвата само пресуде које су донете у поступку. Делимично прихвата и пресуде које су резултат нагодбе (Пресуда *Конвенција о геноциду* 224). Суд избегава питање сукоба надлежности, литиспенденције и пресуђене ствари, мада би било више него занимљиво да се и о овим питањима изјаснио. На овај начин Суд себи оставља приличну слободу у оцени доказа, јер би увођењем ових правила у оцену доказа заправо отворио расправу о допуштености појединих доказних средстава.

⁶⁷ Пресуда *Конвенција о геноциду*, пасус 223.

(али не и као пресуђених чињеница), види се и у критици коју је Суд упутио МКТЈ. Наиме, у предмету *Тадић* МКТЈ је оспорио мишљење Суда у предмету *Никараџа* у погледу правног стандарда приписивања аката приватних лица туженој држави. МКТЈ је сматрао да је стандард сувише строг те да контролу потребну за приписивање акта не треба тумачити као „ефективну“, већ као општу контролу. Замену правног стандарда је пратила и замена доказних претпоставки, па је МКТЈ, процењујући приписивање аката Војске Републике Српске (ВРС) Југославији, користио доказна средства која вероватно нису ни у категорији посредних доказа. МКТЈ закључује да се акти ВРС могу приписати ЈНА користећи индиције (командна структура ЈНА одговарала је командној структури ВРС, СР Југославија је исплаћивала зараде ВРС, ЈНА и ВРС су имале исте војне и политичке циљеве, СР Југославија је снабдевала ВРС и пружала јој помоћ, и СР Југославија је заступала интересе Републике Српске током закључивања Дејтонског споразума)⁶⁸ и доказе као што су новински чланци и биографије бивших официра ЈНА.⁶⁹

Суд је оштро одговорио на критику коју му је упутио МКТЈ:

„Суд је пажљиво размотрио разлоге Жалбеног већа, али није у могућности да се сложи са његовим закључком. Прво, Суд истиче да МКТЈ није био позван у предмету *Тадић*, нити то постоји као могућност, да одлучује о питањима одговорности државе пошто је његова надлежност кривична и односи се само на појединце. У тој пресуди Трибунал је разматрао питање које није било неопходно за вршење његове надлежности. Како је већ и речено, Суд признаје изузетан значај чињеничним и правним налазима МКТЈ приликом одлучивања о кривичној одговорности оптужених, а у овом случају Суд је у целини прихватио пресуде претресних и жалбених већа МКТЈ које се односе на догађаје важне за овај спор. Ситуација није иста када је реч ставу МКТЈ о питањима општег међународног права која се не налазе у његовој надлежности и, што је још важније, чије решење није од значаја за решавање конкретног кривичног предмета.“⁷⁰

Ипак, прихватањем као неспорно утврђених (али не и пресуђених) чињеница до којих је дошао МКТЈ, Суду је задатак доказивања био значајно олакшан. Суд је био у могућности да постави високе стандарде доказивања јер је располагао одлукама које су већ организоване, систематизовале, провериле и квалификовале релевантне чињенице. Но, остаје питање да ли

⁶⁸ *Тадић*, предмет бр. IT-94-1-A, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Пресуда Жалбеног већа од 15. јула 1999. године, пасуси 146-162.

⁶⁹ *Тадић*, пасус 151, белешка 187 (Суд овом приликом користи и стандард доказивања негативних чињеница: „Не постоје докази који указују да су се ови циљевци променили након 19. маја 1992. године“ – *Ibidem*).

⁷⁰ Пресуда *Конвенција о Геноциду*, пасус 403.

ће Суд бити у прилици да у неком будућем, сличном случају задржи високе стандарде доказивања када не буде више у комфорној позицији преузимања доказних средстава других судова.⁷¹

Новине које је увео Суд овом пресудом у поступак доказивања су вишеструке. Јасно је дефинисана веза између правног правила и стандарда доказивања, први пут је решен однос индивидуалне кривичне одговорности и одговорности државе за противправни акт, у погледу њихове међусобне условљености, редоследа решавања и стандарда доказивања, и, коначно, овом одлуком се као доказна средства, и то изузетне доказне снаге, признају одлуке других међународних судова. Ова одлука показује и у којој мери је Суд способан да се избори са обимним чињеницама.

У контексту плурализма међународних судова

Како данас постоји велики број међународних судова, могуће је, без обзира на обим надлежности, да различити судови расправљају о истим чињеницама чак и када су тужбени захтеви различити. Утврђивање чињеница претходи примени права, те је за сваку сврху потребно објективно установљење чињеница. Доказни поступак, са свим својим правилима, тада добија посебан значај и заправо претходи било каквој правној квалификацији чињеница. Ако би судови дошли до различитих закључака у погледу чињеница, без обзира што би се могли бранити различитим надлежностима, странкама и захтевима, таква ситуација у суштини не може бити оправдана и нужно баца сенку на обе институције. Други проблем је да ли утврђено чињенично стање једног суда може послужити за утврђивање чињеница другом суду. Судаћи по пракси Међународног суда правде у предметима *Примена Конвенције о сиречавању и кажњавању геноцида* и *Оружане активностии на територији Конга*, то је могуће. Разлози које нуди Суд су материјалноправне, а не формалноправне природе, јер је “поступак пред Трибуналом који води до коначне одлуке ригорозан.”⁷² Суд провера-

⁷¹ “Иако је оправдано што је Суд заправо применио стандард “ван разумне сумње” у овом случају, питање је да ли ће Суд бити у прилици да примени овај стандард на исти начин у будућим споровима поводом одговорности државе за геноцид или злочине против човечности. Уз сва овлашћења којима Суд располаже на основу чл. 48-52 Статута, чињеница је да Суд једноставно није довољно опремљен да прикупи све податке који су неопходни да би задовољио стандард доказивања аналогно оном који се користи у кривичним предметима. Како смо видели, ослањање на рад МКТЈ је било неизбежно, свакако у погледу чињеница, али и у погледу правне квалификације. Јасно је да би се Суд нашао у много тежем положају, ако не и у немогућој ситуацији, да је морао одлучивати у сличном предмету без ‘подршке’ судских налаза једног међународног кривичног суда.” –А. Gattini, *op. cit.*, стр. 903.

⁷² Пресуда *Конвенција о геноциду* 220.

ва доказни материјал који користи Трибунал и задовољава се претпоставком да је доказивање у кривичном поступку тако високог стандарда да може задовољити захтеве доказног поступка и пред Међународним судом правде. Међутим, примери показују да ће МКТЈ понекад користити спорне доказе, као у предмету Тадић, али се у овом делу Међународни суд правде оградио од налаза МКТЈ не због доказа већ због правног стандарда који је МКТЈ применио. Замислимо је да ће се слични проблеми јављати и пред другим међународним судовима, где би стандарди доказивања требало да одиграју кључну улогу у одлучивању чијим чињеницама ће бити дата предност.⁷³

⁷³ О опасностима различитих доказних поступака за исте чињенице, видети: Christine Van Den Wyngaert, „Disparities between Evidentiary Rules before International Courts and Tribunals: Can a Clash Be Avoided?“, 4 *Fairness and Evidence in War Crimes Trials*, 1/2006, Article 7.

Sanja Đajić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

The Evidentiary Procedure before the International Court of Justice: the Case Study of Three Judgments

Abstract

Though evidentiary procedure before the International Court of Justice has been regulated by the Statute and Rules of the Court, most of evidentiary issues and rules have been clarified and established in the case law. That is why the focus of this article is on those cases where factual background played an important role: the *Corfu Channel* case, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* and the *Genocide* case. The reasoning the Court used in these cases provides a comprehensive framework and standard-setting for evidence in international procedure. The author here argues that most of the rules have been diligently followed by the Court in subsequent cases, the most important of which equates the standard of evidence with the gravity of charges rather than pre-selecting the type of evidence depending on the characterization of the procedure (criminal or civil). The Court will use different standards of evidence for direct and indirect forms of State responsibility. Direct and fully conclusive evidence will be generally required for grave charges of direct responsibility of State which may result from commissions. Circumstantial evidence and inference will be used (if capable of passing the adequate standard of evidence) only for indirect forms of State responsibility which may result as a consequence of omissions rather than commission. The gravity of charge will also determine the burden of proof: while the principle of *actor incumbit probatio* always applies it may still be softened by simple resort to indirect evidence and inference applicable for indirect forms of State responsibility. If the Court needs to settle issues of criminal law before turning to State responsibility, the Court will find itself competent and capable of solving these issues. Though the Court will use its own terminology for standards in criminal law matters (such as fully conclusive evidence), the author argues that the standard of evidence thus used by the Court in no way differs from standard of criminal evidence (beyond reasonable doubt). Such issues, however, were easily resolved by the Court due to an uncom-

mon feature of these cases, as the Court had at its disposal a variety of evidentiary materials and judgments of international criminal tribunals. These international criminal judgments were given the utmost probative value as the method of evidence. Other methods of evidence which will have the probative value of the highest rank would be the testimonies of persons directly involved in the events especially if their testimony runs against the interest of their State. This particular approach to evidence seems to be originally coined by the Court.

Key words: evidence – international procedure – standard of evidence – burden of proof – State responsibility