

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Александар В. Гајић

**ДОКАЗИВАЊЕ ПРЕД
МЕЂУНАРОДНИМСУДОМ ПРАВДЕ**

докторска дисертација

Београд, 2012

UNIVERZITET U BEOGRADU

PRAVNI FAKULTET

Aleksandar V. Gajić

**DOKAZIVANJE PRED MEĐUNARODNIM
SUDOM PRAVDE**

doktorska disertacija

Beograd, 2012

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Aleksandar V. Gajić

**EVIDENCE BEFORE THE
INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2012

МЕНТОР:

-Др Миленко Крећа, редовни професор, Универзитет у Београду, Правни факултет

ЧЛАНОВИ КОМИСИЈЕ:

-Др Миленко Крећа, редовни професор, Универзитет у Београду
–Правни факултет

-Др Родољуб Етински, редовни професор, Универзитет у Новом Саду- Правни Факултет

-Др Милан Шкулић, редовни професор, Универзитет у Београду-
Правни Факултет

Датум одбране: 2012. године

Александар Гајић
Доказивање пред Међународним судом правде

Кључне речи: Доказ, Међународни суд правде, терет доказивања, стандард доказивања, пролиферација међународних судова и трибунала, пресумпције, инференције, оцена доказа, међународни кривични судови и трибунали.

Научна облст: Право

Ужа научна област: Међународно јавно право

Aleksandar Gajić
**EVIDENCE BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF
JUSTICE**

Key words: Proof, Evidence, International Court of Justice, standard of proof, proliferation of the international courts and tribunals, presumptions, inferences, estimation of evidence, international criminal courts and tribunals.

Scientific Field: Law/International Public Law

ПРОШИРЕНИ РЕЗИМЕ

Докторска дисертација *Доказивање пред Међународним судом правде* је студија из области међународног јавног права (права међународног правосуђа). Основни циљ дисертације је формулисање теорије о доказивању по узору на Међународни суд правде, као и да се кроз призму начела и правила о доказивању у међународном правосуђу сагледа место и улога Међународног суда правде у контексту пролиферације међународних судова и трибунала, и посебно његов однос са међународним кривичним судовима и трибуналима.

Предмет истраживања салгедан је пре свега *de lege lata*, у настојању да се утврде начела и правила међународног права која су обухваћена предметом истраживања. Тамо где смо сматрали да је то корисно, и с обзиром на могућности имплементације предложених решења, коришћен је и *de lege ferenda* приступ. За овакав приступ смо се определили из разлога што су елементи позитивноправне садежине предмета истраживања спорни или недовољно истражени, те да је предуслов за *de lege ferenda* разматрања темељно истраживање и разумевање позитивног права.

Извори начела и правила о доказивању. Инхерентна карактеристика судског начина решавања спорова је не само та да суд или трибунал решава спор који је пред њега изнет применом међународног права, већ и да је сам начин решавања спора правно регулисан. Извори начела и правила међународног правосуђа су нужно извори међунаодног права.

Међународни судови и трибунали нису везани процесним правилима (укључујући ту и правила о доказивању) ма ког унутрашњег правног поретка.

Питање хијерархијског односа извора права у материји међународног правосуђа је комплексно питање, и за разлику од унутрашњег права у коме форма акта често детерминише и позицију правила која су у њему садржана, у међународном праву се са терена формалне снаге извора, тежиште пребацује на суштински (матријални) значај конкретне норме. Конститутивни акти међународних судова и трибунала, по правилу, веома штуро регулишу питања у вези са извођењем доказа и утврђивања чињеница. Неспорно је да норме које су у

њима садржане имају јачу правну снагу од оних које извиру из других извора. Међутим, самим тим што је одређени начн решавања спорова квалификован као судски начин решавања спорова, долази до примене читавог система правних правила /која произилазе из општих правних начела/ која у контексту судског начина решавања спорова имају значај когентних норми (начело равноправности странака, *ne ultra petita*, начело пресуђене ствари итд)

Конститутивни акти Међународног суда правде, Повеља Уједињених нација и Статут Међународног суда правде, садрже мали број правила која се тичу доказивања пред Судом. Само делимично регулисања вршења функција Суда његовим конститутивним инструментима одражава принципијелни став његових твораца да је утврђивање правила о вршењу судске функције најбоље препустити самом Суду, а да се Статутом регулишу само она питања која се желе решити „једном за свагда.“ Правилником Суда питања у вези са извођењем доказа и утврђивањем чињеница су такође штуро регулисана, а велики број његових одредби је тако формулисан да оставља простора за различита тумачења.

Општа правна начела су релативно статичан извор међународног права, и обухватају начела која су иманентна праву као друштвеном феномену. Међутим, њихова статичност (конзервативност) има и своју другу страну. Будући да је реч о /општим/ начелима, да би била примењена нужно пролазе кроз интелектуални процес конкретизације, и представљају својеврсно извориште правне креативности.

Квалификовати правила која су се искристалисала у јединственој јуриспруденцији као правила међународног обичајног права би било погрешно, будући да по својој природи, обичајна правна правила настају у пракси држава (а овде је реч о пракси међународних судова и трибунала), Суд није легислативни орган већ орган примене права, те да се судска пракса квалификује не као извор права већ као помоћно средство за утврђивање правних правила. Уколико би правила која су се искристалисала у пракси Суда квалификовали као правила међународног обичајног права, то би аутоматски значило да су други судови везани таквим правилима, што нема свог упоришта нити у доктрини нити у јуриспруденцији међународних судова и трибунала. Поред тога, уколико би неко правило везивало само Суд, постојала би опасност конзервирања праксе суда и

о немогућавања њеног даљег развоја. Даља брана квалификацији правила која су настала у јединственој јуриспруденцији Суда као обичајних правних правила чине норме о хијерархијском односу извора права. Наиме, уколико би правила која су настала у пракси Суда квалификовали као правила обичајног права то би збачило да она имају исту правну снагу као и правила садржана у Статуту Суда..

У доктрини је проблематична правна природа Упутстава (practice directions). Наше је становиште да правна природа упутстава не зависи од њихове форме (назива акта у ком су формулисани) већ од њихове садржине. Упутствима Суд не врши измену Правилника Суда, већ она представљају њихову допуну, која је „резултат преиспитивања метода рада Суда“, у настојању да се повећа ефикасност рада Суда. Упутства спадају у ону групу међународно-правних аката чију је природу тешко одредити будући да се у њему мешају елементи апела, сугестија и обавезности. Чини нам се најприхватљивијим да се Упутства схвате као акт путем ког Суд тумачи и имплементира Правилник и Статут Суда, те да питање правне природе сваког конкретног упутства није детерминисано њиховом формом већ елементима њихове садржине.

Основна начела и природа правила о доказивању пред међународним судом правде. Под основним начелима, за разлику од правила или општих правних правила, подразумева начела која нису сама по себи правила, већ која леже у основи правила и пружају образложење за настанак конкретних правних правила.¹

Као основна начела о доказивању пред Међународним судом правде можемо идентификовати начело равноправности странака, начело правичности и здравог правосуђа, начело слободе доказивања и начело слободне оцене доказа. Једна од основних карактеристика правила о доказивању је одсуство строгих техничких правила која су својствена појединим правним системима (пре свега правосуђу англоамеричког типа). Начело слободе доказивања није последица одсуства техничких правила о извођењу доказа, већ је ово начело брана за настанак таквих правила, која нису својствена решавању спорова у којима су странке суверене државе.

¹ Правило одговара на питање „шта“, док начело одговара на питање „зашто.“

Предмет доказивања и домашај начела *iura novit curia*. У основи расправе о предмету доказивања лежи начелно правило са се од суда, укључујући ту и Међународни суд правде, очекује да зна право, а да је на странкама да доказују чињенице релевантне за доношење мериторне одлуке. Међутим, нити се све чињенице морају доказивати нити се начело *iura novit curia* примењује безизузетно.

Предмет доказивања су увек чињенице, односно чињеничне тврдње странака. При одређивању предмета доказивања прави се мање или више јасна разлика између чињеница и права. Разграничење између ова два појма није увек јасно, а пракса и доктрина нису изградили јасне критеријуме разграничења чињеничних од правних питања. Наше је становиште да у најопштијем смислу под чињеницом подразумевамо сваку околност која може да буде предмет спознаје а за коју правна норма везује неко правно дејство. У међународном правосуђу, под појмом чињенице подразумевамо оне околности за које норма међународног права /не и унутрашњег права ма које државе/ везује неку правну последицу. Теорија судског силогизма, као поједностављени модел судијског одлучивања, може помоћи, ако не приликом дефинисања, онда приликом разумевања појма чињенице. При томе, не треба занемарити да је и начин утврђивања чињеница правно регулисан, и да приликом њиховог утврђивања, и одређење релевантности чињенице се увек врши према критеријумима релевантне правне норме. Предмет доказивања је увек чињеница, доња премиса судског силогизма, без обзира колико је силогизама укључено у речавање конкретног случаја. Стога и у ситуацији у којој се говори о томе да је предмет доказивања постојање или садржина неког правног правила, предмет доказивања никада није само правило, већ оне чињенице (околности) за које релевантна правна норма везује настанак, модификацију или окончање дејства неког правног правила.

Примена начела *iura novit curia*, у међународном правосуђу је вишеструко ограничена. Пре свега, домашај начела *iura novit curia* ограничен је на међународно право, и ван домашаја овог начела остаје свако „страно право“ (унутрашње право ма које државе)

У међународном правосуђу поставља се питање домашаја начела *iura novit curia* у погледу правила која излазе из оквира *општег* међународног права. Правила општег међународног јавног права нису предмет доказивања. Примена начела *iura novit curia* није апсолутна у погледу правила партикуларног међународног права. По правилу, Суд се неће упуштати *proprio motu* у истраживање да ли странке везује неко партикуларно обичајно међународно право или у њихове уговорне односе. Да би био у позицији да примењује партикуларно међународно право неопходно је да се странке на њега позову као на извор правних правила на коме темеље своје захтеве.

Уколико је међу странкама спорно постојање и садржина неког обичајног правног правила или уговора, у крајњој анализи, не доказује се постојање обичаја или уговора, већ елемената (чињеница, околности) за које опште међународно јавно право везује настанак, модификацију и гашење неког правног правила.

Начело *iura novit curia* нема исти домашај пред различитим међународним судовима и трибуналима. Примера ради, оно што је за Суд правде ЕУ локално право, право у погледу ког важи начело *iura novit curia*, за Међународни суд правде може представљати страно право које може да буде предмет доказивања. Док правила о заштити људских права која се темеље на Европској конвенцији за заштиту људских за Европски суд за људска права јесу правила обухваћена начелом *iura novit curia*, она нису једновремено и правила општег међународног права, и особености таквог режима заштите људских права могу бити предмет доказивања пред Међународним судом правде.

Неспорне и општепознате чињенице не морају да се доказују, односно Суд не очекује да странке о њима изводе доказе. И сам Правилник Суда мотивише странке да не изводе доказе о чињеницама које међу њима нису спорне. Основно разматрање које лежи у основи правила да се неспроне чињенице не доказују лежи у основној функцији Међународног суда правде да реши спор који се пред њега износи. Концепт спора не обухвата само супротстављене захтеве странака већ и сваки од елемената које странке истичу као основу својих захтева.

Међутим, правило да се о неспорним чињеницама не морају изводити докази није апсолутно. Уколико би се установило да странке фингирају спрозум о чињеницама (било ради постављања хипотетичког правног питања било из

других разлога) или да сагласне тврдње немају утемељење или су у супротности са доказима који су изведени у поступку пред Судом, Суд би могао да захтева од странака да пруже додатна објашњења, или да установи да је непримерено да врши своју функцију будући да је спор хипотичке природе (беспредметан).

Под општепознатим или ноторним чињеницама подразумева се чињеница која је „толико општепозната да је сваки доказ о њој очигледно сувишан.“ Од општепознатих или ноторних чињеница треба разликовати информације које су широко распрострањене. Уколико је нека информација широко распрострањена то не мора да значи да је и чињеница на коју се односи исправна (истинита). Пракса Међународног суда правде тешко се може узети за ауторитет приликом разматрања питања општепознатих чињеница. Наиме, у случајевима у којима је неку чињеницу квалификовао као ноторну Међународни суд правде је своје становиште извео из доказа и аргументације странака, или је било речи о чињеници која је неспорна. Становишта смо да се чињеница не може сматрати ноторном уколико је оспорава ма која од странака. У поступку пред Судом сви чињенични закључци се доносе на крају дана, прилоком доноштења мериторне пресуде, и Суд не би могао своју одлуку да заснује на тврдњи странке која је спорина или која нема своје утемељење у доказима који су изведени у поступку пред Судом.

Формални пријем на знање (judicial notice). Формални пријем на знање је концепт англоамеричког доказног права који је неприменљив у поступку пред Међународним судом правде. Он се дефинише као „начин, или средство, путем ког суд може да узме извесну чињеницу за утврђену (општепознату чињеницу, неспорну чињеницу итд.)“ Judicial notice није општи институт међународног правосуђа и заживео је у пракси међунаодних кривичних трибунала.

У праву и пракси Међународног суда правде нема места примени доктрине формалног пријема на знање, будући да нема основа за формирање интерлокуторног поступка путем ког би могао да формално прими на знање неку правно релевантну чињеницу. У доктрини међународног права, претежно од аутора са англоамеричког правног простора, под формалним пријемом на знање (judicial notice) се разматрају могућности Суда да заснује своју одлуку на неспорним или општепознатим чињеницама, односно као синоним за

материјалнопрану компоненту формалног пријема на знање. Формални пријем на знање подразумева постојање интерлокуторног поступка у коме се доноси одлука којим се установљава релевантна чињеница или ствара претпоставка њене исправности. Особена структура поступка пред Судом онемогућава примену института формалног пријема на знање.

Извођење доказа. Правила којима се регулише поступак извођења доказа се налазе у интеракцији са правилима о утврђивању чињеница, у смислу да систем извођења доказа треба да буде такав да обезбеди суду или трибуналу да донесе исправну пресуду. Како је истакао Суд „Одредбе Статута и Правилника Суда које се односе на подношење поднесака и извођење доказа дизајниране су тако да обезбеде здраво правосуђе, и правичне и једнаке могућности за сваку од странака да коментарише тврдње супротстављене странке.“ (Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Merits)) У случају да неко правило није посебно предвиђено Статутом или Правилником „Суд је слободан да усвоји начело за које сматра да најбоље обезбеђује вршење правосуђа, које је најподесније за поступак пред међународним трибуналом и највише у складу са основним начелима међународног права“. (Mavrommatis)

Правила о поступку и доказима битно су детерминисана факултативном природом основне надлежности Суда, и стога он „није у позицији да врши своју надлежност на аутократски начин.“ Правила о извођењу доказа одликује велика мера флексибилности, и она су изграђена на темељима готово неокрњеног начела слободе доказивања (freedom of evidence). У поступку пред Судом нема ограничења у погледу употребе поједних врсте доказа.

Анализом правила поступка долазимо до закључка да је основна интенција правила о извођењу доказа да се у се кроз претходне стадијуме кристалише спор, односно, да свака наредна фаза поступка (фаза писменог или усменог поступка) буде посвећена првенствено питањима која су међу странкама још увек спорна.

Главни поступак пред Судом подељен је у две сукцесивне фазе, писмену и усмену фазу поступка. Сврха писмене фазе поступка је да странке презентују целокупан случај, изведу све документарне доказе које износе у прилог својих тврдњи, и да га детаљно расправе.

Писмена фаза поступка је намењена извођењу свих документарних доказа. У погледу извођења доказа, усмена фаза поступка је намењена испитивању сведока, сведока-експерата и експерата. Међутим, сврха усмене фазе поступка је шира, али постоји неслагање у погледу стварне функције ове фазе поступка. У највећем броју случајева, како показује досадашња пракса, странке не прибегавају извођењу усмених доказа, већ ова фаза поступка пре личи на извођење „завршних речи.“

Извођење доказа по окончању писмене фазе поступка. Сврха писмене фазе поступка је да странке презентују целокупан случај, изведу све документарне доказе које износе у прилог својих тврдњи, и да их детаљно расправе. Међутим, Статутом, Правилником Суда и Упутствима странкама је пружена могућност да изводе документарне доказе и након окончања писмене фазе поступка. Становишта смо да Статут, Правилник и Упутства у погледу извођења документарних доказа након протеча за то предвиђених рокова нису у потпуној хармонији. Наиме, решење усвојено чланом 56(1) Правилника Суда према коме се сматра да је странка дала свој пристанак на уврштавање у спис нових документарних доказа уколико не уложи приговор у за то одређеном року није у складу са Статутом Суда. Наиме, неулагање приговора у за то одстављеном временском периоду ствара фикцију пристанка, што је правило које нема своје утемељење нити у Статуту нити у општим правилима међународног права. Ова одредба Правилника Суда је у супротности са чланом 52 Статута Суда, који обавезује Суд да предложена документа размотри пре него донесе наредбу о њиховом уврштавању у спис предмета. Правила међународног права о пристанку државе су стриктна. Стога, фикција пристанка државе би могла да има свој основ само у правилу које је држава прихватила као обавезујуће (на пример одредбом специјалног споразума или у засебном међународном уговору).

Извођење документарних доказа посредством сведока. Чланови 43 и 52 Статута Суда не дају довољно основа за тумачење да се документарни докази не могу изводити посредством сведока. Ниме, према члану 43 Статута Суда писмени поступак се састоји од достављања поснесака и свих документарних доказа који се изводе у прилог тврдњи изнетих у поднесцима. Члан 52 Правилника Суда прописује услове извођења документарних доказа по окончању

за то предвиђених рокова. Ове одредбе су довољно широке и недовољно працизне те омогућавају различита тумачења. Правило према коме се сви документарни докази изводе или као анекси поднесака, или према процедури предвиђеној чланом 52 Статута и 56 Правилника, је креација Правилника Суда. Становишта смо да у поступку пред Судом странкама треба омогућити ограничену могућност уврштавања документарних доказа у спис посредством сведока, и то аутоматски уколико се друга странка сагласи, односно у случају изостанка пристанка, по одлуци Суда.

Документа која чине део лако доступне публикације. Могућност позивања у току усмене фазе поступка на документа која су део лако доступне публикације је изузетак од правила да се странка може позивати само на оне документарне доказе који чине саставни део списка. Упутствима је наглашено да позивање на ова документа се не сме чинити на начин на који се подрива ово „опште правило.“ Критеријуми који су прописани Упутствима су сумарни и формулисани на начин који не доприноси разјашњењу појма лако доступних поубликација.

Правилником и Упутствима су у исту категорију стављени и позивање на лако доступне публикације ради доказивања чињеничних тврдњи, као и ради поткрепљивања правних становишта. Сматрамо да у првом случају пракса треба да буде ригорозна, док у другом случају треба усвојити либералну праксу.

Приликом формулисања и примене правила о лако доступним публикацијама чини се да треба посебно водити рачуна о томе да не само лака доступност публикације или документа, већ и извесност у погледу тога да ли странка на таквој документацији заснива своје тврдње. Имајући у виду релативно кратко трајање усмене фазе поступка, могућност ексензивног позивања на лако доступне публикације у току ове фазе поступка има снажан потенцијал да нанесе неправичну штету. Опасности које носи са собом могућност позивања на лако доступне публикације доводе до тога да је потребно размотри да ли у поступку пред Судом уопште има места да се у току усмене фазе поступка странке позивају на документацију која није саставни део списка предмета.

Моменат окончања писмене фазе поступка. У доктрини се износе различита гледишта о моменту окончања писмене фазе поступка. Сматрамо да је најпримереније да се окончање писмене фазе поступка веже за моменат

заказивања усмене расправе, будући да је реч о временском моменту у коме Суд констатује да је случај „спреман за усмену расправу,“ односно прелазак у наредну фазу поступка.

Инквизиторна овлашћења Међународног суда правде. Иако је поступак пред Судом преобладајуће адверсаријалне природе, Статутом су Суду поверена одређена инквизиторна овлашћења (овлашћења да *proprio motu* или на предлог странке прибавља релевантне доказе). Суд располаже само оним инквизиторним овлашћењима која су изричито предвиђена Статутом Суда. Будући да се његова улога исцрпљује у решавању међудржавног спора, а да се од странака очекује да располажу са доказима којима поткрепљују своје тврдње, инквизиторна овлашћења Суда су строго секундарне природе и примерено је да их суд врши само уколико је то нужно. Кандидат указује да би била злоупотреба судског поступка уколико би се странке ослониле на инквизиторна овлашћења Суда, без понуде доказа на којима заснива своје чињеничне тврдње. Страна која покреће поступак пред Судом, као ни странка која се у поступак упустила, не може очекивати од Суда да заступа њене интересе под велом изналажења «објективне истине». Сама чињеница да странке нису изнеле довољно доказа на основу којих би Суд могао да расветли чињеничну ситуацију која лежи у основи спора није довољан основ примерености вршења инквизиторних овлашћења Суда.

Обавеза сарадње странака. Поједини аутори као једну од обавеза странака наводе обавезу сарадње приликом извођења доказа, и то увек са трибуналом, и понекад једна са другом. Становишта смо да је наведено разматрање *de lege ferenda* природе, будући да ни статuti међународних судова и трибунала не предвиђају овакву обавезу, а странкама стоји на располагању веома широк спектар начина на који могу да моделирају своје иступање пред Судом, које се креће од пуне сарадње, преко потпуно пасивног учешћа у поступку, до потпуног изостанка из поступка или појединих фаза у поступку. Не постоји правило према коме странка у међународном судском поступку има дужност да достави Суду доказе који јој не иду у прилог, већ се од сваке од странака очекује да располаже доказима којима поткрепљује сопствене тврдње.

Последице „несарадње“ и неизвршавања наредби суда донесених у складу са чланом 49 Статута Суда. Једно од инквизиторних овлашћења Суда је да

позове заступника странака да доставе Суду било који документ или да пруже објашење. Суд ово овлашћење може вршити *proprio motu* или на образложени предлог странке. Статутом је предвиђено да ће Суд у случају одбијања странке „формално забележити свако одбијање.“

Досадашња пракса Суда не даје основа за закључак да само недостављање тражене документације може имати негативне последице за странку која је одбила да изврши овакву наредбу Суда. Претпоставка да тражена документација не иде у прилог државе која је одбила да изврши наредбу Суда нема своје ни правно нити друго оправдање. Из саме чињенице да странка није доставила документацију која је предмет наредбе Суда није довољан основ за закључак о „неповољној инференцији.“ Међутим, чињеница да странка није доставила тражену документацију или пружила објашење може се сматрати само једном од чињеница која мора да буде сагледана у светлости целокупног списка предмета.

Суд има могућност да издаје наредбе којима тражи достављање документације или пружање објашења само од странке која узима учешћа у поступку, али не и у случају изостанка странке.

Допуштеност доказа (admissibility of evidence). Питање допуштености доказа је директно повезано са питањем њиховог прихватања у спис предмета, у смислу да само они докази који су допуштени могу бити прихваћени у спис предмета. Особена структура поступка пред Судом чини проблематичним примену концепције допуштености доказа. Наиме, у поступцима који познају категорију „допуштености доказа“ (или прихватљивости доказа), да би се конкретан доказ (на пример документ) или радња којом се изводи доказ (на пример, питање које се поставља сведоку) био уврштен у спис, односно не би било забрањено вршити конкретну радњу извођења доказа, он мора да прође тест „доказних забрана“ (да је релевантан, *prima facie* поуздан, да има *prima facie* доказну снагу, или да не постоје друге забране за његово уврштавање у спис или његово извођење). У поступку пред Међународним судом правде не постоје доказне забране какве познаје, на пример, англосаксонски судски поступак.

Документарни доказе које подносе странке у току писмене фазе поступка у форми анекса поднесака аутоматски се уврштавају у списка предмета. По окончању писмене фазе поступка, неопходно је да захтев за уврштавањем доказа

у спис буде праћен или пристанком друге странке (или одсуством њеног приговора) или, одлуком Суда да је доказ нужан (да је релевантан) и да је захтев оправдан. Међутим, будући да сам пристанак странке, или одсуство приговора, доводи до аутоматског уврштавања доказа у спис, тешко можемо говорити о допуштености доказа у правом смислу те речи.

Врло ограничене могућности Суда да спречи извођење неког доказа леже у разматрању да странке, које су суверене државе, не треба да трпе ограничења у погледу врсте и „квалитета“ доказа које могу да изводе ради доказивања својих чињеничних тврдњи. Како је истакао судија Анцилоти, „Суд прихвата начело да сваки доказ који предложи странке треба да буде аутоматски прихваћен.“

Докази прибављени на противправан начин или на начин који доводи у питање њихову поузданост. Статутом и Правилником Суда није регулисано ни једно питање које се тиче допуштености, поузданости или доказне снаге доказа који су прибављени на противправан начин. Овако прибављени докази, као и остали докази, оцењују се сходно начелу слободне оцене доказа.

Јуриспруденција Суда даје основа закључку да се странке могу користити (уврштавати у спис) доказе који су прибављени на противправан начин. Са друге стране, сам начин прибављања доказа може да буде предмет засебног захтева, односно Суд може утврдити (уколико је постављен такав захтев) да је држава повредила своју међународну обавезу (извршила међународно противправни акт) тиме што је доказе прибавила на начин противан међународном праву.

Допуштеност доказа не зависи искључиво од приговора странке, већ пре свега, од оцене Суда да ли одређене доказе, с обзиром на начин њиховог прибављања и друге околности, може узети у разматрање приликом доношња пресуде. Уколико противправан начин прибављања доказа ове чини недопуштеним, Суд би био дужан да их искључи из даљег разматрања не само на приговор странке већ и *proprio motu*.

Квалификација доказа који су прибављени на противправан начин као недопуштених нема своје упориште у општим правним начелима. Решења која усвајају различити правни системи о недопуштености или искључењу доказа прибављених на противправан начин су у толикој мери специфична да се не може

говорити о општем правилу искључења или недопуштености доказа само због тога што су прибављени на противправан начин.

Начин прибављања доказа (без обзира да ли се тиме крши нека норма међународног права) може да буде околност која је релевантна приликом оцене поузданости или доказне снаге неког доказа. Наиме, уколико је доказ прибављен на начин који доводи у питање његову поузданост, Суд се на њега не може ослонити приликом доношења коначне пресуде (примера ради, исказ прибављен торутуром, исказ о спорној чињеници који је дат током главног испитивања а који је уследио као одговор на сугестивно питање, итд).

Утврђивање чињеница. Суд може да заснује мериторну одлуку само на утврђеним чињеницама (неспорним чињеницама, општепознатим чињеницама и чињеницама које је установио на основу изведених доказа и резултата целокупне расправе). Суд дужан да се уздржи од утврђивања чињеница које нису неопходне ради решавања конкретног спора (односно одлучивања о постављеном мериторном захтеву).

Општа правила о утврђивању чињеница заснована су на начелу слободне оцене изведених доказа. Начелно, суд је дужан да заснује своју пресуду само на оним чињеницама о којима су изнесене тврдње у току поступка. Како је истакао Суд, он „има слободу приликом оцене вредности различитих елемента доказа, иако је јасно да општа начела судског поступка нужно одређују одлуку о томе шта се може сматрати доказаним.“ Пракса Суда је једиснтвена у томе да Суд „треба да буде свестан чињенице да, упркос обиму и комплексности информација о чињеницама који су пред њега изнете, одговорност је Суда, након што пажљиво размотри све доказе који су му предочени, да утврди које чињенице треба сматрати за релевантне, да оцени њихову доказну снагу, и да из њих изведе одговарајуће закључке. Стога, држећи се своје праксе, Суд ће сам утврдити чињенице, на основу доказа који су му предочени, и након тога ће применити релевантна правила међународног права на оне чињенице за које нађе да су утврђене (постојеће).“ (*Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*)²

² *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20. April 2010, para.168.* У преводу на српски језик: „Он треба да буде свестан чињенице да, упркос обиму и

Стандард доказивања. Стандард доказивања даје договор на питање какво уверење (или који степен уверења) Суд треба да стекне у основаност чињеничне тврдње да би је сматрао утврђеном. Док је пракса Суда често уздржана у погледу децидираног одређења стандарда доказивања, у доктрини и појединим издвојеним мишљењима судија се истиче постојање потребе да се стандард доказивања јасно дефинише. Иако ни Статут ни Правилник не дефинишу захтевани стандард доказивања, не може се из тога извући закључак да странке немају довољно смерница којима могу да се руководе приликом изношења и поткрепљивања својих теза, нити да је потупно нејасно који стандард доказивања Суд примењује. Стандард доказивања је расветљен у довољној мери, и пређашња пракса пружа довољно смерница не само у погледу примене захтеваног стандарда доказивања, већ и о начину на који Суд приступа оцени конкретних доказа.

Појам довољности доказа, који Суд често користи ради образложења својих чињеничних закључака, не указује на захтевани стандард доказивања. Изразима довољан или недовољан доказ Суд не означава захтевани стандард доказивања већ резултат оцене доказа. Питање стандарда доказивања је претходно питање у односу на питање довољности доказа. Концепт довољности доказа у међународном правосуђу близак је концепцији „потпуног“ или довољног доказа како се поима у земљама европскоконтиненталне правне традиције, као доказа који омогућава суду да из њега закључи о постојању или непостојању релевантне чињенице на којој може засновати своју одлуку, за разлику од непотпуног доказа, који чињеничну тврдњу не чини основаном већ само вероватном.

Суд примењује једниствен стандард доказивања, који можемо одредити као стандард уверљивог доказа (или јасног и уверљивог доказа). Овај закључак произилази из готово јединствене праксе Суда. Под стандардом уверљивог доказа

комплексности информација о чињеницама који су пред њега изнете, одговорност је Суда, након што пажљиво размотри све доказе који су му предочени, да утврди које чињенице треба сматрати за релевантне, да оцени њихову доказну снагу, и да из њих изведе одговарајуће закључке. Стога, држећи се своје праксе, Суд ће сам утврдити чињенице, на основу доказа који су му предочени, и након тога ће применити релевантна правила међународног права на оне чињенице за које нађе да су утврђене (постојеће).“

подразумева се висок степен извесности у основаност чињеничне тврдње. Он није заснован на концепцији „степен вероватноће.“

Поставља се питање односа стандарда уверљивог доказа са сатандардом „ван разумне сумње.“ Изрази којима се Суд често користи приликом образлагања чињеничних закључака („fully conclusive“ “fully convinced” и „clearly established“, и израз „proof at a high level of certainty“) након ближе анализе њиховог значења откривају да је реч о јединственом стандарду –“conclusive” или “convincing evidence” - који је, ако не истоветан, онда веома близак стандарду „ван разумне сумње.“ Сам израз или стандард ван разумне сумње Суд је користио у неколико наврата. Уколико постоји разумна сумња у основаност чињеничне тврдње, таква тврдња није довољно уверљива (иако може бити веома сугестивна), те Суд не може на таквој чињеници да заснује своју одлуку. Међутим, док сам израз „ван разумне сумње“ сугерише да се акценат ставља на квалитет сумње, код стандарда „јасног и уверљивог доказа“ нагласак ставља на квалитета уверења.

Иако поједини аутори заговарају тезу о примени варијабилног стандарда доказивања или о потреби примене варијабилног стандарда доказивња који би зависио од природе предмета спора или врсте чињенице, таква становишта немају своје утемељење у јуриспурденцији Међународног суда правде, нити имају свој правни или суштински ванправни основ.

Пресумпције и инференције. Пресумпције и инференције су два различита појма. Инференције нису пресумпције, односно њима се не креира претпоставка већ (коначан) закључак о основаности чињеничне тврдње. Инференције су закључци изведени из посредних доказа који код Суда стварају потребан степен уверења у основаност чињеничне тврдње. Под појмом пресумпције, у правнотехничком значењу те речи, можемо разумети само правило које обавезује Суд да на основу basis-а пресумпције која је прописана правном нормом изведе закључак о постојању чињенице или права, без обзира на друге изведене доказе (необориве пресумпције) или уколико нису изведени докази који су довољни да код Суда створе уверење о супротном (обориве пресумпције).

О правним пресумпцијама можемо говорити само уколико правило на основу ког се изводи закључак о постојању пресумпције има природу правног правила. Здрав разум, правила логике, правила заснована на искуству и друга

„правила“ не могу да буду основ пресумпција, осим, наравно, уколико нису инкорпорисана у правну норму на којој се темељи правило о пресумпцији. За разлику од инференција, као закључака који се изводе из посредних доказа (индиција), степен вероватноће основаности чињеничне тврдње, па чак и сама „исправност“ пресимпције се надомешћује дејством правне норме.

У унутрашњим правним системима пресумпције се прописују законима и посматрају као „врло подесна техничка средства којима се умногоме олакшава доказивање постојања једног права.“ У међународном праву, техника прописивања пресумпција није нашла своје упориште у уговорној пракси. Разлози правнополитичке природе који руководе законодавце у унутрашњим правним системима да прописивањем пресумпција олакшају доказивање неког права (на пример да је пружање правне заштите оправдано и када нема довољно доказа о релевантним одколностима, или да би се постигла ефикасност поступка или други правно-политички циљ) не руководе и државе приликом закључивања уговора.

Пресумпције се деле на обориве и необориве, у зависности од тога да ли суд може, на основу изведених доказа да утврди чињеницу која је другачија од оне која је предвиђена релевантном правном нормом. Настојање да у јуриспруденцији Суда нађемо макар један пример необориве пресумпције није уродио плодом. У међународном правосуђу, или барем када је реч о праву и пракси Међународног суда правде, : „ни једна пресумпција се не може установити нити и једна инференција извући која није у салгасности са чињеницама које су непобиотно установљене помоћу доказа.³“ Не постоји у међународном праву општа забрана настанка необоривих пресумпција, стога се и не може тврдити да сам појам необоривих пресумпција не постоји као концепт међународног права.

У доктрини се као примери пресумпција наводе поједине *dicte* судова и трибунала у којима се наводи шта се не може претпоставити, без навођења шта се може сматрати пресумпцијом. Иакази као што су, примера ради, „да се одговорност државе не може претпоставити“, да се „не могу претпоставити ограничења надлежности државе“ су свакако неспорни, међутим, њима се не каже шта се може претпоставити, већ шта се не може сматрати пресумпцијом. Наша је

³ Case Concerning the Temple of Preah Vihear, Merits, Dissenting Opinion of Sir Percy Spencer, ICJ Rep. 1962, p. 109.

теза да се из ових и сличних *dicti* не могу извучити закључци путем *argumentum a contrario*. Међународна јуриспуденција обилује примерима тзв. „spurious presumptions“ (неправих пресумпција), као пресумпцијама које немају ништа са доказивањем и инференцијама, већ представљају „исказе о извесним општим правним начелима или правним максимама.“

Смернице о оцени појединих доказа. Сагласно начелу слободне оцене доказа Суд није вазан посебним правилима о оцени доказа. Међутим, у пракси Суда искристалисале су се извесне смернице о оцени поједних врста доказа. Оне по својој природи не представљају правна правила, већ руководна начела чија примена или одступање од њих, умногоме зависи од околности савког конкретног случаја. У пракси Суда посебно су се искристалисале смернице о одређивању доказне снаге новинских, телевизијских и сличних извештаја, изјава државних званичника, извештаја различитих званичних и незваничних тела, међувладиних организација, невладиних организација, државних органа и сл, мапа и картографског материјала, писмених изјава сведока, декларација, предлога и признања које су странке учиниле током преговора који није довео до закључења споразума.

Становишта Суда о доказној вредности ових доказа су пажљиво формулисана и на јениствен начин се примењују у пракси Суда. Анализира ових смернице потврђује тезу да Суд примењује стандард јасног и уверљивог доказа.

Терет доказивања. Наша је теза да у досадашњој јуриспуденцији, ослањајући се на класично одређење тетета доказивања о коме се поставља питање тек на крају поступка, иако без *јасне* теоријске основе, формирана пракса која служи као добар путоказ за дефинисање појма, природе, домаћаја и начина расподеле терета доказивања. Правило о терету доказивања Суд је квалификовао као опште правно начело.

Кључно питање приликом одређења појма и природе терета доказивања је да ли је терет доказивања (правила која се везују за терет доказивања) самостално правно правило, које своју улогу остварује у садејству са другим институтима процесног и материјалног права (на пример, са правилом о стандарду доказивања) или је у питању резултанта, мисаона конструкција чије постојање деривира из више института материјалног и процесног права; резултанта која на сажет начин

објашњава дејство других правила, пре него што самостално производи било какав ефекат. Наше је становиште да се терет доказивања у међународном правосуђу, као и у другим правним системима, темељи се на следећим фундаменталним правилима судског поступка- правилу да суд може да заснује своју одлуку само на утврђеним чињеницама, дужности суда да пресуди, и начеку непристраности суда и равноправности странака. Ова три фундаментална начела судског поступка одређују садржину и природу правила о расподели терета доказивања, правила које је рефлекс или резултанта основних захтева који се постављају пред Суд – да своју пресуду заснује само на утврђеним чињеницама, а да при томе има дужност да реши спор-донесе одлуку о мериторном захтеву сагласно начелу равноправности странака. Резултанта ова три правила је правило према коме ризик недоказаности чињеничне тврдње сноси она странка којој та чињеница иде у прилог. Разматрање саме основе правила о терету доказивања сугерише да је терет доказивања мисаона конструкција, закључак који логички (готово као из математичке формуле) следи из фундаменталних правила судског поступка. Управо ово преламање фундаменталних института доказног права кроз појам терета доказивања, и његово сагледавање у различитим моделима судског поступка, концепт терета доказивања чини једном од централних тема у расправама о доказивању.

Различите концепције терета доказивања у различитим правним системима доводе до поделе терета доказивања на субјективни и објективни терет доказивања, па тиме и до различитог методичког места примене терета доказивања. Субјективни терет доказивања у поступку пред Међународним судом правде не базира се на обавезама странака, већ представља рефлекс правила о терету доказивања (објективном терету доказивања- или правила о судијском одлучивању), који се изражава кроз настојање странака да постигну успех у поступку, рачунајући да ће Суд, пошто се повуче на већање и глесање применити правило о терету доказивања.

Доказивање у саветодавном поступку. За разлику од конвенциозног поступка, у коме се може као самосталани захтев истаћи захтев за утврђивањем конкретне чињенице, „која би, ако се утврди представљала кршење неке међународне обавезе,“ природа саветодавне функције је таква да се само

чињенично питање не би могло изнети пред Суд са захтевом за саветодавним мишљењем. Кандидат закључује да се чињенична питања могу поставити само у склопу правног питања које се предочава Суду захтевом за саветодавним мишљењем. У конвенциозном поступку, вршећи надлежност решавања спорова, Суд не може да одбије да реши спор уколико сматра да чињенично стање није довољно расветљено. У саветодавном поступку ситуација је дијаментрално супротна. Суд може да одбије да врши саветодавну функцију уколико не располаже са довољно информација о чињеницама које су нужне ради давања саветодавног мишљења.

Свако учешће у саветодавном поступку се заснива на апсолутној добровољности. Позиција заинтересоване државе, или заинтересованих држава, у саветодавном поступку је битно другачија него у конвенциозном поступку. Саветодави поступак не познаје странке у поступку, а држава чији интереси могу да буду погођени саветодавним мишљењем нема обавезу учешћа у поступку, нити било какву обавезу да Суду доставља релевантне информације и доказе.

Један од централних института конвенциозног поступка – терет доказивања је неприменљив у саветодавном поступку.⁴ Правила о терету доказивања, подразумевају постојање странака међу којима би терет доказивања био распоређен у складу са захтевима материјалноправне норме, и у основи се своди на ризик губитка спора. У саветодавном поступку, не постоји ризик „губитка спора“, нити се поставља питање да ли ће бити усвојен захтев једне или друге странке, већ да ли ће суд бити у позицији да да саветодавно мишљење. Другим речима ситуација *non liquet* у поступку решавања спорова резултира тиме да држава на којој је терет доказивања губи спор, док у саветодавном поступку ако Суд нађе да је чињенична ситуација *non liquet* одбија да врши саветодавну функцију.

⁴ Судија Грос је у свом издвојеном мишљењу у предмету *Western Sahara* истакао „in advisory proceedings there are properly speaking no parties to furnish evidence, and the ordinary rules concerning burden of proof can hardly be applied.“ *Dissenting Opinion of Judge Gros, Western Sahara Advisory Opinion, ICJ Reports* ,, p. 28, para. 11

Једнако као у другим врстама поступака, Суд може да заснује саветодавно мишљење само на утврђеним чињеницама, чињеницама за које постоји висок степен извесности да су исправне (тачне или истините).

Пролиферација међународних судова и трибунала. Под пролиферацијом међународних судова и трибунала подразумева се феномен пораста броја међународних судова и трибунала. Једном формиран, међународни суд или трибунал постаје аутономна институција, и ако делује као суд у правом смислу те речи, одваја се од својих креатора, и тешко ју је контролисати „споља,“ уколико се ради о независном и непристрасном телу.

На данашњем степену развоја међународне заједнице пролиферација међународних судова и трибунала се јавља као нужност која је заснована на вољи (политичкој одлуци) основних субјеката међународног права. Мишљења смо да се у расправама о пролиферацији међународних судова и трибунала релативно мало полкања пажња чињеници да је формирање неког међународног суда или трибунала увек ствар одлуке политичке природе. Да су основни субјекти међународног права – државе – хтеле да створе један хијерархијски устројен правосудни систем, или да успоставе формалне фезе између различитих судова и трибунала, или да се установи систем правила којима би се решио проблем могућности доношења конфликтних правних и чињеничних закључака, оне би то и учиниле. Систем какав данас постоји изграђен је не на основу неког савршеног теоријског модела, већ вољом основних субјеката међународног правног поректа, који „са пуним правом, инсистирају на усклађивању својих важних интереса.“

Проблем фрагментације међународног права и правила о поступку и доказивању пред различитим међународним судовима и трибуналима. Питање „фрагментације“ међународног права се не поставља само када је реч о материјалноправним правилима међународног права већ и правилима о поступку и доказима. Нашта је теза да основна начела о поступку и доказивању творе део општег међународног јавног права, и да у том смислу можемо говорити о „општем праву међународног правосуђа“ (common law of international adjudication). Међутим, опште међународно јавно право, када је реч о правилима о поступку и доказивању не садржи ништа друго до начела која се могу, и у складу са околностима који се везују за сваку од институција међународног правосуђа,

операционализовати на различите начине. Наиме, неспрно је да су општа правна начела један од главних извора „доказног права“ у међународном правосуђу. Међутим, реч је о начелима не о конкретним правним правилима, или другим речима, да би општа правна начела била примењена неопходно је да прођу кроз поступак конкретизације. Тако се једно исто опште правно начело може представати основ различитих правила о доказивању.

Осврт на проблем фрагментација материјалног међународног права.

Постојање великог броја судова и трибунала, само по себи, не доводи до фрагментације међународног права, будући да су сви они везани истим општим међународним правом. Природа међународних односа онемогућава формирање једног хијерархијски устројеног правосудног система, система у коме би пракса једног суда (макар он био и Међународни суд правде) била формално обавезујући ауторитет за друге судове и трибунале, и који би могао да поништава, мења или на други формално обавезујући начин утиче на развој јуриспруденције најразличитијих судова и трибунала формираних на различитим нивоима. Са друге стране, у једном децентрализованом систему, који нужно за собом повлачи и децентрализовани систем међународног правосуђа, формирање засебног суда или давање оваквог овлашћења само једном централном судском ауторитету довело би до тога се се у рукама таквог тела концентрише велика количина моћи која није у складу са природом ни међународних односа ни међународног права. Поред тога, иако се често истиче тврдња да међународни судови и трибунали имају значајну улогу у погледу развоја међународног права, не треба сметнути са ума да је њихова надлежност ограничена на примену постојећег међународног права. Другим речима, функција међународних судова и трибунала исцрпљује се у примени права и њиховом делатношћу се не може изменити структура постојећег, сада важећег међународног права. С обзиром на ограничења у погледу обавезности пресуда судова и трибунала, уколико би у њима било изражено „неприхватљиво правно становиште,“ оно само из разлога што је садржано у пресуди неког међународног суда или трибунала не би могло да доведе до модификације међународног права.

Јединство међународног права треба посматрати, између осталог, у светлости чињенице да међународно права обилује партикуларизмима. Изградња

једног *ширег* корпуса правила која везују све његове субјекте је процес за који се не може рећи да тече без суштинских и озбиљних проблема, а може се полемисати о томе да ли је пожељан. Другим речима, ваља имати на уму не само јединство општег међународног права (чије нарушавање потенцијалним конфликтним јуриспруденцијама би свакако била веома негативна појава), већ и поделу међународног права на опште и партикуларно, при чему ови партикуларизми имају своје упориште управо у нормама општег међународног права.

У једној децентрализованог међународној заједници, у коме је систем судова такав да међу њима не постоје никакве формалне везе које би установиле било какву хијерархију и формални ауторитет одлука једног суда у односу на друге судове, јавила се, као природна, и идеја о централној улози Међународног суда правде. Становишта о централној улози Међународног суда правде још увек нису добила своју манифестацију у пракси. Извесно је, да поред предлога да се ојача улога Међународног суда правде, други судови и трибунали функционишу као аутономни механизми, дакле, независно од Међународног суда правде.

Предлози да један централни судски ауторитет, макар он био и Међународни суд правде, има улогу суда коме би други судови могли да се обрате захтевима за саветодавним мишљењем или обавезујућим правним становиштем није изванредно. Имплементација ове идеје би захтевала измену конститутивних аката не само Међународног суда правде већ и многих постојећих судова и трибунала, будући да у одсуству изричите одредбе у конститутивном инструменту, обраћање другом суду како би издао саветодавно мишљење, смерница или обавезујуће становиште, не само да је ван надлежности суда или трибунала, већ би се лако могао проумачити као урушавање ауторитета суда или трибунала који тражи саветодавно мишљење, или би могло да укаже на недостатке у квалификацијама судија тог суда. Формирањем било ког међународног суда или трибунала државе очекују не само да он „зна право,“ већ и да делује као потпуно независан и компетентан судски ауторитет.

Правним становиштима специјализованих судова (и других квазисудских тела) Суд придаје одговарајући значај. Међутим, придавање „великог значаја“ се не може тумачити као аутоматско прихватање њихових становишта. Са друге стране,

Суд изгледа да од њих неће одступити уколико не постоји „добар и снажан разлог.“ Односи између судова по питању међународног права заснивају не на формалном односу, већ на суштинском ауторитету и основним детерминантама надлежности сваког од ових судских или квазисудских тела.

Однос Међународног суда правде и међународних кривичних судова и трибунала. Између Међународног суда правде и Међународног кривичног суда и привремених међународних кривичних трибунала (Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, Међународног кривичног трибунала за Руанду и Специјалног трибунала за Лебанон) не постоје формалне везе. Њихова природа је потпуно другачија. Међународни суд правде је надлежан за решавање међудржавних спорова, међународни кривични трибунали имају надлежност за кривично гоњење и суђење лицима оптуженим за међународна кривичних дела обухваћених њиховом надлежношћу. Међутим, сви ови судови су део јединственог међународног правног система, и у позицији су да примењују иста правила општег међународног права. При томе, сврха њихове примене – ради решавања спора или питања у вези са утврђивањем кривичне одговорности појединаца – не доводи до измене ових правила, нити може да оправда различито тумачење или поимање правила општег међународног права (на пример правила међународног хуманитарног права)

Будући да између Међународног суда правде и међународних кривичних трибунала не постоје везе формалне природе, и да нису део неког хијерархијски устројеног правосудног система, питање њиховог односа се активира поводом конкретног случаја. У досадашњој јуриспруденцији, једни случај који је покренуо питање односа ове две врсте судова је предмет *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*.

За потребе ове студије размотили смо неколико питања од значаја за разматрање односа ових судова.

Проблем „преклапања надлежности.“ У доктрини је изнета теза о прекалапању надлежности између различитих међународних судова и трибунала, посебно између Међународног суда правде и међународних кривичних судова и трибунала. Међутим, овде није реч о преклапању надлежности *stricto sensu* већ о

могућности да се различити судови и трибунали баве истим чињеничним и правним питањима. Преклапање надлежности постоји само у случају уколико се може истаћи приговор литиспенденције или пресуђене ствари. Однос између Међународног суда правде и међународних кривичних трибунала је такав да не омогућава истицање ових приговора. Уколико се питање могућности да се различити судови баве истим чињеничним или правним питањима подводи под појам „преклапања надлежности“ у расправу се уноси непотребна конфузија, или /прећутна/ сугестија о потреби прихватања правног становишта или чињеничног закључка једног суда или трибунала. На овај начин сугерише се примат једног међународног суда или трибунала у односу на други, за шта нема никаквог нити правног нити суштинског ванправног основа.

Неоснованост тезе о примени различитих извора права. У доктрини је изнета теза да примена различитих извора права од стране Међународног суда правде и међународних кривичних судови и трибунала доводи до могућности доношења конфликтних правних становишта. Ова теза је подложна критици и сматрамо је неоснованом будући да и Међународни суд правде и међународне кривичне трибунале везује исто опште међународно јавно право, чији су саставни део и норме о кривичној одговорности поједница и норме о одговорности држава. Међународно право је правни систем, који је, као такав, непротивуречан, односно у коме се норме налазе у хармоничном односу. Узрок могућности заузимања различитих правних становишта не лежи у природи извора, већ у могућности различитог разумевања појединих норми међународног права.

Ризик доношења конфликтних чињеничних закључака. Теза о могућности доношења конфликтних чињеничних закључака због примене различитих правила о поступку и доказивању има свог основа. И међународни кривични трибунали и Међународни суд правде усвајају модел адверсаријалног поступка у коме образложене одлуке и о чињеницама и о праву доносе професионалне судије сагласно начелу слободне оцене доказа. Могућност доношења несагласних чињеничних закључака постоји и пред истим судом или трибуналом, и у сваком поступку у коме су странке разлиите, суд или трибунал има обавезу да самостално утврђује чињенице релевантне за доношење коначне одлуке. У досадашњој јуриспруденцији, и поред постојања веома великог броја

међународних судова и трибунала, нема озбиљних примера „несагалских чињеничних закључака.“

Дејство пресуда међународних кривичних трибунала у поступцима пред Међународним судом правде и другим судовима и трибуналима који решавају међудржавне спорове. За разлику од пресуда Међународног суда правде које делују *inter partes*, пресуде међународних кривичних трибунала делују *erga omnes*, у смислу да су све државе и релевантне међународне институције дужне да признају правно дејство пресуда међународних кривичних судова. Утврђивање кривичне одговорности поједница нема прејудицијелни ефекат у погледу утврђивања одговорности државе, нити утврђивање одговорности државе за неки акт, прејудицира ма које питање индивидуалне кривичне одговорности. Међутим, питање односа одговорности државе и индивидуалне кривичне одговорности је далеко од једноставног, будући да се поводом истог акта може поставити и питање одговорности државе и кривичне одговорности лица које је деловао „у име државе“ или „под руководством или контролом државе.“

Опште је правило да у сваком конкретном случају Суд мора одлучивати на основу доказа који су изведени у датом предмету, и да се не може позивати на чињенице које су утврђене у неком другом предмету. Како је истакао Суд у предмету *Border and Transborder Armed Actions Case*: „на странкама да доказују чињенице у овом случају ослањајући се на уобичајена правила о доказивању, и при томе није могуће да се ослоне на оно што је пресуђено у неком другом случају у коме нису узеле учешћа управо те странке.“ Пресуда међународног кривичног суда или трибунала у поступцима пред Међународним судом правде може бити доказ (доказно средство), коме Суд може придати одговарајућу доказну снагу, у зависности од низа околности, у складу са начелом слободне оцене доказа.

Пресуде међународних кривичних судова и трибунала као докази у поступку пред Међународним судом правде. У предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* Међународни суд правде је придао значајну тежину (доказну снагу) пресудама Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Становиште суда о њиховој доказној вредности засновано је, у доброј

мери, на сагласним становиштима странака по питању њихове доказне снаге. Ови разлози иду у прилог тезе да становишта Суда по питању доказне снаге пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију треба сагледати уз велику дозу опреза приликом разматрања општих питања у вези са доказном снагом пресуда и чињеничних налаза међународних кривичних судова и трибунала.

У поступку пред Међународним судом правде чињенични налази из пресуда међународних кривичних судова нису пресумпције (нити обориве нити необориве), односно Суд не претпоставља исправност (истинитост) чињеничних налаза међународних кривичних судова. Оне могу бити један од доказних предмета (иако доказни предмет од великог значаја), чија доказна снага зависи од низа околности, међу којима и становиште странака о њиховој доказној снази.

Пресуде донесене на основу закљученог споразума о изјашњавању о кривици. За разлику од пресуда донесених у уобичајеном поступку, након извођења доказа, пресуде које се доносе на основу закљученог споразума о изјашњавању о кривици, према нашем становишту, се не би могао сматрати поузданим доказом, односно чињеничним закључцима који су у њој изнети се не би могла придати никаква доказна снага, због тога што се оне доносе на основу споразума а не на основу чињеницама које су установљене на основу непристрасне и савесне оцене изведених доказа.

Доказна вредност других аката и одлука међународних судова и трибунала у поступку пред Међународним судом правде. Оптужнице се не могу сматрати поузданим доказом, будући да представљају становиште само једне од странака у кривичном поступку. Становиште Међународног суда правде да може да буде од значаја да ли је тужилаштво међународног кривичног трибунала одређене оптужбе обухватило оптужницом нам се чини неоснованим, будући да једнако као и наводи оптужнице представља само становиште једне од странака у поступку, те да одлука Тужилаштва да одређене оптужбе наведе у оптужници зависи од низа фактора, и не увек од доказа са којима тужилаштво располаже и правних разматрања. Поред тога, оптужнице се увек односе на тачно одређеног појединца, и не морају да имају утицаја на питање одговорности државе, посебно што су секундарна правила (о одговорности државе и кривичној одговорности појединца) која примењују један и други суд различита.

Квалификација одређеног чињеничног стања као, примера ради, геноцида или другог међународног кривичног дела је квалификација која је суштински правне природе и она из тог разлога не може да везује Суд.

Инхерентна овлашћења Међународног суда правде и међународних кривичних судова и трибунала. Једна од битних разлика између међународних судова и трибунала је у овлашћењима којима располажу ради прибављања или обезбеђења доказа и начина на који схватају обим својих инхерентних овлашћења. Инхерентна овлашћења и надлежности међународних судова и трибунала имају свој основ у чињеници да им је поверено вршење међународне судске функције, и чије вршење је неопходно ради вршења основне /примарне/ надлежности. Међутим, чињеница да је вршење неког овлашћења или надлежности нужно или корисно не доводи до тога да је међународни суд или трибунал овлашћен да га врши. Да би суд располагао неким овлашћењем, оно мора имати или свој основ у конститутивном акту или у другом међународном правном основу.

Питање инхерентних овлашћења судова и трибунала је питање општег међународног права. Од посебног значаја за питања која се везују за доказивање су овлашћења за издавање обавезујућих налога државама да доставе документацију или пруже образложење, затим издавање *subpoena ad testificandum*, *subpoena duces tecum*, и овлашћење за кажњавање због непоштовања суда или трибунала.

Subpoena ad testificandum је обавезујући налог одређеном лицу да сведочиу поступку пред судом под претњом изрицања казне. Надлежност за издавање *subpoena ad testificandum* се сматра инхерентном надлежношћу међународних кривичних судова и трибунала, и посебно је предвиђена конститутивним инструментима, док је општеприхваћено становиште да ово овлашћење немају ни Међународни суд правде и други судови и трибунали који решавају међудржавне спорове.

Subpoena duces tecum и издавање државама обавезујућих налога за достављањем документације. Међународни суд правде и други судови и трибунали који решавају међудржавне спорове могу издавати налоге за достављање документације или информација само странкама у поступку, и под

условом да је ово овлашћење предвиђено конститутивним актом. Међународни кривични трибунали располажу знатно ширим овлашћењем и могу тражити, не само од странака, већ и од држава (које по природи ствари нису странке у поступку) да доставе документацију или предузму одређене радње у вези са прибављањем или обезбеђењем доказа. Међутим, обавеза сарадње није апсолутна, и државе јој приступају водећи рачуна о интересима своје националне безбедности.

Овлашћење за кажњавање због непоштовања суда. Међународни суд правде, као ни други међународни судови и трибунали који решавају међудржавне спорове, не располажу овлашћењем за кажњавање појединаца због непоштовања суда (намерно вршење радњи или порпуста којима се осујећује циљ судског поступка, као што је неодрживање на позив суда, давање лажног исказа и сл.), док се заступа теза да се ова овлашћења сматрају инхерентним када је реч о међународним кривичним трибуналима. Међутим, сматрамо да овлашћења за кажњавање због непоштовања Суда (contempt) не можемо сматрати инхерентним овлашћењима, и да она морају да буду посебно предвиђена конститутивним актом међународног суда и трибунала. Разлози који се наводе у прилог неопходности да међународни кривични трибунал располаже надлежношћу да кажњава због непоштовања суда су свакако уверљиви, али треба правити суштинску разлику између предузимања мера којима се обезбеђује вршење надлежности, а која су нужна ради вршења судске функције, и оних којима се кажњава због радњи или пропуста којима се вршило (у прошлом времену) њено ометање. Кажњавање због непоштовања суда, за разлику од, на пример, мере удаљавања из суднице или принудног довођења сведока, представља акт који се врши након што је већ извршено дело непоштовања Суда и често је последица такве радње већ отклоњена или је већ проузроковала непоправљиву штету. Оно у већини случајева нема директан утицај на вођење кривичног поступка у главној ствари, те стога вршење ове надлежности није строго неопходно да би се осигурало неометано вршење надлежности Суда, поготово не уколико се ови поступци воде по окончању кривичног поступка или уколико песуда која би се донела у поступку непоштовања не би имала утицаја на пресуђивање у основном кривичном поступку. Превентивни ефекат који има надлежност кривичног суда да кажњава

због непоштовања суда је свакако значајан, али не и довољан да би се ова надлежност сматрала инхерентном. Поред тога, и не од мањег значаја, основ међународних кривичних дела могу да буду међународни уговори или обичајна правна правила. Општа правна начела, која су по својој природи веома уопштена, нису подесна да се на њима темељити норма којом се прописују кривичног дела са довољним степеном конкретности. Кривична дела из унутрашњих правних система нису једновремено и међународна кривична дела.

У погледу евентуалног овлашћења Међународног суда правде да кривично гони ради непоштовања Суда (извршења кривичних дела против правосуђа), оно не само да није предвиђено Статутом, већ Суд не располаже механизмом путем ког би могао да врши ово овлашћење.

САДРЖАЈ

Table of Contents

ПРОШИРЕНИ РЕЗИМЕ	vi
УВОДНИ ДЕО	1
1. ПРЕДМЕТ И ЦИЉ ДИСЕРТАЦИЈЕ	2
2. МЕТОД ИСТРАЖИВАЊА, DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA	4
3. ТЕРМИНОЛОШКА ПРОБЛЕМАТИКА	7
4. НЕКОЛИКО НАПОМЕНА О СУДСКОМ НАЧИНУ РЕШАВАЊА СПОРОВА	11
5. ПОЈАМ ДОКАЗА И ДОКАЗИВАЊА. „ДОКАЗНО ПРАВО“	17

6. МЕЂУНАРОДНО МАТЕРИЈАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРОЦЕСНО ПРАВО.....	20
7. ПРЕТПОСТАВКЕ И ОГРАНИЧЕЊА ЈЕДНЕ ТЕОРИЈЕ О ДОКАЗИВАЊУ ПО УЗОРУ НА МЕЂУНАРОДНИ СУД ПРАВДЕ.....	27
I.....	35
ИЗВОРИ НАЧЕЛА И ПРАВИЛА О ДОКАЗИВАЊУ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВОСУЂУ	35
1. УВОДНА НАПОМЕНА-ФУНКЦИЈА ИЗВОРА ПРАВА.....	36
2. ИЗВОРИ ПРАВИЛА О ДОКАЗИВАЊУ. МЕЂУНАРОДНИ СУДОВИ И ТРИБУНАЛИ НИСУ ВЕЗАНИ ПРАВИЛИМА УНУТРАШЊЕГ ПРАВА	38
3. СТАТУТ СУДА И ПРАВИЛНИК СУДА.....	45
4. ОБИЧАЈНА ПРАВНА ПРАВИЛА, ОПШТА ПРАВНА НАЧЕЛА И ПРАКСА СУДА.....	50
5. УПУТСТВА (PRACTICE DIRECTIONS).....	60
II	67
ОСНОВНА НАЛЕЧА И ПРИРОДА ПРАВИЛА О ДОКАЗИВАЊУ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ.....	67
УВОД.....	68
1. НАЧЕЛО РАВНОПРАВНОСТИ СТРАНАКА	70
2. НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ И НАЧЕЛО ПРАВИЧНОГ СУЂЕЊА (FAIR TRIAL), НАЧЕЛО ЗДРАВОГ ПРАВОСУЂА	75
3. НАЧЕЛО СЛОБОДЕ ДОКАЗИВАЊА И НАЧЕЛО СЛБОДНЕ ОЦЕНЕ ДОКАЗА	80
III	84
ПРЕДМЕТ ДОКАЗИВАЊА И ДОМАШАЈ НАЧЕЛА <i>IURA NOVIT CURIA</i>	84
1. ПРЕТХОДНА НАПОМЕНА.....	85
2. ПОЈАМ ЧИЊЕНИЦЕ КАО ПРЕДМЕТА ДОКАЗИВАЊА.....	88
3. ДОМАШАЈ НАЧЕЛА <i>IURA NOVIT CURIA</i>	93
4. НЕСПОРНЕ ЧИЊЕНИЦЕ	108
5. ОПШТЕПОЗНАТЕ ИЛИ НОТОРНЕ ЧИЊЕНИЦЕ	113
6. JUDICIAL NOTICE (ФОРМАЛНИ ПРИЈЕМ НА ЗНАЊЕ).....	119
IV	124
ИЗВОЂЕЊЕ ДОКАЗА – ПОСТУПАК, УЛОГА СУДА И СТРАНАКА	124
1. ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ	125

2. ИЗВОРИ ПРАВИЛА О ПОСТУПКУ И ДОКАЗИВАЊУ, УЛОГА ПРЕДСЕДНИКА СУДА.....	131
3. ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА, УСМЕНА И ПИСМЕНА ФАЗА ПОСТУПКА	134
3.1. ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА	135
3.2. ПИСМЕНА И УСМЕНА ФАЗА ПОСТУПКА.....	138
4. ПОДНЕСЦИ И АНЕКСИ ПОДНЕСАКА СТРАНАКА	143
5. ИЗВОЂЕЊЕ ДОКУМЕНТАРНИХ ДОКАЗА ПО ОКОНЧАЊУ ПИСМЕНЕ ФАЗЕ ПОСТУПКА	154
6. ДА ЛИ СТАТУТ СУДА ДОЗВОЉАВА МОГУЋНОСТИ ИЗВОЂЕЊА ДОКУМЕНТАРНИХ ДОКАЗА ПОСРЕДСТВОМ СВЕДОКА.....	169
7. ДОКУМЕНТИ КОЈИ ЧИНЕ ДЕО ЛАКО ДОСТУПНЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ (PUBLICATION READLY AVAILABLE).....	172
8. МОМЕНАТ ОКОНЧАЊА ПИСМЕНЕ ФАЗЕ ПОСТУПКА.....	179
9. ПРИПРЕМА УСМЕНЕ ФАЗЕ ПОСТУПКА.....	184
10. ИЗВОЂЕЊЕ ДОКАЗА У ТОКУ УСМЕНЕ ФАЗЕ ПОСТУПКА	190
11. СВЕДОЦИ, ЕКСПЕРТИ И СВЕДОЦИ ЕКСПЕРТИ.....	192
12. ПОСТУПАК ИСПИТИВАЊА СВЕДОКА, ЕКСПЕРАТА И СВЕДОКА-ЕКСПЕРАТА.....	196
V	205
ИНКВИЗИТОРНА ОВЛАШЋЕЊА СУДА, ОБАВЕЗА САРАДЊЕ СТРАНАКА И ПОСЛЕДИЦЕ НИЗВРШЕЊА НАРЕДБИ СУДА.....	205
1. ИНКВИЗИТОРНА ОВЛАШЋЕЊА СУДА.....	206
1.1. ОПШТЕ ОВЛАШЋЕЊЕ СУДА (ЧЛАН 48 СТАТУТА СУДА)	207
1.2. ОВЛАШЋЕЊЕ СУДА ДА ЗАХТЕВА ОД СТРАНАКА ДА ДОСТАВЕ ДОКУМЕНТАРНЕ ДОКАЗЕ ИЛИ ПРУЖЕ ОБЈАШЊЕЊА.	208
1.3. ОВЛАШЋЕЊЕ СУДА ДА ПОВЕРИ ПИЈЕДИНЦУ, ТЕЛУ, КАНЦЕЛАРИЈИ, КОМИСИЈИ ИЛИ ДРУГОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ ЗАДАТАК ДА СПРОВЕДЕ ИСТРАГУ ИЛИ ДА ЕКСПЕРТСКО МИШЉЕЊЕ	215
1.4. ПОСЕТА ЛИЦА МЕСТА (SITE VISIT)	218
1.5. ОВЛАШЋЕЊЕ СУДА ДА ТРАЖИ РЕЛЕВАНТНЕ ИНФОРМАЦИЈЕ ОД МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА	220
1.5. ДА ЛИ СУД ИМА ОВЛАШЋЕЊЕ ДА ПОЗИВА СВЕДОКЕ	222
1.6. ПРИРОДА И ПРИМЕРЕНОСТ ВРШЕЊА ИНКВИЗИТОРНИХ ОВЛАШЋЕЊА СУДА	225
2. ОБАВЕЗА САРАДЊЕ СТРАНАКА?	230

3. ПОСЛЕДИЦЕ „НЕСАРАДЊЕ“ И НЕИЗВРШЕЊА НАРЕДБИ СУДА ДОНЕСЕНИХ У СКЛАДУ СА ЧЛАНОМ 49 СТАТУТА СУДА	234
VI.....	241
ДОПУШТЕНОСТ ДОКАЗА, НЕПРИМЕНЉИВОСТ ПРВИЛА НАЈБОЉЕГ ДОКАЗА, ДОКАЗИ ПРИБАВЉЕНИ НА ПРОТИВПРАВАН НАЧИН	241
1. ДОПУШТЕНОСТ ДОКАЗА	242
2. НЕПРИМЕНЉИВОСТ ПРАВИЛА НАЈБОЉЕГ ДОКАЗА (the best evidence rule).....	245
3. ДОКАЗИ ПРИБАВЉЕНИ НА ПРОТИВПРАВАН НАЧИН И ДОКАЗИ ПРИБАВЉЕНИ НА НАЧИН КОЛИ ДОВОДИ У ПИТАЊЕ ЊИХОВУ ПОУЗДАНОСТ	249
4. АУТЕНТИЧНОСТ ДОКУМЕНТАРНИХ ДОКАЗА.....	258
VII.....	261
УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА -СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА, ПРЕСУМПЦИЈЕ И ИНФЕРЕНЦИЈЕ, ПОДЕЛА ДОКАЗА И ОЦЕНА ДОКАЗА.....	261
1. ОПШТА ПРАВИЛА О УТВРЂИВАЊУ ЧИЊЕНИЦА И ОЦЕНИ ДОКАЗА	262
2. СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА.....	270
2.1 СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА У УНУТРАШЊИМ ПРАВНИМ.....	274
2.2 СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА У ПРАВУ И ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ.....	286
3. ДИРЕКТНИ ДОКАЗИ И ПОСРЕДНИ ДОКАЗИ, ПРАВНЕ ПРЕСУМПЦИЈЕ И ИНФЕРЕНЦИЈЕ.....	337
3.1. НАПОМЕНА О ПОДЕЛИ ДОКАЗА НА ДИРЕКТНЕ И ИНДИРЕКТНЕ (НЕПОСРЕДНЕ И ПОСРЕДНЕ).....	337
3.2. ПРЕСУМПЦИЈЕ И ИНФЕРЕНЦИЈЕ	340
3.3. ПОДЕЛА ПРЕСУМПЦИЈА.....	347
3.4. НЕПРАВЕ ПРЕСУМПЦИЈЕ	351
3.5.КРИТИКА ТЕРИЈЕ ФРЕНКА И ПРОВСА.	362
4. ОЦЕНА ДОКАЗА - ДОКАЗНА СНАГА ПОЈЕДИНИХ ДОКАЗА	368
4. 1. НАПОМЕНЕ О ПОДЕЛИ ДОКАЗА И ДОКАЗНОЈ СНАЗИ ПОЈЕДИНИХ ДОКАЗА	370
VIII	396
ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА	396
1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ.....	397

2. ТЕРМИНОЛОШКА ПРОБЛЕМАТИКА	400
3. ТЕРЕТУ ДОКАЗИВАЊА У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ, ДОМАШАЈ И РАСПОДЕЛА ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА (ACORI INCUMBIT PROBATIO)	402
4. ОСНОВ ПРАВИЛА О ТЕРЕТУ ДОКАЗИВАЊА (ЗАСЕБНО ПРАВНО ПРАВИЛО ИЛИ РЕЗУЛТАНТА)	413
5. ТЕРЕТ ИЛИ ДУЖНОСТ	422
6. МЕТОДИЧКО МЕСТО ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА О ТЕРЕТУ ДОКАЗИВАЊА	424
7. РАЗЛИЧИТА СХВАТАЊА ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА (АНГСЛОСАКСОНСКА И ЕВРОПСКОКОНТИНЕНТАЛНА КОНЦЕПЦИЈА ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА, И КОНЕПЦИЈА ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ)	426
8. ПРЕВАЉИВАЊЕ ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА	438
IX	441
ДОКАЗИВАЊЕ У САВЕТОДАВНОМ ПОСТУПКУ	441
1. САВЕТОДАВНА ФУНКЦИЈА МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ – ЧИЊЕНИЧНО И ПРАВНО ПИТАЊЕ	442
2. САВЕТОДАВНИ ПОСТУПАК	446
3. ОВЛАШЋЕНИ УЧЕСНИЦИ САВЕТОДАВНОГ ПОСТУПКА , НЕДРЖАВНИ ЕНТИТЕТИ И НЕВЛАДИНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ	451
4. СТАТУС ИЗЈАВА И ДОКУМЕНТАЦИЈЕ КОЈУ САМОИНИЦИЈАТИВНО ПОДНЕСУ МЕЂУНАРОДНЕ НЕВЛАДИНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ	455
5. УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У САВЕТОДАВНОМ ПОСТУПКУ	459
X	465
ОСВРТ НА ПРОБЛЕМЕ ДОКАЗИВАЊА У КОНТЕКСТУ ПРОЛИФЕРАЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА. ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ И МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ТРИБУНАЛА	465
1. ПРОЛИФЕРАЦИЈА МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА	466
2. РИЗИК ФРАГМЕНТАЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И ИДЕЈА О ЦЕНТРАЛНОЈ УЛОЗИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ	471
3. ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ И МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ТРИБУНАЛА	485
3. ПРЕСУДЕ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА КАО ДОКАЗИ У ПОСТУПКУ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ.	496

4. ДОКАЗНА ВРЕДНОСТ ДРУГИХ АКТА И ОДЛУКА МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА	512
3.1. Оптужнице међународних кривичних судова и трибунала	513
3.2. Одлуке о потврђивању оптужнице, издавању налога за хапшење и одлуке по захтевима одбране за доношење ослобађајуће пресуде по окончању извођења доказа тужилашва	515
3.3. Пресуде које се доносе на основу закљученог споразума о изјашњавању о кривици.....	517
4. НЕКОЛИКО КРИТИЧКИХ НАПОМЕНА О ПРЕСУДИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ ДОНЕСЕНОЈ У ПРЕДМЕТУ <i>APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE</i>	519
5. ОВЛАШЋЕЊА СУДОВА И ТРИБУНАЛА- РАЗЛИКЕ У ОВЛАШЋЕЊИМА КОЈЕ РАЗЛИЧИТИ СУДОВИ И ТРИБУНАЛИ ИМАЈУ НА ОСНОВУ КОНСТИТУТИВНИХ АКТА И ИНХЕРЕНТНА ОВЛАШЋЕЊА	525
Subpoena ad testificandum.....	529
Subpoena duces tecum или издавање државама обавезујућих налога за достављањем документације. Документација од интереса за националну безбедност државе	530
Непоштовање суда (contempt)	547
6. ОСОБЕНОСТИ ПОСТУПКА КОЈИ СЕ ВОДЕ ПРЕД ТЕЛИМА КОЈА РЕШАВАЈУ „МАСОВНЕ ЗАХТЕВЕ“	553
ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	560
БИБЛИОГРАФИЈА	564
БИОГРАФИЈА АУТОРА	581

УВОДНИ ДЕО

1. ПРЕДМЕТ И ЦИЉ ДИСЕРТАЦИЈЕ

1. „Доказивање пред Међународним судом правде“ је студија из области међународног јавног права, и то оног дела међународног права који се бави међународним правосуђем. Основни циљ ове дисертације је формулисање теорије о доказивању у међународном правосуђу на узору највишег судског ауторитета у међународној заједници – Међународног суда правде, као и да размотри, кроз призму правила о доказивању и јурисприуденције међународних судова и трибунала, место и улогу Међународног суда правде у контексту „проблема“ пролиферације међународних судова и трибунала, а посебно, однос Међународног суда правде и међународних кривичних трибунала.

2. Основна функција Међународног суда правде је да решава спорове који су пред њега изнети применом међународног права, доношењем правно обавезујуће одлуке (пресуде). Овлашћење суда да утврђује чињенице неопходне ради решавања спора, или давања саветодавног мишљења, је интегрални део основне функције Суда. Како истиче Highest:

„Овлашћење Суда да утврђује чињенице није једноставно изведено из његових осталих овлашћења: оно је основни део оригиналне сврхе постојања међународног суда.“⁵

3. Приликом истраживања области која је предмет нашег интересовања ваља испољити посебан опрез будући да се међународни судови и трибунали ретко подробније баве разматрањем правила која се тичу доказивања,⁶ док се у

⁵“ Keith Highest, Evidence, the Court and Nicaragua Case, *American Journal of International Law*, January 1987, Vol. 81., P.6

⁶ „[I]nternational courts and tribunals are, in general, reluctant to deal in depth with questions of evidence“ Rüdiger Wolfrum, “International Courts and Tribunals,” Evidence, у *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, параграф 3.

доктрини не ретко мешају елементи *de lege lata* и *de lege ferenda* резматрања. Посебну опрезност треба испољити и приликом разматрања становишта Суда изражених у пресудама, будући да није увек јасно да ли представљају општи став Суда или су формулисана с обзиром на околности конкретног предмета.

4. Пролиферација међународних судова и трибунала створила је потребу да се сагледа место и улога Међународног суда правде у међународном правосуђу.⁷ Посебно је појава међународних кривичних трибунала (*ad hoc* кривичних трибунала и Сталног кривичног суда) и веома брз развој међународног кривичног права, отворила нова поглавља у расправама о међународном правосуђу, међу којима се питање доказивања показује као једно од најпроблематичнијих.⁸

[\(http://www.mpepil.com/sample_article?id=epil/entries/law-9780199231690-e26&recno=27&\)](http://www.mpepil.com/sample_article?id=epil/entries/law-9780199231690-e26&recno=27&)(19.06.2011.)

⁷ „Perhaps more significant is thus the acceleration in the tempo of submissions of disputes to the Court, and the appearance before it by states which, while previously entitled to use the Court, in the sense that it has resulted in the creation of the tribunals charged with dealing with matters which could as well have been dealt with by the ICJ. ... the ICJ having ...until recently retained the monopoly of judicial settlement of maritime delimitation cases.“ Hugh Thirlway, „The International Court of Justice 1989-2009-At the Heart of the Dispute Settlement System?“, *Netherlands International Law Review*, Vol LVII, 2010, Issue 3, стр.348

⁸ „The law of evidence is still largely uncertain in international law and practice. Clear rules are exceptional and many evidentiary problems remain unresolved. This is partly because resort to international tribunals does not occur very often, and the opportunities to develop specific rules on evidence are therefore lacking. This, of course does not mean that such rules are not needed or are not necessary. It does, however indicate the authority and freedom of international tribunals in applying the rules that they find applicable, on the one hand, and the unusual difficulty involved in styling the practice of international tribunals in this regards, on the other hand. In such a context it is not surprising that scholarly works on evidence before international tribunals are far from numerous.“ Joe Verhoeven предговор студије Мојтабе Казазија, *Burden of Proof and Related Issues – A Study on Evidence in International Law*, Kluwer Law International, The Hague/London,/Boston, 1996, стр. vii

2. МЕТОД ИСТРАЖИВАЊА, DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA

5. Правне појаве можемо да посматрамо *de lege lata* или *de lege ferenda*. Први приступ је нужан, док други, под одређеним условима, може да буде користан. Предмет нашег истраживања сагледаћемо пре свега *de lege lata*, у настојању да утврдимо начела и правила међународног права која су обухваћена предметом истраживања, као и да утврдимо њихову позитивноправну садржину. Овај присту ће бити доминантан, али не и једини. Тамо где сматрамо да је корисно, као и собзиром на процену да ли постоји могућност имплементације у пракси услед њене неразвијености или из других разлога, изнећемо и наша *de lege ferenda* разматрања.

6. Разлог због ког смо се определили за овакав приступ је, пре свега, тај што је позитивноправна садржина многих елемената нашег предмета истраживања спорна или недовољно истражена, те је њихово ако не утврђивање онда барем осветљавање, нужан предуслов за разматрања *de lege ferenda*. Поред тога, веома оскудна писана регулатива, довела је до тога да многи елементи нашег предмета истраживања добијају свој одговор тек у јуриспруденцији или доктриниш. При томе у јуриспруденцији је апсолутно правило, а у доктрини међународног правосуђа је је уобичајено, да се разматрању одређених „проблема“ приступа тек када он искрсну у пракси.

7. Приликом разматрањачела и правила међународног правосуђа, посебно треба имати у виду чињеницу да мноштво теоријских модела, без обзира на њихову вредност, нема изгледа да буде прихваћен као концепт позитивног међународног права. Чистим теоријским моделима често недостаје елемент могућности примене, будући да у међународном праву норме настају не толико као последица примене мање или више савршених теоријских модела, већ као компромис кроз који се прелама мноштво не увек сагласних интереса. Како је истакао prof. Охман разматрајући питање начина решавања спорова које је предвиђено Конвенцијом УН о праву мора:

“ Да државе нису имале намеру да буду обвезане одређеним процедурама, оне су могле једноставно да дозволе водећим стручњацима да формулишу савршен и елегантан систем решавања спорова [...]. Али због тога што све државе преговарају ради израде Конвенције коју ће моћи да ратификују, оне инсистирају, са пуним правом, на усклађивању својих важних интереса.”⁹

8. У току истраживања посебно смо настојали да избегнемо да паднемо у замку шпекулативне аргументације и разматрања која би имала искључиво академски карактер. Приликом истраживања, изношења резултата и заузимања становишта водили смо рачуна о релној могућности примене правила. Пракса Суда и других трибунала је, по правилу, веома конзервативна, и нема основа за очекивања да ће уследити радикалне реформе прихваћеног модела судског начина решавања спорова. Међутим, и поред конзервативног приступа, многа питања из мноштва разлога још нису добила своје коначно решење и завређују да буду подробније испитана у доктринарним радовима. Приликом анализе јуриспруденције, нисмо „робовали“ језичким формулацијама одређених правила (на пример о терету доказивања, пресумпцијама итд). Наше основно настојање је било да проникнемо у суштину појаве, и ако је потребно, укажемо на недостатке у формулацији извесних начена и правила, а често и да увидимо који су фактори допринели таквој формулацији.

9. Метод истраживања нужно мора да буде прилагођен особеностима предмета истраживања и циљу истраживања. Будући да ова дисертација пледира да буде студија из области међународног јавног права, или прецизније, из области међународног правосуђа, а да нам је циљ утврђивање позитивноправне садржине и логичке структуре предмета истраживања, намеће се употреба правног или догматскоправног метода као основног. Међутим, ради потпуније спознаје предмета истраживања, тамо где смо сматрали за нужно или корисно, користили смо и правносоциолошки метод (али и друге методе) ради установљивања узрока који су довели до стварања начела и норми које су предмет нашег интересовања, или до /не/могућности настанка извесних правила или њихове примене. Овај метод се показао као нужан, не само с обзиром на оскудну

⁹ В. Oxman, “The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *European Journal of International Law*, Vol. VII, 1996, стр. 367.

писану регулативу (оличену у конститутивним инструментима и правилима о потупку и доказима), већ и с обзиром да је наш предмет истраживања првенствено сконцентрисан на судски начин решавања међудржавних спорова, спорова у којим као странке учествују државе као суверене јединке.

10. Правна догматика има и своја ограничења, поготову уколико се ради о правном подручју у коме је писана регулатива оскудна, а правила која обавезују суд формулисана на јако високом нивоу апстракције. У таквој ситуацији, околности у којима се ова правила конкретизују ради њихове примене нужно морају бити узете у разматрање ради омогућавања да један правни поредак, у конкретном случају правила која регулишу судски начин решавања спорова, буде и делотворан и прихватљив за субјекте који у њему учествују.

11. Правила међународног права, укључујући ту и правила која се тичу међународног правосуђа, не могу се посматрати изоловано од ванправних елемената у међународној заједници. Како је истакао Schwarzenberger „становиште да за сваку сврху, правни елементи морају изоловати од других аспеката међународних односа рапидно губи свој основ.“¹⁰ При томе, у једном аналитичком раду доктринарне природе, мора се јасноо подвући разлика између оног што је *lex lata* и *lex ferenda*. При томе, границу између једног и другог није лако повући, и како је истако Schwarzenberger, „It is not that , in any concrete case, the dividing line is likely to be clear beyond any shadow of doubt.“¹¹

¹⁰ „The view that for all purposes, the legal elements must be isolated from other aspects of international relations is rapidly losing ground“ Georg Schwartzberger, *The Inductive Approach to International Law*, London, 1965, стр. 56

¹¹ *Ibidem*

3. ТЕРМИНОЛОШКА ПРОБЛЕМАТИКА

12. Проблеми термилошке природе су инхерентни међународном праву. Међународно право нема свој посебан језик, већ се сви језици могу користити ради изражавања његових појмова. Радни језици Међународног суда правде, па и већине других међународних судова и трибунала, су енглески и француски језик, и проблеми постоје и приликом доследног коришћења појединих израза за означавање појма међународног права на овим језицима. Ако идемо корак даље, увиђамо да је литература о проблемима доказивања у међународном правосуђу махом на енглеском језику, и не ретко обилује техничким терминима које је тешко правести или су готово непреводиви на српски језик. До данас није учињен напор да се изгради терминологија међународног правосуђа на српском језику, а природа поступка је таква да изразе српског процесног права можемо да употребљавамо само уз изузетан опрез, и уз напомену да се користе у свом техничком, међународноправном значењу.¹²

13. Проф. Радомир Лукић говорећи о правном језику истакао је да :
„појмова има толико да је језик често сиромашан да их све изрази, па се један исти употребљава у више значења...Исти појам, па и исти језички израз, не могу да значе увек исто – у разним гранама права и у разним ситуацијама они значе различите ствари.“¹³

14. Појмовни апарат међународног права настао је са ослонцем на изразе који се користе за означавање појмова унутрашњег права. Иако се исти израз или синтагма може користити за означавање појма и унутрашњег и појма међународног права њихова садржина или значење може да буде, и по правилу јесте, у потпуности или делимично различито.¹⁴ Посебан је проблем уколико се

¹² Тешкоће везане за термилошку проблематику са којима се суочавао аутор ових редова су биле такве природе да би му било лакше да је овај рад писао на енглеском него на српском језику.

¹³ Радомир Лукић, *Методологија права*, Научна књига, Београд, 1979

¹⁴ „one can always be certain that the term used in international law has there the same meaning commonly attributed to it in the municipal law of the given country. Similarly, there always exists a risk that a term which is used by international tribunals for a concept is identical to a term for a municipal law

пише на језику који није радни језик Суда, будући да се тиме може створити погрешна представа о појму или конкретном правном правилу. Због тога, где год смо сматрали да је нужно или би могло да помогне бољем разумевању одређеног појма, израз на енглеском (понекад и на француском и руском) смо ставили у заграду.

15. Ваља нагласити да посебна пажња треба да се испољи приликом употребе и разумевања употребљеног изрази не с обзиром на значење тог изрази у нашем језику или у нашем или у било ком другом (унутрашњем) правном систему, већ његово посебно *међународноправно* значење. Изградња појмовног апарата међународног правосуђа на српском или неком другом језику, која би, барем у извесној мери, пратила особености националног правног система и културне традиције одређене државе, у овој области једноставно не важи. При томе, иако исти термин (институт) може да има барем у основи исто значење, његова садржина, природа и улога коју остварује у праву и пракси различитих међународних судова и трибунала или у различитим моделима судског поступка може да буде другачија.

16. Аурор ових редова налази да је потребно да посебно образложи цитирање извода из књига и чланака, те извода из пресуда међународних судова и трибунала на оригиналном језику, који није увек праћен преводом на српски језик. Изучавање међународног правосуђа захтева добро познавање барем једног радног (званичног) језика Суда. Поред тога што је ова студија првенствено намењена онима који, због природе делатности којом се баве, добро познају барем један радни језик суда, основни разлог лежи у чињеници да савршен превод не постоји, те да се у преводу може много тога изгубити или се кроз превод (због различитих особености језика) донекле изменити основна мисао која је изражена у тексту који се преводи, а управо оно што се изгуби или измени путем превода

concept, without the concept being identical. Then the similarity of name, which is retained, may hide a difference in content which the same name tries to express.“ Rene David-John. B.C. Briely, *Major Legal Systems in the World Today*, 1978, p. 83. The problem which similarly existes in comparative law, may cause a confusion which should be sistematically avoided.“ Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues – A Study on Evidence in International Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996, стр. 22.

може да буде од кључног значаја за правилно разумевање изражене мисли. Приликом анализе текста неопходно разумети не само суштину, већ и често и финесу, што превод, ма колико био добар и прецизан, често не може да изрази. Семантика радних језика суда се знатно разликује од семантике српског језика, те је прибегавање текстовима на оригиналном језику не само пожељно, већ и нужно.¹⁵ Иако смо настојали да обезбедимо превод највећег броја референци које смо цитирали у основном тексту, аутор ових редова налази за потребно да напомене да једино оригинална верзима може да послужи као поуздан ослонац.

17. Други проблем тиче се разумевања истраживачке грађе сваке студије о међународном правосуђу, пресуда и одлука судова и трибунала, посебно Међународног суда правде. Како истиче Thirlway, дугогодишњи главни правни саветник у Суду:

„Увек сам сматрао да је примерено да се повуче разлика између одлуке о неком питању, и *изражавања* те одлуке најбољим могућим речима.“¹⁶ Разлика није увек јасно уочљива, прво због несавршености која је инхерентна језику као начину изражавања, друго, због настојања да се иста становишта изразе на јединствен начин, у складу са пређашњом праксом, и треће, одлука суда треба

¹⁵ Имајући ово у виду, као посебан проблем се јавио проблем употребе појединих израза који се не могу лако превести на српски језик, а који и у радним језицима суда имају више синонима. Стога је било неопходно да се изрази ставе у заграду, што иако оптерећује текст, чак и на местима где можда на први поглед то није потребно, се показало као нужно, будући да би употреба тог истог израза у неком другом значењу могла да се схвати дргачије него што нам је то била намера. Иако је приметно настојање Суда да у одлукама се држи одређених термилошких образаца, у преводу на српски језик они могу да делују, у зависности од контекста, непрецизно или недовољно јасно.

Искуство аутора ових редова пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију, је такво да преводи, иако су сачињени од стране професионалних и добро обучених преводилаца, готово увек сакрију барем један аспект који је присутан на оригиналном језику.

Иако је терминологија на српском језику задовољавајућа за сврхе објашњења основних појмова о поступку пред Судом, у радовима у којима се треба упустити у дубљу анализу, употребљени изрази могу да створе конфузију, будући да стварни пандани не постоје у нашем правосудном систему.

¹⁶ “The distinction that I have always through proper to draw is between the *decision* on the issues in the case, and the *expression* of that decision in the best words possible.” Hugh Thirlway: „The Drafting of ICJ Decisions: Some personal Rrecollections and Observations,“ *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1 (15-28), 2006, стр.20

на адекватан начин да рефлектује становиште судског већа које се састоји од 15 и више судија, и при томе чини нам се нужним да се у образложењу одлука врше одговарајућа „језичка прилагођавања.“¹⁷

¹⁷ „A further stage of the deliberation at which the Registry can be of considerable assistance is when the draft separate and dissenting opinions are filed. The intention of the Resolution (Article 7) is clearly that the Drafting Committee should be able to examine these and consider whether some changes to the draft decision may be desirable, either to incorporate material suggested in an opinion, or (more probably) to strengthen the judgment against the arguments employed by a dissenter. In the early 1970s a controversy developed over what was called “the right to the last word”: in the event of a dialogue of this kind between the majority (represented by the Drafting Committee) and a dissenting judge, which text (draft judgment or draft opinion) should have to be finalised first, so as to remain exposed to comment or response in the other? This controversy has not been heard of for a long time; the reason is that there is now less often an attempt by the Drafting Committee to weaken the force of a dissent by the inclusion of arguments refuting it (though instances can still be found), and a more prevalent attitude tending to let the dissenter go his own way while the majority follows theirs. Nevertheless, the Registry can be of help in drawing the attention of the Committee to points made in the opinions, and suggesting adjustments to the draft decision to meet them. On one occasion my old friend Shigeru Oda had filed a dissenting opinion, and changes to the judgment were made to counter his arguments. When I next saw him he complained in mock bitterness, “Mr. Thirlway, you keep moving the targets that I am firing at!”“ Thirlway, op.cit., стр.

4. НЕКОЛИКО НАПОМЕНА О СУДСКОМ НАЧИНУ РЕШАВАЊА СПОРОВА

18. Инхерентна карактеристика судског начина решавања спорова је не само та да суд решава спор који је пред њега изнет¹⁸ на основу примене права, већ и да је сам начин решавања спора правно регулисан. Мериторна одлука Суда је правно обавезујућа и коначна.¹⁹

19. Судски начин решавања спорова, иако се редовно сматра секундарним средством решавања спорова, односно начином решавања спорова коме се прибегава уколико се спор не може решити дипломатским средствима, многи аутори (у литератури која се бави међународним правом) сматрају најприкладнијим средством решавања правних спорова.²⁰ Иако је судски начин

¹⁸ Ваља правити разлику између спора који је изнет пред Суд и спора који међу странкама заиста постоји. Странке не морају да изнесу на судско решавање "цео спор." Будући да је Суд приликом мериторног одлучивања ограничен постављеним захтевима странака (које ове формулишу у својим закључцима (submissions, conclusions), сходно начелу *ne ultra petita*, Суд није у позицији да одлучује о оним "деловима" или правним "аспектима спора" чије разматрање није нужно ради доношења одлуке о постављеним захтевима (односно меритуму). Да ли постоји спор и који је предмет спора је питање које је предмет објективног утврђивања од стране Суда, те не зависи искључиво од становишта странака.

¹⁹ Са друге стране, поступак пред међународним судовима и трибуналима траје прилично дугачак временски период, који се, по правилу, мери годинама и месецима. (М. Н. Mendelson, "Interim Measures of Protection in Cases of contested Jurisdiction," *The British Year Book of International Law* (1972–1973), London 1975, стр. 259)

²⁰ Епитет најправичнијег средства за решавање спорова признат је још Хашком конвенцијом о мирном решавању спорова из 1907 године која је још увек на снази. Наиме према члану 38 Конвенције „In question of legal nature, and especially in the interpretation and application of International Conventions, arbitration is recognized by the Contracting Powers as the most effective, and, at the same time, the most equitable means of settling disputes which diplomacy has failed to settle. Consequently, it would be desirable that, in disputes about above mentioned questions, the Contracting parties should, if the case arose, have recourse to arbitration, in so far as circumstances permit.“
Није у питању особеност међународног права, већ се и у унутрашњим правним системима прибегавање судском начину решавања спорова често схвата као крајње средство, коме се

решавања спорова факултативне природе (будући да почива на споразуму странака), његове предности се не могу разматрати само са становишта примене права и утврђивања чињеница, већ има и другу, димензију која се ни у правним расправама не може занемарити.

20. Државе суверено одлучују да ли ће неки спор изнети пред Суд и при томе одређују границе судијског одлучивања (*ne ultra petita*). Износећи спор пред Суд оне не само да одређују границе судског одлучивања, већ очекују да њиховој аргументацији, како у погледу правних тако и чињеничних питања, суд или трибунал поклони дужну пажњу, те да не одступа (осим у случају да постоје изузетни разлози) од онога што међу странкама није спорно.

21. Одлука државе да спор изнесе пред Суд редовно је заснована на разлозима који су преодминантно политичке природе.²¹ Како констатује Malcolm Shaw:

“У основи, правници практичари и њихови клијенти државе настоје да решавају спорове на најпробитачнији начин. Они желе да победе. То је поента целе ствари. Ниједна држава неће ићи пред суд, уколико то може избећи, ако постоје изгледи да ће изгубити. То је очигледно, али сувише просто. Корист од судског решења које ће донети трећа страна је у томе што је крајња одговорност за одлуку другде, а не на странама у спору. Она тако представља механизам који омогућава држави да прихвати губитничку позицију на начин који често изискује мању политичку цену него преговарачка стратегија која би произвела исти резултат. Унутрашње политичке снаге су чешће склоне да прихвате губитак уколико је одлука наметнута са стране него што би биле да је држава на коју се то односи једноставно признала пораз од почетка. То је

прибегава када барем једна од страна у спору сматра да се другим начинима спор не може разрешити, барем не на задовољавајући начин.. Како истичу Hart i McNaughton „A contested lawsuit is societa’s last line of defence in the indispensable effort to secure the peaceful settlement of social conflicts, In the overwhelming mjority of instances, the general directions of the law function smoothly with no controversy whatsoever. When controversy do arise, the overwhelming majority of them are settled informaly or, if formally, without a contest, as by plea of guilty in a criminal case.“ (Evidence and Inference in the Law., 1988 (in The Hayden Colloquium on Scientific Concept and Method, ed. By Daniel Lerner, 1958, pp. 51-56) reprodukovano u Jon Waltz and Roger C Park, *Evidence, Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2004, p.73.

²¹ V. S. Mani, *International Adjudication, Procedural Aspects*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1980, стр. xiii

нарочито случај када се до резултата дође на основу непобитно независног и објективног процеса заснованог на јасним нормама и процедурама. У најмању руку, прихватањем судског решавања спорова и прихватањем последица може се постићи извесна међународна корист²²

22. Предности судског начина решавања спорова у односу на друге методе решавања спорова обично се истичу на плану примене права.²³ Међутим, често се у расправама занемарује функција суда која се тиче утврђивања чињеница, која једнако треба да допринесе предности судског у односу на друга средства решавања спорова.

23. Међутим, не само изношење спора пред Суд, већи и оснивање суда или трибунала је одлука политичке природе, која је заснована на одговарајућим очекивањима држава које учествују у његовом стварању. Ово једнако важи за све међународне судове и трибунале, како оне којима се даје мандат решавања спорова, тако и за кривичне судове и трибунале.

24. Како истиче Malcom Shaw:

Одлука да спор изнесу пред Суд представља посебну стратегију држава, али она поседује посебне карактеристике, које саме по себи представљају релевантан фактор приликом избора те опције. Приликом обраћања Суду државе имају читав низ

²² “Essentially practitioners and their client states seek to settle disputes in the most advantageous manner. They want to win. That is the point of the exercise. No state will go to court, if it can be avoided, if the chances are that it will lose. That is obvious, but too simple. The advantage of third party judicial settlement is that the ultimate responsibility for the decision lies elsewhere than with the states concerned. It thus constitutes an important mechanism to enable a state to come to terms with a losing position in a manner that often entails less political cost than a negotiating strategy producing the same result. Internal political forces are more often inclined to accept losing if the decision has been imposed from elsewhere than if the state concerned had simply conceded from the start. This is especially the case where the result has been arrived at by an unquestionably independent and objective process based on clear norms and processes. At the least, there will be some international benefit to be derived from proceeding to judicial settlement and accepting the consequences.” Malcolm N Shaw, “The International Court of Justice: A Practical Perspective,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, 1997, p. 832.

²³ There was a significant difference between the judicial solution and other means of dispute settlement. Only judicial settlement could confirm the law and further its development. The other solutions produced no more than compromises in which subjective rights were often sacrificed to political expediency. Capotorti (discussion), *Judicial Settlement of International Disputes*, Max Planck Institute, p. 50

очекивања на уму. Оне очекују да непристрасан трибунал у чијем саставу се налазе независне судије одговарајућих квалификација које примењују објективне и проверљиве правне норме на разумно предвидљив начин. Оне очекују ауторитативну одлуку, која ће бити образложена и извршна, обавезујућа и коначна, конзистентна и кохерентна.²⁴

25. Сврха оснивања судова и трибунала није само на плану примене права. Овај сегмент, приликом доношња одлуке о оснивању трибунала је доминантан, али свакако не једни, кадкад можда не ни примарни. Стога треба, с посебном пажњом размотрити не само правне већ и ванправне моменте који утичу на креирање нових судова и трибунала, који настају и врше своју делатност у постојећем политичком контексту.²⁵ Присуство како правне компоненте, тако и политичке компоненте, утиче на одабир тема и потребу да се установе релације између ове две компоненте, релацију која није небитна ни у разматрањима која су чисто правне природе. Однос ових двају компонената постаје посебно актуелан у контексту пролиферације међународних судова и трибунала.

26. Иако судови и трибунали настају у датом политичком контексту, те да је одлука да се спор изнесе пред неку од постојећих институција међународног правосуђа предоминантно политичке природе, сам начин решавања спорова је правне природе. Изношењем спора пред Суд врши се један особен вид његове деполитизације. Ова деполитизација је један од суштинских критеријума примереног начина вршења судске функције. Како је истакао још Стални суд међународне правде у случају *Eastern Carelia*: „The Court, being Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinion, depart from essential rules guiding their activity as a Court,²⁶ или Међународни суд правде у предмету *Namibia*: „Суд може

²⁴ Malcom Shaw, *op.cit.*, p.840

²⁵ Како истиче Caron: “International courts and tribunals in the international arena are the manifestation of several, not one phenomena and our understanding can be made richer by reference to different traditions and theories. The existence and potential of courts and tribunals, as institutions, is determined in significant measure by the surrounding political context.” David D. Caron, *Framing Political Theory of International Courts and Tribunals: Reflections at the Centennial, ASILS Proceedings 2006*, стр.56

²⁶ *PCIJ, Series B.5*, стр.29.

да делује само на основу права...Суд, који функционише као суд (court of law) не сме да делује на други начин.“²⁷

27. Основне претпоставне судског начина решавања спорова тичу се управо одсуства политичких момената у мери која омогућава објективност и непристрасност у раду суда.²⁸ Друга претпоставка тиче се деполитизације предмета спора, што је изражено у правилу да само правни спорови, или прецизније пресудиви спорови (judicable disputes) могу да буду обухваћени надлежношћу суда. Уколико су у раду суда политички моменти присутни у мери у којој утичу на непристрасност и објективност, таква институција се може назвати судском само по имену али не и по својој суштини. Уколико је спор који је изнет пред Суд чисто политичке природе, он је или беспредметан или неподесан да буде решен судским путем.

28. Судски начин решавања спорова подразумева нужност обезбеђења потпуне равноправности странака, односно да странка неће бити ни у бољој ни у гориј позицији с обзиром на њену међународну позицију (у политичком војном и другом ванправном смислу), процесноправну позицију (да ли је тужилац или тужена) и тежину случаја, односно захтева које износи или протв које су изнети.²⁹

29. С обзиром да су странке у поступку пред Судом суверене државе, и без обзира на овлашћења којима располаже, од Суда се очекује да се у поступку држи на одговарајући начин који је примерен природи странака, факултативној надлежности Суда и врсти потупка. Како је истакао судија Schwebel,

„не може се од Међународног суда правде очекивати да делује на исти начин као и судови у Енглеској или као Врховни суд САДа. Судија у Лондону или

²⁷ *ICJ Reports 1971*, стр. 22.

²⁸ О организацији суда, избору судија и надлежношћу Суда види: Миленко Крећа, Међународно јавно право, Београд 2009, 524-538. О структуралној независности Суда, види, Thomas Franck- „Fairness in the International Legal and Institutional System,“ *Recueil Des Cours, Academie de droit international*, 1993, (pp. 302-341) стр. 306-316.

²⁹ It may be said that there are two cardinal characteristics of a judicial process, the impartiality of the tribunal and its corollary, the judicial equality between the parties in their capacity as litigants.“ *Advisory Committee of Jurists in elaboration of the Statute of the PCIJ to maintain equality of parties*. Наведено према Bin Chang, *op. cit.*, стр.290.

Њу Јорку, може може путем питања, коментара, досеткама, гестовима којима изражава нестрпљење, и на сличне начине да усмери аргументацију у правцу у коме му треба помоћ и ван подручја о којима је порочитао или чуо већ довољно аргумената. Он може да прекине аргумент заступника, да га пресече и постави питање. Судије врховног суда Сједињених Америчких Држава могу упутити заступнику серију питања које могу тако да преокупирају предмет више него аргументи засупника. Петнаест судија Међународног суда правде, или чак пет судије Већа Суда, тешко да могу да поступају на овкав начин.. Они се не баве супкликантима, већ са суверенима, са представницима држава које су се сагласиле да се појаве пред Судом, и како догађаји показују могу једноставно да нестану. Држави се мора омогућити да изнесе аргументе пред међународни суд онако како она одабере. То је реалност која условљава деливање Суда. То објашњава зашто се предмети споро напредују, зашто писмени поднесци могу да буду изузетно обимни, зашто усмена аргументација не мора да буде дуга, те зашто питања од стране Суда не морају да буду тако честа и интензивна или утицајна као у другим судским поступцима. ³⁰

30. Надлежност унутрашњих судова се може наметнути силом и намеће се силом, и она је, барем у једном броју случајева, нужна да би се остварио циљ правосуђа. У међународном правосуђу, које постоји и делује у једном децентрализованом друштву држава, функција правосуђа се не може остварити силом, већ само снагом суштинског ауторитета.

³⁰ Stephen M. Schwebel, Three Cases of Fact Finding by the International Court of Justice, *Fact-Finding Before International Tribunals*, Eleventh Sokol Colloquium, ed. Richard Lillich, Transnational Publishers, Inc. Ardsley on Hudson, New York, 1992. стр.4-5

5. ПОЈАМ ДОКАЗА И ДОКАЗИВАЊА. „ДОКАЗНО ПРАВО“

31. Конститутивни акти судова и трибунала, као и правилници о поступку и доказима не дефинишу појам доказа и доказивања. У јуриспруденцији се тешко могу наћи референце у којима се јасно дефинишу ови појмови, док се у доктрини међународног права ови појмови доста широко дефинишу.

32. Појам „доказивање“ се редовно широко формулише, и обухвата како активност извођења доказа тако и оцене доказа ради утврђивања чињеница (или основаности чињеничних тврдњи) на основу изведених доказа и аргументације странака. Другим речима, уобичајено је да се под доказивањем подразумева скуп активности свих учесника у поступку чија је сврха да се формира слика о спорним чињеничним тврдњама странака и закључи о постојању или непостојању чињеница које су неопходне доношење мериторне одлуке.³¹

33. Уобичајено је да се термин „доказ“ означава као вишезначан појам. Иако у доктрини може да се заузме став о његовом прецизном значењу, тешко можемо говорити о његовом прецизном значењу у међународној пракси. Поред тога, и у унутрашњим правним системима и доктрини процесног права термин доказ се различито дефинише. У енглеском језику утемељена је разлика између доканог средства (evidence) и доказа (proof). У нашем, али и другим језицима, термин доказ се често користи да се означи неколико у суштини различитих, али међусобно везаних појмова: доказно средство, активност извођења доказа односно радње странака и суда којима се настоји доказати постојање или непостојање (основаност или неоснованост) чињенице (чињеничне тврдње),

³¹ Proof means any effort that attempts to establish the truth or fact, something serving as evidence, a convincing token or argument; the effect of evidence, the establishment of a fact by evidence; proof is the result or effect of evidence, while „evidence“ is a medium or means by which a fact is proved or disaproved. (F. J. Ludes and H. J. Gilbert eds. *Coorpus juris Secundum: A complete restatement of the Entire American Law, Vol 31A Evidence*)West Publishing, St Paul, 1964) 820)“ Anna Riddel, and Bernard Plant: *Evidence before International Court of Justice*, ВПСЛ, London, 2009, стр. 79.; Алан Узелац, *Терет доказивања*, Загреб, стр.;

результат доказивања, односно оцене доказа.³² Проблем који настаје услед приписивања истом термину различитих значења се стога мора решавати његовим тумечењем у контексту у ком се користи.

34. Један од појмова који се често среће у доктрини је појам „доказног права“ (The Law of Evidence), у смислу скупа правила која се односе на доказивање пред међународним судовима и трибуналима. Доказно право, међутим, није формирано као засебна грана међународног права, али се овај термин често користи ради скраћеног начина изражавања. Он се не може разумети на начин на који се схвата у земљама англо-америчке правне традиције, као правна област која се у свом највећем делу састоји од доказних забрана и других правила која се тичу извођења доказа. За потребе овог рада, када год смо корисили термин „доказно право,“ користили смо га ради скраћеног начина изражавања, на исти начин на који се користе, на пример, термини „међународно уговорно право,“ „право одговорности државе,“ како би се назначио оквир расправе.

35. Израз „међународни судови и трибунали“ настоји да обухвати све међународне судове и трибунале. Мада нема конзистентности у примени назива „суд“ или „трибунал,“ под судовима се, по правилу, подразумевају сталне међународне судске институције (као што су примера ради Међународни суд правде, Европски суд за људска права, Стални кривични суд), док се израз „трибунал“ по правилу, користи ради означавања привремених судских тела (као што су арбитраже, односно арбитражни трибунали, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, ICSID и NAFTA трибунали) мада исти израз може

³² Види, на пример Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2008, стр. 354; Алан Узелац, *Терет доказивања*, Загреб, стр. 5, Види и: Triva –Belajec-Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb 1986, стр. 395 Такође, и под доказивањем се често не схвата само активност извођења доказа, већ је домашај овог израза често знатно шири.

Proof means any effort that attempts to establish the truth or fact, something serving as evidence, a convincing token or argument; the effect of evidence, the establishment of a fact by evidence; proof is the result or effect of evidence, while „evidence“ is a medium or means by which a fact is proved or disapproved. FJ Ludes and HJ Gilbert eds. *Coorpus juris Secundum: A complete restatement of the Entire American Law*, Vol 31A Evidence (West Publishing, St Paul, 1964) 820“ Riddel, Plant, *op.cit*, стр.79.

да се користи и ради означавања сталног судског тела (Међународни трибунал за право мора).³³

36. „Међународно правосуђе“ је појам који се често користи да би се означила она област међународног права којом се регулише материја везана за међународне судове и трибунале (организација, надлежност, поступак, јуриспруденција итд). Као такво, међународно правосуђе је интегрални део међународног јавног права.

³³ The use of the term international tribunal” for any tribunal which settles a dispute involving the nationalities of two different States in any sense may be a matter of taste but its scientific accuracy is questionable, when there are substantive and material differences between the different kinds of tribunals which settle the variety of disputes which have connection with more than one nationality. These distinctions arise from the source from which tribunals come into existence or are created. It is clear that by reference to this quality of the tribunals which deal with disputes with multinational features may be more accurately distinguished and characterized for functional and practical purposes.

In order that the Tribunal may be characterized as an international tribunal, it must be created by states or international organizations which, though they may have international personalities of their own, are, nevertheless composed principally of states. Tribunals created by international organizations may be regarded as derivatively created by states. The creators must be entirely states or international organizations or both, as parties to the act of creation“ C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003, стр. 9-10

6. МЕЂУНАРОДНО МАТЕРИЈАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРОЦЕСНО ПРАВО

37. Чини се да у савременој доктрини домира теза о „непостојању оштре разлике између материјалног и процесног парва.“³⁴ Квалификација неког правила као правила процесног или међународног права не мора нужно да се поклапа са квалификацијом истог или сличног правила у унутрањим правним системима. Како истиче Rosenne:

„a procedural incident which in the conception of internal legal system is likely to be regarded as procedural, will appear in international law indifferently as one of substance or of procedure, according to circumstances in which application occurs. The preliminary objections demonstrate this. In internal legal systems these are frequently regarded as matters of procedure. International law does not make this differentiation“³⁵

38. Са проблемом разликовања процесног и материјалног права суочавају се јуриспруденција и доктрина унутрашњег права. Различита квалификација појединих норми као процесних или материјалних присутна је и у оквирима

³⁴ Rosenne, *op.cit.*, III.254, стр.1023

³⁵ Rosenne, *op.cit.*, стр.1024

једног правног поретка а да не говоримо о разликама између различитих правних поредака.³⁶

39. У међународном јавном праву, као и у сваком другом правном систему, материјално и процесно право налазе се у односу сталне интеракције. Како истиче Janks :

“У сваком правном систему процесно и материјално право се налазе у сталној интеракцији. Примена материјалног права захтева нова процесна средства. Нова процесна правила и средства чине могућим промену материјалног права. Исто тако је и у међународном праву, уколико желимо да развијемо право тако да одговара изазовима нашег времена неши поступци и правна средства морају бити довољно разноврсни и флексибилни да би се та сврха остварила.”³⁷

Проблем разграничења процесног и материјалног права у међународном правосуђу има унеколико другачије одлике него исти тај проблем у унутрашњим правним системима. Наиме, док у унутрашњим правним системима приликом формулисања правила материјалног права унапред се рачуна да она могу да буду обезбеђена судским путем, у међународним односима државе приликом закључивања уговора и узимањем учешћа у другим процесима стварања материјалноправних правила аутоорми, по правилу, не рачунају унапред да ће евентуални спорови бити решавани судским путем, или судски начин решавања спорова сматрају секундарним средством.

³⁶ У земљама европско континенталне правне традиције типичан пример представља правило о терету доказивања.

У земљама које су свој правни систем градиле на тзв. „napoleon law tradition“ прави се разлика између правила о доказивању која су процесне и оних која су материјалне природе, док у немачком правном систему и земљама англосаксонске правне традиције доказивање се сматра делом процесног права.

У земљама Европске уније, како констатује Le Freitas, „потребно прећи веома дуг пут до коначне хармонизације – не усуђујем се да кажем униформности – доказног права европских земаља“ Види. Jose Lebre de Freitas, *La Preuve dans l'Union Europeene: differences et similitudes*, стр. 1-31.

³⁷ Janks, Wilfred: *The Prospects of International Adjudication*, London, 1964, стр. 184.

40. Значај разликовања материјалног и процесног права у међународном праву има потпуно другачију димензију него у унутрашњим правима. Док су процесна правила унутрашњег права у доброј мери регулисана процесним законима, па чак и закони који садрже правила материјалног права рачунају на уређен систем судске заштите или га допуњују, у међународном правосуђу надлежност судова и трибунала који решавају међудерђжавне спорове по својој природи факултативна, док одредбе консититутивних аката судова и трибунала, садрже веома мали број правила а утврђивање правила поступка је, готово без изузетка, препуштено аутономној регулативи судова и трибунала. Док је у погледу материјалног права улога Суда, по природи ствари, сведена на идентификацију, тумачење и примену правила релевантних за решавање конкретног спора који је изнесен пред Суд (обавеза суда да примењује важеће међународно право и да се уздржава од улазака у сферу његовог прогресивног развоја) дотле је правнокреативна способност Суда у погледу правила о поступку и доказима веома наглашена.

41. Слично као у унутрашњим правним системима, и у међународном правном систему, међународно процесно право не садржи иста правила за све поступке. Поред тога, чак и судови и трибунали који решавају истоврсне спорове, руководећи се истим основним начелима, могу из различитих разлога да примењују различита правила поступка.³⁸

42. У контексту међународне заједнице, као децентрализованог друштва држава, процес закључења уговора је дугачак и слижен и редовно обележен настојањима да се постигну компромисна решења, која редовно знатно одударају од савршених теоријских модела. Са друге стране, очување интегритета судског начина решавања спорова и расправа о често сложеној правној проблематици није увек погодан предмет дипломатских преговора. Ово је један од разлога због ког је

³⁸ Brigitte Stern све међународне судове и Трибунале сврстава у 4 категорије, 1. „Судове и трибунале који су отворени само за главне субјекте међународног парава, углавном државе, и уз то и међународним организацијама.“ 2. Међународне кривични судови и трибунали, 3. Судови и трибунали који су примарно формиран ради решавања спорова измеђ држава и појединаца, 4. Судове и трибунале формиране унутар међународних организација ради решавања спорова измеђ организације и особља организације. Brigitte Stern: „Commentary on Substantive and Procedural Questions“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol.7 2008, стр. 301-311

у међународном правосуђу, функција формулисања процесних правила је, по правилу,³⁹ препуштена судовима и трибуналима, као телима која се формирају на начин који гарантује/ или треба да гарантује/ да ће функционисати као суд, и које је квалификовано да се стара о развоју процесног права. Како је истакао Lauterpacht:

“Иако се вршење дискреционих овлашћења често ограничава углавном на питања форме и поступка, она ни у ком смислу нису од малог значаја. Фирмална и процесна правила предствљају елемент погодности и извесности у праву дискреционо право суда овде често ограничено углавном на формална и процедурална питања, она ни у ком случају нису неважна. Формална и процедурална правила представљају елемент погодности и извесности приликом остваривања права. Тако осмишљени, често се сматра да они отелотворују елемент суштинске правде.”⁴⁰

43. 1955. године Evensen је изнео тврдњу да „међународном процесном праву недостаје континуитет а да су руководна правила која су настала у међународном праву сумарна и тешка за тумачење.“⁴¹ Евенсен ову тезу изводи из чињенице да „ово несретно стање ствари потиче из чињенице да су често међународни трибунали установљавани само за конкретан случај и престајали да постоје по изрицању пресуде. Следствено томе, пракса која је развијена од таквих

³⁹ Изузетак је Стални међународни кривични суд.

⁴⁰ Sir Hersh Lauterpacht, *The Development of Law by International Court*, Stevens and Sons, London, 1958, стр.209

⁴¹ “Problems arising in connection with the presentation and evaluation of evidence before international tribunals are numerous and involved. International law of procedure lack continuity and such governing rules as have emerged within international law are summary and difficult to interpret. This unfortunate state of affairs stems from the fact that frequently the international arbitral tribunal is established for specific case only and ceases to exist once judgment is pronounced. Consequently the practice developed by such tribunals as to the rules of evidence is variable and often reflects such specific considerations as might have applied to the particular tribunal concerned.” Jens Evensen, *Evidence Before International Courts*, Nordisk Tidsskrift Int'l Ret., 1955, p. 44

трибунала по питању правила о доказивању је варијала и често рефлектовала такве посебности које су се могле применити на тај посебан трибунал.⁴²

44. Евенсенова тврдња налази своје упориште у јуриспруденцију деветнаестовековних арбитража и мешовитих комисија, од којих многе нису биле судске природе, (већ су по својој природи биле концилијационе комисије⁴³, или комисије за утврђивање чињеница) или, иако судске природе (као што су, примера ради или трибунали за решавање масовних захтева), решавале су спорове који су различити по врсти од спорова који се решавају пред Међународним судом праде.

45. Данас, континуитет „развоја“ међународног процесног права у делу који се бави решавањем међудржавних спорова, одвија се у крилу Међународног суда правде, чија пракса служи као ауторитет и својеврстан модел за друге судове (као што је Међународни трибунал за право мора) али и арбитраже (као што су оне формиране под окриљем Сталног арбитражног суда).⁴⁴ Иако се лако може бранити теза да су правила међународног процесног права сумарна и тешка за тумачење, то не значи, само по себи, да међународном процесном праву недостаје довољан степен континуитета, као и да тешкоће у тумачењу правила треба истицати у контексту у коме је то учинио Евенсен. Теза да је руководна начела тешко тумачити пре указује на висок степен пажње који се мора поклонити

⁴² *Ibidem.*

⁴³ Концилијација је посебан начин решавања спорова чија је особеност да може, приликом предлагања решења спорног питања, да узме у обзир и моменте политичке природе, а у сваком случају, чини се управо због ове карактеристике, одлуке концилијационих комисија нису правнообавезујуће.

⁴⁴ Today international judicial procedure in international Court, and in international litigation between two or more states generally, is a completely autonomous and independent institution of international law and practice having only superficial resemblances to domestic legal procedure and to the procedure of other institutions authorized to decide disputes and other cases in which a State may be involved as a party. In many respects the situation is reserved, the practice of international arbitration between two or more states (and between State and an international governmental organization) is being influenced by the practices of International Court. In evaluating procedural occurrences in other international tribunals, the Court shows a tendency to judge them in the light of its own practices.“ Rosenne, *op.cit.*, III., 254, p. 1022.

различитим факторима који се морају узети у обзир приликом изналашења конкретних решења.

46. Уколико хоћемо да установимо да ли постоје елементи континуитета, морамо посматрати судове исте врсте, или барем оне судове и трибунале који решавају спорове који су истоветне природе. Поред тога, данас се чини неспорним да су (општа) начела којима се руководе међународни судови и трибунали, заједничка, те да тек њихова конкретизација доводи до формулисања правила која се, у већој или мањој мери, разликују.⁴⁵

47. Ранијим искуствима, Хашким конвенцијама о мирном решавању међународних спорова (из 1899 и 1907) и путем судске и арбитражне пракса која се развијала у периоду између два светска рата, постављени су темељи на којима су се градила и искристалисала правила и јуриспруденција међународног права о судском начину решавања спорова. Посебно је пракса Сталног суда међународне правде поставила добар темељ чији је бенефицијар Међународни суд правде, на чијем искуству је црпео смернице за изградњу једне солидне јуриспруденције, чији су сада бенефицијари други међународни судови и арбитраже. Међутим, ово само по себи не значи да су правила поступка, као и правила о доказивању, униформна.

48. Ситуација са међународним кривичним правосуђем, и трибуналима који решавају такозване „масовне захтеве“ и инвестиционе спорове је другачија, будући да због природе странака, природе поступка те природе главног питања и повереног мандата, Међународни суд правде и други трибунали нису могли да послуже као узор.

49. Основне детерминанте које одређују природу правила о поступку и доказивању у међународном правосуђу јесу природа странака (суверене државе, појединац, корпорација, тужилаштво и оптужени), природа предмета спора, те мандат који је дат суду или трибуналу, или како га схвата дати суд или трибунал. Примера ради, уколико се мандат суда или трибунала схвати искључиво као

⁴⁵ Овај закључак поткрепљује, између осталих, студија Chester-a Brown-a, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007

мандат решавања спорова, суд ће се уздржавати да пређе оквире онога што је нужно ради решавања спора који је пред њега изнет (такав је вероватно случај са арбитражама којима се поверава решавање међудржавних спорова, Међнародним судом правде итс) Уколико се мандат схвати шире, као на пример код међународних судова и трибунала (да поред решавања питања кривичне одговорности оптуженог, дају допринос на пример „помирењу у региону,“ утврђивању „историјске истине“, да се чује глас жртава итд.) , од њих се може очекивати да се упуштају у утврђивање и оних чињеница које нису строго неопходне ради решавања главног питања – кривичне одговорности оптуженог.

7. ПРЕТПОСТАВКЕ И ОГРАНИЧЕЊА ЈЕДНЕ ТЕОРИЈЕ О ДОКАЗИВАЊУ ПО УЗОРУ НА МЕЂУНАРОДНИ СУД ПРАВДЕ

50. Теорија о доказивању у међународном правосуђу која се гради на узору Међународни суд правде, има следеће основне претпоставке:

-позицију Међународног суда правде у децентрализованом систему међународног правосуђа,

-утицај Суда на праксу других међународних судова и арбитража и изградњу права у материји судског решавања међудржавних (али и других) спорова.

-аутономност сваког суда и трибунала у међународном правосуђу, односно непостојање формалних веза између судова и трибунала.

51. Позицију и ауторитет Међународног суда правде и његовог претходника Сталног суда међународне правде, јасно је изразио Schwarzenberger истакавши:

„Поред разлике која постоји између стварно сталног суда и трибунала који су више ефемерне природе, више регионална композиција билатералних трибунала чини се да оправдава закључак да не могу да буду рангирани толико високо као суд који је, за све пракстичне сврхе, досегао универзалност. Следи да у случајевима у којима је Стални суд међународне правде или Међународни суд правде изјаснио о неком правилу међународног права, релативно мали значај треба приписати контрадикторним одлукама, рецимо, мешовитих арбитражних трибунала. /Макс Хуберова одлука у случају *Palmas* је изузетан пример одлуке једног арбитра која издржава поређење са ма којом одлуком Светског суда/. Међутим, праксу ових других треба узети у обзир све док постоје празнине у пракси Светског суда“⁴⁶

⁴⁶ Apart from the difference between a really permanent court and tribunals of more ephemeral character, the more sectional composition of bilateral tribunals appears to justify the conclusion that they cannot be

52. У доба пролиферације међународних судова и трибунала неопходно је сагледати место и улогу Међународног суда правде, посебно његов утицај на развој јуриспруденције других судова и трибунала. Поред тога, потребно је испитати и да ли постоји или какав је потенцијал да други судови и трибунали утичу на даљи развој јуриспруденције Међународног суда правде. Питање је свакако широко, и у овом раду ћемо се сконцентрисати само на поједина питања која се тичу доказивања. Развој међународног правосуђа у последњих двадесетак година, који је праћен појавом пролиферације међународних судова и трибунала, је такав да се створио сложен мозаик судова и трибунала од којих је сваки аутономна институција међународног правосуђа, кога не везује пракса других судова и трибунала.

53. Иако у међународном праву доктрина *stare decisis*, из сасвим оправданих разлога, није стекла статус правне норме, ваља правити разлику између „binding and persuasive authority of judgments.“ /обавезујућег и убеђујућег ауторитета пресуде/.⁴⁷ Када се говори о улози Суда у развоју међународног јавног права, мисли се на она становишта која Суд формулише у образложењима својих одлука. Формалноправно, та образложења нису преседани у смиуслу правила која важе у земљама англосаксонске правне традиције. Будући да ауторитет Суда са једне стране, и уверљивост аргументације, са друге стране, чине *извесна* становишта Суда таквим да није претерано рећи да када једном Суд утврди неко правно правило, формулише становиште и сл., пресуда Суда у којој је оно изражено је ауторитативан доказ садржине правила или начела међународног

graded as highly as a court which, for all practical purposes, has achieved universality. It follows that in cases in which Permanent Court of International Justice or the International court of Justice has pronounced on a rule of international law, relatively small importance need be attached to contradictory decisions of, say, mixed arbitral tribunals. / Max Huber's Award in the Palmas case (1928-2 RIAA, p. 829 et seq.) is an exceptional example of an award by a sole arbitrator which stands comparison with any decision of the World Court / But the practice of the latter should be taken into account as long as there are gaps in the practice of the World Court.“ Georg Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*, The London Institute of World Affairs, Stevens & Sons, London, 1965, p. 23. од истог аутора *International Law Vol. 1 , International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons Limited, 1949, стр. 10-11.

⁴⁷ Schwarzenberger, *op. cit.*, стр. 24.

права на које се односи, али не и више од тога. Можда управо због ове одлике јуриспруденције Међународног суда правде, Суд се означава не само као суд или главни судски орган УН, већ често као „орган међународног права.“⁴⁸

54. *Obiter dicta* и *ratione decidendi* Суда, иако немају обавезујуће дејство прецедената, односно иако нису обавезујуће у формалном смислу, оне су „highly persuasive.“ Како је истакао Sir Hersch Lauterpacht:

"Суд следи своје сопствене одлуке из истог разлога из ког сви судови, без обзира да ли су везане доктрином прецедената или не, због тога што је у тим одлукама садржано правно искуство које је погодно да га се суд придржава; зато што оне оваплоћују оно што је суд у прошлости сматрао за *good law*; зато што поштовање одлука донетих у прошлости ствара извесност и стабилност, која је бит здравог правосуђа."⁴⁹

⁴⁸ Синтагма „орган међународног права“ чини се погрешним са методолошке тачке гледишта, будући да Суд није „орган права“, већ орган или тело које су формирале државе, који тумачи и примењује позитивно међународно право. Међутим, у оваквим формулацијама не треба тражити термилошку коректност, већ интенцију једног таквог термина, у конкретном случају, да Суд ауторитативно утврђује начела и правила међународног права, и да она имају снажан утицај ван контекста спора у поводу ког су становишта Суда изражена. Са друге стране, и институционална улога суда у међународној заједници оправдава употребу термина „орган међународног права“ као и термина Светски суд, који није редак у доктрини међународног права. Тако, примера ради *Abi-Saab* истиче: „Another meaning that the term „World Court“ may convey derives from the first: if the Court represents and is designed to serve the international community in its entirety, than its first and foremost role is to uphold the global values of the community rather than to act as a mere mediator between two disputing parties. Technically speaking, this means that the Court is the organ of the legal order of that community rather than to act as a mere mediator between two disputing parties. Technically speaking, this means that the Court is the organ of the legal order of that community and not of the parties to the dispute before it; that it is an instrument put by the international legal order at the disposal of litigants, without however depending on them in its structural and functional properties or in its judicial policy.“ *Georges Abi-Saab, „The International Court as a world court,“ у Fifty Years of the International Court of Justice - Edited by Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, Cambridge University Press, 1996, стр.7*

⁴⁹ *Hersch Lauterpacht, The Development of the Law by International Courts, 1958, стр. 13–14.*

„[I]f the purpose of Article 59 were “to prevent decisions of the Court from exerting precedential effect with binding force”, it would follow that “the decisions of other courts and tribunals presumably stand on

55. Међутим, када је реч о материјалноправним питањима, јуриспруденцију Суда не треба схватити као аксиом, већ као путоказ, или полазну основу, за изналагање разумних и правоваљаних решења. Такође, ваља водити рачуна да становишта која Суд изрази у једној пресуди не морају нужно да буду применљива у другим случајевима, будући да су могу да буду формулисана с обзиром на нарочите околности конкретног случаја, које не морају да буду присутне у неком другом случају. Поред тога, различити међународни судови и трибунали не примењују само правила општег међународног права. Међународно право обилује партикуларизмима, били да они настају у односима између двеју или више држава као последица закључења уговора или успостављања „посебних односа сарадње,“ било да настају у крилу неке међународне организације у којој су присутни или доминирају елементи наднационалности (као пример можемо навести Суд правде Европске уније)

56. Један од разлога због којих је управо Међународни суд правде узет као централни ентитет у расправи о доказивању је тај да пракса Суда, како у решавању материјалноправних тако и процесноправних питања, служи као узор за друге органе међународног правосуђа надлежних за решавање међудржавних спорова.⁵⁰ Ауторитет јуриспруденције Суда обухвата не само материјалноправна правила већ и перавила процесне природе. Како истиче Thirlway:

higher ground, not being caught by the Article 59 limitation. The consequence of this is so improbable as to suggest that the interpretation on which it rests cannot be correct.” As noted by Sir Gerald Fitzmaurice, who took an example from the *Anglo-Norwegian Fisheries Case* “[i]n practice, it is obvious that neither the United Kingdom nor any other country could now successfully contest the general *principle* of straight base-lines, at any rate in any legal proceedings, even (in all probability) before a tribunal other than the International Court.” Pierre-Marie Dupuy, „The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice,“ *International Law and Politics*, Vol. 31, стр. 793.

⁵⁰ По природи ствари, Стални суд међународне правде се у почетку знатно ослањао на праксу међународних арбитража деветнаестог века, а и редиговање Статута је било под јаким утицајем Прве хашке конвенције из 1907 о мирном решавању међународних спорова. (Rosenne, III.254, р. 1063.) „Данас је поступак и пракса Међународног суда правде у потпуности независна. У многим случајевима ситуација је обрнута, пракса међународних арбитража је под јаким утицајем праксе Међународног суда правде.“ (*Ibidem*, стр. 1064.)

“Уопштено говорећи, проступак двају сукцесивних Светских судова, у ствари, користи се као основ и модел за многе друге међународне судске форуме, а она подручја у којима други трибунали одступају од процедуре тих модела обично су тривијална и ограничена на такве промене какве захтевају посебне околности.”⁵¹

57. Неспорно је да је јуриспруденција Међународног суда правде подложна критици, али је такође неспорна и чињеница да је данас Међународни суд правде узор на чијој пракси се гради јуриспруденција и других међународних трибунала који решавају међудржавне спорове.⁵² Међутим, ово не може да послужи као основ закључка да је јуриспруденција различитих судова и трибунала по пирањима која се тичу поступка и доказивања јединствена. Ако се јуриспруденција других судова и трибунала гради на основама јуриспруденције Међународног суда правде, то ни у ком случају не значи, само по себи, да долази до аналогне примене правила која су се искристалисала у пракси Међународног суда правде.

58. На данашњем степену развоја међународног права, како доктрине тако и јуриспруденције, поставља се питање да ли можемо да говоримо о једном

Примера ради, поступак пред Међународним трибуналом за право мора, као и Факултативна правила Сталног арбитражног суда рађена су по узору на Међународни суд правде.

⁵¹ Н.В.А. Thirlway, „Procedure of the International Courts and Tribunals“ in R. Berndhardt –urednik – *Encyclopedia of Public International Law*, 1981, стр. 183-184.) Мојтаба Казизи, *op. cit.*, стр. 4

На сличан начин резонује и Rosenne: „Danas je međunarodni sudski postupak pred Međunarodnim sudom pravde, i međunarodna parnica između dve ili više država potpuno autonomana i nezavisna institucija međunarodnog prava and practice having only a superficial resemblance to domestic legal procedure of other institutions authorized to decide disputes and other cases in which a State may be involved as a party. In many respects the situation is reserved, the practice of international arbitration between two or more states (nad between a State and an international governmental organization is being closely influenced by the practices of the International Court. In evaluating procedural occurrences in other international tribunals, the Court shows a tendency to judge them in the light of its own practices.“ Shabatai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, Volume III Procedure*, Martinius Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, III.245, стр. 1022.

⁵² Анализом факултативних правила Сталног арбитражног суда долази се до јасног закључка да су формулисана управо на искуствима Међународног суда правде и арбитража које су се у свом раду ослањале на његову јуриспруденцију.

општем међународном процесном праву,⁵³ или праву међународног правосуђа (common law of international adjudication).⁵⁴ Мишљења аутора нису јединствена. Када се говори о општем праву међународног правосуђа обично се говори о основним начелима којима се руководе сви или већина међународних судова и трибунала, или се настоји да се се право и пракса великог броја међународних судова и трибунала анализира у једном раду у циљу изналажења заједничких елемената. Овакав приступ, иако користан и има снажан потенцијал да допринесе даљем развоју међународног правосуђа, је ипак проблематичан, будући да говорити о заједничком процесном праву у међународном правосуђу (у коме данас постоје судови који су по много чему веома различити - о чему ће бити више речи у делу рада који је посвећен пролиферацији међународних судова и трибунала), било би исто што и говорити о јединственом процесном праву у унутрашњим правним системима.

59. У недавно објављеној студији о доказивању пред међународним судовима и трибуналима Benzing је закључио:

“Док многи академски коментатори и практичари, како у прошлости тако и данас, закључују да се доказно право у међудржавним споровима састоји од мање или више комплетног и кохерентног скупа правила, једна анализа случајева главних сталних међународних судова и трибунала, као и арбитражних одлука, открива да не постоји униформно и консистентно разумевање разумевање доказног права, или уопште прећутног процесног

⁵³ It is not presumptuous to say that today we have a general international law of procedure. Hermann Mosler, „Problems and Tasks of International Judicial and Arbitral Settlement of Disputes Fifty Years after the Founding of the World Court“ u *Judicial Settlement of International Disputes*, Max Planc Institute fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht, Berlin, Heildelberg, New York, 1974., стр. 13. Види и, на пример, *Международное публичное право*, 4-е издание, група аутора – редактор К. А. Бекашев, Москва, 2005. Глава XXV-Международное процессуальное право pp.741-771., Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007. Shabtai Rosenne, III., стр.1029

⁵⁴“Despite the similar procedural and substantive issues arising before different international courts and tribunals, it is too soon to say if a common law of international adjudication is emerging.” Rosalyn Higgins, International Courts and Tribunals –The Challenges Ahead, *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, Vol. 7 (2008) (261–264), стр.263

права. Неке области доказног права могу се сматрати уређеним и обухватно анализираним, док друга остају у домену жестоке расправе или их тек треба подробно анализирати.”⁵⁵

60. Када је реч о питањима која се везују за поступак и доказивање ауторитет јуриспруденције Суда има и свој домашај, односно инхерентна ограничења. Пре свеа, ауторитет се испољава у сфери решавања међудржавних спорова. Када је реч о споровима у којима једна странка није држава, посебност односа који се решава, по природи ствари, рађа потребу примене другачијих правила. Како запажа Тарег:

“Треба очекивати да ће се најпотпунија лепеза доказних правила примењивати у поступцима пред судовима, али још увек постоје значајне варијације у прецизној мешавини правила која се примењују с обзиром на различите врсте надлежности, пред судовима различите врсте, као и у различитим фазама поступка.”⁵⁶

61. У једној децентрализованој заједници суверених држава, у којој не постоји хијерерхијски уређен правосудни систем, као неизоставна јавља се потреба идентификације основних начела међународног правосуђа.⁵⁷ Иако формално-правно посматрано, Међународни суд правде није „виши суд“ у односу на друге судове и трибунале у међународној заједици, неопходно је нагласити и ревитализовати његову централну улогу, како истичу *Vicuna i Pinto* “улогу која превазилази домашај самог решавања спорова и ставља Суд у позицију да допринесе развоју начела међународног права који руководе међународним друштвом”⁵⁸ Иако Међународни суд правде није хијерархијски виши суд у

⁵⁵ Markus Benzing, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Vol 215, Heilderberg, 2010, стр.740

⁵⁶ Colin Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, jedanaesto izdanje, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007, стр.6

⁵⁷ Francisco Orrego Vicuña and Christofer Pinto, *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century, Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First International Peace Conference*, C.E. Doc. SAHDI, 1998, параграф 103.

⁵⁸ „a role that reaches beyond mere dispute settlement and puts the Court in a position to contribute to the development of the principles of international law governing the international society generally.“ Ibidem.

однососу на друге судове и трибунале, неспорна је његова улога централног судског ауторитета у међународној заједници. Међутим, у контексту пролиферације судова и трибунала, у једном децентрализованом систему, не може се занемарити и улога осталих судова и трибунала. И поред утицаја који Међународни суд правде може да оствари на друге судове и трибунале, Како је истакло Жалбено веће Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију: „In international law, evry tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided).“⁵⁹

62. Између поступака пред различитим судовима и трибуналима свакако постоје извесни заједнички елементи, али и мноштво разлика које нису само маргиналне природе, већ утичу на саму суштину судског поступка. Пролиферација међународних судова и трибунала, посебно судова који су по својој природи или функцији различити (судови и трибунали који решавају међудржавне спорове, међународни кривични судови и трибунали, међународни судови који решавају тзв. масовне захтеве, међународни регионални судови који решавају спорове у вези са заштитом или повредом људских права, међународни административни трибунали, међународни трибунали који се баве решавањем спорова из области међународног трговинског или финансијског права итд) уноси у међународну арену мноштво поступака. Стога синтагма „опште међународно процесно право“ или „common law of international adjudication“ треба разматрати уз велику дозу опреза, будући да је сваки међународни суд аутонона судска институција, и самостално развија своја правила о поступку и доказивању.

⁵⁹ *Decision on the Prosecution's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, Appeals Chamber, Prosecutor v. Duško Tadić, 1996.*

I

ИЗВОРИ НАЧЕЛА И ПРАВИЛА О ДОКАЗИВАЊУ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВОСУЂУ

1. УВОДНА НАПОМЕНА-ФУНКЦИЈА ИЗВОРА ПРАВА

63. Судски начин решавања спорова је правом регулисан поступак решавања спорова, те се по природи ствари поставља питање формалних извора⁶⁰ ових начела и правила.⁶¹

64. Једна од суштинских функција расправе о изворима права је утврђивање критеријума за разграничење позитивног права (права које је на снази у датом временском моменту) од правила или разматрања која су *lex ferenda*.⁶² Идентификација извора међународног права је још увек питање које није лишено контроверзи.⁶³ Још увек су актуелне различите концепције како обичајних правних правила тако и општих правних начела признатих од стране просвећених народа као главних извора права. Приликом идентификације правила међународног правосуђа ситуација је још компликованија будући да је у питању

⁶⁰ Под појмом извора права подразумевамо „конкретне правне форме путем којих настају норме међународног јавног права“ (Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2009, стр. 76) Како наводи Brownlie, ‘Those legal procedures and methods for the creation of rules of general application which are legally binding on the addressees.’ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, стр. 1

⁶¹ “Up to now, the issue of the sources of law of evidence in international law has not been extensively explored.” 98. Benzing, Markus: *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten*, 'Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht', Вол 215, 2010, стр. 742

⁶² У том смислу Akehurst, дефинише изворе права као „критеријуме прама којима је једно правило прихваћено као валидно у датом правном систему.“ ‘the criteria under which a rule is accepted as valid in the given legal system at issue’. P. Malanczuk -уредник, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., Routledge, London, 1997, стр. p. 35.

„The main function of the modern doctrines of sources: to distinguish the ‘is’ from the ‘ought’, the positive from the ‘extra-positive’, the relevant from the irrelevant. In that sense, the modern doctrines of sources operated a great deal of reduction of the real life of the law, which was pressed into the Procrustean Bed of some formal avenues of lawcreating agencies; the rest being largely relegated beyond the law. Robert Kolb: “Principles and Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith),“ *Netherlands International Law Review*, 2006, стр. 2

⁶³ Thirlway, Hugh W. A: "Dillema or Chimera? – Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication", *American Journal of International Law*, Vol. 78 No. 3, стр. 623

право које не настаје примарно у пракси држава, већ међународних судова и трибунала који по правилу имају широка дискрециона овлашћења приликом установљавања правила о поступку и доказима.

65. У контексту расправе о правилима о поступку и доказивању пред међународним судовима и трибуналима, будући да се конститутивним актима ова материја штуро регулише (ако уопште садрже по које правило), те да правилници о поступку и доказима далеко од тога да садрже исцрпну регулативу, у мери у којој је то уопште могуће, ваља разграничити шта је позитивно право, а шта правила праксе и поступци који, иако се темеље на правним правилима, немају статус правних норми, већ се налазе у домену судске политике (*judicial policy*) или представљају манифестацију дискреционих овлашћења судова и трибунала која се врши на начин којим се формира јединствена јуриспруденција. Наиме, у међународном правосуђу, постоји посебна врста „правила“ којима се регулише вршење функција суда а која, иако нису, строго посматрано, правила позитивног међународног права, већ имају своје утемељење у мање или више јединственој јуриспруденцији судова и трибунала.

66. Чини се да ова питања добијају на значају у контексту пролиферације међународних судова и трибунала, у једом децентрализованом (може се рећи и наизглед хаотичном) систему међународног правосуђа, и настојања, да се барем у доктрини, установе она правила која представљају јединствен *corpus* савременог међународног правосуђа.

2. ИЗВОРИ ПРАВИЛА О ДОКАЗИВАЊУ. МЕЂУНАРОДНИ СУДОВИ И ТРИБУНАЛИ НИСУ ВЕЗАНИ ПРАВИЛИМА УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

67. Међународни судови и трибунали су налазили за потребно да нагласе да је јединствени став да нису везани правилима о поступку и доказивању из националних правних системима.⁶⁴ Потреба да се разграничење између правила унутрашњих правних поредана и начела и правила међународног права нагласи произилази, с једне стране, из недовилне развијености „права међународног правосуђа“ с једне стране, као и због различитих концепција, сугестија и анализа које се заговарају не само у доктрини, већ често и од стране заступника који иступају пред различитим међународним судовима и трибуналима, с друге стране. Ова два фактора су створила потребу да се констатација да међународни судови и трибунали нису везани правилима ма ког националног правног система уздигне на ниво правног правила.

⁶⁴ „various general and special claims commissions have clearly expressed that a commission should not consider itself bound by restrictive rules of evidence laid down in national systems of law. The same view is expressed by a series of specific arbitral tribunals.“ Jens Evensen: „Evidence Before International Courts,“ *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret.*, 1955, стр. 48. Идентично правило је изричито прописано и статутима различитих међунаорндих кривичних судова и трибунала. О томе више: Richard May, Mariake Wierda, *International Criminal Evidence*, Transnational Publishers, 2002, стр. 17 и даље.

У предмету *Willian Parker, US- Mexican Claims Commission*, је 1926 године „for the future guidance of respective agents“ that „however appropriate may be the technical rules of evidence obtaining in the jurisdiction of either the United States or Mexico as appiled to the conduct of trials in their municipal courts, they have no place in regulating the admissibility of and in weighing of evidence before the international tribunal,“ UN RIAA, vol.10, стр. 438-439

“No long developments are needed to state our fundamental assumption that international tribunals are founded on and apply not just law, but international law. In this context international law is understood in its widest sense as rules created through international rather than domestic procedures of law making.”Tomuschat, Christian: *International Courts and Tribunals with Regionally Restricted and/or Specialized Jurisdiction*, *Judicial Settlement of International Disputes*, Max Planc, 1974 (pp.218-416), стр. 293.

68. Од формирања прве модерене арбитраже модел судског начина решавања међународних спорова се у свом фундаменту разликовао од модела судских поступака било англосаксонске било европскоконтиненталне правне традиције⁶⁵. Како је истакао Lauterpacht: „правила о доказивању не треба испитивати у оквирима било *common law*-а или *civil law*-а.“ Те да стога „не постоје две школе мишљења у међународном праву:

„there is one rule of international law on the subject which, as it happens, does not coincide with which Common Law courts apply in actions brought before them. No particular national interest, including self-esteem, is thereby injured“⁶⁶

....

„The law of evidence in international procedure is a flexible system short of any technical rules. The principle has been invoked by several international arbitrations.“⁶⁷

69. Свако правило које примењује Суд или други међународни трибунал, треба да има свој основ у неком од извора међународног права (права

⁶⁵ За хронологију и особености историјског развоја међународног правосуђа види Hudson, *International Tribunals*, 1944, стр. 3-14; C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, стр. 12-16

⁶⁶ Rules of evidence in international procedure should not... be examined in terms of common law or civil law.“ Sir Hersch Lauterpacht: „The So Called Anglo American and Continental Schools of Thought in International Law,“ *British Yearbook of International Law*, vol. 12, 1931.

⁶⁷ *Ibidem*.

Примера ради, у одлуци у предмету *William Parker* (1926), *United States- Mexican Claims Commission*, је године „for the future guidance of respective agents“ that „however appropriate may be the technical rules of evidence obtaining in the jurisdiction of either the United States or Mexico as applied to the conduct of trials in their municipal courts, they have no place in regulating the admissibility of and in weighing of evidence before the international tribunal“ UNRIAA, vol.10, стр. 438-439

„That parties before international tribunals are inclined to rely on their domestic rules of evidence as the only proper rules of evidence under international law, does not facilitate the matter. Such contentions prove especially confusing and dangerous because of the technical nature of the rules of evidence under the various national systems.“ Jans Evensen, *Evidence Before International Courts*, *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret*, 1955., стр. 44

међународног правосуђа).⁶⁸ Утицај који правила унутрашњих правних система имају (или прецизније су имали) на формирање правила о доказивању у међународном правосуђу ни у ком случају није аналогна примена ма ког правила ма ког правног система, већ у највишој тачки своје амплитуде, идејни основ за настанак правила која су инкорпорисана у конститутивне инструменте међународних трибунала, или као правила која су заједничка за сваки правни систем, а чији су извор општа правна начела призната од стране просвећених народа. Једини начин на који би правила унутрашњег права могла да везују одређени трибунал је да међународни уговор којим се овај формира на изричит начин предвиди њихову примену. Међутим, такве одредбе представљају прави ратитет у међународном правосуђу,⁶⁹ а правило да суд или тибунал није везан правилима ма ког унутрашњег правног система важи без обзира да ли се у конститутивном акту суда или трибунала ово питање уопште и помиње.

70. Правила међународног правосуђа, будући да су ретко изричито предвиђена конститутивним и интерним актима судова и трибунала, у доктрини често бивају тумачена или чак допуњавана правилима својственим унутрашњим правним системима. Ово је поготово било заступљено у ранијој доктрини и заговарано од стране различитих заступника пред разним судовима и арбитражама. Међутим, и данас, у различитим иступањима заступници понекад (безуспешно) заступају концепте који су карактеристични за неки национални правни систем.⁷⁰

⁶⁸ Rossene истиче да „sine there is no essential difference between substantive and adjective alaw in the board sense, if follows that thay have similar, lif not identical origins, whether customary or conventional” Rossene, *op. cit.*, III.254, стр. 1027.

⁶⁹ Редак пример представља арбитража која је решавала предмет Cameroon. У арбитражној одлуци трибунал је нагласио да је мексичко право регулисало начин испитивања мескичких сведока, искључиво због тога што је тако било предвиђено релевантним међународним уговором. *Cameroon Case, 1929, UNRIAA Vol 8, cm.29-30*; Amerasinghe, Chittharanjan F.: *Evidence in International Litigation*, Martinus Nijhoff Publishers, London/Boston, 2005., стр. 23

⁷⁰ Пример из новије праксе је заступање тезе о концепцији преваљивања терета извођења доказа (burden on evidence) која је заступао заступник САД у предмету *Avena and Other Mexican Nationals* (*vidi* Judgment of March 31, 2004, параграф 56), заступник Босне и Херцеговине је у премдету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and*

71. Утицај концепата и модела који су својствени унутрашњим правним системима видљив је и код неких савремених аутора. Иако се чини неспорним је међународно правосуђе, као уосталом и целокупно међународно право, у доброј мери ослања на општа правна начела прозната од стране просвећених народа, то ни у ком случају не треба схватити као основ за аналогну примену правила ма ког унутрашњег правног система. Као је пре више од 80 година истакао Лаутерпахт:

“Арбитражни судови се ослањају на приватно право због тога што међународни односи захтевају прибегавање таквој аналогји, као и због тога што међународно право није увек довољно развојено да само изнађе решење. Наука међународног права судијама и арбитрама не даје никве смернице, будући да под утицајем позитивистичког учења одбацује било какву аналогiju. Исто се дешава и када се странке у уговору осне на неки појам приватног права. Стога није изненађујуће што писци прибегавају политичким објашњењима неизвесних случајева.....

... Прибегавање приватном праву је толико често било злоупотребљавано од стране писаца којима недостаје оригиналност и који се ослањају на готове конструкције које износе нескрупулзни правници и дипломате које решавају проблематичне случајева, и вештих адвоката у међународној арбитражи, тако да појединици радије од тога потпуно одустају. Тако значајано државе је тешко и коментарисати. Након свега што је речено о опасној аналогји, и различитим интересима које штите поједине правне обласит, остаје чињеница да, када је реч о неком од најзначајнијих и најхитнијих питања међународног права, управо је апроксимација општих правила приватног права та за коју видимо да отелотворује начела правде у праву и међународног напредка. Аутор верује да, између осталог, да управо од уважавања ове чињенице зависи успех будућих настојања да се створи креативна судска активност у домену међународног права зависи управо од уважавања ове чињенице.⁷¹

Herzegovina v. Serbia and Montenegro), безуспешно заговарао тезу о стандарду доказивања са ослонцем на англоамерички модел. (*Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007*, параграф 208 и даље)

⁷¹ Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)*, 1927, стр. ix и xi

72. Савремени степен развоја међународног права чини да изналажење идејних решења за решавање нових проблема са којима се суочава доктрина и јуриспруденција међународног правосуђа није потребно више вршити са ослонцем на правила унутрашњих правних система. Акумулирана пракса међународних судова и трибунала пружа солидан ослонац за развој јуриспруденције на начин који је у складу са природом странака, природом предмета спора и другим околностима међународног правосуђа. Прибегавању аналогiji са правилима унутрашњих правних система, макар и приликом изналажења идејних решења, треба приступати са посебним опрезом, будући да таква аналогija крије у себи потенцијалну опасност трансплантације правила која можда могу да задовоље потребе једног конкретног случаја, али када се посматрају у целини система, могу да се понашају као страно тело за које је само питање времена када ће бити уклоњени из тог система или проузроковати штету.

73. Како истиче Thirlway:

„Не постоје теријски разлози због којих право или пракса не треба да постоји на међународном нивоу, и само на међународном нивоу, без извора или паралеле у било ком унутрашњем правном систему“⁷²

74. Питање извора правила о поступку и доказима нераскидиво је везано са констатацијом да се конститутивним актима судова и трибунала ова питања оскудно регулишу. Међутим, то не значи да правила о поступку и доказима недостају, већ указује на природу, предности и недостатке начина настанка, идентификације и измена правила о поступку и доказима.

75. Будући судски начин решавања спорова, по дефиницији, правом уређен поступак, то се не може претпоставити да не постоји комплетан систем правила (да постоје правне празнине) којима се регулише начин решавања спорова пред међународним судовим и трибуналима. Сасвим је друго питање спознаје или идентификације и развоја тих правила. Како је истакао Lauterpacht:

„Потпуност владавине права – за разлику од потпуности појединих области писаног права или обичајног права – је априорна претпоставка сваког правног система, не пропис позитивног права. Немогуће је да се, као априорна претпоставка, замислити да је воља права да се његово правило прекрши као

⁷² Thirlway, *op.cit.*, стр. 626

последица одбијања изјашњавања о захтеву. Могу постојати празнине у закону или писаном праву као целини, могу постојати празнине у разним манифестацијама обичајног права. Нема празнина у правном систему када се посматра као целина.⁷³

76. Према члану 38 (1) Статута Суда основна функција Суда је да „своје одлуке у споровима који су пред њега изнети доноси салласно међународном праву.“ Стога је основна сврха пресуде, да реши спор, а сам поступак решавања спора регулисан је међународним правом⁷⁴. Извори начела и правила међународног права, па тиме и начела и правила која се тичу доказивања, су међународни уговори, међународна обичајна правна правила и општа правна начела /призната од стране просвећених народа/, као и аутономни акти Суда који имају свој основ у једном од поменутих извора.

77. Уговоре, односно конститутивне акте међународних судова и трибунала, обичајна правна правила и општа правна начела, можемо квалификовати као оригинерне изворе међународног права, док остале акте, аутономне акте судова и трибунала (правилнике о поступку и доказивању и друге регулаторне акте), можемо означити као деривативне изворе, будући да је основ за њихово доношење, као и правила која су у њима садржана, у неком од оригинерних извора, по правилу, али не и искључиво, у конститутивном акту суда или трибунала. Овлашћење међународних судова и трибунала да усвајају акте којима регулишу начин вршења својих функција је инхерентне природе.

**

⁷³ Sir Hersch Lauterpacht: *The Function of Law in International Community*, Clarendon Press, Oxford, 1933., стр. 64.

⁷⁴ Види: Thirlway, Hugh: *The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations*, *Chinese Journal of International Law*, Vol.5, No. 1 (pp.15-28), 2006, стр.23.

78. Питање хијерархијског односа извора права је комплексније него се то може учинити на приви поглед.⁷⁵ За разлику од унутрашњег права где природа акта по правилу дефинише место норми које су у њему садржане у сутруктури правног поретка, у међународном праву се то питање јавља као сложеније, и са терена формалне снаге извора, тежиште се пребацује на материјални (суштински) значај норме.

79. Значај одређења снаге појединих правних норми, њиховог места у међународном правном систему не лежи само у потреби решавања потенцијалног временског и материјалног сукоба норми (које се решава применом општих правних начела као што су *lex posterior derogate legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* itd), већ и у изградњи правног поретка, и приликом дефинисања граница у којима се распростире дискреционо овлашћење међународних судова и трибунала.

80. У материји међународног правосуђа ситуација је можда комплекснија него када је реч о материјалноправним нормама, будћи да су конститутивни акти штуро регулишу питања поступка и доказивања. Неспорно, норме садржане у конститутивном акту имају већу правну снагу од норми садржаних у правилницима о поступку и доказима, међутим, и извена општа правна начела, у контексту судског начина решавања спорова, имају значај когентних норми. На пример начело равноправности странака, пресуђене ствари, *ne ultra petita* и нека друга начела се лако могу квалификовати као когентне норме међународног правосуђа. Када се један начин решавања спорова квалификује као судски, аутоматски долази до примене читавог система начела и правила која су *sine qua non* судског начина решавања спорова. Управо ова инхерентност чини да није потребно да буду посебно предвиђен конститутивним актом суда или трибунала, па чак ни аутономним актима као то су правилници о поступку и доказима.

⁷⁵ Shaw, Malcom N., *International Law*, fourth edition, A Grotius Publication, Cambridge University Press, стр.123.

3. СТАТУТ СУДА И ПРАВИЛНИК СУДА

81. Конститутивни инструменти међународних судова и трибунала садрже веома мали број правила о доказивању.⁷⁶ Без обзира што је писана регулатива веома окупна, доказивање и утврђивање чињеница јесу правно регулисани, стим што у тим правилима не треба тражити детаљност и прецизност која је својствена обимним процесним законцима појединих држава.

82. Конститутивни акти Суда су Повеља Уједињених нација и Статут Суда као њен саставни део. Повеља садржи веома мали број правила која се тичу Суда.⁷⁷ Међутим, посебно значајна је одредба која Суд квалификује као „главни судски орган Уједињених нација,“ што значи да је суду поверено вршење искључиво судске функције. У контексту међународног правосуђа она подразумева решавање међудржавних спорова и давање саветодавних мишљења⁷⁸.

83. Значај квалификације Суда као судског органа, иако наизглед саморазумљиво, огледа се и у разграничењу које треба извршити између вршења судске функције и других функција која различитим телима могу да буду поверена у мозаику средстава за мирно решавање спорова.⁷⁹ Поред тога, и још значајније, од суда основаног на међународном нивоу очекује се да своје

⁷⁶ The typical lack of prescription for rules of evidence in the constitutive instruments of international courts makes this subject extremely relevant to an examination of whether international courts adopts common approach to issues of procedure and remedies“ Brown, *op.cit.*, стр. 84.

⁷⁷ Члан 92 Повеље УН.

⁷⁸ О саветодавној функцији суда биће више речи у засебном поглављу.

⁷⁹ Примера ради, када је реч о доказивању, ваља подвући разлику између истражних комисија којима се поверава да утврде чињенице које леже у основи неког случаја и судског начина решавања спорова који по природи ствари подразумева да постоји потреба да се утврде чињенице које леже у основи спора а које су релевантне за доношење пресуде. Начин рада истражних комисија се знатно разликује, или може да се разликује од судског начина решавања спорова, како у погледу овлашћења са којима располажу тако и у погледу правила којима долазе до коначних закључака.

функције обавља као суд, примењујући правила инхерентна судском начину решавања спорова.

84. Само делимично регулисање вршења функција Суда Статутом Суда одражава принципијелани став његових твораца да је правила о вршењу судске функције најбоље препустити самом Суду, а да се Статутом регулишу само она питања која се желе решити „једном за свагда.“ Тако *je Informal Inter Allied Committee* приликом разматрања текста Статута Суда стао на следеће становиште:

„Улазити у потпуности у процесна питања био би задатак од мале важности, те не сматрамо нужним да их детаљно разматрамо. Наш основни закључак је да је најбоље да их оставимо Суду да поступак уреди усвајањем Правилника Суда. Статут суда би требало да се бави питањима поступка само када је реч о фундаменталним принципијелним питањима оја се желе решити једном за свагда. Ово је у великој мери образац који следи садашњи Статут (мисли се на Статут Сталног суда међународне правде-прим. А Гајић), ипак, део о поступку (чланови 39-64) садржи бројне одредбе које би могле без сметњи , а у неким случајевима и са предношћу, отклоне и да се остави да се њима баве Правила Суда.“⁸⁰

85. Поред овог разматрања, будући да је измена међународних уговора скопчана са сложеном и дуготрајном процедуром, на овај начин се омогућава континуирани развој правила поступка и правила о доказивању. Будући да се међународни уговори, поготово ако се тежи да њима буде везан што је могуће већи број држава, тешко мењају, прописивањем детаљнијих правила могло би да доведе до онемогућавања развоја или измене правила о поступку и доказима.

86. Статут садржи правила о појединим овлашћењима Суда која су, тиме што су прописана Статутом, учињена неспорним. Наиме, у одсуству појединих одредаба Статута могло би да буде спорно да ли Суд, као судски орган, располаже извесним овлашћењем (на пример да прикупља доказе *propter motu*, да донесе пресуду у случају изостанка странке, да иманује експерте, да указује привремене мере итд.). Само постојање инхерентних овлашћења Суда је неспорно будући да су она неопходна како би могао да функционише као суд. Са

⁸⁰ Rosenne, *op.cit.*, III. 225., стр.1071.

друге стране, може бити спорно која овлашћења спадају у групу инхерентних овлашћења.

87. Иако Статут Суда садржи мали број правила о поступку и доказивању, значај тих правила лежи у томе што се њима поставља оквир у коме се може кретати развој правила о поступку и доказивању. Тако је чланом 43 Статута регулисана структура, односно фазе поступка, чланом 45 прописана је јавност рада Суда, чл. 48 општа овлашћења Суда у вези са издавањем наредби о управљању поступком и мерама које може предузети у вези са извођењем доказа, чл. 49 право Суда да позива странке да поднесу исправе или пруже објашњења, овлашћење Суда да трећим лицима или неком телу повери задатак да изврши увиђај или вештачење, члан 52 регулише питање допуштености извођења документарних доказа по протеклу за то предвиђених рокова.

*

88. Чланом 30 Статута Суда предвиђено је да ће:

„Суд израдити правила за вршење својих функција. Посебно, он ће прописати правила поступка.“

Овом одредбом, Суду се делегира овлашћење да усвоји правила о вршењу судске функције, посебно правила судског поступка, што је иначе у међународном правосуђу неспорно инхерентно овлашћење којим располажу готово сви међународни судови и трибунали.

89. Правилник Суда, садржи нешто потпунија правила о доказивању пред Судом. Међутим, ни Правилник Суда се ни у ком случају не може сматрати потпуним актом, а велики број формулација је такве природе да оставља простора за различита тумачења, односно за изналажење различитих решења. Како истиче Rosenne:

“Понекад се чини да је Правилник намерно остављен непотпуним..... вероватно да би се избегла прекомерна ригидност, мада се, упоредо са развојем судског искуства, Правилник Суда употпуњава детаљнијим правилима поступка..... Заједничка историја два суда (Сталног суда међународне правде и Међународног суда правде-прим. А. Г.) демонстрира

мудрост приликом испољавања опреза и једног и сругог Суда пре него што усвоје дати процесни кодекс.^{81», 82}

90. У погледу правне снаге, Статут Суда, као конститутивни акт Суда има, по природи ствари, јачу правну снагу од Правилника Суда.⁸³ Значај одређења хијерархије правила је од вишеструког значаја. Не само да Правилник Суда у свим својим елементима мора да буде у складу са Повељом УН и Статутом Суда, већ се одредбе Правилника Суда, од којих су многе формулисане на начин који омогућава различита тумачења, морају тумачити на начин који ће у потпуности да буде у складу са Повељом и Статутом Суда. У саветодавном мишљењу у предмету *Danzing Legislative Decrees* Стални суд међународне правде је нагласио да његове одлуке морају да буду „у складу са Статутом и Правилником Суда који је сачињен у складу са чланом 30 Статута Суда“ а када постоји изузетак од општег правила, том изузетку се не може дати шира примена него што је предвиђена Правилником Суда.⁸⁴

91. Битна разлика између правне снаге Правилника суда и Статута Суда је и у томе што Суд на предлог странака може да одступи од извесних одредаба Правилника Суда (члан 101 Правилника Суда), али не и од одредби Статута Суда.⁸⁵

92. Приликом формулисања Правилника Суда, Суд није везан само Статутом, већ бројним правилима која произилазе из општих правних начела која налазе своју примену у материји међународног правосуђа. Са друге стране, и

⁸¹ Rosenne, *op.cit.*, III.225, стр.1031

⁸² *Ibidem*

⁸³ Article 30 of the Statute creates a formal hierarchy between the Court's constituent instrument – the integrated Charter and Statute- and ruled adopted by the Court. In this respect, the constituent pattern for the court corresponds to that of the other principal organs which have adopted their own rules of procedure following empowerment by the Charter. Rosenne, *op. cit.*, III.225, p.1030.

Both Courts have made some judicial comment on Article 30. In the *Danzing Legislative Decrees* advisory opinion, the Permanent Court stated that its decision must be in accordance with the Statute and with the Rules duly framed by it in pursuance of Article 30 of the Statute, and that where there is an exception to the general rule that exception „cannot be given a wider application than is provided for in the Rules.“ Rosenne. 1034. A/B 65 (1935), стр. 70.

⁸⁴ *PCIJ Reports 1935, Ser. A/B No. 65, стр.70*

⁸⁵ Rosenne, *op. cit.*, III.255, стр.1035

Сататут и Правилник Суда, у добром делу својих одредби, не садрже ништа друго до инкорпорације у нормативни текст општих правних начела која једном телу дају карактер Суда.⁸⁶

93. Правилник Суда који је данас на снази усвојен је 1978 године, и више је пута амандиран. Ра разлику од праксе Сталног суда међународне правде да објављује припремене радове (нацрте, дискусије, извештаје и друга документа настала у процесу формулисана одредаба правилника), Међународни суд правде је, нажалост, одустао од такве праксе.⁸⁷

⁸⁶ V. Rosenne, *op. cit.* II. 161, стр. 596.

У саветодавном мишљењу у случају *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal* Суд је истакао: "Ове одредбе и употребљена терминологија су доказ судске природе Трибунала ... Испитивање релевантних одредби Статута (Административног трибунала УН) показује да је Трибунал установљен, не као саветодавни орган или субординирани комитет Генералне скупштине, већ као независно и право судско тело које доноси обавезујуће пресуде које су без призива унутар ограниченог поља својих функција." *ICJ Reports 1954*, стр. 53.

⁸⁷ Данас важећи правилник, у многим својим одредбама се разликује од ранијих правилника. Како истиче Rosenne: „It is... obvious that even where the substance of the rule has been retained, the language in which it is expressed has been closely scrutinized and in many instances what are advanced as drafting changes may well alter the direction of the future application of that rule.” Shabtai Rosenne: *Procedure in the International Court— A Comentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1983, стр 4.

4. ОБИЧАЈНА ПРАВНА ПРАВИЛА, ОПШТА ПРАВНА НАЧЕЛА И ПРАКСА СУДА

94. У међународном праву постоје у основи два метода стварања и измене правних правила. Први је метод закључивања међународних уговора, и други је метод настанка обичајних правних правила.⁸⁸ Општа правна начела можемо третирати као релативно статичан извор, као датост, која се састоји од начела која су иманентна праву као друштвеном феномену.⁸⁹ Међутим, њихова релативна статичност (конзервативност) има и своју другу страну. Будући да су начела, да би била примењена неопходо је да прођу кроз интелектуални процес конкретизације, било ради формулисања опшег правила било ради примене у конкретном случају.⁹⁰ Иако по својој природи статична, она једновремено представљају својеврсно извориште правне креативности.

⁸⁸ Види Robert Kolb, Selected Problems in the Theory of Customary International Law, *Netherlands International Law Review*, 2003, (стр.119-150), стр. 120.

⁸⁹ А. Favre је истакао да општа правна начела представљају “одраз идеје правде”, која има универзалан доматај и изражава “правну свест човечанства” (juridical conscience of humankind); а не деривира из „воље држава“, веж имају “објективну природу” и конституишу “fonds juridique commun pour l’ensemble des États”, обезбеђујући на тај начин јединство права и јачају идеју правде за рачун међународне заједнице као целине У опвом светлу, начела целокупног *corpus-a* међународног права (*droit des gens*) треба да буду тумачена и примењена. Favre, А. “Les principes généraux du Droit, fonds commun du Droit des gens”, in *Recueil d’études de Droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUNEL, 1968.

⁹⁰ The thumb rule is thus that there is no law-application (except the most mechanical in the most easy cases) without some law-creation; in other words that there is no law-application without some element of legislation; and that this is true even if the degree of legislation implicit in application is ancillary, fragmentary and its force limited to the specific case at stake. The question is where to take the elements in order that this ancillary law-creation does not rest on entirely speculative and subjective reasoning. The general principles of law and other legal maxims (or ‘strong arguments’,) have here an important role to play. Kolb, Robert: “Principles and Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith), *Netherlands International Law Review*, 2006, стр. 1-36

95. Будући да, како смо горе већ изнели, Статут и Правилник Суда садрже мали број правила која се односе на доказивање, поставља се питање статуса јединствене праксе Суда, односно оних правила која су се искристалисала у јуриспруденцији. Квалификовати та правила као правила међународног обичајног права било би претерано, и тешкоће такве квалификације лежи у чињеници да иако су наизглед присутна оба конститутивна елемента – јединствена пракса и свест Суда (па веровтно и странака) о њиховој обавезности, обичајна правна правила настају превасходно у пракси држава⁹¹. Суд, иако располаже овлашћењем да прописује правила о поступку и доказима, није легислативни орган већ орган примене парава чија је делатност регулисана међународним правом⁹². Даља брана квалификацији правила о поступку и доказима које је изнедрила јединствена пракса Суда као обичајних правних правила, лежи у чињеници и да је самим Статутом Суда, пракса суда квалификована не као извор права већ као „помоћно средство за утврђивање правних правила,“ и ово правило се једнако примењује и када је реч о материјалном праву и када је реч о правилима на основиу којих суд врши своју делатност.

⁹¹ „there can be no doubt that the practice of international tribunal may in general, if sufficiently consistent, generate a procedural rule which that particular tribunal, at least, may not lightly depart from, and which possibly also has some degree of general validity as a component of the general corpus of procedural law of international tribunals. It is difficult to equate this phenomenon with the concrete element in the formation of international custom: apart from questions of *opinio iuris* in a sense of recognition of the binding nature of the practice, it differs from normal state practice in that, while it may be ultimately have a restrictive or coercive effect on states as subjects of international law, it is developed rather by the actions and decisions of international arbitrators and members of international tribunals, who are not themselves subjects of international law – or if they may be such, es qualities, they are so on a different level from sovereign states.“ W. A Hugh Thirlway: "Dillema or Chimera? – Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication", *American Journal of International Law*, Vol. 78 No. 3, стр. 623-624.

⁹² Brower је другачијег становишта. „Customary international alw can represent a source of procedural law, even though it is usually thought to be generated bz the practice of states and their expressions of *opinio iurs*. And not the practice of international courts and tribunals.“ *Brower, Charles N.*., Evidence Before International tribunals: The Need for Some Standard Rules, “ *International Lawyer*, Spring 1994, стр. 53.

96. Уколико би правила која су се искристалисала у пракси Суда квалификовали као правила међународног обичајног права, то би аутоматски значило да су сви други судови и трибунали тим правилима везани, што је теза која нема упориште ни у доктрини ни у јуриспруденцији судова и трибунала. Са друге стране, уколико би таква правила везивала само Суд, поред других правних проблема (о којима ће доле бити речи) постојала би опасност конзервирања праксе Суда, односно онемогућавања њеног даљег развоја.

97. Поједини аутори, као на пример Brower, који заговарају тезу да и обичајна правна правила могу бити извор процесног права, не износе аргументацију о начину њиховог настанка, и евентуалне касније модификације. Поред тога, аутори који истичу да јединствена пракса може да доведе до формирања обичајног правног правила не наводе ни један пример којим би поткрепили своју тезу.

98. Правилник Суда, као и правила која би настала његовим тумачењем кроз процес примене у конкретним случајевима, не могу да имају хијерархијски вишу позицију од свог оригиналног извора, поготово не да прерасту у обичајна правна правила, која би онда по природи ствари, односно општим правилима о хијерархијском односу извора права заузимала место у равни са одредбама Статута. Када би прешла у сферу обичајних правних правила, њих би било правно немогуће изменити променом Правилника, или кроз накнадну праксу, већ би свако поступање супротно тако формираној пракси која се квалификује као обичајно правно правило морала да се сматра повредом права. Дакле, квалификација појединих правила о поступку и доказима као правилима обичајног права била би супротна намери оснивача Суда да њихов развој препусти Суду.

99. Поред тога, уколико нека правила поступка или која која се тичу утврђивања чињеница квалификујемо као обичајна правна правила, поставља се питање да ли би она као таква важила само у оквиру судског тела у оквиру чије праксе је настало, или се домашај тог правила аутоматски проширује и на друге међународне судове и трибунале, као и у којој мери та пракса мора да буде заступљена да би уопште могло да се говори о настанку обичајног правног правила. Међународни судови и трибунали су аутономна судска тела, и утицај који пракса једног врши на други суд или трибунал, није последица схватања да је

у питању обичајно правно правило, већ последица неких других разматрања. Како је истакло Жалбено веће Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију: „In international law, evry tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided).“⁹³

100. Уколико би се примена „обичајних правних правила поступка“⁹⁴ посматра у контексту попуњавањља првних празнина, што је теза коју заговара Brower, нелогично је да се правна празнина која би настала због тога што нека ситуација није посебно регулисана Статутом или Правилником суда попуњава применом обичајниг правног правила. Са друге стране, и сама теза коју заговара Brower је нелогична, будући да уколико обичајно правно правило постоји, онда се ни у ком случају не може говорити о постојању правне празнине. Са друге стране, није јасно разграничесе између правила обилајног права и „правила која су се развила у међународној судској и арбитражној пракси.“ Заговорници тезе о могућности настанка обичајних приоцесниох правних правила не указују ни на јада критеријум разликовања ова два „појма.“

101. Уколико би применили јединствен критеријум за установљавање правила обичајног права, дошли би до апсурдних резултата. Наиме, немају сва правила једнак значај за остваривање судске функције. Док су нека од суштинског значаја (на пример правило да је Суд дужан да одлучује у спору у погледу ког је надлежан, *ne ultra perita* itd), друга би лако могла да буду измењена без утицаја на вршење судске функције (на пример, правила о одређивању рокова, о форми појединих поднесака и сл.).⁹⁵

⁹³ *Prosecutor v. Duško Tadić, Appeals Chamber, 1996...*

⁹⁴ „Another method by which international courts and tribunals can fill gaps in their statutes and rules of procedure and develop their procedures and remedies in line with other international courts is to have reference to customary international law, rules develioed in international judicial and arbitral practice, and general principles of law“, Brower, *op.cit.*, стр.53

⁹⁵ Поред тога, данас се поступак пред свим међународним судовима и трибуналима може квалификовати као адверсаријални модел судског поступка. Правила, па и правила која се униформно примењују од стране свих трибунала, су таква да су прилагођена једном таквом моделу. Уколико би се фомирао трибунал чији би поступак био претежно заснован на традицијама инквизиторног судског модела, дакле модел који одступа од природе модела савремених судова и трибунала, сасвим сигурно, многа процесна правила би била неприменљива укључујући ту и она која би могли квалификовати као правила обичајног међународног права. Инквизиторни модел

102. Уврштавање општих правних начела у основне изворе права (члан 38 (3) Статута Суда), је природна последица искуства стеченог током дугог периода судског решавања међународних спорова.⁹⁶ Њихов значај је такав да чак и у случају да је неко овлашћење Суда предвиђено Статутом или Правилником Суда, Суд ту одредбу посматра као енунцијацију општег правног начела.⁹⁷ Другим речима, одредбе Статута Суда, а поготову Правила Суда, ако не у потпуности, онда у добром делу, не садрже ништа друго до инкорпорације у нормативни текст општих правних начела која једном телу дају карактер суда, а која су конкретизована с обзиром на посебне околности међународног правосуђа.⁹⁸

103. У домену судског начина решавања спорова, општа правна начела имају широко поље примене.“⁹⁹¹⁰⁰ Будући да је суштинска особеност општих

поступка не би био у супротности са међународним правом, напротив, био би једнако правно ваљан као и модели поступка усвојени у постојећим ад хок или сталним судовима и трибуналима. Сама промена модела, довела би до различите поделе улога између суда или трибунала и странака што би велики број правила која су устаљена у пракси садашњих судова и трибунала учинила неприменљивим у датом моделу

⁹⁶ Lauterpacht, *Herish: Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)*; Longmans, Green and Co, New York, Toronto, Bombay, Calcuta, and Madras, 1927. ,стр. 67.

⁹⁷ Види Rosenne, II.161, стр.600. О питању односа између Статута, Правила суда и општих правних начела види Александар Гајић, *Привремене мере Међународног суда правде*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2008., стр.81 и 82.

⁹⁸ V. Rosenne, II. 161,стр. 596. U svom savetodavnom mišljenju u slučaju *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal* Суд је istakao: "Ове одредбе и употребљена терминологија су доказ судске природе Трибунала ... Испитивање релевантних одредби Статута (Административног трибунала УН) показује да је Трибунал установљен, не као саветодавни орган или субординирани комитет Генералне скупштине, већ као независно и право судско тело које доноси обавезујуће пресуде које су без призива унутар ограниченог поља својих функција." *ICJ Reports 1954*,стр. 53.

⁹⁹ Sudija Anzilotti, издвојеном мишљењу у предмету *Chorzow Factory (Interpretation) case, 1927 године је закључио* „It appears to me that if there be a case in which it is legitimate to have recourse, in the absence of convention or custom, to „the general principles of law recognized by civilized

правних начела та да су заједничка свим правним системима,¹⁰¹ Суд (као и сваки међународни суд или трибунал) има извесне дужности, овлашћења и ограничења, самим тим што је суд, односно што је основан ради вршења судске функције. Суд, као и сваки други суд, примењује општа правна начела која су по својој природи *opinio iuris communis* цивилизованог човечанства.¹⁰²

104. Основна начела међународног правосуђа јесу управо општа правна начела призната од стране просвећених народа, као што су, примера ради, начело непристрасности суда, начело равноправности странака, начело пресуђене ствари (*res iudicata*),¹⁰³ *audiatur et altera pars*, *jura novit curia*, *nemo debet esse iudex in propria sua causa*, *actori incumbit probatio*, начело забране злоупотребе процесних права, *ne iudex ultra petita partium*.¹⁰⁴

nations“mentioned in Article 38 (1) c of the Statute, that case is assuredly the present one. Not without reason was the binding effect of *res iudicata* expressly mentioned in the Committee of Jurists entrusted with the preparation of a plan for the establishment of a Permanent Court of International Justice, amongst the principles mentioned in „above mentioned article.“ *PCIJ, Ser A, No. 13*, p. 27. Или како истиче Тирвеј, Државе, формирајући систем систем решавања спорова који се квалификује као судски, „упућују на појам који од најранијих времена постоји у сфери унутрашњег права. Hugh Thirlway, *op. cit.*, 625.

¹⁰⁰ Waldock, "General Course on Public International Law, *Recueil des Cours*, 1962–II, репродукован у DJ Harris, *Cases and Materials on International Law*, Fifth. edition., London, 1998,стр. 48.

¹⁰¹ V Schwarzenberger–ov Predgovor knjige Bin Chang, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge., (1953) reprinted in 2006,„стр. xv.

102 Descamps "Speech of the Rules of Law to be Applied" *Proces Verbaux* Komisije pravnika Društva naroda,стр. 322. navedeno prema Chang, *op. cit.*, стр. 9. Види и Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Proces verbaux of the Proceedings of the Committee June–July, 1920*. V. Види излагање Lord Phillimore–а који је заједно са Mr Root–ом аутор одредбе члана 38 (1c) Statuta Suda.

¹⁰³ John Collier, Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 2000, p.177.

¹⁰⁴ О општим правним начелима у судском поступку види: Bin Chang, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge., (1953) reprinted in 2006, стр. 257-386. Такође и Brown, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007, p. 89., Gerg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1949, p. 427.

105. Док је код уговора и обичајних правних правила формални ауторитет представља барем један елемент основа обавезности, за општа правна начела би се пре могло рећи да основ њихове обавезности лежи у суштинском ауторитету. Како закључује Chang:

“карактеристика је општих правних начела и у њиховој суштини је да њихова обавезујућа природа не произилази из неког спољшњег ауторитета, већ из њихове инхерентне вредности. Због тога што она представљају стазе за које је цивилизовано човечанство научило у свом дугом постојању у унутрањој сфери, да воде правди и које нужно треба да следи уколико жели да успостави *Law of Justice among the Nations.*”¹⁰⁵

106. Међутим, приликом утврђивања ових начела, треба испољити опрез будући да, како истиче Ченг: „опште правно начело може да се примењује у једном правном систему али не и у другом, не због тога што га овај други одбацује, већ због тога што околности које оправдавању његову примену у једном систему не постоје у другом.“¹⁰⁶

107. Не треба сметнути са ума да су општа правна начела – начела, а не конкретна правна правила.¹⁰⁷ Конкретна правна правила која ће применити Суд произлазе из општих правних начела, представљају њихову конкретизацију која се врши у складу са особеностима међународног права и међународног правосуђа.

108. Како је истакао Суд, уколико неко правило није предвиђено Статутом и Правилима Суда:

„Суд је слободан да усвоји начело за које сматра да најбоље обезбеђује вршење правосуђа, које је најподесније за поступак пред међународним трибуналом и највише у складу са основним начелима међународног права“.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Bin Chang, *op. cit.*, стр. 386.

¹⁰⁶ Bin Chang, *op. cit.*, стр. 266.

¹⁰⁷ Под правним начелом, или општим начелом, насупротив правном правилу, па и општем правном правилу, сматрамо нешто што по себи није правило, већ што је позадина правила, и објашњава га или даје разлоге његовог постојања. Правило нам даје одговор на питање "шта" : док начело одговара на питање "зашто". Sir Gerald Fitzmaurice, *General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law* RdC, 1957–II, стр. 7.

¹⁰⁸ *Mavrommatis, PCIJ, Ser A, No. 2*, стр. 16.

109. У материји поступка и доказивања, међутим, ваља испољити посебан опрез приликом утврђивањ и операционализације општих правних начела. Како је istakao Evensen,

„Итина је да члан 38 Статута Међународног суда праде предвиђа да су „општа правна начела призната од стране цивилизованих народа“ један од извора међународног права. Ова „општа правна начела“ међутим, обично је тешко установити, и мало је вероватно да могу да буду изведена из унутрашњих правила поступка; правила која су по својој природи изразито техничке природе, и обојена многим особеностима локалних националних судова. Додатна компликација са којом се суочавају међународни арбитражни трибунали у погледу правила о доказивању лежи у радикалним разликама које постоје између правила о доказивању у англо-америчком праву с једне стране, и правила различитих континенталних правних система.“¹⁰⁹

110. На данашњем степену развоја међународног правосуђа аналогија са унутрашњим правом је скоро у потпуности превазиђена, не само када је реч о примени начела судског поступка која су оригинално настала у унутрашњим правним системима, већ и приликом изналажења решења за нове проблеме у међународном правосуђу. Јуриспруденција међународних судова и трибунала, како истиче Thirlway,

„може да буде генерализована и тако развијена да стиче нови ауторитет, те може да преживи општу модификацију или одбацавање аналогије са унутрашњим правом која ју је инспирисала.“¹¹⁰

¹⁰⁹ It is true that art. 38 of the Statute of the International Court of Justice provides that „the general principles of law recognized by civilized nations“ are given as one of the sources of international law. Such „general principles of law“ however, usually prove difficult to establish and it is unlikely that they may be deduced from domestic rules of procedure; rules usually being highly technical in nature and colored by many peculiarities of the local national courts. An additional complication confronting international arbitral tribunals is the radical difference between the rules of evidence under Anglo American law on the one hand and the rules obtaining under the various continental law systems on the other as to the rules of evidence.“Jans Evensen, *Evidence Before International Courts*, *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret*, 44, 1955., p.45

¹¹⁰ Thirlway, Hugh W. A: "Dilemma or Chimera? – Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication", *American Journal of International Law*, Vol. 78 No. 3, 626

111. Мноштво аутора с правом констатује да се међународни судови често позивају на судску праксу као извор извор процесних правила¹¹¹. Будући да је судска пракса помоћно средство за утврђивање правних правила, легитимно настојање да се уједначе праксе по извесним питањима чинио би свакако позитиван тренд у међународном правосуђу који доприноси остваривању начела правне сигурности. Кроз праксу међународних судова и трибунала могу се кристализовати правича лија важност је таква да се слободно може рећи да улазе у „општи корпус правила међународних трибунала“¹¹²

112. Како је истакао Sir Hersch Lauterpacht:

"Суд следи своје сопствене одлуке из истог разлога из ког сви судови, без обзира да ли су везани доктрином прецедената или не, због тога што је у тим одлукама садржано правно искуство које је погодно да га се суд придржава; зато што оне оваплоћују оно што је суд у прошлости сматрао за *good law*; зато што поштовање одлука донетих у прошлости ствара извесност и стабилност, која је бит здравог правосуђа."¹¹³

113. Међутим, ваља посебно нагласити да непостојање доктрине *state decisis* треба схватити без икакве резерве. Како је истакао McNair:

¹¹¹ Види примера ради, Robert Kolb, "Principles as Sources of International Law (with special reference to good faith), *Netherlands International Law Review*, vol 53 (1-36), 2006, Broer, Charles N., "Evidence Before International tribunals: The Need for Some Standard Rules," *International Lawyer*, Spring 1994., стр.4

¹¹² Thirlway, *op. cit.*, стр. 624

¹¹³ Hersch Lauterpacht, *The Development of the Law by International Courts*, 1958, pp. 13–14.

„[I]f the purpose of Article 59 were “to prevent decisions of the Court from exerting precedential effect with binding force”, it would follow that “the decisions of other courts and tribunals presumably stand on higher ground, not being caught by the Article 59 limitation. The consequence of this is so improbable as to suggest that the interpretation on which it rests cannot be correct.” As noted by Sir Gerald Fitzmaurice, who took an example from the *Anglo-Norwegian Fisheries Case* “[i]n practice, it is obvious that neither the United Kingdom nor any other country could now successfully contest the general *principle* of straight base-lines, at any rate in any legal proceedings, even (in all probability) before a tribunal other than the International Court.” Pierre-Marie Dupuy, Dupuy, Pierre-Marie: „The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court Of Justice“ *International Law and Politics*, Vol. 31 (pp. 791-807)

“На први поглед могло би се учинити да је члан 59 Статута Суда можда био замишљен тако да искључи обавезујућу снагу преседана ... Али испитивање процеса израде нацрта Статута оповргава сваку такву замисао ... Не чини се да је /чл. 59 Статута-прим А Гајић/ настао како континентални протест и брана против енглеске доктрине судског преседана, већ да је инспирисана широм (иако не сасвим другачијом) сврхом; у ствари, да спречи да држава која није интервенисала у поступку буде обавезана одлуком која је у њему донесена, и прикривеном закључку на који може да указује “¹¹⁴

Судија Ајибола је у једном од својих издвојених мишљења истакао да се „начело *stare decisis* Суд непримењује... Ипак, у пракси се Суд, у већини случајева ослања и следи своје раније долукe.“¹¹⁵

114. Међутим, расправа о доктрини *stare decisis* или аналогној пракси чини се да се не може једнако третирати када је реч о материјалном праву и када је реч о процесним решењима. Док је у првом случају јасно да доктрина нема свог основа, и да је чињеница да Суд у највећем броју случајева следи своју пређашњу праксу одраз исправног схватања права заузетог у претходним пресудама, дотле на процесном плану, које је у највећој мери преуштено аутомној регулативи Суда, пракса може да има кључну улогу, и у највећем броју случајева правила која су укључена у Правилник Суда јесу управо она која која су се искристалисала у његовој пракси. Међутим, иако се ово запажање чини неспорним, то ни у ком случају не значи да је Суд дужан да се придржава пређашње праксе и да не може да је модификује, али са друге стране, чини се да обавезује Суд да пружи образложење којим оправдава одступање од пређашње јуриспруденције. Другим речима иако Суд није везан доктрином *stare decisis* за очекивати је да Суд тежи да обезбеди одговарајући ниво конзистентности своје јуриспруденције, а да се одступања од пређашње јуриспруденције оправдавају разлозима правичности, односно специфичним околностима конкретног случаја.¹¹⁶

¹¹⁴ McNair, *The Development of International Justice*, New York, 1954, p. 13.

¹¹⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening) (Cameroon v. Nigeria), Judgement of 10 October 2002, ICJ Reports 2002*, стр. 401

¹¹⁶ Упореди са: Riddell-Plant, *Evidence Before the International Court of Justice*, 2009, стр. 31

5. УПУТСТВА (PRACTICE DIRECTIONS)

115. Упутства¹¹⁷ су релативно млад акт Суда. Суд их је усвојио октобра 2001, и амандирао 07. фебруара 2002 и 20. јануара 2009. године. Многи аспекти који се тичу доказивања посебно су „регулисани“ Упутствима (Practice Directions).

116. Правна природа Упутстава је спорна. Како истиче *Pellet*:

“Пре свега правна природа Упутстава (Practice Directions) је неизвесна што је очигледно и из њиховог имена. Да ли су то процесна правила у правом смислу речи? Да ли су то препоруке? Да ли су оне нешто између ова два? Да ли су оне једноставно смернице (*guidelines.*)¹¹⁸”

**

117. У поступцима пред другим међународним или националим судским телима, на пример грађанским судовима у Уједињеном Краљевству или Међународним кривичним трибуналом за вившу Југославију актима који носе назив *Practice Directions* уређују се, на обавезујући начин, бројна питања од значаја за уједначавање праске суда по питању поступака, али и за регулисање других значајних питања.¹¹⁹ Она представљају својеврсну допуну правилника о

¹¹⁷ Приликом превода термина Practice Directions имали смо недоумице да ли би коректан превод био „смернице“ или „упутства.“ У пракси Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију врста аката које се усвајају у форми Practice Directions се на српски језик преводи речју „Упутства.“ Од термина „смернице“ смо одлустали будући да би се тај израз могао користити као адекватан превод акта који се често назива “guidelines.”

¹¹⁸ Pellet, Alan: Remarks on Proceedings before the International Court of Justice, *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, Vol. 5 2006 (pp.163-182), стр.179

¹¹⁹Усвајање ове врсте аката је уобичајено у англо-америчком правном систему. Примера ради у Уједињеном Краљевству важе правила: „The Practice Directions to the Civil Procedure Rules apply to civil litigation in the Queen's Bench Division and the Chancery Division of the High Court and to litigation in the county courts other than family proceedings. Where relevant they also apply to appeals to the Civil Division of the Court of Appeal... Since the coming into force of the Constitutional Reform Act 2005 in April 2006, the power to make practice directions for the civil courts falls to the Lord Chief Justice (with the approval of the Lord Chancellor in most instances). This power is governed by Section 5 of the Civil Procedure Act (as amended). (3.) The Lord Chief Justice has power under the Part 1 of

поступку и доказима, и одступање од њихових одредби може имати значајне последице.¹²⁰

118. За разлику од упутстава других судова и трибунала, било националних било међународних, у доктрини се често истиче теза да Упутства Суда нису правно обавезујући акт. Међутим, њихов значај као правила којима се регулишу значајна питања поступка се тешко може порицати. Док ћемо се у другим деливима рада детаљније позабавити појединим упутствима, овде ћемо се сконцентрисати на питање њихове правне природе.

119. Исто као и Правилник Суда, и Упутства усваја сам Суд. Овлашћење Суда да регулише питања поступка је неспорно и спада у групу његових инхерентних овлашћење.¹²¹ Наиме, уколико Суд има овлашћење да усваја

Schedule 2 of the Constitutional Reform Act to nominate a judicial office holder to perform his functions with regards making designated directions. He has therefore nominated the Master of the Rolls to make practice directions for the civil courts. (<http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/contents/frontmatter/raprnotes.htm>)

Примера ради у Сингапуру: „Practice Directions and Registrar's Circulars are issued by the courts to supplement the Rules of Court by regulating court practice and procedure. Court users are expected to comply with all Practice Directions and Registrar's Circulars issued by the court. Until 1994, Practice Directions were issued as discrete documents; since then, however, all Practice Directions have been consolidated into a publication known as The Supreme Court Practice Directions“ <http://app.supremecourt.gov.sg/default.aspx?pgID=98>

¹²⁰ Пред Међународним кривичним трибуналом важе, између осталог, следећа Упутства (Practice Directions) Practice Direction on the Length of Briefs and Motions, IT/184 Rev. 2, 16 September 2005., Practice Direction On The Procedure For Amending Regulations Issued By The Registrar, IT/173, 12 July 2000, Practice Direction On The Procedure For The Review Of Written Submissions Which Contain Obscene or Otherwise Offensive Language, IT/240, 14 November 2005: Practice Direction on The Procedure for the Determination of Applications for Pardon, Commutation of Sentence, and Early Release of Persons Convicted by the International Tribunal, IT/146/Rev.3, 16 September 2010, Practice Direction on Procedure for the Implementation of Rule 92bis(b) of the Rules of Procedure and Evidence, IT/192, 20 July 2001

¹²¹ Sir Arthur Wats, New Practice Directions of The International Court of Justice, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 1, (стр.247-256), 2002, стр 255

Правилник Суда којима се прописују правила о вршењу функција Суда, (члан 30 Статута) Суд има овлашћење и за усвајање регулаторних акта којима та правила конкретизује, тумачи или допуњује.

120. Упутства не представљају измену Правилника Суда већ представљају њихов *додатак* „који је резултат преиспитивања метода рада Суда,¹²² у настојању да се повећа ефикасност Суда. Наиме, од средине деведесетих Суд је приступио преиспитивању метода рада, имајући у виду да се све већи број предмета износи пред Суд, као и буџетска ограничења.¹²³

121. Rosalyn Higgins, која је у време усвајања смерница била председник Суда истакла је да: „A Practice Directions indicates something the Court requires to be done, not requests to be done,¹²⁴ или, како их тумачи Rosenne, она садрже правила „which it wished to parties to follow in proceedings before the Court“¹²⁵

122. Thirlway, са друге стране, наводи да је „Суд нашао за корисно да детаљније регулише питања поступка на један мање формалан начин, доношењем Упутстава којима тумачи и имплементира Статут и Правилник Суда.¹²⁶

¹²² У прес коминикеу од 31 октобра 2011 године, подволом усвајања Упутстава, истакнуто је да оне „не мењају Правилник Суда већ представљају њихов додатак“.

¹²³ Since the mid-1990s the Court has been re-examining its working methods, bearing in mind both the congested state of its General List and its budgetary constraints. Some of the Court's decisions following this reexamination concern its internal working methods and were brought to the attention of the General Assembly. Other decisions embodied in Practice Directions are indications of the procedure that the Court wishes the parties to follow in proceedings before it. The Practice Directions make clear the Court's position on the practical handling of different procedural matters. When a new case is filed in the Registry, the Registrar gives to the parties a Note concerning important information for parties to new cases.³ The Practice Directions are included in that Note. Their addressees are thus the States engaged in any proceedings before the Court, in whatever capacity.“ Shabtai Rosenne, „International Court of Justice: Practice Directions on Judges ad hoc; Agents, Counsel and Advocates; and Submission of New Documents“ *The Law and Practice of International Courts and Tribunals, No 1 (223–245), 2002.*, стр.223-224

¹²⁴ Rosalyn Higgins, „Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, 2001, стр. 124.

¹²⁵ Rosenne, op.cit., стр.1035

¹²⁶ Hugh Thirlway, *The International Court of Justice*, у *International Law (Malcom Evans ed.)* Oxford University Press, 2003, стр.564.

123. Међутим, анализом садржине Упутстава долазимо до закључка да она садрже и оно што суд „тражи од странака,“ апелујући на њих да у свом иступању пред Судом примењују одређена правила, као и правила за која се не може рећи да нису правно обавезујућа.

124. Упутства су регулаторни акт, чија је правна снага (или правни значај), по природи ствари нижа од Правилника Суда.¹²⁷ Међутим, будући да представљају њихову, како их је Суд квалификовао „допуну,“ однос између ова два акта се не може посматрати искључиво као однос аката различите правне снаге.

125. Анализом садржине Упутства, може се уочити да се баве различитим питањима, и да се њиховом регулисању приступа на различите начине. Правна природа појединих упутстава зависи од конкретне садржине упутства, и креће од апела до регулисана појединих питања на начин својствен обавезујућим актима као што је Правилник Суда.¹²⁸ Примера ради поједина упутства садрже изразе -„Суд жели да обесхрабри“ („The Court wishes to discourage“), .. „Суд очекује“ („The Court would expect“)¹²⁹ „На странке се снажно апелује...“ („The parties are strongly urged..“), док су поједине одредбе формулисане на начин који на странке не само да не апелује, већ им у суштини налаже да нешто учине или износи услове које треба да задовољи конкретан захтев странке да би био усвојен. Примера ради у смерници II (2) регулисано је да „у закључку писменог поднеска сваке од странака, треба да изнети кратак сажетак резонавања,“ или упутство IX којом се

¹²⁷ Rüdiger Wolfrum истиче да су Смернице „procedural instruments of a less formal level than the rules” *International Courts and Tribunals, Evidence*, - параграф 26.

¹²⁸ Тако, смерница XII регулише питање за које сматрамо да нема места не само у Смерницама већ ни у Правилнику Суда, будући да се њоме регулише статус поднесака и материјала (доказа) које би у саветодавном поступку самоиницијативно поднеле невладине организације (о чему ће бити више речи у делу о доказивању у саветодавном поступку).

¹²⁹ Смерница I „The Court wishes to discourage the practice of simultaneous deposit of pleadings in cases brought by special agreement.

The Court would expect future special agreements to contain provisions as to the number and order of pleadings, in accordance with Article 46, paragraph 1, of the Rules of Court. Such provisions shall be without prejudice to any issue in the case, including the issue of burden of proof.

If the special agreement contains no provisions on the number and order of pleadings, the Court will expect the parties to reach agreement to that effect, in accordance with Article 46, paragraph 2, of the Rules of Court.“

регулише питање извођења документарних доказа након окончања писмене фазе поступка, а које садрже одређене обавезе како за странке тако и за Суд.¹³⁰

126. Посебне природе су два упутства (упутства VII и VIII) у којима Суд изражава становиште да одређени поступци нису у складу са интересима здравог правосуђа.¹³¹ Уколико је званичним актом Суда изражено становиште да нешто „није у интересу здравог правосуђа,“ поставља се питање на који начин ће поступити Суд уколико се суочи са радњом странке која је унапред квалификована као радња која није у интересу здравог правосуђа. Будући да је Суд дужан да се стара да се остварују интереси здравог правосуђа, садржину смерница не можемо квалификовати као прост апел на странке, већ им се мора приписати већи правни значај.

127. Sir Arthur Wats је критиковао само усвајање Упутстава и између осталог истакао:

„Не треба посебно износити да се њима не може мењати Статут Суда. Ипак интеракција између Статута и Правилника с једне стране, и нових Упутстава

¹³⁰ 1. The parties to proceedings before the Court should refrain from submitting new documents after the closure of the written proceedings.

2. A party nevertheless desiring to submit a new document after the closure of the written proceedings, including during the oral proceedings, pursuant to Article 56, paragraphs 1 and 2, of the Rules, *shall explain why it considers it necessary to include the document in the case file and shall indicate the reasons preventing the production of the document at an earlier stage.*

3. In the absence of consent of the other party, *the Court will authorize the production of the new document only in exceptional circumstances, if it considers it necessary and if the production of the document at this stage of the proceedings appears justified to the Court.*

4. If a new document has been added to the case file under Article 56 of the Rules of Court, the other party, when commenting upon it, shall confine the introduction of any further documents to what is strictly necessary and relevant to its comments on what is contained in this new document.

¹³¹ The Court considers that it is not in the interest of the sound administration of justice that a person sit as judge ad hoc in one case who is also acting or has recently acted as agent, counsel or advocate in another case before the Court. Accordingly, parties, when choosing a judge ad hoc pursuant to Article 31 of the Statute and Article 35 of the Rules of Court, should refrain from nominating persons who are acting as agent, counsel or advocate in another case before the Court or have acted in that capacity in the three years preceding the date of the nomination. Furthermore, parties should likewise refrain from designating as agent, counsel or advocate in a case before the Court a person who sits as judge ad hoc in another case before the Court.

са дрге, је нејасна. Извесна права која странке имају на основу Статута и Правилника, на пример, која се тичу именована *ad hoc* судија - сада су предмет рестрикција. Иако текстови Статута и Правилника можда нису измењени, јасно је да права заинтересованих држава јесу.¹³²

128. Критика коју је изнео Sir Arthur Wats, иако наизглед правно утемељена, обилује недостацима. Иако је неко право државе или Суда посебно регулисано Статутом, статут то редовни чини на прилично уопштен начин. Права држава не морају да буду апсолутна, у смислу да не трпе изузетке, или да је само то право има извесна инхерентна ограничења, ограничења која не морају нужно да буду предвиђена конститутивним актом. Иако државе имају одређена права она се морају вршити на начин који обезбеђују здраво правосуђе и Суд може да интервенише увек када сматра да су интереси здравог правосуђа доведени у питање. Међутим, идентификација и успостављање рестрикција, ипак, захтева одговарајуће образложење. Образложење које се неће заснивати само на твдњи да нешто није у складу са здравим правосуђем, већ у коме ће се истаћи и због чега је Суд заузео такав став.

129. Иако је сама природа Упутства спрона, скорашња јуриспруденција показује да их и Суд и странке сматрају актом који није не-обавезујући. Чини се да оне представљају корак ка ревизији Правилника Суда, као начин „тестирања“ решања која треба да добију своју потврду у пракси Суда. Поставља се питање да ли се одступање од тих правила може посматрати на исти начин и одступање од одредби Правилника Суда.

130. Усвајањем Упутстава Суд је практично, на мање формалан начин допунио Правилник Суда. Због чега поједине одредбе, на пример, оне о подношењу документарних доказа по окончању за то предвиђених рокова, или о лако досупним публикацијама, нису усвојене као допуне Правилника Суда остаје непознаница, будући да нису објављени припремни радови.

131. Наше је становиште да Упутства спадају у ону групу правних аката чију правну природу није лако одредити, било због тога што су у њему садржани и елементи апела, сугестија и обавезности, било због начина њиховог доношења или њихове форме или назива. Адресати правила која су садржана у Упутствима

¹³² Sir Arthur Wats, *op.cit.*, стр. 255

нису потпуно слободни да изаберу да ли ће их поштовати или не.¹³³ Можда је најадекватније схватање Упутстава изнео Тирвеј, који је у време њиховог усвајања био главни правни саветник у Секретаријату Суда, истакавши да преко упутстава Суд тумачи и имплементита Правилник и Статут Суда. У том смислу, њихова обавезност и природа није детерминиасна њиховом формом, већ садржином сваког конкретног упутства.

¹³³ Слично је резоновање Штуцког по питању обавезности привремених мера. Иако је данас неспорно да су привремене мере правно обавезујуће, резоновање Штуцког помаже да се схвати природа аката који имају интермедијални правни статус, негде између обабеујућег акта и апела или сугестије. Тако он истиче, „у домену међународног права вероватно морамо да се прилагодимо да живимо са различитим врстама званичних аката који имају интермедијални формални статус; тако.... правила о међународном поступању често су пре резултат дипломатске изводљивости него строге правничке логике. Али, из интермедијалног статуса таквих аката следи, као што су наредбе Суда којима указује привремене мере, да су она више од „препоруке“, „сугестије“ или „саветодавна мишљења“ и да њихови адресати нису у потпуности слободни да изаберу да ли ће их поштовати или их у потпуности занемарити, чак и уколико не постоји санкција због занемаривања, што може да буде случај, чак и са формално обавезујућим обавезама.“ Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court*, Kluwer 1983, стр. 294

II

ОСНОВНА НАЛЕЧА И ПРИРОДА ПРАВИЛА О ДОКАЗИВАЊУ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ

УВОД

132. Под појмом основних начела о доказивању пред Међународним судом правде не подразумевамо сва начела и правила формулисана на високом степену општости, већ само она која детерминишу садржину и примену осталих начела и правила о доказивању. Начело равносправности странака, начело здравог правосуђа, правичности, начело слободе доказивања и начело слободне оцене доказа, можемо идентификовати као основна начела на којима се заснивају правила о доказивању пред Међународним судом правде. Једна од основних карактеристика правила поступка и правила о доказивању је њихова флексибилност и „не-технички карактер.“ Од прве модерне арбитраже до данас, судски начин решавања међудржавних спорова одликује флексибилност и одсуство техничких правила о доказивању која су својствена појединим унутрашњим правним системима.¹³⁴

133. У доктрини и јуриспруденцији је уобичајено да се општа правна правила називају правилима, и обрнуто. Другим речима, терминологија није доследна. Критеријум разликовања начела и правних правила јасно је изразио Fitzmaurice:

"Под начелом, или општим начелом, за разлику од правила, чак и општег правила, право сматра првенствено нешто што по себи није правило, већ што лежи у основи правила, и пружа објашњење или пружа разлоге. Правило одговара на питање „шта“ док начело у основи даје одговор на питање „зашто.“ У сваком случају уколико је спорно да ли је правило је исправно,

¹³⁴ The system of international procedure in place, while varying to some extent from one international court or tribunal to the other, is harmonious to a large extent in its principles and fundamentals. It is characterized by its flexibility, its freedom from technical rules of evidence normally applied in municipal law, and by the freedom of evaluation of evidence in an effort to ascertain the truth. Mojtaba Kazazi and Bette E. Shifman, „Evidence before International Tribunals- Introduction” *Interbnnational Law FORUM du droit international*, Kluwer, 1999., (193-196), стр. 193.

солуција ће обично зависити од тога које начело лежи у основи тог правила.¹³⁵

¹³⁵ Sir Gerald Fitzmaurice, "The General Principles of Law Considered from the standpoint of the Rule of Law", *Recueil des Cours*, 1957, II, Tome 92 de la Collection, Leyde (Bays-Bas), 1958, стр. 7.

1. НАЧЕЛО РАВНОПРАВНОСТИ СТРАНАКА

134. Како истиче Schwarzenberger „the parties to a dispute appear before an international Court on a footing of perfect equality.“¹³⁶

135. Начело равноправности странака је основно начело сваког судског поступка, а у поступку пред Судом је посебно наглашено због природе странака (суверене државе) чији правни односи су засновани на когентном начелу суверене једнакости. Начело суверене једнакости, као когентна норма међународног права,¹³⁷ ни у једној сфери односа између држава не добија тако јасан и доследан одраз као у судском поступку. Као је истакао Rosenne:

„Основно начело које опредељује поступак пред Судом, како се често износи, је начело равноправности странака. У Суду то није апстрактно значење или пука декларација начела, већ права реалност која потиче од нееклектичне природе међународног права и саме природе и циља међународног судског поступка.“¹³⁸

136. Фундаментални карактер начела равноправности странака нагласио је још Саветодавни комитет правника приликом разматрања Статута Сталног суда међународне правде. Том приликом је посебно наглашено „да се може рећи да су две кардиналне карактеристике судског поступка, независност трибунала и као

¹³⁶ Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1949, p. 434.

¹³⁷ Упитању је и једно од основних начела Повеље Уједињених нација. Члан 2(1) “Организација почива на начелу суверене једнакости свих њених чланица.“

„Начела Повеље су темељна начела међународног права когентне природе. Конкретизована су Декларацијом начела међународног права о пријатељским односима и сарадњи између држава“ Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Треће измењено и допуњено издање, Правни факултет универзитета у Београду и Службени Гласник, Београд 2009, стр. 493-

¹³⁸ Rosenne, II.258, стр. 1048-1049.

његов корелат, равноправност странака у њиховом својству странака у судском поступку.¹³⁹

137. Начело непристрасности Суда подразумева примену начела равноправности странака, али се однос ова два фундаментална начела, чини се, најбоље објашњава уколико се начело непристрасности суда или трибунала посматра као предуслов или гаранција примене начела равноправности странака. Другим речима, једино се од непристрасног суда може очекивати да примењује начело равноправности странака, а са друге стране, поштовање начела равноправности странака је снажан тест непристрасности Суда.

138. Начело равноправности странака обухвата, али се не ограничава на једнаке могућности странака у поступку пред Судом (*audi altera partem*), као и да критеријум прихватљивости доказа и третман аргументације не зависи од тога која их је страна изнела пред Суд већ од њихове интристичке вредности. Правила поступка, било да су прописана Статутом или Правилником Суда, или их је издржила пракса Суда, треба да се примењују на начин који обезбеђује пуну равноправност странака.

139. Проблем обезбеђења равносправности странака је посебно изражен у случају када једна странка својом вољом није представљена пред Судом.¹⁴⁰ У досадашњој пракси, Суд је примени члана 53 Статута Суда приступао из изузетну дозу опреза, настојећи, да чак и у случају одсуства једне од странака очува равноправност странака као фундаментално начело судског поступка, неограничавајући освтаривање начела равноправности странака на пуко пружање могућности иступањ пред Судом. У случају *Military and Paramilitary Activities In*

¹³⁹ It may be said that there are two cardinal characteristics of a judicial process, the impartiality of the tribunal and its corollary, the judicial equality between the parties in their capacity as litigants.“ Advisory Committee of Jurists in elaboration of the Statute of the PCIJ to maintain equality of parties. Види: Chang, Bin: *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953 (reprinted ed. Cambridge University Press, 2006), стр.290.

¹⁴⁰ Овим проблемом бави се члан 53 Статута Суда, којим је прописано следеће:

„(1)кад год се једна од странака не појави пред Судом или пропусти да брани своје право, друга странка може тражити од Суда да одлучи у корист њеног захтева

(2) Пре него што томе приступи, суд се мора уверити не само да је надлежав у смислу правила 36 и 37, него и да је захтев основан и чињенично и правно. (well found in fact and law).

and Against Nicaragua (Mertits) у којој је Суд, бавећи се проблемом обезбеђења равноправности странака у случају изостанка странке, између осталог истакао:

“Иако је формално изостала из поступка, странка у питању је често подносила Суду писма и документе, на начин и средствима која нису предвиђена Правилником. Суд стога мора да успостави равнотежу. С једне стране, за Суд је корисно да буде упознат са становиштима обеју странака, без обзира на форму у којој су та становишта изражена. Надаље, како је Суд приметио 1974, у случају изостанка једне од странака ‘Суд треба да се увери да има пред собом све доступне чињенице“ (*Nuclear Tests, I: C:J: Reports 1974*,, str. 263, тачка 31; str. 468, тачка 32). С друге стране, Суд мора да нагласи да је равноправност странака у спору мора да остане основно начело Суда (нагласио А. Г.) Намера члана 53 је да у случају изостанка странке ни једна од странака не дође у неповољнији положај; стога се не сме допустити да странка која одбије да се појави у поступку од свог одустанка извуче користи, будући да би то значило да је странка која се појављује узима учешћа у поступку пред Судом хендикепирана. Одредбе Статута и Правилника Суда које се тичу подношења поднесака и извођења доказа су дизајниране тако да обезбеде здраво правосуђе (*proper administration of justice*), као и правичну и једнаку могућност за сваку од странака да коментаришу тврдње свог опонента. Третман који Суд треба да да комуникацијама или материјалима које потичу од одсутне странке мора да се детерминише путем одмеравања овх различитих разматрања, и није подложен ригидној дефиницији која и била дата у форми прецизног општег правила. Предострожност коју Суд може испољити у случају када има помоћ обеју странака у поступку има свој пандам у посебној пажњи коју мора да посвети здравом правосуђу у случају изостанка једне од странака..¹⁴¹

140. Иако се основано може изнети тврдња да начело равноправности странака има свој основ, или један од основа у начелу суверене једнакости

¹⁴¹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of November 26, 1984, ICJ Reports 1984, пара. 31.*

држава, оно је од њега знатно уже и његова примена се исцрпљује у домену судског поступка. Наиме, иако је начело равноправности странака фундаментално начело судског поступка оно не обухвата све аспекте које странке могу довести у суштински неравноправан положај. Наиме, у пракси се могу појавити ситуације које примену начела равноправности странака доводе у питање. Примера ради, може се поставити питање утицаја који једна или више држава (које не морају да буду странке у поступку) могу да имају на странку у поступку.¹⁴² Само покретање судског поступка је акт који има и одговарајућу политичку тежину, и може утицати на међународне односе дате државе. Међутим, расправа о овом питању надилази оквире расправе о начелу равноправности странака у поступку пред Судом, и тежиште помера ка разматрању питања поштовања општих начела

¹⁴² Индикативан је начин и околности под којима је дошло до повлачења захтева за накнаду штете у предмету *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*. Наиме, након што је Суд у већем делу, својом пресудом из 1986 године, усвојио захтев Никарагве којим је утврђено да су Сједињене Америчке државе повредиле више обавеза које су имале у односу на Никарагву, укључујући ту и неке од фундаменталних обавеза по општем међународном праву, Никарагва је пред само окончање поступка по захтеву за накнаду штете, у поступку који је упорно водила од априла 1984 године, окончан наредбом суда која је уследила као резултат писма које је Никарагва упутила Суду 12. Септембра 1991 године. У Наредби суда којом је окончан поступак износи се следеће

„Whereas by a letter of 12 September 1991 the Agent of Nicaragua informed the Court that his government had decided to renounce all further right of action based on the case and did not wish to go on with the proceedings, and requested that an Order be made officially recording the discontinuance of the proceedings and directing the removal of the case from the list” *Order of 26 September 1991, ICJ Reports 1991, cmp.48.*

Такође је индикативно и да је Никарагва као један од разлога да се не заказује усмена расправа навела чињеницу да САД не узима учеша у поступку. САД није узела чешћа ни у мериторној фази поступка.

Слична ситуација је и са окончањем поступка у предмету *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom) (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*. Писмом од 9. Септембра 2003. Године, заступници странака су заједничким поступком нотификовали Суд да „the Libyan Arab Jamahiriya and the United States of America/United Kingdom have agreed to discontinuance with prejudice the proceedings initiated by the Libyan Application filed on 3 March 1992.“ *Order of 10 September 2003.*

међународног права (међу њима и начела равноправности држава) и природе међународних односа.¹⁴³

141. Иако се прибегавање судском поступку решавања спорова не може квалификовати као непријазан акт, он може да се одрази на различита подручја међународне сарадње, која опет могу да утичу на избор начина на који ће дата држава иступати пред Судом. Један од облика вансудског утицаја јесте вођење поступака пред политичким телима међународних организација, као што је на пример пред Саветом безбедности Уједињених нација. Иако су у питању два различита поступка која могу да теку паралелно, и независно један од другог, може се створити деликатан однос који има потенцијал да угрози начело равноправности странака.¹⁴⁴

¹⁴³ Начело суверене једнакости држава, забрани претње и употребе оружане силе, начело савесног испуњавања обавеза, обавеза решавања спорова мирним средствима, начело немешања у унутрашње односе других држава

¹⁴⁴ Примера ради у предмету *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)(Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)* суд се уздржао од указивања привремених мера будући да би ове могле да угрозе спровођење резолуције Савета безбедности бр.748 која је усвојена након покретања поступка пред Судом. Наиме Суд је под резервом да одлука нема прејудисијелно дејство у односу на меритум, и да у поступку по привременим мерама не може да се коначно изјашњава о чињеничним и правним питањима у релевантном делу образложења одлуке о одбијању захтева за указивањем привремених мера истакао:

„Будући да су и Либија и Уједињено Краљевство (односно САД), као чланице Уједињених нација, обавезне да прихвате и спроводе одлуке Савета безбедности у складу са чланом 25 Повеље; будући да Суд, у фази поступка по привременим мерама, сматра да *prima facie* ова обавеза обухвата и одлуку садржану у резолуцији 748 (1992); и сходно члану 103 Повеље, обавезе странака, у том смислу, имају превагу над обавезама према међународним споразумима, укључујући Монреалску конвенцију.“

Коментаришући поступак Суда, Graefath је закључио „If the procedure applied in the Libyan case is deemed to have political and legal validity without the possibility of being challenged before the International Court of Justice, then it cannot be denied that there is a serious flaw in the Charter itself which was aggravated by the demise of the East-West conflict Presently, volatile international conditions underline the need for an active Security Council which can activate the potential of the UN Charter. Equally, the same conditions require the attention of a powerful International Court of Justice which can function as a true World Court, and which is not afraid to decide on the legality of Security Council resolutions, whenever it has jurisdiction to do so. A new World order- if that is a meaningful term -has to

2. НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ И НАЧЕЛО ПРАВИЧНОГ СУЂЕЊА (FAIR TRIAL), НАЧЕЛО ЗДРАВОГ ПРАВОСУЂА

142. C. F. Amerasinghe, начело правичног суђења (fair trial) означава као основно опште начело „у погледу установљавања чињеница, односно доказивања, које имплицитно примењују међународни трибунали без обзира на врсту.“¹⁴⁵

Исти аутор даје и следеће образложење:

“Мада је уобичајено да се нагласи начело правичног суђења у кривичним поступција, истина је да је општеприхваћено од стране ма ког међународног трибунала ма коју врсту случајева решавао, да мора да обезбеди правичност у односу на доказна средства и доказивање чињеница, чак и уколико релевантан регулаторни инструмент нити имплицитно нити на општи начин на њега упућује. Са овим општим значењем правичности везује се независност трибунала и једнакост оружја странака које значи да ће свака странка имати једнаке могућности да изнесе свој случај у погледу чињеница и доказа.”¹⁴⁶

143. Иако је тешко супротставити се становишту овог аутора да свака странка има право на правично суђење, ипак, право на правично суђење је начело, или боље речено, апстракција великог броја општих правила и начела која се примењују у кривичним и другим судским поступцима у којима је барем једна од странака појединац. Прегледом литературе и јуриспруденције, чини се да је управо Amerasinghe први заговорник тезе о начелу правичног суђења као начелу које важи у свим међународним судским поступцима. Нити у доктрини нити у међународним судским поступцима, начело правичног суђења се није истицало

be based on the rule of law, which needs both an active Security Council and an independent Court“
Bernhard Graefath: „Leave to the Court what Belongs to the Court: The Libyan Case“, European Journal of International Law, Vol. 14, No. 2.

¹⁴⁵ C. F. Amerasinghe, op. cit., p.13

¹⁴⁶ Ibidem, стр.13 и 14.

као засебно начело, иако је неспроно да је правичност један од кључних елемената приликом изградње и тумачења правила међународног правосуђа.

144. Оно што Amerasinghe означава као правично суђење представља уствари амалгам начела равноправности странака и других правила и начела која се примењују у судском поступку. Према речима овог аутора: “it is the basic principle of fairness of the trial or proceedings which in effect finds conceptual development and contextual application in various other principles”¹⁴⁷ Међутим, Amerasinghe не наводи начела и правила која произилазе из начела правичног суђења у судском поступку решавања међудржавних спорова.

145. Напор који се улаже ради изналагања заједничког именитеља, или врховног начела за све међународне судске поступке без обзира на њихову врсту је свакако вредан пажње. Међутим, морали би разликовати начело правичног суђења у кривичном и другим поступцима у којима је једна од странака физичко лице, у коме је начело правичног суђења технички термин, са мање или више јасно профилисаном садржином, и начела правичности које прожима ако не све, онда већину норми међународног права. Наиме, сама концепција права на правично суђење, изграђена је с обзиром на процесни и стварни положај појединца, и непреносива је на терен међународног судског поступка у коме су искључиве странке државе. Ако би хтели да начело правичног суђења применимо на подручју решавања међудржавних спорова оно би свакако имало другачију садржину од оне која је већ профилисана међународним уговорима и праксом међународних судова за људска права и међународних кривичних судова.

146. Правичност је једно од руководних начекла сваког судског поступка, оно лежи и у самој бити начела правичног суђења, међутим, схваћен у значењу „правичног суђења“ као техничког термина, које се уобичајено и у унутрашњој и у међународној пракси придаје овом начелу, као техничком термину са мање или више јасном садржином, оно је у поступцима у којима су странке државе може да унесе забуну, или да се поистовети са начелом правичности.

147. Уколико разграничимо начело правичности које је (или које треба да буде) одлика и критеријум свих норми сваког судског поступка, од правичног суђења као техничког термина, отклонили би забуну коју употреба овог, веома

¹⁴⁷ Ibidem.

примамљивог термина могла да повуче за собом. И сам Ameasinghe, у деловима у којима разматра ово начело позива се на праксу међународних кривичних трибунала,¹⁴⁸ члан 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, члан 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и члан 8 Америчке конвенције о Људским правима, односно своју тезу заснива на примерима кривичних судова и легислативним уговорима којима је циљ да заштите права појединца а не државе.

148. Уместо да се говори о начелу правичног суђења, у поступку пред Судом примереније је говорити о начелу правичности и потреби обезбеђења здравог правосуђа (sound или proper admisnistration of justice). Чини се да ово становиште налази своје упориште и у јуриспруденцији Суда. Примера ради, у предмту *Milirary and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Суд је посебно нагласио:

„Одредбе Статута и правилника Суда које се тичу подношења поднесака и извођења доказа дизајниране су да обезбеде здраво правосуђе , и правичне и једнаке могућности за сваку од странака да коментарише тврдње свог опонента“¹⁴⁹

149. Могућност изношења доказа и аргументације, и коментарисања тврдњи друге странке, не треба да буде само једнака апстрактна могућност, већ она мора задовољаати услове правичности.¹⁵⁰ Примера ради, начин обезбеђења правичности може се видети у формирању таквог процедуралног механизма у коме се онемогућава извођење такозваних доказа изненађења или уколико се

¹⁴⁸ Kao primer navodi *Decisison on the Prosecution's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber, ICTY*.

¹⁴⁹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua(Nicaragua v. United States of America),Merits, Judgment of June 27, 1986, ICJ Reports 1986.*, параграф 31.

¹⁵⁰ „The principles formulated in Nicaragua case contains two interrelated aspects, namely, the proper administration of justice and the fair opportunity for each party to comment on the opponent's legal and factual contentious. Whereas the proper administration of justice refers to the judicial tasks of the court, i. e. to reach a decision based on a sound procedural principle, the second limb refers to the parties to the case. It implies the equality of the parties and the audiatur et altera pars.Rudiger Wolfrum, “Taking and Assessing Evidence in International Adjudication,“ u Thomas Malick Ndiaye, Rudiger Wolfrum – urednici *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensh*, Leiden, 2007, (341-356), стр.334

странци остави мало времена да припеди аргументацију или изнесе доказе којима настоји да побие тврдње или да оспори доказну снагу доказа које је предложила друга странка.¹⁵¹

150. Здраво правосуђе (proper administration of justice) је оквир у коме се може кретати делатност Суда.¹⁵² Оно је у чврстој спрези са начелом равноправности странака, будући да уколико није употпуњено начелом здравог правосуђа оно може да изгуби сваки смисао и да се претвори у пуку форму. Као конкретан пример примене ових начела можемо навести разматрање Суда у предмету *Barcelona Traction (New Application) (Preliminary Objections)*, у коме је истако:

„the scope of its process is such as, in the long run, to neutralize any initial disadvantage that might be obtained by either side- that is to ensure that neither side obtains some unfair advantage over the other where that is due to the particular circumstances of the case.“¹⁵³

151. Дакле, начело равноправности странака се не односи се само на једнаке могућност изношења доказа и аргументације, већ и на правичну могућност да странке на потпун начин изнесу својса становишта.¹⁵⁴ Целокупан поступак је тако

¹⁵¹ Такође, један од елемената који обезбеђује потпуну равноправност је и таква структура поступка да се на све могуће начине избегне извођење тзв. „доказа изненађења,“ који би једну или другу странку ставиле у неравнопоставан положај. Како истиче Мани:

„International procedure, like municipal procedures, seeks to eliminate the element of surprise in presentation of evidence. It requires that either party give the other notice of evidence which it intends to produce before the tribunal... The right of a litigant State not to be taken by surprise is an essential aspect of the fundamental procedural principle of equality of parties. It eliminates one of the situations wherein one party rather than the other may be placed at a procedurally disadvantageous position“ V. S. Mani, стр. 201-202.

¹⁵² „it could be said that the principle of compétence de la compétence in its integral expression enables the Court to ascertain in every phase of the proceedings, according to the circumstances and degree of knowledge, its jurisdiction as the basis and framework of the proper administration of justice.“ *Separate Opinion of Judge Kreća, Legality of Use of Force, ICJ Reports 2004*, параграф 50.

¹⁵³ *ICJ Reports 1964*, стр. 25

¹⁵⁴ Правила поступка, чији је циљ да се на адекватан начин изведу докази изнесе аргументација сваке од странака, као и ни мало кратки рокови „are merely different methods designed to ensure that the judge should hear and consider what each party may have to say on the dispute as fully as possible, not only on the question at issue, but also on the statements of its opponent. They constitute a more or less

моделиран (или је барем такво настојање) да се избегну све замке које са собом може да повуче примена строгих процесних правила, а која би странке довела у неравноправан положај.

elaborate implementations of the fundamental principle- *audiatur et altera pars*." Bin Chang, *op. cit.*, стр. 293.

3. НАЧЕЛО СЛОБОДЕ ДОКАЗИВАЊА И НАЧЕЛО СЛОБODНЕ ОЦЕНЕ ДОКАЗА

152. Једна од основних карактеристика међународног правосуђа је непостојање строгих формалних правила о извођењу доказа каква су својствена (појединим, пре свега англо-америчким) унутрашњим правним системима. Мах Huber је у Меморандуму од 31. децембра 1935 године поводом дискусије о ревизији Правилника Суда истакао да „Статут не садржи никакав траг формалног и строгог система доказивања те да је стога неприхватљиво да Суд креира такав систем изменом Правилника Суда.“¹⁵⁵

153. Како је истакао Wolfrum:

„Када се разматра питање извођења и оцене доказа, судско тело треба да има на уму да су странке државе које су се консенсуално подвргле надлежности тог судског тела, које треба да поштује њихов суверенитет. Странкама треба пружити адекватну могућност да се изразе о релевантним чињеницама, као и о свим доказима које поднесе супротна страна...“^{156 157}

¹⁵⁵ Наведено према Evensen, „Evidence Before International Courts,“ *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret.*, 1955, стр.47, фуснота 12. „various general and special claims commissions have clearly expressed that a commission should not consider itself bound by restrictive rules of evidence laid down in national systems of law. The same view is expressed by a series of specific arbitral tribunals.“ (Ibidem. стр.48.)

The Statute of the Court confirms that the Court is not bound by strict and formal rules of evidence... Nor do the Rules of Court contain any express provisions concerning the principle of freedom of evidence, though the rules are clearly based on that principle. Ibidem, стр.46.

¹⁵⁶ Wolfrum, *op.cit.*, стр.345

¹⁵⁷ „The International Court of Justice has construed the absence of restrictive rules in its Statute to mean that a party may generally produce any evidence as a matter of right, so long as it is produced within the time limits fixed by the Court. ... In practice, while the Court has placed few restrictions upon the rights of parties to produce whatever evidence they see fit, it has upon occasion exercised its discretionary authority to refuse to accept evidence offered.“ Sandifer, *op.cit.*, стр. 184-185.

154. Поступак пред Судом, укључујући ту и начин извођења доказа, умногоме се заснива на искуствима арбитражних трибунала.¹⁵⁸ Поступак пред међународним судовима и трибуналима формиран је на начин који се знатно разликовао од судских поступака у унутршњим правним системима, који често садрже рестриктивна правила у погледу извођења доказа, а која не ретко садрже и конкретна правила која се тичу оцене поједних доказа. Од самих зачетака до данас, приликом решавања међудржавних спорова, постављене су минималне рестрикције које се углавном односе на временски моменат извођења доказа, тако да можемо говорити о готово потпуној слободи доказивања и слободи оцене доказа.

155. Како је истакао Eduardo Valencia-Ospina, бивши секретар Међународног суда правде:

“Статут садашњег Суда је остао практично непромењен када је реч о доказима, и садашњи Правилник Суда, који је усвојен 1978, наставља тај либерални режим. Странке уживају велику слободу у погледу извођења доказа, као и суд приликом њихове оцене. Члан 48 Статута Суда је допуњен неколицином општих одредби, како Статутом тако и Правилником, који даје Суду велики степен аутономије и флексибилности приликом бављења овим питањима која се тичу доказивања.”¹⁵⁹

156. Слобода извођења доказа (доказивања) не значи да поступак извођења доказа није уређен. Начин на који је уређено извођење доказа пред Судом (али и другом међународним судовима и трибуналима који решавају међудржавне спорове) обезбеђује слободно изношење доказа и аргументације уз поштовање начела равноправности странака и здравог правосуђа.

157. Анализом правила и праксе Суда, чини се да два начела долазе до свог пуног изражаја, начело слободе извођења доказа (одн. предочавања доказа суду) и начело слободне оцене доказа (будући да суд није везан формалним правилима о

¹⁵⁸ "Both Courts have in fact been sparing in the attention and time devoted to evidence. Rather than break new trails or generate new precedents, their practice has proceeded largely within the confines of the system already marked out by ad hoc tribunals." Ибидем. at 463. Види и Highet, „Evidence, The Court and Nicaragua Case,” *American Journal of International Law*, 1987, Vol. 81, No. 1, стр.8

¹⁵⁹ Eduardo Valencia-Ospina: “Evidence before the International Court of Justice,” *International Law FORUM du droit international*, vol. 1, 1999, стр.202

оцени доказа). Овај закључак је у потпуној хармонији са Статутом и Правилима Суда, који иако не садрже изричите одредбе о слободи извођења доказа и слободи оцена доказа, чине несумљивим да је поступак заснован управо на ова два начела.¹⁶⁰ Међународни судски поступак карактерише „флексибилност која се огледа у осутству техничких правила која су уобичајена у унутрашњим правним системима, и слободом оцене доказа у циљу докучивања истине“¹⁶¹ У предмету *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States) Merits*, Међународни суд правде је истакао да унутар граница постављених Статутом и Правилником „има слободу у оцени важности различитих елемената доказа“¹⁶² ¹⁶³ Међитим, потпуна слобода оцене доказа се не може схватити као арбитрност у оцени доказа и одсуство одговарајућег

¹⁶⁰ The Statute of the Court confirms that the Court is not bound by strict and formal rules of evidence... Nor do the Rules of Court contain any express provisions concerning the principle of freedom of evidence, though the rules are clearly based on that principle. Jens Evensen, *op. cit.*, стр.46.

¹⁶¹ „The system of international procedure in place, while varying to some extent from one international court or tribunal to the other, is harmonious to a large extent in its principles and fundamentals. It is characterized by its flexibility, its freedom from technical rules of evidence normally applied in municipal law, and by the freedom of evaluation of evidence in an effort to ascertain the truth.“ Mojtaba Kazazi and Bette E. Shifman, Evidence before International Tribunals- Introduction, *Interbnnational Law FORUM du droit international*, Kluwer, 1999., (193-196), *cmp.* 193.

¹⁶² The ICJ “... has freedom in estimating the value of the various elements of evidence” *ICJ Reports 1986, para 60.*

¹⁶³ The principle of free assessment of evidence does not absolve international courts and tribunals, though, from indicating in the final judgment how they reached their conclusions. However, international Courts and tribunals are, in general, reluctant to deal in depth with questions of evidence when rendering their judgments or opinions. In particular they do not consider themselves obliged to explain which standard of proof they have used and how they reached conclusions on disputed facts. This deficit is more and more acknowledged not only in legal commentary, but also in international courts themselves. Recent case law of international courts and tribunals indicates a more thorough and systematic approach to evidentiary issues. Riddell i Plant, *op.cit.*

While the delimitation of the scope of a dispute and the determination of the claims are within the province of the parties, the Court must have the greatest possible freedom to estimate the value of evidence submitted to it by the parties, and still more so must it be free to assess the legal significance of such facts“

стандарда доказивања.¹⁶⁴ О овим питањима ће бити више речи у деловима посвећеним извођењу доказа и оцени доказа.

158. Начело слободе доказивања није последица одсуства строгих техничких правила о извођењу доказа, већ је ово начело брана настанку таквих правила. Другим речима, одсуство строгих техничких правила о извођењу и оцени доказа је природна последица начела слободе доказивања и слободне оцене доказа.

159. Нешто другачије резонују Riddel i Plant. Позивајући се на Сандифера они истичу да „Суд сматра да одсуство рестриктивних правила у Статуту значи да странке имају право да изводе доказе које сматрају потребним ради подупирања својих захтева, све док се они изводе у роковима које одреди Суд.“¹⁶⁵ Поред тога што је странкама омогућено да, под не толико строгим условима, Суду прдоचाвају доказе и након протекла за то предвиђених рокова, одуство рестриктивних процесних правила у Статуту Суда није препрека за Суд да правилником о поступку и доказима пропише она рестриктивна правила која су у складу са природом поступка (што је случај код међународних кривичних трибунала). Чињеница да таква рестриктивна правила нису прописана ни Сттатутом ни Правилником нити су се искристалисала у пракси Суда је само природна последица остваривања начела слободе извођења доказа (freedom of production of evidence) у складу са природом поступка, поступка који битно одликује подела на две фазе у којој постоји могућност извођења доказа, писмену и усмену фазу постука, и одсуство овлашћења Суда у току писмене фазе поступка која је намењена извођењу свих документарних доказа, да својим наредбама одлучује о допуштености доказа/admissibility of evidence/.

¹⁶⁴Фелерова опаска у вези са потпуном слободом извођења доказа, која је изречена у вези са анализом рада *Mexican Claims Commissions* једнако се примењује и када је реч о Суду или другим судовима и трибуналима. Наиме, Фелер је исакао да потпуна слобода оцене доказа „Does not necessarily mean a complete absence of standards for evaluation. Such standards are not imposed upon the tribunal, but the latter may, in its own practice, follow certain standards which seem to it advisable, although it will be free to depart from them when circumstances render it desirable. Abraham H. Feller, *The Mexican Claims Commissions of 1923-1334*, N.Y, 1935, pp. 259-60

¹⁶⁵ Riddel- Plant, op. cit., str. 48

III

ПРЕДМЕТ ДОКАЗИВАЊА И ДОМАШАЈ НАЧЕЛА *IURA NOVIT CURIA*

1. ПРЕТХОДНА НАПОМЕНА

160. У основи расправе о предмету доказивања лежи начелно правило да се од суда, укључујући ту и Међународни суд правде, очекује да зна право, а да је на странкама да доказују чињенице релевантне за доношење одлуке.¹⁶⁶ Међутим, нити се све чињенице морају доказивати, нити се начело *iura novit curia* примењује безизузетно.

161. Разматрајући питање доказивања у поступцима у којима су странке државе, Сандифер је изнео следеће:

«не постоји оправдани разлог да се владе изузму од уобичајног захтева да станка у поступку теба да поткрепи доказима тврдње на којима заснива свој захтев. Овај захтев не значи да свака чињенична тврдња мора да буде поткрепљена доказима. Многе тврдње које се износе у међународним поступцима тичу се историјских и политичких чињеница које су општепознате и које очигледно не захтевају доказивање. Ипак ослободити странку у поступку извођења доказа о сопственим актима само на основу њене суверене природе, када чињенице које се тичу таквих аката износе као поткрепу својих тврдњи, значило би лишавање поступка своје суштински судске природе. Истинити тест у таквим случајевима би била природа чињеница које се износе, а не природа странке која износи чињенице.»¹⁶⁷

162. Појам „предмета доказивања“ може да се схвати на различите начине. Под предметом доказивања уобичајено се подразумева чињеница, односно чињенична тврдња коју странка у поступку настоји да докаже предочавајући суду доказе. Са друге стране не мора, и по правилу није, свака чињенична тврдња

¹⁶⁶ "...while a judicial authority is supposed to know the law, the facts of the case have, as a rule to be proved by the parties" Bin Chang, op.cit., стр.298.

„The principle *iura novit curia* is generally held to be applicable in international judicial proceedings: i.e. while evidence must be adduced of all facts, the court is deemed to be fully informed as to the state of the law, and evidence therefore need not be called to prove it“ Thirlway, 21. Thirlway, Hugh W.A.: Procedure of the International Courts and Tribunals“ in R. Berndhardt –urednik –Encyclopedia of Public International Law, 1981, 302

¹⁶⁷ Sandifer, op.cit., стр. 402.

коју износи странка и коју настоји да докаже у току поступка релевантна, те суд, приликом доношења пресуде не мора да се упушта у оцену доказа који се износе као поткрепа чињеничне тврдње за коју суд нађе да је у конкретном случају ирелевантна, или да не постоји потреба да се бави питањем основаности конкретне чињеничне тврдње из неких других разлога (на пример због тога што је захтев усвојио или одбио по неком другом основу који не укључује дату чињеницу). Стога би требало правити разлику између чињеничних тврдњи у погледу којих странке износе доказе, и чињеничне тврдње чију основаност Суд цени, на крају дана, када дође време за доношење пресуде.

163. У пресуди донесеној у *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Суд је истакао:

„It needs only to be mindful of the fact that, despite the volume and complexity of the factual information submitted to it, it is the responsibility of the Court, after having given careful consideration to all the evidence placed before it by the Parties, to determine which facts must be considered relevant, to assess their probative value, and to draw conclusions from them as appropriate. Thus, in keeping with its practice, the Court will make its own determination of the facts, on the basis of the evidence presented to it, and then it will apply the relevant rules of international law to those facts which it has found to have existed.“¹⁶⁸

164. Како ћемо видети у делу који је посвећен питањима поступка, извођење доказа пред Судом добија особености скоро потпуне слободе изношења аргументације и предочавања доказа, док тек по окончању расправе Суд је у позицији да се бави питањем релевантности и доказне снаге изведених доказа. Наиме, странке у поступку, како показује пракса, често прибегавају доказивању

¹⁶⁸ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20. April 2010, para.168.* У преводу на српски језик: „Он треба да буде свестан чињенице да, упркос обиму и комплексности информација о чињеницама који су пред њега изнети, одговорност је Суда, након што пажљиво размотри све доказе који су му предочени, да утврди које чињенице треба сматрати релевантним, да оцени њихову доказну снагу, и да из њих изведе одговарајуће закључке. Стога, држећи се своје праксе, Суд ће сам утврдити чињенице, на основу доказа који су му предочени, и након тога ће применити релевантна правила међународног права на оне чињенице за које нађе да су утврђене (постојеће).“

оних чињеничних тврдњи које се у коначном стадијуму поступка показују као (потпуно) ирелевантне, а често се и не спомињу у пресуди Суда.

2. ПОЈАМ ЧИЊЕНИЦЕ КАО ПРЕДМЕТА ДОКАЗИВАЊА

165. Приликом одређења предмета доказивања прави се (мање или више) јасна разлика између чињенице (fact) а и права (law),¹⁶⁹ при чему се како у унутрашњем тако и међународном праву, истиче да су чињенице предмет доказивања, а да у погледу права важи правило *iura novit curia*.

166. Неспрне чињенице нису нужно предмет доказивања, и суд их узима као такве (као утврђене), док сагласност странака о правним питањима не везује Суд, који је дужан да узимајући у разматрање аргументацију па и сагладну аргументацију странака поступа на начин који је у складу са начелом *iura novit curia*.

167. У процесном праву појам чињенице, у најопштијем смислу, обухвата „сваку околност за коју правна норма везује неко дејство, а која је конкретно одређена у простору и времену“¹⁷⁰ Међутим, приликом прецизнијег одређења појма чињенице као предмета доказивања долазимо до тешкоћа које је тешко размрсити и разграничити овај појам од „осталих околности.“ У питању је проблем који међународно право дели са унутрашњим правним системима. Тако, Phipson истиче:

„Задовољавајућа дефиниција термина „чињеница“ није, и вероватно, не може да буде дата. Уопштено она се односи на све оно што је предмет перцепције или свести. Али правно њу треба разликовати од права, некад од мишљења, а некад од сведочења или кокумената. Ову систиккцију није могуће конзистентно применити.“¹⁷¹

¹⁶⁹ Sidnay L.Phipson, *The Law of Evidence*, London, 1942,

„The burden of proof is applicable only to the facts underlying the claim“ Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Martinus Nijhoff Publishers, London/Boston, 2005, стр. 50.

¹⁷⁰ Боривоје Познић, Грађанско процесно право, четрнаесто издање, Савремена администрација, Београд 1995., стр. 205. Александар Јакшић на сличан начин дефинише предмте доказивања „предмет доказивања су чињенице и то кокретне чињенице, односно догађаји или стања који су просторно или временски дефинисани“ Грађанско процесно право, Београд, 2008, стр. 355.

¹⁷¹ Sidnay L.Phipson, *op.cit.*, стр 2

168. Често је веома тешко , ако не и немогуће, разграничити појам чињенице од права или закључка до ког се доклази применом права (правном квалификацијом чињеница) и понекад ће перцепитрање нечега као чињенице или као права или правног закључка зависити од контекста. Француско-немачки мешовити арбитражни трибунал (*French-German Mixed Arbitral Tribunal*) суочен са проблемом разграничења чињеница и права истакао је да:

„док појам чињенице не треба ставити у потупуну опозицију са правом, од којег се не да лако разликовати, већ мора да се схвати у ширем смислу.“¹⁷²

169. Слично и Rosenn, анализирајући праксу Међународног суда правде примећује: “since the party putting forward a claim has to persuade the Court of the justice of its claim generally, the distinction between proving the facts (which... are rarely formally challenged), and satisfying the court as to the law (governed by principle *curia jura novit*), is not often clearly drawn.”¹⁷³

170. Wolfrum даје добру илустрацију проблема разликовања чињеница и права.

“The separation of fact and law may not always be as clear-cut as theory may suggest. This is particularly problematic in the case of the nationality of individuals or ships. Whether, for example, an individual or a ship has a particular nationality is a fact. Whether an individual has been expatriated or a ship has been removed from a national register is, as far as national law is concerned, equally a fact. Whether such expatriation or removal conforms to international law is a matter of law on which the court or tribunal in question will have to decide. Generally speaking, the separation of facts and law is part of the judicial exercise of international courts or tribunals.”

¹⁷² *Heim et Chamant c Etat allemand, RDTAM, Vol. III, p.50.* Navedeno prema *Dissenting Opinion of Judge Dimitrijevic, Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina) Judgment of 03. February 2003. para.7*

¹⁷³ Rosenne, op.cit., III.257, стр. 1084.

171. Термин „чињеница“ (fact), како у правној литератури тако и у обичном говору, често се користи у веома широком и неодређеном значењу.¹⁷⁴ У судском поступку, појам чињенице има (или треба да има), за практичне сврхе, своје посебно правно-техничко значење. При томе, обухват појма чињенице може да варира у зависности од природе спора, врсте поступка и других околности.

172. На најуопштенији начин под чињеницом можемо подразумевати све оно што је предмет спознаје (а ту свакако спада и право) и отуда и тешкоће уочавања јасне разлике између чињеница и права. У контексту судског поступка, појам чињенице има своје специфично значење, као околност за коју релевантна норма међународног права везује одређену правну последицу.

173. Можда теорија судског силогизма, као педагошког поједноствљења модела судског одлучивања¹⁷⁵ може да помогне приликом ако не дефинисања, онда разумевања појма чињенице.

174. Теорија судског силогизма заснива се на три основне категорије: *premise minor*, *premise maior* и конклузије. *Premisa maior* подразумева правну норму која треба да буде примењена у конкретном случају, и у контексту међународног правосуђа, то може бити само норма међународног права (не и унутрашњег права). *Premisa minor* обухвата све оне чињенице- схваћене у најширем смислу речи, које је потребно утврдити (било оценом доказа било на други начин¹⁷⁶) ради доношења закључка. Треба напоменути да и конклузија једног силогизма може да чини *premisu minor* или *premise maior* другог силогизма.

¹⁷⁴ Примера ради, није погрешно рећи да је чињеница да је начело забране претње и употребе оружане силе против територијалног интегритета и политичке независности начело међународног права. Међутим, овде се појам чињенице не користи у правнотехничком значењу, као појам доказног права, већ у пренесеном значењу, да нешто постоји као правна норма. Ова норма, наравно, није предмет доказивања и у погледу ње се примњује начело *iura novit curia*.

¹⁷⁵ „једноставна и елегантна формула правног силогизма тешко да може постати нешто више од онога што јесте – ограничено техничко помагало у систематизацији већ прикупшљеног процесног материјала. Процес правног одлучивања је много сложенији, и сваки покушај да се правном силогизму припише веће значење него што уистину има неизбежно води у заблуде“ Алан Узелац, *Истина у судском поступку*, Загреб, 1997, стр. 2.

¹⁷⁶ На пример на основу споразума или сагласних чињеничних тврдњи странака, било на основу критеријума утврђивања општепознатих чињеница, било на основу формалног пријема на знање (judicial notice).

175. Дobar пример представљају пресумпције код којих се подвођењем чињенице (*basis-a* пресумпције, *premissa minor*) под правну норму (*premissa maior*) докази до закључка о постојању друге чињенице. Предмет доказивања је увек чињеница, дакле доња премиса, без обзира колико силогизама је укључено у решавање конкретног случаја.¹⁷⁷

176. Сложеност поступка доношења одлуке, посебно у комплексним предметима, чини збрку и са употребом терминологије. Тако се, на пример, често каже да се мора доказати постојање неког обичајног правног правила, док се у ствари не доказује (у правнотехничком смислу речи) постојање обичаја, већ чињеница за које правна норма везује настанак, модификацију или гашење обичајног правног правила. Ово је једновремено и пример примене судског силогизма ради установљивања горње премисе (*premissa maior*) основног силогизма, у ситуацијама у којима се захтев странке односи на повреду обичајног правила чије постојање треба «доказати.» Слично, уколико је предмет доказивања постојање спорног уговора (у међународном праву један од основних извора права), доказују се елементи за које правни поредак везује настанак, дејство или окончање дејства неког уговора.

177. Правила страног правног система (нпр. правила унутрашњег права неке државе) са становишта међународног права су чињенице које су, као такве, предмет доказивања.¹⁷⁸ Чињеница да је за њихову спознају неопходно одговарајуће правничко знање не утиче на њихову квалификацију као чињеница у судском поступку у коме се решава међудржавни спор (о овоме ће бити више речи у расправи о домашају начела *iura novit curia*). Међутим, њихова квалификација као релевантне чињенице, има и значајну последицу да Суд, слободном оценом доказа, треба да утврди право онакво какво је и како се тумачи у датом правном систему.

¹⁷⁷ Примера ради, правна пресумпција подразумева примену правне норме, односно закључак о постојању чињенице може се заснивати на доказу о постојању друге чињенице за коју правна норма везује постојање друге чињенице која је предмет доказивања. И у овом примеру имамо силогизам, а конклузија тог силогизма може да буде *premissa minor* “основног силогизма” којим се решава мероторан захтев.

¹⁷⁸ О овоме ће бити више речи у наредном одељку.

178. Чини се да поимање чињеница често замагљује потреба да се у извесним случајевима примени правна норма како би се установила конкретна чињеница. Ради установљавања чињеница у судском поступку, у крајњој анализи, увек се примењује нека правна норма, да ли је у питању норма о слободној оцени доказа (у складу са релевантним стандардом доказивања) или конкретнија норма (пресумпција и сл.) или је ради установљавања неке чињенице неопходно правничко знање (нпр. приликом установљавања правила страног права-нпр унутрашњег права или права насталог у крилу неке међународне организације, на пример Европских заједница). При томе, не треба сметнути са ума да у конкретном предмету, ради одлучивања о захтеву странке, неопходно применити више силогизама, чије конклузије могу у „главном“ слилогизму да представљају било горњу или доњу премису.

3. ДОМАШАЈ НАЧЕЛА *IURA NOVIT CURIA*

179. Класично одређење начела *iura novit curia*, као начела судског поступка дао је још Стални суд међународне правде у предмету *Brazilian Loans* „The Court... is a tribunal of international law, and .. in this capacity, is deemed to know what the law is“

180. У случају *Fisheries Jurisdiction* Суд је истакао:

„Од суда као међународног судског органа очекује се да констатује међународно право, и стога се до њега захтева да у случајевима који су обухваћени чланом 53 Статута, као и у свим другим случајевима, размотри на сопствену иницијативу сва правила међународног права која би могла да буду релевантна ради решавања спора. Дужност је Суда да утврди и примени релевантно право у датим околностима случаја, терет установљивања или доказивања међународног права се не може наметати странкама, будући да је право обухвачео знањем Суда.“¹⁷⁹

181. Исто тако, у случају *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* суд је недвосмислено закључио:

„Ради утврђивања да ли је захтев правно основан, начело *jura novit curia* означава да Суд није једино завистан од аргумента странака које пред њим иступају о праву које треба да буде примењено (...¹⁸⁰) стога изостанак једне од странака има мањи утицај.“¹⁸¹

182. Иако је само начело *iura novit curia* у свом фундаменту јасно, у различитим правним системима се на различит начин одређује домашај одвог начела, поготово у делу у ком се разматра питање да ли се *сва* правила датог правног поретка подводе под ово начело, и начин на који суд третира странско право које треба да примени у конкретном случају. У међународном правосуђу, како истиче Rosenne, “будући да странка која истиче захтев треба да увери Суд у свој захтев, разлика између доказивања чињеница ... и уверавања суда у погледу права (које се руководи начелом *curia jura novit*), није увек јасна.“¹⁸²

¹⁷⁹ *Fisheries Jurisdiction cases (United Kingdom v. Iceland) and (FR Germany v. Iceland)*, ICJ Reports 1974, Judgment, p.9 and p.181.

¹⁸⁰ cf. Lotus, PCIJ, Series A, No. 10, p.31

¹⁸¹ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Mertis (Nicaragua v. United States of America))*, Judgment, ICJ Reports 1986, p.24.

¹⁸² Rosenne, III.257, стр. 1084.

*

183. Правна питања, за разлику од чињеничних питања, странке не морају да покрећу пред Судом (мада то редовно чине и на то их мотивише и Правилник Суда) и Суд је дужан да их разматра *proprio motu*.¹⁸³ Уколико странке износе правну аргументацију, што редовно чине, како је јасно нагласио још Стални суд међународне правде у случају *Free Zones*:

“Са општег становишта, не може се како прихватити да Суд, чија је функција да утврди право, може да буде позван да изабере између две или више конструкција које су одредиле странке, при чему ни једна од њих не мора да буде у скалду са мишљењем до ког може доћи Суд. Уколико другачије није изричито предвиђено, мора се претпоставити да Суд има слободу која му иначе припада, и да је у могућности, ако је то његово мишљење, не само да прихвати један или други од ова два предлога, већ и да их оба одбије.”¹⁸⁴

184. У контексту ове *dicta*-е Суда, која је данас једнако актуелна, поставља се питање домашаја евентуалног споразума странака или сагласности странака по правним питањима од значаја за решавање конкретног спора или другог правног питања о коме Суд треба да донесе одлуку.¹⁸⁵ Наиме, изричит споразум међу странкама може да представља право за странке, и самом тим представља право које суд треба да примени приликом решавања конкретног спора. У прошлости нису биле ретке арбитраже чији су конститутивни инструменти садржали правила која треба да буду примењена приликом решавања конкретног спора.¹⁸⁶ Да би Суд могао да примени правила о којима су странке постигле споразум чије су дејство ограничиле на решавање конкретног спора, оноа треба да буду *изричито предвиђена*, и морају да буду у складу са когентним (императивним) нормама међународног права. Такав случај не би представљао одступање од начела *iura novit cura*, будући да је на Суду да у таквој ситуацији утврди важење и дејство споразума странака као и да ли су испуњени услови за његову примену у конкретном случају.¹⁸⁷

¹⁸³ Bin Chang, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1953, 2006, стр. 299-300.

¹⁸⁴ *Free Zones*, Judgment, PCIJ, Series A/B, стр. 138. *Vidi i Chorzow Factory Case (Interpretation)*, Judgment, 1927, PCIJ Series A, стр.15-16.

¹⁸⁵ Примера ради, меритума спора или питања надлежности Суда или другог интерлокуторног питања.

¹⁸⁶ За праксу види. Bin Chang, *op.cit.*, стр. 300, fusnota 6.

¹⁸⁷ Bin Chang, *op.cit.*, стр. 300.

185. Ситуација је порпуно другачија уколико странке у току расправе износе сагласна становишта о неком од правних питања која се покрећу у конкретном случају. Тако постигнута „сагласност“ се не може сматрати споразумом као извором права. Суд таквом аргументацијом, односно сагласним становиштима странака, није везан и као орган међународног права, аутономно дефинише право које треба да се примени у конкретном случају, и при томе је дужан да узме у обзир (али не и да усвоји) аргументацију, па и сагласну аргументацију странака.¹⁸⁸¹⁸⁹ Међутим, у оваквој ситуацији Суд се налази у веома неугодној позицији будући да му је поверено поверено решавање спора. Основано се може поставити питање да ли би странке изнеле спор пред Суд да нису уверене да ће Суд применити право онако како је дефинисано њиховим сагласним правним становиштима.

186. Док у случају примене општег међународног права, не може се поставити питање везивања Суда било каквом правном аргументацијом странака, па макар она била и сагласна, ситуација је нешто другачија када је реч о партикуланом међународном

¹⁸⁸ “The Court notes that there is in fact evidence, to be examined below, of a considerable degree of agreement between the Parties as to the content of the customary international law relating to the non-use of force and non-intervention. This concurrence of their views does not however dispense the Court from having itself to ascertain what rules of customary international law are applicable. The mere fact that States declare their recognition of certain rules is not sufficient for the Court to consider these as being part of customary international law, and as applicable as such to those States. Bound as it is by Article 38 of its Statute to apply, inter alia, international custom "as evidence of a general practice accepted as law", the Court may not disregard the essential role played by general practice. Where two States agree to incorporate a particular rule in a treaty, their agreement suffices to make that rule a legal one, binding upon them; but in the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as the rule is not enough. The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the opinio juris of States is confirmed by practice.” *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Mertis (Nicaragua v. United States of America)), Judgment, ICJ Reports 1986, cmp 97-98.*

¹⁸⁹ Начело *iura novit curia* примењује се само на „право чији је Суд орган“, односно на правила међународног јавног права.¹⁸⁹ (Bin Chang, p. 301) Другим речима, пред Међународним судом правде, као и пред другим међународним судовима и трибуналима, домашај овог правила је ограничен на међународно право. Право и дужност Суда, као и осталих међународних судова и трибунала, је да одлучује по праву које је применљиво у датом спору, и следи из његове надлежности у конкретном предмету.¹⁸⁹ Schwarzenegger, *International Law...* p. 429. „Jurisdiction implies the right to decide what substantive law is applicable in a given case to which its jurisdiction extends.“ (B15, p. 26) If not expressly bound to do so by the compromise, the Court cannot delegate this function to the parties, but it is incumbent upon it to fulfill the task of „itself ascertaining what the international law is“ (A 10, p. 31)

праву, поготово ако је реч о правним нормама које везју само странке у спору. Чини нам се да би Суд у таквој ситуацији могао да се ослони на сагласна становишта странака уколико она нису у очигледој супротности са, примера ради, текстом билатералног уговора који треба да се примени у конкретном случају.

*

187. Домашај начела *iura novit curia* ограничен је на међународно право, и ван домашаја овог начела остаје свако „страно право.“ Под страним оправом овде се подразумевају како унутрашње право ма које државе, као и правила ма ког другог правног система.¹⁹⁰

188. У пракси Суда је неспорно да:

„Са становишта међународног права и Суда који је његов орган, унутрашња права су само чињенице које изражавају вољу и представљају активности држава“¹⁹¹

189. Другим речима, национални закони и други прописи, укључујући ту и устав одређене државе, су чињенице које, као и свака друга чињеница могу да буду предмет доказивања у поступку пред Судом. Како је Суд истакао у предмету *Brazilian Loans*:

„[Суд] није дужан да зна унутрање право различитих. Све што се у том погледу може рећи је да је могуће да Суд буде обвезан да прибави знање у погледу унутрашњег права које треба да примени. И уколико то мора да учини, било посредством доказа

¹⁹⁰ As in private international law, an exception should be made for proof of "foreign law", that is to say proof of law other than general international law ("foreign law" thus includes all municipal law: cf. Barcelona Traction Case, ICJ Reports 1970, at p. 37). Hugh Thirlway W.A. Thirlway, „*Evidence before International Courts and Tribunals*“ in R. Bernhardt –urednik –Encyclopedia of Public International Law, 1981, стр. 302.

¹⁹¹ German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), 1926, PCIJ Series A, No. 7, стр.19. Serbian Loans, PCIJ Series A, Nos. 20/21, стр. 46, Brazilian Loans, PCIJ Series A, Nos. 20/21, page 124.

Lighthouses Case (France/Greece), PCIJ Series A/B, No. 62, page 22., Panevezys-Saldutiskis Railway Case, PCIJ, Series A/B, No. 76, page 19., Dissenting Opinion of Judge Read, Nottebohm, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955, p. 36.,). За расправу о овом, неспорном правилу међународног права види и Separate Opinion of Judge Parra-Aranguren, Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment of March 31, 2004, paragraphi 5-9.

које му преоче странке или сопственим истраживањем за које Суд може да сматра да је погодно да га спроведе или да покрене његово спровођење.¹⁹²¹⁹³

Поред тога, да унутрашње право дате државе се третира као чињница а не као право, оно се тумачи на начин својствен датом унутрашњем правном систему. Тако је Суд у недавној пресуди итакао:

Суд подсећа да је на свакој од држава, на првом месту, да тумачи своје унутрашње право. Суд неће, у начелу, имати овлашћење да субституише својим тумачењем тумачење које потиче од националних власти, нарочито када такво тумачење дају највиши национални судови. (види, за овај други случај, *Serbian Loans, Judgment No. 14, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 20*, p. 46 and *Brazilian Loans, Judgment No. 15, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 21*, p. 124). Изузетно, када држава износи очигледно неисправно тумачење свог домаћег права, посебно за сврху постизања предности у спору који тече пред Судом, на Суду је да усвоји оно за шта нађе да исправно тумачење.¹⁹⁴

¹⁹² *Brazilian Loans, 1929, PCIJ Series A, Nos. 20/21* p.124.

¹⁹³ "From the standpoint of international law, a national law is generally regarded as a fact with reference to which rules of international law have to be applied, rather than as a rule to be applied on the international plane as a rule of law; and insofar as the International Court of Justice is called upon to express an opinion as to the effect of a rule of national law it will do so by treating the matter as a question of fact to be established as such rather than as a question of law to be decided by the court." Oppenheim's International Law, 9th ed., edited by Sir Robert Jennings, Q.C., and Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., Vol. 1, "Peace", Introduction and Part 1, 1996, p. 83

¹⁹⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment, 30 November 2010.*, параграф 70,

Оцењујући доказе који су изведени у току поступка, Суд је закључио :

«71. That is not the situation here. The DRC's interpretation of its Constitution, from which it follows that Article 80 (2) produces certain effects on the laws already in force on the date when that Constitution was adopted, does not seem manifestly incorrect. It has not been contested that this interpretation corresponded, at the time in question, to the general practice of the constitutional authorities. The DRC has included in the case file, in this connection, a number of other expulsion decrees issued at the same time and all signed by the Prime Minister. Consequently, although it would be possible in theory to discuss the validity of that interpretation, it is certainly not for the Court to adopt a different interpretation of Congolese domestic law for the purposes of the decision of this case. It therefore cannot be concluded that the decree expelling Mr. Diallo was not issued "in accordance with law" by virtue of the fact that it was signed by the Prime Minister.

72. However, the Court is of the opinion that this decree did not comply with the provisions

190. Оно што је речено за унутрашње право, једнако важи и за правила било ког правног система који није саставни део међународног јавног права.¹⁹⁵ Правила страног правног система у конкретном случају могу фигурирати само као релевантне чињенице, иако је ради њиховог ваљаног утврђивања неопходно правнично знање.

*

191. У међународном праву се поставља и питање домашај начела *iura novit curia* у погледу правила која излазе из оквира *опитег* међународног права. У међународном праву фундаментална подела правних норми је на норме које припадају корпусу општег међународног права, односно правила која везују све државе, и правила партикуларног међународног права, односно правила која важе у односима између двеју или више (али не свих) држава (регионално међународно право, локално међународно право итд.), као и права које настаје под окриљем међународне организације (као што су, примера ради Европска унија, КОМЕСА, НАТО, Заједница независних држава, Савет европе, и тд.)

of Congolese law for two other reasons.

First, it was not preceded by consultation of the National Immigration Board, whose opinion is required by Article 16 of the above-mentioned Legislative Order concerning immigration control before any expulsion measure is taken against an alien holding a residence permit. The DRC has not contested either that Mr. Diallo's situation placed him within the scope of this provision, or that consultation of the Board was neglected. This omission is confirmed by the absence in the decree of a citation mentioning the Board's opinion, whereas all the other expulsion decrees included in the case file specifically cite such an opinion, in accordance with Article 16 of the Legislative Order, moreover, which concludes by stipulating that the decision "shall mention the fact that the Board was consulted".

Second, the expulsion decree should have been "reasoned" pursuant to Article 15 of the 1983 Legislative Order; in other words, it should have indicated the grounds for the decision taken. The fact is that the general, stereotyped reasoning included in the decree cannot in any way be regarded as meeting the requirements of the legislation. The decree confines itself to stating that the "presence and conduct [of Mr. Diallo] have breached Zairean public order, especially in the economic, financial and monetary areas, and continue to do so". The first part of this sentence simply paraphrases the legal basis for any expulsion measure according to Congolese law, since Article 15 of the 1983 Legislative Order permits the expulsion of any alien "who, by his presence or conduct, breaches or threatens to breach the peace or public order". As for the second part, while it represents an addition, this is so vague that it is impossible to know on the basis of which activities the presence of Mr. Diallo was deemed to be a threat to public order (in the same sense, *mutatis mutandis*, see *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 231, para. 152). The formulation used by the author of the decree therefore amounts to an absence of reasoning for the expulsion measure. (*Ibidem*)

¹⁹⁵ C.F. Amerachinghe, *op.cit.*, стр. 55.

Извори партикуларног међународног права могу да буду како међународни уговори, међународна обичајна правна праила, тако и поступци настанка правила која везују државе које су формираи њиховим споразумом (примера ради, прано обавезујуће одлуке органа наднационалних организација). У међународној судској пракси посебно се поставило питање доказивања правила партикуларног обичајног права.

192. Опште међународно обичајно право је, по природи ствари, саставни део међународног јавног права и Суд га третира као право. Како је истакао судија De Castro у свом издвојеном мишљењу у преедмету *Fisheries Jurisdiction*:

„Међународно обиајно право не треба доказивати, оно је опште природе и засновано је на општем уверењу о његовом важењу (*opinio iuris*). Суд га мора применити *ex officio*; дужност је Суда да га зна као *questio iuris; iura novit curia*.“¹⁹⁶

193. Међутим, јуриспруденција међународних судова и трибунала није потпуно кохерентна у погледу тога да ли се захтевају докази ради установљавања обичајних правних правила.¹⁹⁷ Када је реч о партикуларном обичајном међународном праву, изгледа да је (јединствена) јуриспруденција заснована на правилу које је Суд артикулисао у предмету *Asylum*:

„Влада Клоумније се коначно позвакла на „опште америчко међународно право.“ Поред правила која произилазе из споразума који су већ размотрени, она се ослања на наводне регионалне или локалне обичаје који су својствени латиноамеричким државама.

Странка која се позива на обичај ове врсте мора да докаже да је обичај установљен на такав начин да је постао обавезујући за другу странку. Колумбијска влада мора да дкаже да је правило на које се позива у сагласности са константном и униваормном праксом држава у питању, и да је тај обичај одраз права које су спроводиле државе приликом давања азила и дужности територијалне државе. Ово произилази из члана

¹⁹⁶ *ICJ Reports 1974*, стр.79.

¹⁹⁷ „The jurisprudence of international courts and tribunals is not totally coherent as far ad requesting evidence on the existence of customary international law is concerned.“ Rudiger Wolfrum, “Taking and assesing evidence in International Adjudication,“ у Thomas Malick Ndiaye, Rudiger Wolfrum – urednici *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensh*, Leiden, 2007, (341-356), стр. 347

38 Статута, који упућује на међународни обичај као „деоказ опште праксе која је прихваћена као право.“¹⁹⁸

194. На идентичан начин Суд је поступао и у предмету *United States Nationals in Morocco*, и у пресуди је након цитирања горе изнесеног становишта, и анализом изведених доказа закључио:

“У овом случају нема довољно доказа који омоћућавају да Суд донесе закључак да право вршења конзуларне надлежности засновано на обичају или пракси која је установљена на тај начин да је постала обавезујућа за Мароко.“¹⁹⁹

195. Схватање међународног обичајног права је обележено контроверзама у погледу начина настанка обичаја, елемената обичаја, начина њихове измене и гашења, и данас представља актуелни проблема међународног права. Другим речима, концепција међународних обичајних правних правила још увек обележена недовољном јасноћом.²⁰⁰

196. Члан 38 Статута Суда дефинише обичај као извор права који примењује Суд као „доказ опште праксе која је прихваћена као право.“ Сам начин формулисања је обележен контрадикторношћу,²⁰¹ иако је општеприхваћено да су конститутивни елементи обичаја општа пракса и *opinio iuris sive necessitatis*.²⁰² Међутим, органско јединство ова два

¹⁹⁸ *Asylum Case (Colombia / Peru), Judgment of November 20, 1950, ICJ Reports 1950*, стр. 276-277.

¹⁹⁹ *Case Concerning Rights of Nationals of the United States Of America in Morocco (France / United States of America), Judgment of August 27, 1952., ICJ Reports 1952.*, стр. 200

²⁰⁰ Тако, на пример Миленко Крећа каже „Питање основа обавезности обичаја је једно од изузетно деликатних питања које рађа бројне контроверзе у теорији“ Крећа, *Међународно јавно право*, Београд 2009, стр. 80. Види, и Kolb, Robert: *Selected Problems in the Theory of Customary International Law, Netherlands International Law Review*, 2003, стр. 119-150.

²⁰¹ Миленко Крећа, *op. cit.*, стр. 79.

²⁰² У скоријој јуриспруденцији Суд је додатно појаснио који критеријуми треба да се испуне да би установио обичајно правно правило. Тако је у пресуди од 03. фебруара 2012 године коју је донео у предмету *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)* Суд резонувао на следећи начин:

„55. It follows that the Court must determine, in accordance with Article 38 (1) (b) of its Statute, the existence of “international custom, as evidence of a general practice accepted as law” conferring immunity on States and, if so, what is the scope and extent of that immunity. To do so, it must apply the criteria which it has repeatedly laid down for identifying a rule of customary international law. In particular, as the Court made clear in the North Sea Continental Shelf cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be “a settled practice” together with *opinio juris* (North

елемента која чине основ обичајног правног правила није лако установити, без обзира која концепција или поимање обичајних правних правила и основа њихове обавезности се заговара.²⁰³

197. Суочен са контроверзном природом обичајних правних правила, и очигледно имајући у виду јасну разлику између обичаја (custom, usage) који није

Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports, 1969, p. 44, para. 77). Moreover, as the Court has also observed,

“It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them.” (Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, pp. 29-30, para. 27.)

In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention. Opinio juris in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other States; in the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so; and, conversely, in the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States. While it may be true that States sometimes decide to accord an immunity more extensive than that required by international law, for present purposes, the point is that the grant of immunity in such a case is not accompanied by the requisite opinio juris and therefore sheds no light upon the issue currently under consideration by the Court.“

²⁰³ “It is also possible that it has been due to the fact that the terms of the existing Article 36 are too widely drawn. It may be felt by some Governments that the jurisdiction of the Court to determine “any question of international law” – i.e. of customary international law as distinguished from the interpretation of treaties which is provided for separately – is too wide having regard to the fact that there is in most cases an absence of uniformity and agreement in the rules of customary international law. While this does not mean that in such cases the Court is unable to give a decision – there is always a legal rule which the Court by virtue of its Statute and the general principles governing the judicial function is able and bound to apply – the resulting situation is one of a corresponding increase in the discretion given to the Court and the risks undertaken by Governments.“ Judge Sir Heresh Lauterpacht, “The Revision of The Statute of The International Court of Justice,” reprinted in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 1: 55–128, 2002., стр. 87, para. 54.

обавезујући и обичаног међународног права које Суд треба да примени приликом решавања спорова који се пред њега износе, судија Manley O Hudson је напосао следеће:

„It is not possible for a Court to apply a custom; instead it can observe a general practice of States, and if it finds that such practice is due to a conception that the law requires it, it may declare that a rule of law exists and proceed to apply it. The elements necessary are the concordant and recurring action of numerous States in the domain of international relations, the conception in each case that such action was enjoyed by law, and the failure of other States to challenge that conception at the time. The appreciation of these elements is not a simple matter, and it is a task for persons trained in law”²⁰⁴

198. Проблем се не јавља само када је реч о партикуларном обичајном међународном праву, већ и међународним уговорима, који су, по правилу, извор партикуларног међународног права. Иако је дужност Суда да зна право (*iura novit curia*) Суд није дужан да *proprio motu* истражује уговорне односе међу странкама, нити је реално очекивати да Суд познаје све међународноправне партикуларизме. Да би Суд био у позицији да примени партикуларно право које важи у односима између само на пример,

²⁰⁴ Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942, A Treatise*, 1943, p.609. Становиште Hudsona подупире и каснија јуриспруденција Суда. Тако је у предмету *Asylum* Суд између осталог истакао: „Finally, the Colombian Government has referred to a large number of particular cases in which diplomatic asylum was in fact granted and respected. But it has not shown that the alleged rule of unilateral and definitive qualification was invoked or—if in some cases it was in fact invoked—that it was, apart from conventional stipulations, exercised by the States granting asylum as a right appertaining to them and respected by the territorial States as a duty incumbent on them and not merely for reasons of political expediency. The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on various occasions, there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law, with regard to the alleged rule of unilateral and definitive qualification of the offence“

две или неколицине држава, непходно је да се странке позову на извор правила на којима темеље своје захтеве.²⁰⁵

199. Приликом разматрања примене начела *iura novit curia* мора се имати у виду да иако су билатерални и мултилатерални уговори основни инструменти стварања партикуларног права, и несумљиво садрже норме међународног права, њихова функција у међународном судском поступку је двострука, они су са једне стране доказ или доказно средство²⁰⁶ а са друге стране извор права које би Суд требало да примени у конкретном случају.

200. За разлику од међународних обичајних правних правила, постојање конкретног међународног уговора углавном није тешко доказати. Суд је чак сперман да одредбе уговора који се не налази у списима предмета, а на који се позива странка у поступку, примени као на акт који је саставни део лако доступних публикација.²⁰⁷ Овакву праксу свакако омогућава систем регустровања међународних уговора код Секретаријата УН,²⁰⁸ као и пракса држава у погледу чувања међународних уговора.

201. У контексту расправе о доказивању партикуларног међународног права, не треба сметнути са ума да се идентитет и природа спора који се износи пред Суд формира

²⁰⁵ Чини се да је ово један у низу разлога ког и Правилник Суда мотивише странке да у својим поднесцима изнесу правна глеишта а не само чињеичне тврдње на којима заснивају своје захтеве.

²⁰⁶ Не само у случајевима када се странка позива на билатералне уговоре у циљу доказивања постојања обичајног правног правила (будући да и уговорна пракса може постужити као основ за настанак уговора/ већ и у случајевима у којима управо на датом међународном уговору формира свој захтев.

²⁰⁷ У предмету Палмас поставило се питање да ли арбитар може да узме у разматрање уговор који није уврштен у доказе а на који се странка позвала током поступка. Арбитар Хубер је резонувао на следећи начин: „Treaty of Utrecht invoked by one of the parties was not in the record produced but nevertheless taken into consideration by the Tribunal because its text „is of public notoriety and accessible to the parties“ *Palmas Case*, 1928,p.83

²⁰⁸ Овај став има снажно утемељење у међународној пракси. Још је Verzijl, као председавајући француско-немачке комисије за захтеве (French-Mexican Claims Commission) у предмету Pablo Najera istakao “since as a general rule, treaties concluded by members of the League of Nations are regularly redistricted and their registration is a matter of common knowledge ... an international tribunal may properly hold as the most seasonable rule ... that the tribunal may limit itself to acquiring proof of registration only when it is not convinced of it.” Navedeno prema V. S. Mani, op.cit., стр. 210

не само на чињеничној већ и правној основи захтева. Истицањем новог правног основа захтева може имати утицаја и на промену идентитет спора.

202. Управо јуриспруденција Суда (али и других судова и трибунала) да се правила партикуларног међународног права доказују, често се квалификује као одступање од начела *iura novit curia*.²⁰⁹ Међутим, квалификација наведених „правила“ као одступања од начела *iura novit curia* није задовољавајуће решење без указивања на основ и природу овог изузетка.

203. Чини се да је проблем у дословном схватању израза *iura novit curia*. Синтагма је настала с обзиром на особености унутрашњег права, у коме она не обухвата низ партикуларизама које настају у уговорним односима између субјеката унутрашњег правног поретка. Тако, уговори између различитих субјеката унутрашњег поретка јесу предмет доказивања, пословни односи двеју корпорација који су основ правила чије кршење може да доведе до спора су увек предмет доказивања. Уговори у унутрашњем праву се увек или предмет доказивања или доказ без обзира да ли се њима на релативно трајан начин уређују односи између субјеката тог правног поретка (примера ради, уговори којима се уређује низ питања дугорочне пословне сарадње двеју корпорација) или се тичу јенде конкретне трансакције (на пример купопродајни уговор).

204. Образложење домашаја начела *iura novit curia* лежи у природи међународног права, као права које важи у једној децентрализованом заједници, у којој не постоји централно законодавно тело, у којој право настаје, модификује се и гаси, у крајњем исходију, вољом њених субјеката и развија се у пракси држава. При томе, било би претерано очекивати од Суда да зна све партикуларизме у међународном праву, односно све уговорне и обичајне односе на локалном, регионалном нивоу, или у односима између само две или неколицине држава, па чак и уговорне односе из уговора који су стекли завидан степен универзалне примене, иако његова правила важе за већину али не и за све државе.

205. Тако, ако је међу странама спорно постојање и садржина одређеног обичајног правила, у крајњој анализи, странке не доказују постојање обичаја, већ елемената за које опште међународно право везује настанак, измену или гашење једног

²⁰⁹ „терет доказивања обичаја, уколико је нужно лежи на страни која се на њега позива“ Ameraschinghe, op. cit., стр. 56.

партикуларног обичајног правног правила. Стога, када се каже да страна у спору сноси терет доказивања одређеног обичајног правног правила, у ствари, од ње очекује да изнесе доказе и аргументацију о чињеницама за које опште међународно право везује његов настанак. Да ли су оне такве да се може говорити о обичајном правном правилу треба да утврди Суд применом правила општег међународног права о стварању, измени и гашењу обичајних правних правила.²¹⁰

206. Слична је ситуација и настанком партикуларног правила међународног права на основу једностраног акта државе,²¹¹ у ком случају сам једнострани акт редовно представља предмет доказивања или доказни предмет.

207. Са становишта примене начела *iura novit curia*, ситуација је такође сложена и када је реч о тумачењу међународних уговора. Опште правило тумачења уговора је да се „Уговор се мора тумачити у доброј вери према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља.“²¹² При томе, када је реч о контексту, он обухвата, између осталог, и само примера ради, и „праксу у вези са применом датог уговора“²¹³ Сем када је реч о тумачењу конститутивног инструмента Суда (Повеље и Статута Суда), пракса може да буде предмет доказивања и може битно да утиче на формулисање правног правила које Суд треба да применуи у конкретном случају. Такође, уколико страна у спору тврди да да одређени израз који је употребљен у међународном уговору има посебно значење, она сноси терет доказивања тог посебног значења, и не може се ослонити на начело *iura novit curia*.

208. Добару илустрацију представља образложење пресуде Сталног суда Међународне правде која је донесена у предмету *Legal Status of Greenland*, у ком је Суд био суочен са тврдњом Норвешке да у предметним уговорима термин „Гренланд“ није у потребљена у свом географском значењу, већ да јој је придодато уже значење, и односила се само на колонизован део Гренладна. Суд се није упуштао *proprio motu* у ово питање,

²¹⁰ Неспорно је да су правила о настанку, модификацији и гашењу правила међународног права саставни део општег међународног права.

²¹¹ О једностраним актима државе као извору међународног права види Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2009, стр.9699.

²¹² Члан 31(1) Бечке конвенције о уговорном праву.

²¹³ Члан 31 (3) (б) Бечке конвенције о уговорном праву

већ је утврдио да је терет доказивања на Норвешкој да докаже то посебно значење о коме је изнела тврдњу.²¹⁴

209. Једном речју, и приликом утврђивања правних правила, не ретко, Суд је суочен са потребом да се ради утврђивања смисла и домашаја уговорних одредби прибегава доказивању чињеница од значаја за исправно тумачење уговора, или, другим речима установљавање правне норме коју треба да примени раду решавања спора који је изнет пред Суд. Отуда и тешкоће у разграничењу самог појма чињеница и права у контексту проблематике доказивања у поступку пред Судом.

210. Природа међународног права је таква да се класична, и општеприхваћена максима *iura novit curia*, икао важеће правило међународног права, примењује у контексту који је потпуно другачији од контекста у коме се примењује у унутрашњим правним системима. Поређење са правилима унутрашњег права може да послужи у педагошке сврхе, али пресликавање концепта начела *iura novit curia* каквог познаје унутрашње право једноставно је непримерено због различите природе међународноправног и унутрашњеправних система. Како истиче Lalive:

„тешко је да се без икаквих резерви прихвати класична терија према којој правно правило, без обзира да ли је писано или обичајно, не треба да буде доказано пред међунареодним судом.“²¹⁵

Међутим, ваља имати на уму, да , иако право које суд треба да примени може да буде спорно, предмет доказивања није право као такво, већ чињенице за које међународни правни поредак везује настанак, модификацију, гашење правног праила, или његову конкретизацију ради примене у конкретном случају.

211. Горе изнета дискусија је ограничена на Међународни суд правде. Међутим, у погледу различитих судова и трибунала различито се може одредити и домашај начела *iura novit curia*. Примера ради, право које настаје у институцијоналним оквирима Европске уније је за Међународни суд правде страно, или партикуларно право, у погледу ког се не примењује начело *iura novit curia*, док је исто то право за Суд правде Европске Уније локално право у погледу ког важи начело *iura novit curia*.

²¹⁴ *Series A/B, No. 53 (1933)*, стр. 52.

²¹⁵ J. F. Lalive, *Quelques remarques sur la preuve devant la cour permanente et la cour internationale de justice*, u *Schweizerisches Jahrbuch fur Internationales Recht*, Vol. 7, 1950, стр.85

4. НЕСПОРНЕ ЧИЊЕНИЦЕ

212. Неспорне чињенице не морају да се доказују. Релевантне неспорне чињенице Суд узима као *praemisi minor* своје одлуке, и од странака се не очекује да о њима изводе доказе. Ово правило је у складу са природом судског начина решавања међудржавних спорова, и сам Правилник Суда, на посредан начин, мотивише странке да не изводе доказе о чињеницама које међу њима нису спорне.

213. Тако је одредбом члана 49 (2) предвиђено:

„Counter-Memorial садржи: прихватање или оспоравање чињеница наведених у Memorial-у; ма коју додатну чињеницу, уколико је нужно; обсервације које се тичу правних исказа у Memorial-у; правни сикази као одговор на њих, и захтеве (submissions).“

Док је правилном 49(3) Правилника Суда предвиђено да

„Reply и Rejoinder,кадгод Суд овласти њихово подношење, неће само понављати тврдње странака, већ ће се усмерити на изношење питања која су међу њима још увек спорна (*but shall be directed to bring out the issues that still divide them.*)“

Одредба члана 60 (1.) Правилника Суда такође је у складу са правом да ће Суд у подлогу своје одлуке узети чињенично стање које је међу странкама неспорно:

„Усмено излагање сваке од странака биће што је могуће сажетије у границама онога што се захтева за адекватно изношење тврдњи странака на расправи. Сходно томе, они ће бити усмерени *на питања која их још увек деле*, и неће износити целокупан основ који је покривен поднесцима, или само понављати чињенице и аргументе који су у њима изнети.“²¹⁶

²¹⁶ The oral statements made on behalf of each party shall be as succinct as possible within the limits of what is requisite for the adequate presentation of that party's contentions at the hearing. Accordingly,

214. Основна функција Суда је да реши спор који су странке пред њега изнеле а не да преиспитивањем сагласних чињеничних тврдњи генерише нови спор, или да државе демотивише да своје спорове износе пред Суд. Мандат Суда не обухвата утврђивање „историјске истине“ о догађајима који леже у основи спора, већ чињеница које су строго неопходне ради решавања спора који је пред њега изнет²¹⁷. При томе, пресуда има релативно дејство, и обавезује само странке у вези са конкретним захтевима²¹⁸, и друго да би суд могао да приступи решавању спора (примереност вршења судске функције – propriety) мора да се увери да спор није хипотетички или беспредметан, односно само стварни спор који постоји међу странкама је подесан да буде решен судским путем. Стога, уколико би странке фингирале споразум о чињеницама, у том случају не би били испуњени предуслови вршења основне судске функције, будући да би спор био хипотетичке природе.

215. Управо је једна од особености јуриспруденције Међународног суда правде могућност Суда да у предоминантном броју случајева заснива своје одлуке на неспорним чињеницама.²¹⁹ Често се ова одлика јуриспруденције Суда наводи

they shall be directed to the issues that *still divide the parties*, and shall not go over the whole ground covered by the pleadings, or merely repeat the facts and arguments these contain.“

²¹⁷ Hart i McNaughton, *Evidence and Inference in the Law*, 1988 (in *The Hayden Colloquium on Scientific Concept and Method*, ed. By Daniel Lerner, 1958, pp. 51-56) reprodukovano u Jon Waltz and Roger C Park, *Evidence, Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2004.

²¹⁸ “It is not clear why any facts should be "inevitably absent" from the proceedings, since it is open to Honduras to bring to the Court's attention any facts which in its view are relevant to the issues in this case. Nor can it be accepted that once the Court has given judgment in a case involving certain allegations of fact, and made findings in that respect, no new procedure can be commenced In which those, as well as other, facts might have to be considered. In any event, it is for the Parties to establish the facts in the present case taking account of the usual rules of evidence, without it being possible to rely on considerations of res judicata in another case not involving the same parties (see Article 59 of the Statute).” *Border and Transborder Armed Actions Case (Nicaragua v Honduras), Judgment, ICJ Reports 1988, para.54.*

²¹⁹ Rosenne, III.257, стр.1083.

„Like its predecessor, the PCIJ, the Court is often in position to base its decision on undisputed facts.“ Valencia-Ospina, Eduardo: “Evidence before the International Court of Justice,” *International Law*

као један од разлога недовољне развијености правила о доказивању пред Судом. Како је истакао Thirlway:

„природа међународних спорова који се износе на решавање пред Суд не ретко је така да нема или има свега неколико спорних чињеничних питања, што чини да није нужно да се одмеравају докази сваке од страна, контроверзе се пре тичу значаја чињеница које су шире прихваћене, или правних последица које се из њих следе²²⁰

216. Признање чињенице или саглашавање са чињеничном тврдњом супротстављене парничне странке се не може сматрати доказом основаности чињеничне тврдње, већ начином на који се отклања потреба доказивања чињеничне тврдње, а Суд овлашћује да чињеницу која није спрна (наравно под условом да је релевантна) узме у разматрање приликом доношења коначне одлуке.

217. Једно од питања које се поставља, додуше веома ретко, је питање да ли је Суд овлашћен да испитује основаност сагласних чињеничних тврдњи странака. Пракса Суда не пружа основа за закључак да је Суд приступао оваквом испитивању неспорних чињеница, али ово питање није остало ван домашаја расправе.

218. Будући да су странке у поступку суверене државе, те да је надлежност Суда факултативне природе, сагласне тврдње странака не треба доводити у питање без ваљаног разлога. Једини пример расправе у вези са овим

FORUM du droit international, vol. 1 (стр. 202–207) 1999, стр. 202. „Traditionally, the Court focused primarily in its judgments on the law, and based its determinations mainly on undisputed facts rather than providing and extensive or detailed treatment of disputed facts and evidence. Kazazi, Mojtaba and Shifman, Bette E.: “Evidence before International Tribunals – Introduction,” *International Law FORUM du droit international*, vol. 1 (стр. 193–196) 1999, стр. 194.

Hight, Keith: “Evidence, The Court and Nicaragua Case,” *American Journal for International Law*, 1987, Vol. 81, No. 1. Стр.7 i 8

²²⁰ Thirlway, H. W. A, „Evidence before International Courts and Tribunals“ (302-304) u *Encyclopedia of Public International Law* Rudolf Berndhardt –urednik, North Holland Elsevier, 1995, стр.302

питањем може се наћи у издвојеном мишљењу судије Fitzmaurice-a, у предмету *Barcelona Traction (Second Phase)*, случају који је по много чему био особен.

“Од странака је требало затражити да изнесу потпуне аргументе о предмету. По мом мишљењу, није било довољно да настави на основу тога што ни једна од странака није оспорава канадску припадност *Barcelona Company*, и што су обе деловале под претпоставком да је компанија канадска, те да Суд није позван да шпекулише о тој ствари. Такав приступ би био сасвим уреду пред домаћим судовима пред којима обично постоји могућност улагања жалбе или прибегавање алтернативним поступцима. Није примерено за међународни поступак, у коме скоро увек, не постоји могућност жалбе или могућност прибегавања другим средствима. На овом подручју начело „прикривеног тужиоца“ може отићи предалеко, када питање које се укључује није само узгредно већ би могло да буде од кључног значаја за исход случаја.”²²¹

219. Не улазећи дубље у проблематику која се везује за предмет *Barcelona Traction*, чини се да је аргумент који је изнео судија Fitzmaurice, о непостојању жалбеног или алтернативног поступка неоснован. Наиме, иако не постоји могућност жалбеног поступка, улога Суда се ограничава на *решавање спора* који је пред њега изнет, спора чији битан елемент може да чини управо различито тумачење чињеница. Уколико обе државе истичу исту чињеничну тврдњу која је од значаја за исход спора, Суд не би требало да је преиспитује без ваљаног разлога, на пример, уколико је она таква да није у сагласности са изведеним доказима.

220. Прихватање неспорних чињеница није само ствар економичности и експедитивности поступка, већ је у бити основне функције Суда која је ограничена на решавање спора који је пред њега изнет. Поставља се питање да ли

²²¹ Such an attitude may be quite in order in domestic courts where, normally, appeals or alternative procedures exists. It is not appropriate for international proceedings in which, almost always, there are no possibilities of appeal or other recourse. In this field the principle of caveat actor can be carried too far, when the point involved is not at all merely incidental but could be of major importance for the outcome of the case.“*Barcelona Traction Light and Power Company Limited, Separate opinion of Judge Fitzmaurice, ICJ Reports 1970, p. 84.*

би Суд могао да прихвати међу странкама неспорну чињеницу за коју Суд има јаког основа да верује да је неоснована/неистинита./ У таквом случају, најпримереније би било да Суд од странака захтева, у складу са чланом 49 Статута Суда одговарајуће објашњење или документацију којом поткрепљују своје тврдње.²²²

221. Правило да се неспорне тврдње странака не доказују, иако утемељено у јуриспруденцији међународних судова и трибунала, није прописано ни Статутом нити Правилником Суда. Иако пракса Суда не познаје одступања од правила да се неспорне чињенице не морају доказивати, то не може да послужи као основ закључка да је је праило апсолутно. Овлашћење Суда да од странака захтева додатне доказе или да пружи свако образложење није ограничена на спорне чињенице. Тврдње и аргументација странака не могу се посматрати изоловано од осталих околности конкретног случаја, већ у контексту целокупне аргументације, тврдњи странака и изведених доказа.²²³

²²² Члан 49 Статута Суда. „Суд може, чак и пре отварања расправе да позове заступнике да поднесу сваку исправу или да пружи свако објашњење- Свако одбијање се формално прима на знање.

²²³ У пракси Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију искристалисало се следеће разматрање: „Претресно веће подсећа да ниједан споразум који је постигнут међу странкама у поступку (по чињеничним питањима-прим А. Гајић) није за њега обавезујући, и да оно није дужно да доноси експлицитне закључке о чињеницама о којим су се странке сложиле или о неспорним чињеницама; већ само упућивање на такве чињенице показује да их је оно прихватило као истините.“ *Тужилац против Вујадина поповића и осталих, Пресуда, Том 1, Претресно веће II, 10 јуни 2010, параграф. 68.*

5. ОПШТЕПОЗНАТЕ ИЛИ НОТОРНЕ ЧИЊЕНИЦЕ

222. Док је неспорно да општепознате (ноторне) чињенице не морају да се доказују, односно да Суд може да их узме у разматрање без потребе да се о њима изводе докази, дефинисање ових чињеница и њихово установљавање у судском поступку обележено је низом потешкоћа.

223. Пракса Међународног суда правде пружа мало примера на основу којих би се могло са сигурношћу утврдити значење општепознатих чињеница у смислу да не захтевају да буду доказане. Још мање пружа основа за закључак да би Суд могао да узме неку општепознату чињеницу као утврђену уколико се странке на њу нису позвале у току поступка. У случајевима у којима је одређене чињенице изричито квалификовао као ноторне, Суд је закључак о њиховој ноторности засновао на изведеним доказима и аргументацији странака. Мала заступљеност расправа о ноторним чињеницама у јуриспруденцији Суда, али и других судова и трибунала, је вероватно та што су чињенице ове врсте једновремено и неспорне, те би њихова квалификација као ноторних била сувишна.

224. У погледу одређивања значења појма ноторна чињеница, чини се да добру полазну основу представља Scelle-ов Извештај о арбитражном поступку (*Report on Arbitral Procedure*) који је поднесен Комисији за међународно право у коме је изнесено следеће:

„Свака чињеница о којој се износи тврдња мора се доказати, чак и уколико је добро позната, осим уколико је толико општепозната да је ма који доказ о њој очигледно сувишан... Ово правило значи да доказ о постојању чињенице мора да буде објективан и да не може да зависи од мање или више заснованог мишљења судија.“²²⁴

²²⁴ Any fact alleged must therefore be proved, even it is well known, unless it is such common knowledge that any kind of proof is obviously superflous ... What the rule means is that proof of the existence of a fact must be objective and cannot depend on the more or less well-founded opinion of the

225. Одређење ноторних чињеница као чињеница које су „толико општепознате да је било какав доказ о њима очиглено сувишан,“ није сувише узак, и у хармомнији са природом међународне судске функције. Међутим, проблем настраје приликом идентификације конкретних чињеница које се у датом случају могу сматрати ноторним.²²⁵ Сандифер, у контексту расправе о потреби доказивања чињеничних тврдњи које истичу државе надоди:

„Нема ваљаног разлога да се владе изузму од уобичајеног захтева да странкеу поступку треба да поткрепе доказима своје чињеничне тврдње на којима темеље своје захтеве. Овај захтев не значи да свака чињенична тврдња треба да буде поткрепљена доказима. Моноге тврдње које се износе у међународним поступцима су историјске или политичке чињенице које су општепознате да је очигледно да их не треба доказивати“²²⁶

226. Са друге стране, једнако је убедљива и Witemberg-ова аргументација:

„Мишљења смо, у начелу, да чињеница као таква, која је потенцијално ноторна, мора да буде доказана. Ни једно значење није толико неодређено, и толико нејасно колико ноторност. Нико не може да зна где оно почиње а где се завршава. Ни једно значење није опасније. Ноторност може бити продукт штампе. И може се са сигурношћу рећи да штампа није увек објективна. .. Дозволити судији да делује на основу ноторности значило би изопачење темеља на којма се заснива делатност правосуђа.“²²⁷

judges“*Yearbook of the International Law Commission 1950, UN Doc A/CN.4/18, 1950.*, Sandifer, *op.cit.*, стр. 383.

²²⁵ У пракси арбитража и комисија за захтеве , како истиче Sandifer: ”the matter of judicial notice appears to have received its most extensive consideration in connection with the acceptance by tribunals of notorious facts of history as true without the necessity of proof.” Sandifer ,*op.cit.*, 384.

У предмету Las Palmas једна од странака се позвала на Уговор из Утрехта који није био у спису предмета, али га је арбитар ипак узео у разматрање због тога што је сматрао да је његов текст „ of public notoriety and accessible to the parties“ *The Island of Palmas (or Miangas), Pemanent Court of Arbitration, Arbitrator Max Huber, Award of the Tribunal, 4 April 1928*,стр.83

²²⁶ Sandifer, *op. cit.*, стр.402.

²²⁷ Witemberg , *La Theorie des Preuves devants les Jurisdictions Internationales, RdC, Vol. 56, II, 1936*, стр. 30.

227. Witemberg-ову опаску пре треба схватити као упозорење. Да ли ће Суд сматрати неку чињеницу ноторном, умногоме зависи од околности конкретног случаја, и она не мора да буде схваћена на исти начин пред различитим међународним судовима и трибуналима.

228. Нека информација може бити општепозбата будући да је била предмет медијске пажње, али то не значи једновремено да је она и истинита. Пре би се могло закључити да је општепознато да је одређена информација широко распрострањена, али не и њена утемељеност. При томе, медијским извештајима се по правилу не придаје знатна доказна снага, и у већини случајева могу служити тек као поткрепљујући доказ, а само у изузетним околностима као довољан доказ.²²⁸ О овоме ће бити више речи у делу о медијским извештајима као доказном средству.

²²⁸ Као добар пример можемо навести резонување Суда у предмету *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case (United States of America v Iran)*. Иако су многе од информација на којима је Суд засновао пресуду биле „општепознате“ сама чињеница да су оне биле медијски заступљене није била одлучујућа приликом установљавања чињеница, већ су медијски извештаји који су поднесени као докази били у складу са другим изведеним доказима, укључујући ту и докзе о изјвама званичника Ирана који нису прикривали одлучне чињенице о спорним догађајима. Тако је Суд, између осталог, истакао:

„12. The essential facts of the present case are, for the most part, matters of public knowledge which have received extensive coverage in the world press and in radio and television broadcasts from Iran and other countries. They have been presented to the Court by the United States in its Memorial, in statements of its Agent and Counsel during the oral proceedings, and in written replies to questions put by Members of the Court. Annexed or appended to the Memorial are numerous extracts of statements made by Iranian and United States officials, either at press conferences or on radio or television, and submitted to the Court in support of the request for provisional measures and as a means of demonstrating the truth of the account of the facts stated in the Memorial. Included also in the Memorial is a "Statement of Verification" made by a high official of the United States Department of State having "overall responsibility within the Department for matters relating to the crisis in Iran". While emphasizing that in the circumstances of the case the United States has had to rely on newspaper, radio and television reports for a number of the facts stated in the Memorial, the high official concerned certifies that to the best of his knowledge and belief the facts there stated are true. In addition, after the filing of the Memorial, and by leave of the Court, a large quantity of further documents of a similar kind to those already presented were submitted by the

229. У контексту расправе о ноторним чињеницама неколико примера из праксе међународних судова и арбитража је привукло посебну пажњу. Реч је случајевима у којима је Суд, у образложењу својих одлука, одређену чињеницу или скуп чињеница квалификовао као ноторне.

230. У предмету *Fisheries* Суд је резонувао на следећи наћин:

“Норвешки став у вези са North Sea Fisheries (Police) Convention из 1882. године је следећа чињеница које је одмах морала да привуче пажњу Велике Британије. Тешко да постоји било која конвенција која је од већег значаја за државе северног мора и од већег интереса за Велику Британију. Одбијање Норвешке да се придржава Конвенције јасно покреће питање делимитације поморске области, посебно у подледу залива, питање њихове делимитације правим линијама у погледу којих је Норвешка оспоравала максималну дужину која је предвиђена Конвенцијом. Имајући у виду чињеницу да је да је неколико година раније, Уредбом из 1869 делимитација била приказана као примена норвешког система, не може се избећи закључак да су, постепено, сви елементи проблема норвешких обалних вода били јасно исказани. Након тога Велика Британија је предузимала мере како би обезбедила да се Норвека придржава Конвенције, што јасно показује да је она знала и да се интересовала за дато питање.

United States for the purpose of bringing up to date the Court's information concerning the continuing situation in regard to the occupation of the Embassy and detention of the hostages.

13. The result is that the Court has available to it a massive body of information from various sources concerning the facts and circumstances of the present case, including numerous official statements of both Iranian and United States authorities. So far as newspaper, radio and television reports emanating from Iran are concerned, the Court has necessarily in some cases relied on translations into English supplied by the Applicant. The information available, however, is wholly consistent and concordant as to the main facts and circumstances of the case. This information, as well as the United States Memorial and the records of the oral proceedings, has all been communicated by the Court to the Iranian Government without having evoked from the Government any denial or questioning of the facts alleged before the Court by the United States. Accordingly, the Court is satisfied that, within the meaning of Article 53 of the Statute, the allegations of fact on which the United States bases its claims in the present case are well founded.“ Judgment, ICJ Reports 1980, para. 12 i 13.

Суд примећује да се у погледу ситуације која је једино могла да буде учвршћена протеклом времена, влада Уједињеног краљевства уздржавала од формулисања резерви.

Ноторност чињеница, општа толеранција међународне заједнице, позиција Велике Британије на Северном мору, њени интереси који су у питању, и њено пролонгирано уздржавање, у сваком случају оправдавају спровођење норвешког система против Уједињеног Краљевства.

Суд стога закључује да је метод правих полазних линија, установљен норвешким системом, наметнут особеностима географије норвешке обале, да је чак и пре него што је спор настао, овај метод био конолидован константном и довољно дугачком праксом, у погледу које становиште влада сведочи да оне нису сматрале да је у супротности са међународним правом.²²⁹

231. Наведени део образложења пресуде коју је Суд донео у предмету *Fisheries*, чини очигледним да је став о ноторности релевантних чињеница изведен из доказа који су предочени, односно, да није реч о ноторним чињеницама које није било потребно доказивати. Другим речима, израз „ноторност чињеница“ Суд у конкретном случају није употребио као технички термин доказног права.²³⁰

232. У досадашњој пракси, становиште Суда о ноторности неке чињенице било је засновано на доказима, доступности информација и могућностима спознаје. Другим речима, у досадашњој пракси, Суд није имао прилике да неку чињеницу сматра утврђеном због тога што је она ноторна, а да она није једновремено била или неспорна или заснована на изведеним доказима.

²²⁹ *Fisheries Case, (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18, 1951, ICJ Reports 1951*, стр. 140.

²³⁰ Овај закључак поткрепљују и издвојена мишљења судија McNair-a и Read-a, који су стали на становиште, (до ког су дошли анализом изведених доказа и аргументације странака) да норвешки систем није био такав да се може сматрати ноторним као што му је приписано пресудом Суда *ICJ Reports 1974* стр.180 и стр.201

233. Сматрамо да Суд не може сматрати неку чињницу ноторном уколико је међу странкама спорна. У контексту поступка пред Међународним судом правде, утврђивање да ли је нека чињеница ноторна може да уследи тек на самом крају поступка – приликом доношења коначне пресуде, када ни једна од странака више нема могућности да износи доказе којима побија чињеничне тврдње друге странке.

6. JUDICIAL NOTICE (ФОРМАЛНИ ПРИЈЕМ НА ЗНАЊЕ)

234. У литератури на енглеском језику често се неспорне чињенице и општепознате чињенице разматрају у оквирима института формалног пријема на знање (*judicial notice*). Инерција са доктрином *judicial notice* доказног права какви познају земље common law-a је проблематична у сфери међународног правосуђа. Verzijl је још 1928 године, истакао да у међународном правосуђу „не постоји установљена међународна доктрина формалног пријема на знање“²³¹

235. *Judicial notice* је концепт англо-америчког правног система²³² у коме се дефинише као „начин (или средство) путем ког суд може да узме извесну чињеницу за доказану без извођења доказа.“²³³ У земљама common law-a,

²³¹ „there is no established international doctrine of judicial notice“ Phillip C. Jessup, „The Palmas Island Arbitration,“ American Journal of International Law, vol.22, 1928, стр.751, види и Mani, V. S.: *International Adjudication-Procedural Aspects*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston,London, 1980, стр.209.

²³² James Stewart износи да и неколико civil law јурисдикција „also incorporate procedural mechanisms that dispense with the need to prove matters of established truth“ Stewart, James G., Judicial Notice in International Criminal Law: A Reconciliation of Potential, Peril and Precedent, *International Criminal Law Review*, Vol 3, 3003, (стр. 245-274) Међутом иви „процесни механизми“ нису идентични, чак и немају велике сличности са формалним пријемом на знање, будући да по правилу не предвиђају да ће се дефинитивни чињенични закључак установити *pendente litis*, већ на самом крају поступка. Док у англосаксонским земљама формални пријем на знање подразумева и одговарајућу инструкцију поротницима да одређену чињеницу сматрају утврђеном, у земљама civil law-a овај механизам функционише на другој равни, наиме у циљу релаксирања доказног поступка одбијањем доказних предлога странака. Један од разлога услед ког суд може да одбије доказни предлог странке је да је извођење доказа сувишно будући да је чињеница општепозната. „Захтев за извођењем доказа биће одбачен уколико је извођење таквих доказа недопуштено. У осталим случајевима, захтев за извођењем доказа може да буде одбачен само уколико је извођење таквих доказа сувишно због тога што ствар општепозната, ако је чињеница која се настоји доказати ирелевантна или је већ доказана, ако је доказ непримерен или га је немогуће прибавити, ако је захтев учињен да би се отегао поступак...“ Члан 244(3) немачког Strafprozessordnung StPO.

²³³ *A Dictionary of Law*, 4nd ed, Oxford University Press, 1997, стр. 223.

формални пријем на знање неке чињенице, по правилу, онемогућава извођење доказа којим се она побеђује.²³⁴ Доктрина формалног пријема на знање прихваћена је у свом *common law* јуридикцијама, али се поступак формалног пријема на знање и теоријски основ знатно разликују.²³⁵ Међутим, оно што им је заједничко је да се нека чињеница може формално примити на знање у току поступка, а не на самом крају поступка. Другим речима, порота је дужна да „пресуди о чињеницама“ само на основу оних доказа који су уврштени у спис предмета и чињеница које су формално примљене на знање.

236. У литератури која се бави међународним правосуђем даје се готово идентична дефиниција *judicial notice* какву је познају англоамерички правни системи. Тако, примера ради, Amerasinghe истиче: „Judicial notice (формални пријем на знање) је ... мера путем које међународни трибунали могу да се одлоне на неку чињеницу у без да захтевају од странке која се на њу позива да о њој изведе докзе.“²³⁶

237. У пракси међународних судова и трибунала концепт *judicial notice* није јединствен, и највише је дошао до примене у поступцима пред међународним кривичним трибуналима, док је проблематично да ли Међународног суда правде уопште може да формално прими на знање неку чињеницу. Такође, *judicial notice* (формални пријем на знање) се у доктрини међунаордног права редовно користи у значењу које није идентично значењу које има у земљама *common law*-а, за означавање свих оних чињеница које суд или трибунал може да сматра утврђеним без да се о њима изводе докази, без указивања на поступак односно начин на крши сам формални пријем на знање. Другим речима, под овим појмом се често подразумева само његова суштинска али не и процесна компонента.

Riddel i Plnat дефинишу *judicial notice* као „поступак путем ког може да сматра добро познату чињеницу за утврђену без захтева да странке о њој изведе доказею“ Riddel, Plant: *op.cit.*, стр.137

²³⁴ Ibidem.

²³⁵ James G Stewart, , Judicial Notice in International Criminal Law: A Reconciliation of Potential , Peril and Precedent, *International Criminal Law Review*, Vol 3, 3003, стр. 245-274, стр. 247

²³⁶ C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, 2005, стр. 160-161

238. Исто као и у унутрашњим правним системима, тако и у међународном правосуђу (судовима и трибуналима који познају институт формалног пријема на знање) сврха *judicial notice* је обезбеђење експедитивног поступка у ситуацијама када је према прихваћеном критеријуму непотребно да се о релевантној чињници изводе докази. Тако Cross и Tapper наводе:

“Најмање су два разлога због којих треба имати доктрину формалног пријема на знање. На првом месту, она убрзава расправу у многим случајевима. Много би се времена изгубило уколико би се свака чињеница која није призната била предмет доказивања, што би, у многим случајевима, било скупо или би било тешко да се прибаве докази. Друго, ова доктрина има тенденцију да доведе до униформности одлука по чињеничним питањима код којих диверзитет налаза би могао понекад да буде изразито непријатан.”²³⁷

239. У земљама common law-a, *judicial notice* обухвата, како наводи Phipson „the provisions of the law, which is not a matter of evidence at all, and the acceptance of facts without admission of proof”²³⁸ Или како износе Крос и Тапер, "When the court take judicial notice of a fact , as it may in civil and criminal cases alike, it declares that it will find that the fact exists , or direct to jury to do so, although, the existence of the fact has not been established by evidence.”²³⁹ "There is the two classes of case in which the court will act in this way, to quote Lord Sumner: Judicial notice refers to facts which a judge can be called to upon to receive and to act upon either from his general knowledge of them, or from inquires to be made by himself for his own information from sources“

240. У поступку пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију, претресно веће може, уколико су за то испуњени одговарајући услови, да формално прими на знање чињенице о којима је већ пресуђено (adjudicated facts, чињенице које је утврдило веће у неком другом поступку), општепознате чињенице, или документ који је изведен као доказ у другом

²³⁷ Cross and Tapper, *On Evidence*, Colin Tapper-уредник, 8 издање, London 1995, стр.78

²³⁸ Phipson, *op.cit.*, стр. 16

²³⁹ Cross and Tapper, *op.cit.*, стр.69

поступку пред Трибуналом.²⁴⁰ У сваком случају, формалчни пријем на знање се врши одговарајућом одлуком судског већа у току поступка, у највећем броју случајева већ у претпретресној фази поступка.

241. У пракси Међународног суда правде израз *judicial notice* је употребљен неколико пута у контексту дикте из предмета *Fisheries* у коме је значење овог израза различито од значења који се овом термину придаје у земљама common law-а или у међународним кривичним поступцима. Суд је у предмету *Fisheries*, резоновало на следећи начин:

„The Court . . . , as an international judicial organ, is deemed to take *judicial notice* of international law, and is therefore required in a case falling under Article 53 of the Statute, as in any other case, to consider on its own initiative all rules of international law which may be relevant to the settlement of the dispute. It being the duty of the Court itself to ascertain and apply the relevant law in the given circumstances of the case, the burden of establishing or proving rules of international law cannot be imposed upon any of the parties, for the law lies within the judicial knowledge of the Court.’²⁴¹

242. Текст који је цитиран је уствари наставак који следи иза реченице „It is to be regretted that the Government of Iceland has failed to appear in order to plead its objections or to make its observations against the Applicant’s arguments and

²⁴⁰Према правилу 94 Правилника о поступку и доказима

А) Претресно вијеће неће тражити доказивање општепознатих чињеница него ће их формално примити на знање.

Б) На захтјев једне од страна или *проприо моту* претресно вијеће може, након што саслуша стране, одлучити да формално прими на знање чињенице о којима је пресуђено или документарне доказе из других поступака пред Међународним судом који се односе на питања о којима је ријеч у текућем суђењу

Критеријуми којих се трибунал продржава у приликом формалног пријема на знање пресуђених чињеница дефинисани су у предмету Тужилац против Милошевића, предмет бр. ИТ-02-54-АР73.5, Одлука по интерлокуторној жалби оптужбе на Одлуку Претресног већа по предлогу оптужбе за формално примање на знање чињеница о којима је већ пресунено од 10. априла 2003., 28. октобар 2003.

²⁴¹ I.C.J. Reports 1974, p. 9, para. 17; p. 181, para. 18.

contentions in law.“ У овом контексту, чини се да је израз *judicial notice* сувишан. Већ француска верзија исте *dicte* у релевантном делу открива слабости коришћења термина *judicial notice*. Наиме у француском тексту спорни део је преведен са „...n'en est pas moins censée constater le droit international“ Дакле у значењу да суд као орган међународног права треба да примени или констатује међународно право, а не да га формално прими на знање.

243. Статут Суда и Правилник Суда не спомињу доктрину *judicial notice*, нити се у досадашњој јурисруденцији искристалисао „поступак“ формалног пријема за знање. Формални пријем на знање је институт који подразумева постојање интерлокуторног поступка у коме се доноси одлука којим се установљава релевантна чињеница. У поступку пред Међународним судом правде, све чињенице, без обзира да ли се ради о спорним или неспорним чињеницама, или општепознатим чињеницама, утврђују се на крају дана, приликом доношења коначне пресуде.

IV

ИЗВОЂЕЊЕ ДОКАЗА – ПОСТУПАК, УЛОГА СУДА И СТРАНАКА

1. ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ

244. Две су основне групе норми којима се регулише доказивање пред Судом, прва се тиче извођења доказа (начина њиховог изношења пред Суд), друга група се тиче утврђивања чињеница релевантних за доношење одлуке по захтеву странке.²⁴² Ове две групе норми налазе се у међусобној интеракцији. Систем извођења доказа треба да буде такав да обезбеди суду или трибуналу да донесе исправну пресуду. Стога недостаци фазе поступка која је намењена извођењу доказа могу имати за последицу недостатке у коначној пресуди. Будући да је поступак пред Судом једностепен, (односно, да не постоји ауторитет коме би се упутила жалба због битне повреде правила поступка или погрешно или неправилно утврђеног чињеничног стања) решавању питања која се тичу извођења доказа мора се приступи са високим степеном обазривости. Пред Суд се поставља захтев не само да поштује прописана правила поступка, већ и да их примењује на начин који омогућава извођење доказа и аргументације странака на начин који ствара услове за доношење исправне пресуде, па уколико је неопходно и да ради постизања те сврхе одступи од одредби Правилника. Неостваривање ових захтева не може да се одрази на правни статус пресуде Суда, већ на на поверење држава у Суд и схватање адекватности поступка пред Судом за решавање међудравних спорова, чиме би Суд изгубио сврху свог постојања.

²⁴² Како истиче Mani: "International adjudication, as a proces, is a harmonious amalgam of mainly two or more or less qualitatively distinct, yet independent, process, viz. the communicative and decisional. In the communicative process parties play the leading rule. By their participation, while efficiency projecting their claims and demonstrating them with whatever evidence they deem relevant, they tend to utilize the process to their advantage. The communicative process provides for each party sufficient opportunities to communicate effectively to the tribunal the demonstrability of its claims (and the lack of those of the other party), maximizing thereby the acceptability of its goals values. It also endows to the tribunal with a good chance of educating itself about material aspects of the controversy, the decisional process in a strict and formal sense, involves exclusive participation by the members of the tribunal in the deliberations and formulation of decision." V. S. Mani, *International Adjudication, Procedural Aspects*, Martinus Nijhoff Publishers, the Hague, Boston, London, 1980, стр.2

245. Поступак је делимично уређен Статутом Суда и Правилима Суда. Сврху ове регулативе Суд је нагласио Међународни суд правде у случају *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* :

“Одредбе Статута у Правилника Суда које се односе на подношење поднесака и извођење доказа дизајниране су тако да обезбеде здраво правосуђе, и правичне и једнаке могућности за сваку од странака да коментарише тврдње супротстављене странке.”²⁴³

246. Модели судског поступка углавном се класификују с обзиром на расподела улога између странака и суда у току поступка. Поступак пред Судом није моделиран ни по узору на европскоконтинентални модел, ни по узоу на англо-амерички модел, већ је заснован на искуству арбитражног решавања спорова и сопственом искуству. За изналагање решења за проблеме који се јављају у новијој јуриспруденцији Суд се не ослања на решења из националних правних система, већ, како је истакао још Стални суд међународне правде у предмету *Mavrommatis*, уколико неко правило није предвиђено Статутом и Правилима Суда:

„Суд је слободан да усвоји начело за које сматра да најбоље обезбеђује вршење правосуђа, које је најподесније за поступак пред међународним трибуналом и највише у складу са основним начелима међународног права“.²⁴⁴

247. Поред захтева за обезбеђењем равноправности странака и начела здравог правосуђа у поступку пред Међународним судом правде, поступак је тако дизајниран да и спроводи на начин који обезбеђује да коначан исход не зависи од решавања процедуралних питања²⁴⁵. Ради остваривања те сврхе, приликом разматрања правила поступка и пројекције њиховог даљег развоја, ваља водити рачуна да је један од циљева поступка, како истиче Rosenne:

²⁴³ The provisions of the Statute and the Rules of the Court concerning the presentation of pleadings and evidence are designed to secure a proper administration of justice, and a fair and equal opportunity for each party to comment on its opponent's contention' ICJ Reports 1986, para. 31

²⁴⁴ *Mavrommatis, PCIJ, Ser A, No. 2*, стр. 16.

²⁴⁵ Још је Стални суд међународне правде у предмету *Free Zones*, нашао за потребно да искаже да „the decision of international dispute should not mainly depend on a point of procedure“ *Free Zones*, стр.

“да неутралише сваку иницијалну предност коју би могла да стекне било која странка- односно да обезбеди да ни једна од страна стекне неку неправичну предност у односу на другу, када је то последица посебних околности случаја.
„²⁴⁶

248. Будући да су странке у поступку пред Судом суверене државе, правила поступка и ограничења слободе иступања треба да буду таква да не представљају препреку да државе - странке у поступку - изнесе доказе и аргументацију коју сматрају потребном за образлагање својих захтева.²⁴⁷ Другим речима, поступак је тако моделиран да обезбеђује да државе изведу своје случајеве (cases) на начин на које оне сматрају потербним.²⁴⁸ Вођен том сврхом, поступак пред Судом не познаје ригидна процесна правила техничке природе која су својствена појединим унутрашњим правим системима. И сам Суд је с времена на време истакао да не жели да буде везан „претераном формалношћу“²⁴⁹ Како је истакао Лаутерпахт, „значај интереса у питању онемогућава претерано или одлучјуће ослањање на формална и техничка правила“²⁵⁰

249. Факултативна природа надлежности Међународног суда правде има снажан утицај и формирање правила поступка. Како је истакао судија Oda,

²⁴⁶ Rosenne, III.258, стр.1049

²⁴⁷ Паво странака да буду саслуштани од стране Суда (right to be heard) је „једно од најелементарнијих процесних права странака,” Уствари, и писмена и усмена фаза поступка су управо посвећене остваривању овог права у складу са начелом равноправности странака. (Види: Kenneth Carlston, *The Process of International Arbitration*, New York, 1946, стр.40)

„The right to be heard envelops the whole range of the communicative process commencing from the moment of institution of the proceedings. It involves each party’s right to present its claims, expound them with arguments based on analysis of fact and law, put forth all conceivable legitimate defences, demonstrate them with adequate evidence, rebut the other parties’ evidence, and so on. It also covers each party right to know, with sufficient notice, what is up against it. Each party has a right not to be taken in surprise. In short, the right to be heard constitutes the king pin of the international adversary procedure.” (V.S. Mani, стр.30)

²⁴⁸ Keith Highest, Evidence and Proof of Facts, u *The International Court of Justice at a Crossroads (L. F. Damroch urednik)*, American Society o International Law, New York, 1987, сmp. 356-37

²⁴⁹ „The Court has said from time to time that that it does not wish to be bound by excessive formality.“ John Collier, Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 2000, p.175.175

²⁵⁰ Sir Hersh Lauterpacht, op.cit. стр.366

консенсуална природа надлежности Суда има за последицу да „Међународни суд правде није у позицији да врши своју надлежност на аутократски начин,²⁵¹ те „уколико би Суд инсистирао на стриктној примени својих поступака судског начина репавања спорова, изложио би се ризику да изгуби поверење држава у његову прикладност да реши њихове спорове, што би могло да проузрокује јеш једна период судске неактивности сличан ономе од 1960-1970.“²⁵²

250. Претходна расправа не може, ни на који начин, да послужи као основ закључку да је поступак пред Судом неуређен. Поступак пред Судом је судски поступак, и подразумева не само права, већ и дружности странака да поштују процесна правила, равноправност друге странке и ауторитет Суда. Моментом изражавања пристанка на Статут Суда, држава једновремено прихвата и правила поступка, било да су садржана у Статуту било у Правилнику Суда донесеном на основу Статута Суда. Са друге стране, Статут и Правилник Суда, као и правила која су се искристалисала у пракси Суда омогућавају да се поступак одвија на начин који је у највећој могућој мери у складу са заједничком вољом странака и уз уважавање захтева и интереса странака.

251. Иако се често истиче сличност поступка пред Судом са грађанским судским поступком каквог познају унутрашњи правни системи, такво поређење је могуће вршити само у педагошке сврхе. Решавање спорова између суверених држава, природа спорова који се износе пред Суд и значај интереса у питању, онемогућавају да се поступак поистовећује, или да се Суд приликом формулисања правила поступка (претерано) ослања на аналогију са грађанским судским поступком каквог познају унутрашњи правни системи.²⁵³ Како смо детаљније

²⁵¹ the ICJ is not in a position to exercise jurisdiction in an autocratic manner (S. Oda, *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993) Recueil des Cours de l' Academie de Droit International*, pp.31-32

²⁵² After all, if the Court were to insist upon the strict application of its own procedures for judicial settlement, it would run the risk of losing the States' confidence in its suitability for settling their disputes, thereby incurring another spell of judicial inactivity similar to those witnessed in the 1960s and 1970s. S. Oda, *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993) Recueil des Cours de l' Academie de Droit International*, pp.31-32

²⁵³ Riddell i Plant су становишта да „At the first glance, proceedings before the ICJ might appear to resemble those before national Courts“, *Evidence before International Court of Justice*, p. 11. Међутим,

образложили у делу о изворима начела и правила о доказивању, аналогија са правилима унутрашњих правни система нужно води на погрешан пут, а поступак је данас изграђен у мери у којој прибегавање аналогији или тражењу идејних решења по узору на поступке какве познају унутрашњи правни системи има готово искључиво академски значај. Како истичу Ridel и Plant:

Независно од тога да ли је педигре Суда хибридни или изворни, он данас постоји као јединствен и комплетан судски модел са једиственом комбинацијом функција и средстава. У ствари, сваки покушај да се Суд процењује уз помоћ аналогије са националним правосудним институцијама носи са собом ризик погрешног схватања његове природе и начина функционисања, будући да се Суд разликује од својих националних пандана, и свакако од других међународних трибунала, у низу фундаменталних, па чак и структуралних аспеката.”²⁵⁴

Ову опаску посебно треба имати у виду због сличности појединих начела и правила, која се, међутим, у поступку пред Судом операционализују на другачији начин, на начин својствен решавању међудржавних спорова, и да поједина правила, иако наизглед иста или слична у поступку пред Судом могу да имају другачију улогу.²⁵⁵ Чињеница да се у поступку пред Судом примењују извесна начела која се једанко примењују и у поступцима пред националним судовима не мења ни у чему изнесу тврдњу, будући да поверавање судске функције (у правом смислу те речи) подразумева да ће то тело вршити своју делатност на начин који је својствен судској функцији, да ће поступати као суд.

становишта смо да су разлике толико упечатљиве да није могуће говорити о томе да поступак пред Судом „личи“ (resemble) на поступке какве познају било земље common law-a, било правни системи европскоконтиненталне правне традиције (чији су типични предствници немачки и француски модел судског поступка)

²⁵⁴ Ridel and Plant, op. cit., str. 12.

²⁵⁵ Примера ради, још је Стални суд међународне правде у предмету *German Interests in Polish Upper Silesia* истакао „in the case of municipal court, it would be of some interest to solve the question in order to determine at what stage in the proceedings such a ground of defence might or should be put forward. But, in estimating the value of the alternative submissions to the effect that it should suspend judgment in the suit before it, the Court has not to give regard to “the various codes of procedure and various legal terminologies” in use in different countries.” PCIJ Reports 1925, Vol. A6, стр.19.

252. Модел поступка пред Судом грађен је на искуствима деветнаестовековних арбитражних трибунала који су решавали међудржавне спорове, док је данас, како истиче Rosenne:

“међународни судски поступак пред Међународним судом правде, и генерално међународни поступак судског решавања спорова између две или више држава, је комплетно аутономна и независна институција међународног права и праксе, која има само површне сличности са домаћом правном процедуром и поступцима других институција које су овлашћене да решавају спорове и друге случајеве у којима држава може да се појави као странка. У многим аспектима ситуација је обрнута, и пракса међународних арбитража формирана за решавање спорова између двеју или више држава (и између државе и међународне владине организације) је под утицајем праксе Међународног суда правде.”²⁵⁶

²⁵⁶ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005, Volume III – Procedure*, 2006, III.254, стр.1022

2. ИЗВОРИ ПРАВИЛА О ПОСТУПКУ И ДОКАЗИВАЊУ, УЛОГА ПРЕДСЕДНИКА СУДА

253. Након подношења акта којим се покреће поступак Суд предузима низ корака којим се омогућава вођење поступка. Они подразумевају по правилу састанак председника Суда са представницима странака у циљу одређивања рокова за различите радње које у поступку треба да буду предузете.²⁵⁷ Одржавање прелиминарних консултација са заступницима странака је добро установљена пракса Суда, која је посебно предвиђена и низом одредби Правилника Суда.

254. Према члану 31 Правилника Суда:

„У сваком случају који се изнесе пред Суд, председник Суд ће прибавити становишта странака која се тичу питања поступка. У ту сврху он ће сазнати састанак са заступницима странака што је пре могуће након њиховог именовања, и кадгод се наксине покаже да је то нужно.“

255. Становишта странака не везују Суд, али је он дужан да их узме у разматрање приликом доноштења одлука. У досадашњој пракси, сагласна становишта странака по питањима поступка Суд је редовно уважавао.

256. Одредба члана 31 Правилника је општа одредба о овлашћењима и дужностима председника Суда у погледу сазивања представника странака како би се упознао са њиховим становиштима по питањима поступка. Консултације са странкама не представљају могућност већ дужност председника Суда.

257. Према члану 44 Правилника Суда:

„1) У складу са информацијама које је прибавио председник Суда у складу са чланом 31 Правилника, Суд ће издати потребна наређена која су нужна да се утврди, између осталог, број и редослед подношења поснесака и рокови у којима они морају да буду поднети.“

²⁵⁷ VS Mani, op.cit., стр. 92

2) Приликом издавања наређења према параграфу 1 овог члана, узеће се у обзир сваки споразум између странака који не проузрокује неоправдано одлуговлачење.“

Сходно члану 58 (2) Правилника Суда, „редослед истушања странака, начин бављења доказима и испитивања сведока и експерата, број заступника и адвоката који ће иступати у име сваке од странака, одредити Суд након што прибави становишта странака у складу са чланом 31 Правилника.“

258. Комуникација коју председник Суда врши са представницима странака ограничена је на процесна питања, укључујући ту и питање распореда извођења појединих процесних радњи. Иако је Правилником Суда предвиђено да ће Суд становишта странака „узети у обзир“ приликом издавања наредни којима управља поступком, у пракси Суд обично уважава предлоге странака. Како је истакао судија Ода, Међународни суд правде „није у позицији да врши своју надлежност на аутократски начин“²⁵⁸ будући да „уколико би Суд инсистирао на стриктној примени својих поступака за судско решавање спорова, изложио би се ризику да изгуби поверење држава у примереност решавања спорова, и проузроковао још једну судску неактивност која би била сличјна оној из шездесетих и седамдесетих година“²⁵⁹ Другим речима, вршење дискреционаих овлашћења Суда у погледу решавања низа процесних питања и питања везаних за организацију суђења у пракси Суда се врше на начин који у највећој могућој мери узимају у обзир становишта странака.

*

²⁵⁸ the ICJ is not in a position to exercise jurisdiction in an autocratic manner (S. Oda, *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993) Recueil des Cours de l' Academie de Droit International*, pp.31-32

²⁵⁹ After all, if the Court were to insist upon the strict application of its own procedures for judicial settlement, it would run the risk of losing the States' confidence in its suitability for settling their disputes, thereby incurring another spell of judicial inactivity similar to those witnessed in the 1960s and 1970s. S. Oda, *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993) Recueil des Cours de l' Academie de Droit International*, pp.31-32

259. Правилником је пружена могућност странкама да заједнички предложе модификацију правила која се тичу извођења доказа. Према члану 101 Правилника Суда

„Странке могу заједнички да предложе посебну модификацију или допуну правила садржаних у овом делу (са изузетком чланова 93–97)²⁶⁰, које може применити Суд или Веће, уколико их Суд или Веће сматра примереним према околностима случаја.“

260. Странке могу да предложе измене правила само заједнички, а Суд ће предлог усвојити или одбити у зависности од тога да ли сматра да су „примерене околностима случаја.“ Дакле, коначну одлуку, односно потпуно или делимично прихватање предлога странака, доноси Суд. Приликом одлучивања да ли ће да врши предложено овлашћење, Суд ће примарно размотрити да ли је његово вршење нужно ради ефективног вршења судске функције, да ли је у складу са Статутом Суда и одредбама Правила Суда која нису подложна изменама на предлог парничних странака, и да ли се њиховим вршењем прекорачују инхерентна ограничења вршења судске функције.

261. Странке не могу својим заједничким предлогом да доведу до одступања од одредби Статута Суда (конститутивног акта Суда). Као конститутивни инструмент, Статут садржи прописе који су за Суд, као и за странке, императивне природе. У случају *Free Zones*, Стални суд међународне правде је био децидан истакавши да Суд „не може на предлог странака да одступи од одредби Статута“.²⁶¹

²⁶⁰Члан 93 – "Пресуде донесене од стране Већа читају се на јавном заседању тог Већа", одредбе одељка Ф, пододељка 1 (Пресуде). Члан 94 " (1) Када суд оконча расправу и усвоји пресуду, странке се обавештавају о датуму када ће бити прочитана, (2) Пресуда ће се прочитати на јавном заседању Суда и постаће обавезујућа за странке на дан њеног читања". Члан 95 се односи на садржину пресуде индивидуалним мишљењима и декларацијама Судија, на потписивање, печатање, архивирање и достављање пресуде. Члан 96 се односи на језик на коме ће бити израђена ауторитативна верзија пресуде у случају да је према споразуму странака усмени и писмени поступак вођен на једном од два званична језика Суда. Члан 97 који предвиђа да, уколико Суд, према члану 64 Статута, одлучи да све или део трошкова једне странке сноси друга странка, може донети наредбу којом се даје дејство овој одлуци.

²⁶¹ *PCIJ, Ser. A, No. 22*, стр. 12.

3. ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА, УСМЕНА И ПИСМЕНА ФАЗА ПОСТУПКА

262. Поступак пред Судом се покреће тужбом или нотификацијом специјалног споразума. Остављајући по страни интерлокуторне фазе поступка (поступак по захтеву за издавање привремених мера, поступак по претходним приговорима и поступак захеву за интервенцију), поступак у главној ствари подељен је на усмену и писмену фазу поступка, као и фазу доношења одлуке (већања и гласања) након које следи проглашење пресуде. У погледу извођења доказа, писмена фаза поступка је резервисана за извођење документарних доказа, док је усмена фаза поступка резервисана за испитивање сведока, вештака и сведока-вештака. У овом делу нећемо разматрати сва правила поступка, већ ћемо пажњу усмерити на кључна питања извођења доказа и обезбеђења услова за доношење коначне пресуде.

263. Интенција правила је да се кроз претходне стадијуме кристалише спор, односно да свака наредна фаза поступка (фаза писменог или усменог поступка) буде посвећена првенствено питањима која су међу странкама још увек спорна.

3.1. ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА

264. Поступак пред Судом се може покренути на два начина, подношењем тужбе (Application) или нотификацијом специјалног споразума (компромис, special agreement). Начин покретања поступка унеколико детерминише даљи ток поступка, па самим тим има утицаја и на питање извођења доказа.

265. Статутом и Правилником Суда, дефинисани су обавезни елементи тужбе. Уз тужбу се не подносе се докази, нити се предлаже извођење доказа.

266. Природу акта којим се покреће поступак пред Судом (l'acte introductif) није лако одредити. У суштини, реч је о акту којим се сазива суд (saising of the Court), односно, „основни циљ документа којим се покреће поступак је да активира судска овлашћења трибунала у погледу конкретне спорне ситуације.”²⁶² Другим речима, подношењем тужбе, односно нотификацијом специјалног споразуја, сазива се суд (seisin of the Court), чинеме се активирају његова овлашћења из домена инцидентне надлежности.

267. Било да се покреће нотификацијом специјалног споразума било тужбом, иницијални акт мора да садржи назнаку „предмета спора и странке”²⁶³ Правилником Суда предвиђено је да „у тужби треба да се назначи, колико је могуће, правни основ за који се истиче тврдња да се на њему заснива надлежносту Суда, њом ће се такође спецификовати и прецизна природу захтева, заједно са сажетим чињеничним тврдњама и основима на којима се заснива захтев”²⁶⁴

268. Странка која покреће поступак већ у тужби назначавача чињенице на којима заснива захтев. Међутим, од странке се не очекује да у тужби изнесе све чињенице (чињеничне тврдње). Она треба да их изнесе у мери у којој идентификује, са довољним степеном прецизности, природу и основ захтева, који подлеже изменама и дупунама у даљем току поступка. Само навођење чињеница у

²⁶² VS Mani, op.cit.,стр. 88

²⁶³ Члан 490 Статута.

²⁶⁴ The application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based.

тужби не значи да ће оне да буду предмет доказивања у току поступка. Оне међу странкама не морају да буду спорне, што отклања потребу за доказивањем. Уз невелик број изузета, често нису спорне чињенице већ правни закључци који се на њима заснивају.

269. Чланом 39 (с) Правилника суда, предвиђено је да уколико се поступак покреће нотификацијом специјалног споразума, да ће овј нотификацији бити приложена оверена копија специјалног споразума. Нотификација ће, такође, у мери у којој то није очигледно из споразума, указати на прецизну природу спора и странке у спору.²⁶⁵

270. Значај иницијалног акта (тужбе или нотификације специјалног споразума) је да се у њему означе „параметри меритума у погледу ког се Суд позива да донбесе одлуку.“ Одредбе о садржини тужбе и специјалног споразума, као је навео Суд у предмету *Nuclear Tests*,

„су од таквог суштинског значаја са становишта правне сигурности и здравог правосуђа да су, у суштини, оне већ биле део текста Статута сталног суда међунродне правде ... и текста Правилника усвојеног 1992 ... у више наврата Стални суд међународне правде је указао на значај ових текстова.“²⁶⁶

271. Расправа о правном значају и последицама покретања поступка је ван домашаја овог рада. Када је реч о питањима која се везују за доказивање пред Судом, сам акт о покретању поступка не одређује у потпуности на којим чињеницама се заснива захтев, већ се њиме практично одеђује само природа спора. Поред тога, како показује пракса, тужбе редовно садрже резерву према којој странка задржава право да је амандира (измени или допуни) (једини изузетак је случај *ELSI*).²⁶⁷ Иницијални акт редовно бива модификован, како у погледу основа надлежности Суда, тако и у погледу чињеница и правног основа захтева, и

²⁶⁵ Члан 39 (2.) In each case the notification shall be accompanied by an original or certified copy of the special agreement. The notification shall also, in so far as this is not already apparent from the agreement, indicate the precise subject of the dispute and identify the parties to it.

²⁶⁶ *Nuclear Tests cases, ICJ Reports 1974*, стр. 260, 463, para 24.

²⁶⁷ Rosenne, op.cit., III.298, стр.1237.

Суд их сматра прихватљивим, све докле док се изменама спор који је изнет тужбом не трансформише у спор који је другачији по својој природи.²⁶⁸

272. Уколико се поступак покреће нотификацијом специјалног споразума, за разлику од покретања поступка подношењем тужбе, странкама се пружа могућност, коју не ретко и користе, да специјалним споразумом уреде низ питања која се директно тичу извођења доказа, као што су на пример, редослед подношења поднесака, језик на коме ће се водити поступак, да износе процесне предлоге-на пример да Суд изврши посету лица места (site visit), рокове за подношење поднесака и сл.

273. Значај тужбе и специјалног споразума за утврђивање које су чињенице релевантне је ограничен. За разлику од на пример кривичног поступка, у коме тужба одређује границе судијског одлучивања и служи као критеријум релевантности чињеница, тужба и специјални споразум су само иницијални акти којим се одређују странке и предмет и природа спора. Суштински значај за утврђивање које су чињенице релевантне и предмет доказивања је у поднесцима које странке подnose у току писмене фазе поступка.

²⁶⁸ „The Court recalls at the outset that admissibility is distinct from jurisdiction. In the current instance the Court is dealing with the question of admissibility. It is further recalled that it is for the Court to determine in the light of the circumstances of each case whether an application is admissible (*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 240). Under Article 40, paragraph 1, of the Statute of the Court, the “subject of the dispute” must be indicated in the Application; as established in the Court’s jurisprudence, an additional claim must have been implicit in the Application (*Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 36) or must arise “directly out of the question which is the subject-matter of that Application” (*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 203, para. 72).“ *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) 13 July 2009 Judgment*, paras, 7, 8.

3.2. ПИСМЕНА И УСМЕНА ФАЗА ПОСТУПКА

274. Поступак судског решавања међудржавних спорова састоји се од две sukcesивне фазе – писмене и усмене фазе поступка.²⁶⁹²⁷⁰ Подела поступка на усмену и писмену фазу је категорија Статута Суда, и стога оне представљају обавезне стадијуме поступка.

275. Према члану 43 Статута Суда: „Поступак се састоји из два дела: писменог и усменог.“ Стаутом Суда је прописано да се „писмени поступак састоји из достављања Суду и странкама Memorial-а, Counter Memorial-а, и уколико је потребно, одговора (replies), такође и свих поткрепљујућих писмена и докумената.“ Ставом 5. истог члана регулисано да се „Усмени поступак састоји из саслушања од стране суда сведока, вештака, заступника, саветника и адвоката.“²⁷¹

²⁶⁹ Изузетак је не редак случај раније арбитражне праксе када се решавање спора поверава једном арбитражу.

²⁷⁰ Како истиче Mani: „The procedure before an international tribunal constitutes the most essential strategy of the communicative process which customarily consists of two phases, namely written and oral. These two phases are functionally complementary to each other and a proper understanding of the communicative effect of either of them would not be complete without appreciating that of the other.“ V. S. Mani, *op. cit.*, стр.8

²⁷¹ У оригиналу на енглеском језику стоји : The procedure shall consist of two parts: written and oral.

2. The written proceedings shall consist of the communication to the Court and to the parties of memorials, counter-memorials and, if necessary, replies; also all papers and documents in support.

3. These communications shall be made through the Registrar, in the order and within the time fixed by the Court.

4. A certified copy of every document produced by one party shall be communicated to the other party.

5. The oral proceedings shall consist of the hearing by the Court of witnesses, experts, agents, counsel, and advocates.

276. Статутом је дефинисано да се *сви поткрепљујући* документарни докази требају извести у току писмене фазе поступка. Под „поткрепљујућим документарним доказима“ подразумевају се докази на које се странка ослања приликом изношења својих чињеничних тврдњи или оспоравања чињеничних тврдњи супротстављене странке. Извођење доказа по окончању за то предвиђених рокова има статус изузетка који је посебно регулисан чланом 52 Статута Суда:

„Пошто Суд прими доказе и доказне предмете (proofs and evidence) у роковима одређеним у ту сврху, он може да одбије да прими сваки нови усмени или писмени доказ који би једна странка можда желела да предочи осим уколико се друга страна са тим сагласи.“

277. У пракси Суда важи правило да се сви писмени докази изводе у току писмене фазе поступка, а усмени докази (испитивање сведока, експерата, и сведока-експерата) у току усмене фазе поступка.²⁷² Док, како ћемо касније детаљније образложити, документарни докази не подлежу посебним правилима о допуштености доказа уколико се изводе у за то предвиђеним роковима, дотле, захтев за предочавање сваког новог писменог доказа по окончању писмене фазе поступка предствља изузетак, и стога је неопходно или да се друга страна са тим сагласи или посебна одлука Суда.

**

278. Сврха писмене фазе поступка не ограничава се на извођење документарних доказа. Како истиче Rosenne:

„Сврха писмене фазе поступка је да странке презентују целокупан случај, потпуно документују и детаљно расправе. Имајући у виду хетерогену композицију Суда, странке понекад сматрају да је ексенизивну оријентацију

²⁷² „The significance of the division of the proceedings into written and oral proceedings consists of the fact that, subject to a ruling to the contrary by the Court, after the termination of the written proceedings no new documents may be submitted, save with the consent of the other party. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London 1949, p. 434.

њихових случајева потребно извршити у току писмене фазе. То је довело до преобимности поднесака, што је углавном последица подношења документа као анекса поднесана које странке сматрају нужним да поткрепе своје случајеве (што је захтев члана 43 Статута). Сврха усменог поступка је да омогући да се након прегледа свих материјала и аргумента сваке од странака, а који се учини сувишним, остави по страни. Непонављање у току усмене фазе поступка аргумента који су изнети у писменој фази, заједно са прихватањем права или чињеница у усменој фази поступка, може да олакша задатак Суда. С друге стране, мора се испољити опрез, као је Суд више пута нагласио у случају *Norwegian Loans*, да само непонављање аргумента или основа не може да послужи као основ за пресумпцију или закључак, већ одустанак мора да буде изричито декларисан. Према томе, као што се догодило и у овом случају, ако странка на самом крају усменог поступка остане при својим становиштима «у потпуности,» Суд ће ову изјаву доследно схватити. ²⁷³

...

„Функције ове две фазе поступка су различите, са даљим компликацијама које се тичу тога да ли је случај покренут нотификацијом специјалног споразума (у ком случају ни једна од странака се не може сматрати тужиоцем или туженом) или подношењем једностране тужбе. Примарна функција писмене фазе поступка је да се пред Суд изнесу све релевантне чињенице са свим поткрепљујућим писменим доказима, и да се све време испитује питање је то што још увек дели странке. Само она странка која подноси поднесак је у позицији да одлучи које чињенице и која документа су и даље релевантна за њен случај, како се развија у фази у којој се и подноси. Примарни циљ усменог поступка, када се странке по приви пут сусрећу у судници лицем у лице, је да увере већину судија Суда, који може да броји и до 17 судија, од којих сваки припада различитом правном систему и различитој правној култури, у становишта те странке о случају као целини. Ово рађа фундаментално питање да ли Суд може, или треба, да се међа у спровођење писмене фазе поступка. ²⁷⁴

²⁷³ Rosenne, III.256, стр 1038.

²⁷⁴ Shabtai Rosenne, “The International Court of Justice New Practice Directions, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol.8 (str.171-180) 2009, p. 176

Док је сврха писмене фазе поступка јасна, једно од спорних питања у међународној праси и доктрини је питање сврхе усмене фазе поступка. Лаконско одређење усмене фазе поступка, као поступка који се састоји од „саслушања пред Судом свеока, експерата, заступника, саветника и адвоката,“ не открива природу и сврху усменог поступка, посебно што се у пракси ретко прибегава извођењу доказа испитивањем свеока, експерата и сведока-експерата. Одредба члана 60(1) Правилника Суда, којом је предвиђено да усмено излагање сваке од странака треба да буде што сажетије и у „границама онога што се захтева за адекватно изношење тврдњи странака на расправи,“ те да оно треба да буде усмерено на питања која су међу странкама још увек спорна те да се не треба „износити целокупан основ који је покривен поднесцима, или само понављати чињенице и аргументе који су у њима изнети,“ не представља ограничење за странке. Саслушање заступника, саветника и адвоката не представља извођење доказа, већ изношење аргументације странке. У највећем броју случајева усмена фаза поступка више личи на завршне речи у којима се, по правилу, понавља главнина аргументација, која је, готово по правилу, већ изнесена у току писмене фазе поступка.

279. *Inter Allied Committee* је у свом извештају разматрао сврху усмене фазе поступка, посављајући ко основно питање „која је *права* функција усменог поступка пред Судом,“ указујући на „утисак да у извесним случајевима она проузрокује и губљење времена, а да представници странка једва да чине нешто више до понављања аргументације која је већ у потупности (и често адекватније) изнесена у току писменог поступка.“²⁷⁵ Међутим, Комитет је закључио:

„Ми смо мишљења да би се постигла извесна предност уколико би се усмена фаза поступка усмерила на две главне категорије питања, наиме(а) на питања које су покренута или на којима се инсистира у последњем поднеску странке на који друга странка још није имала прилику да одговори; (b) на питања за које сам Суд унапред укаже странкама да би желео да чује њихову усмену аргументацију. Да би допринели усмеравању усмене фазе поступка ми бисмо желели да видимо усвајање флексибилне праксе како би судије могле да

²⁷⁵ Rosenne, *op.cit.*, III.317.

постављају конкретна питања адвокатима у току расправе, уместо да једноставно ћутећи слушају њихове говоре. Међутим, поврх свега, питања којима се Суд не може успешно бавити дефинишући писмена правила морају се оставити дискрецији Суда.²⁷⁶

280. Постоје предлози да се усмна фаза укине, или да се на неки начин убрза. Међутим, једнако као и писмена фаза поступка, усмена фаза поступка је обавезна фаза поступка. Како истиче Rosenne,

„There is an inarticulate premise underlying the suggestions, that in some respects the oral proceedings are inherently less important than the written proceedings. This assumption is open to question. Leaving aside that the hearing are in public, international tribunal composed as the International Court of Justice it becomes difficult to assert that one type of proceedings is inherently more important than other, although good and full written pleadings are the sine qua non of good and short-oral pleading. There is also the fact that some legal cultures and traditions prefer one or the other form of pleadings. The Statute wisely places the two stages of pleadings on a footing of procedural equality. On the other hand, it must be conceded that simultaneous translation, used for all speeches, has a deadening effect on presentations.“²⁷⁷

281. Временски фактор (време које протекне од момента окончања писмене фазе поступка до отварања усмене фазе поступка) може да буде од значаја за одређење сврхе усмене фазе поступка, посебно код флуидних спорова, односно спорова који у моменту њиховог изношења пред Суд се налазе у фази свог историјског развоја. Наиме, поступци пред Судом трају, по правилу, неколико година, и период који прође између доношења последњег поднеска и усмене расправе може да буде обележен променама које се на различите начине могу рефлектовати на поступак пред Судом. Примера ради, промене политичке ситуације у једној или свим државама које иступају као странке у датом поступку може да произведе потребу да се одређена питања посебно нагласе, изнесе нова аргументација,²⁷⁸ па и одступи од аргумената који су изнесени у претходној фази

²⁷⁶ Rosenne, III.317, стр. 1283-1284. (Report of the Inter Allied Committee of 1943-1944)

²⁷⁷ Rosenne, op. cit. стр.1287-1288

²⁷⁸ Росенне, op.cit., стр. 1288.

поступка. Државе су политичке јединке и њихова аргументација зависи не само од правних разматрања, или тежње за установљавањем „истине,“ већ од низа политичких фактора. Поред тога, протеклом времена долази и до откривања нових документарних и других доказа који могу да буду од значаја за решавање спора, па чак и да баце потпуно ново светло на спор који је изнет пред Суд.

282. Ово разматрање поткрепљује и процесна историја предмета *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, у коме је дошло до суштинске промене аргументације тужене државе (Србије и Црне Горе) коме је претходило повлачење против-захтева.²⁷⁹ Конкретна ситуација у поменутом предмету је била таква да је Србија ко тужена држава извршила суштинску промену своје аргументације и то у правцу отклањања спора између странака по низу питања везаних за чињеничне тврдње и доказну снагу неких од кључних доказа (пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију), док је Босна и Херцеговина – као држава тужилац, по окончању писмене фазе поступка предочила Суду огромну количину документарних доказа.

283. У поступку решавања спорова, Суд се ослања на тврдње и разматрања које међу странкама нису спорне, без обзира на процесни моменат у коме су странке изнеле сагласне чињеничне тврдње или постигле споразум о чињеницама. Са друге стране, може да буде спорно уколико странка мења аргументацију у другом правцу, наиме уколико тек у току усмене фазе поступка оспорава тврдње са којима се изричито сагласила у току писмене фазе поступка.

4. ПОДНЕСЦИ И АНЕКСИ ПОДНЕСАКА СТРАНАКА

284. У међународном правосуђу не постоји униформна номенклатура назива за различите поднеске странка.²⁸⁰ Хашке конвенције о мирном решавању

²⁷⁹ Види, Писмо заступника Србије и Црне Горе Суду од 20 априла 2001. Године.

У току усмене фазе поступка, по кључним питањима која су се постављала у предмету, укључујући ту и питање доказне снаге пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.

²⁸⁰ V. S. Mani, *op. cit.*, стр. 133

међународних спорова као и Статут Сталног арбитражног суда ове поднеске означавају као „cases,“ „counter-cases“ и „replies.“ Техничка имена кључних поднесака који се поднеосе Међународном суду правде одређена су Статутом, и тешко се могу на адекватан начин превести на српски језик, те ћемо се служити оригиналним називима. Наиме, Статутом Суда предвиђено је да се поднесци означавају као *Memorial*, *Counter-Memorial*, *Reply*, док је Правилником Суда додат и *Rejoinder*. Различита терминологија чини се да је «потпуно случајна.»²⁸¹

285. Одредбама Статута и Правилника Суда прописан је редослед подношења поднесака и елементи садржине поднесака, чиме се указује и на њихову функцију у поступку.

286. Уколико је поступак покренут тужбом, поднесци се подносе sukcesивно (консекутивно) и то држава тужилац подноси *Memorial* тужена држава *Counter-Memorial*. Суд може да овласти странке, или да им наложи, да држава тужилац поднесе *Reply* а тужена држава *Rejoinder*, уколико се странке о томе сагласе, или уколико суд одлучи, *proprio motu*, или на захтев једне од странака да је подношење ових поднесака нужно.²⁸² У пракси Суда, у највећем броју случајева, писмена фаза поступка се одвија у «два круга».

287. Уколико се поступак покреће специјалним споразумом, број и редослед подношења поднесака одвија се на начин који је предвиђен специјалним споразумом, осим уколико Суд, након што саслуша становишта странака, не одлучи другачије.²⁸³ Предност се увек даје споразуму странака, ако није

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² Члан 44 (4) Правилника Суда 2. If the special agreement contains no such provision, and if the parties have not subsequently agreed on the number and order of pleadings, they shall each file a Memorial and Counter-Memorial, within the same time-limits. The Court shall not authorize the presentation of Replies unless it finds them to be necessary.

²⁸³ 1. In a case begun by the notification of a special agreement, the number and order of the pleadings shall be governed by the provisions of the agreement, unless the Court, after ascertaining the views of the parties, decides otherwise.

предвиђен у специјалним споразумом, странке се могу након његовог подношења сагласити о њиховом броју и редоследу подношења, на исти начин као и у поступку који се покреће тужбом. Према Правилнику Суда, уколико се специјалним споразумом или накандним споразумом странка не постигне сагласност о броју и редоследу поднесака, свака од странака ће понети *Memorial* и *Counter Memorial* симултано, у роковима које за то одреди Суд. Правилником Суда је предвођено да Суд неће овластити странке да подносе *Replies*, осим уколико нађе да је то нужно.

288. Симултано подношење поднесака може да проузрокује проблеме и одуговлачење поступка. Суочен да проблемима везаним за симултано подношење поднесака, упутством 1 Упутства²⁸⁴ Суд апелује на странке, у случајевима када се поступак покреће нотификацијом специјалног споразума, да уговоре консекутивни модел подношења поднесака:

„Суд жели да обесхрабри праксу симултаног подношења поднесака у случајевима када је поступак покренут нотификацијом специјалног споразума“

289. Редослед подношења поднесака није чисто техничко питање. Он има утицаја како на развој стратегије иступања странака пред Судом, тако и на ефикасност поступка и могућност кристализације спорних питања током писмене фазе поступка.

2. If the special agreement contains no such provision, and if the parties have not subsequently agreed on the number and order of pleadings, they shall each file a Memorial and Counter-Memorial, within the same time-limits. The Court shall not authorize the presentation of Replies unless it finds them to be necessary.

²⁸⁴ Practice Direction I

The Court wishes to discourage the practice of simultaneous deposit of pleadings in cases brought by special agreement.

The Court would expect future special agreements to contain provisions as to the number and order of pleadings, in accordance with Article 46, paragraph 1, of the Rules of Court. Such provisions shall be without prejudice to any issue in the case, including the issue of burden of proof.

If the special agreement contains no provisions on the number and order of pleadings, the Court will expect the parties to reach agreement to that effect, in accordance with Article 46, paragraph 2, of the Rules of Court.

290. Иако је пракса да се у постуцима покренутим специјалним споразумом поднесци подносе симултано, Суд је приметио да

„у таквим постуцима странке обично теже да сачекају са изношењем своје аргументације, и да је обелодане тек након што им аргументи друге стране постану познати. Ово је вероватно утицало на пролиферацији поднеска и одуговчачење у формирању списка предмета. Суд стога жели да нагласи да симултано подношење писмених поднесака није апсолутно правило у таквим околностима. Суд, са своје стране, не види ништа друго до предности, да у таквим случајевима, уколико се странке сагласе у складу са правилом 46 (2) Правилника, подносе своје поднеске консекутивно.“²⁸⁵

291. Изношење аргументације и доказа странака путем симултаног начина подношења поднесака, иако у складу са традицијом арбитражног решавања спорова, утиче не само на експедитивност поступка, већ и на намеру која лежи у основи писмене фазе поступка, да се спор кристалише и да се не само целокупан доказни материјал, већ и кључна аргументација странака изнесе у писменој фази поступка. Симултани начин подношења поднесака изгледа да мотивише странке да главне теме расправе одлажу за усмену фазу поступка, што може да има за последицу да уколико „ситуација“ није довољно расветљена доведе до даљег одуговлачења поступка.

292. Иако се не могу заузимати чврста становишта у погледу тога да ли је примеренији систем консекутивног или симултаног подношења поднесака, становишта смо да консекутивно подношење поднесака пружа већу гаранцију да ће се расправа одвијати око тема које су међу странкама заиста спорне. Код консекутивног редоследа, наредни поднесак је редовно одговор на претходи, што концентрише тежиште расправе на питања која су међу странкама спорна. Међутим, симултани начин подношења поднесака се може показати као погоднији, без обзира да ли се поступак покреће нотификацијом специјалног споразума или тужбом. Наиме, кадкад је неопходно да странке симултано изразе своје „почетне позиције“, које ће послужити као основ за даљу расправу.

293. Улога Суда да управља поступком односи се, између осталог, и на одређивање броја и редоследа подношења поднесака као и рокова за њихово

²⁸⁵ Yearbook of the International Court of Justice, 1997-1998, стр. 285.

подношење. Правилником Суда је порописана обавеза Суда (односно председника Суда) да ова наређења издаје „у светлости информација које је прикупио Председник Суда према члану 31 Правилника,²⁸⁶“ односно узимајући у обзир становишта странака. Према члану 41 (2) Правилника Суда „Приликом издавања наређења према параграфу 1 овог члана (издавање наредби којима се одређује број и редослед подношења поснесака и рокови за њихово подношење – прим А. Гајић), сваки споразум између странака који не проузрокује неоправдано одлагање ће се изети у обзир“²⁸⁷

294. Формулација члана 44 (1) и (2) Правилника Суда указје да ће поменуте наредбе Суд доносити „у светлости информација“ односно становишта странака по овим процесним питањима, док, у случају споразума странака Суд ће га „узети у обзир“ под условом да се њиме не проузрокује „неоправдано одлагање.“ Иако се може упутити низ критика на рачун формулације члана 44 Правилника Суда, њоме је јасно назначено да одлуку о броју, роковима и редоследу подношења поднесака доноси Суд, који при томе води рачуна о ефикасности поступка, односно да се подношење поднесака одвија на начин којим се не проузрокује неоправдано одлагање. Међутим, у пракси, у случају сагласности странака Суд редовно издаје наредбе о управљању поступком којим се суштински спроводи споразум странака, док у случају несагласности странака Суд у највећој мери уважава позиције обеју странака.

295. Статутом Суда није прописана садржина поднесака, док Правилник Суда садржи само опште упућујуће одредбе, остављајући странкама велики степен слободе приликом одређивања „домашаја, природе и обима“ сваког од поднесака.²⁸⁸ Одредбама Правилника и Упутстава, са друге стране, дају се

²⁸⁶ 1. In the light of the information obtained by the President under Article 31 of these Rules, the Court shall make the necessary orders to determine, *inter alia*, the number and the order of filing of the pleadings and the time-limits within which they must be filed. (Члан 44 (1) Правилника Суда)

²⁸⁷ In making an order under paragraph 1 of this Article, any agreement between the parties which does not cause unjustified delay shall be taken into account. (Члан 44(2) Правилника Суда.)

²⁸⁸ Види: Mani, *op.cit.*, стр. 115.

одговарајући параметри који указују на њихову сврху, као и да се од странака очекује да у току писмене фазе поступка на релативно потпун начин аргуменују своје позиције, на начин којим се спор кристалише и идентификују питања која међу странкама нису спорна, и она о којима странке не могу да постигну сагласност.

296. Према члану 59 Правилника Суда²⁸⁹:

1) *Memorial* треба да садржи исказ о релевантним чињеницама, исказ о праву, и захтеве (submissions).

2) *Counter-Memorial* треба да садржи: прихватање или оспоравање чињеница које су изнете у *Memorial*-у, сваку додатну чињеницу, уколико је то потребно; примедбе у погледу правног исказа који је дат у Мемориалу, исказ о праву као одговор на тај исказ, и захтеве (submissions).

3) *Reply* и *Rejoinder*, кадгод Суд одобри њихово подношење, њеће садржати само понављање тврдњи странака, већ ће бити усмерени на изношење оних питања која их још увек деле. /која су међу странкама још увек спорна/

4. У сваком поднеску ће се изнети захтев /submissions/ странке у релевантном стадијуму случаја, одвојено од изнесених аргумента, или ће се њиме потврдити захтев који је претходно изнесен.

Према члану 50 Правилника Суда²⁹⁰:

²⁸⁹ 1) A Memorial shall contain a statement of the relevant facts, a statement of law, and the submissions.

2.) A Counter-Memorial shall contain: an admission or denial of the facts stated in the Memorial; any additional facts, if necessary; observations concerning the statement of law in the Memorial; a statement of law in answer thereto; and the submissions.

3.) The Reply and Rejoinder, whenever authorized by the Court, shall not merely repeat the parties' contentions, but shall be directed to bringing out the issues that still divide them.

4.) Every pleading shall set out the party's submissions at the relevant stage of the case, distinctly from the arguments presented, or shall confirm the submissions previously made.

²⁹⁰ There shall be annexed to the original of every pleading certified copies of any relevant documents adduced in support of the contentions contained in the pleading.

If only parts of a document are relevant, only such extracts as are necessary for the purpose of the pleading in question need be annexed. A copy of the whole document shall be deposited in the Registry, unless it has been published and is readily available.

A list of all documents annexed to a pleading shall be furnished at the time the pleading is filed.

Уз оригинал сваког од поднесака приложиће се оверене копије сваког релевантног документа који се износи у пирлог тврдњи садржаних у поднеску.

Уколико су само делови документа релевантни, потребно је да се приложе само они изводи који су нужни за сврху датог поднеска. Копија целог документа биће депонована у Секретаријату, осим уколико је реч о документу који је објављен и лако доступан.

Листа докумената која се прилажу уз поднесак ће се доставити у време подношења поднеска.

297. Документарни докази се поднесе као анекси поднесака, по избору странака, без рестриктивних правила која се тичу допуштености доказа, па чак и њихове релевантности и *prima facie* доказне снаге. Поднесак и анекси поднесака не подлежу контроли Суда било у погледу елемената њихове форме и садржине. Структура писмене фазе поступка, као и правила која се тичу садржине поднесака и анекса поднесака странака је одраз доследно имплементираног начела слободе доказињања. Сваки документарни доказ који се налази у анексу поднеска странке аутоматски налази своје место у спису предмета, те не постоји потреба нити могућност да о прихватању доказа који су поднесени као анекси поднесака Суд доноси било какве одлуке.

*

298. *Memorial* у систему консекутивног подношења поднесака је први поднесак државе тужиоца, док у систему симултаног подношења поднесака он је први поднесак сваке од странака.

299. У истој међународној правосуђа, поготово у првим деценијама двадесетог века, постојао је сукоб између америчке и европскоконтиненталне концепције у погледу тога да ли овај поднесак треба да садржи „*a statement of law*” који се манифестовао кроз један број поступака пред арбитражама које су формиране пред Сталним арбитражним судом и пред *Mexican United States Claims*

Commission.²⁹¹ Заступници америчке концепције били су становишта да “*pleadings*” не треба да садржи правну аргументацију, већ да ова треба да буде изнесена у засебном документу - „*the Brief*“ или „ *Written Arguments*”- и током усмене фазе поступка.²⁹² Наиме, према овом становишту *Memorial* или *case*, треба да се ограничи само на изношење чињеница и околности на којима „свака од страна темељи своју позицију.“ Стога ни “*case*” односно “*Memorial*” нити “*counter-case*” одн “*Counter Memorial*,” не треба да “*argue on law or marshal of facts*” будући да су обе функције резервисане искључиво за аргументацију странака, без обзира да ли се она износи у засебном поднеску или усмено.²⁹³ Према „континенталној концепцији,“ јединствен поднесак треба да обухвати као расправу о правним тако и чињеничним питањима, а становиште о неприхватљивости америчке концепције темељи на њеним инхерентним недостација, указујући како констатује Мани, „континентални метод, мора се прихватити да име једну значајну предност приликом транспоновања чињеничних питања и правних питања, и стога, доприноси, у великој мери ефикаснијем развоју комуникативног процеса.”²⁹⁴

300. У поступку пред Међународним судом правде, као и у свим поступцима пред савременим међународним судовима и трибуналима, прихваћена је такозвана континентална концепција. Изношење целокупне аргументације у јединственом поднеску, и чињеничних тврдњи на којима се темељи захтев и правне аргументације која се ослања на изнесене чињеничне тврдње, одраз је, између осталог, неприхватљивости строгих техничких правила поступка која у англоамеричком правном систему имају свој основ махом у подели функција између суда и лаичке пороте. Са друге стране, само се у јединственом поднеску може на адекватан начин предочити позиција државе која је од значаја за даљи поступак. Захтеви странака се заснивају како на чињеничним тако и на правним разматрањима, и строго раздвајање ова два питања у систему у коме професионалне судије одлучују и о чињеницама и о праву нема своје

²⁹¹ Mani, op.cit, стр.117

²⁹² Ibidem.

²⁹³ Ibidem, стр. 118.

²⁹⁴ Ibidem.

утемељење. Са друге стране, раздвајање које би се вршило по америчком моделу захтевало би да Суд располаже са овлашћењима да одбије пријем поднеска у случају да се у њему држава која га подноси није придржавала „техничких критеријума“ или да захтева од државе да га измени. Такав начин поступања у поступку решавања међудржавних спорова, у коме поднесци нису само ствар заступника, већ је његова израда и позиције које се у њему заступају често продукт разматрања и процедура које се одвијају у контексту који је резервисан за домен строго унутрашње надлежности државе.

301. *Counter-Memorial*, у систему консекутивног (сукцесивног) подношења поднесака, је први поднесак странке која има формалну позицију тужене државе. Правилник Суда садржи захтев да се странка наведе које чињенице признаје а које оспорава, ма коју додатну чињеницу, обсервације (запажања) које се тичу правних питања која су разматрана у *Memorial-u*, као изјаве о праву као одговор на оне које су садржане у *Memorial-u*, и захтеве (*submissions*). Он је дакле одговор на *Мемориал*, и први поднесак у коме се износе становишта о становиштима странке која покреће поступак. Одредба Правилника Суда о *Reply* и *Rejoinder* којом је предвиђено да ови поднесци треба да се сконцентришу на питања која су међу странкама још увек спорна, доприноси развоју аргументације и они су очигледно дизајнирани тако да представљају значајне инструменте путем којих се одвија расправа странака, и то на начин који није ометен било каквим инволвирањем суда у ту расправу, што је опет одраз доследно спроведеног начела слободе изношења аргументације и доказивања. Елементи садржине ових поднесака доприносе кристализацији спора, односно захтевају од странака да њима покрију она питања чијим расветљавањем се ставарју услови који омогућавају прелазак у наредну, усмену фазу поступка.

302. Иако се државе по правилу придржавају захтева постављених Правилником, Суд не располаже овлашћењима чијим вршењем би могао да санкционише поднесак који није израђен у складу са захтевима Правилника.

303. Очигледно је настојање да већ поднесак тужене државе допринесе утврђивању оних елемената који су међу странкама спорни. Међутим, странка није дужна да у свом поднеску изјасни о свим чињеничним и правним тврдњама супротне странке, већ да ова питања обради у мери у којој она сматра да је то

потребно. Пропуштање да се нека чињеница оспори не значи да ју је држава и прихватила.

304. Суд не располаже овлашћењем да због преобимности поднеска одбије његов пријем. Међутим, суочен са праксом очигледно преобимних поднесака, Суд је усвојио упутство III Упутства:

1. На странке се снажно апелује да писмени поднесци буду што је могуће сажетији, у мери која је у складу са потпуним презентовањем њихових позиција. 2. Имајући у виду широко распрострањену тенденцију пролиферације и протрактације анекса писмених поднесака, на странке се такође апелује да поднесцима прилажу само строго селектована документа.

305. Појашњење функције писмених поднесака Суд је дао у упутству II Упутстава, указујући да „свака од странака, приликом израде писменог поднеска, треба да има у виду чињеницу да су ови поднесци намењени не само да одговоре на захтеве и аргументацију друге странке, већ поврх свега, да презентују јасно захтеве и аргументе странке која га подноси.“ Стога се као захтев пред странке поставља да на крају сваког поднеска изнесу „кратак сажетак свог резонувања.“

306. Чини се да је функција захтева да се на крају сваког поднеска изнесе сажетак резонувања не само да се допринесе разумевању аргументације коју странка износи у свом поднеску, већ и да се поднесак концентрише на битна питања. Кроз сажетак се јасно одражава која аргументација странке је битна за даљи поступак. Сажетак има функцију кристализације и усмеравања аргументације странке на битна питања, будући да су у досадашњој пракси поднесци странака не ретко били оптерећености разматрањима за која се у каснијим фазама поступка показало да су, најблаже речено, сувишна.

307. Статутом је прописано да сви документарни докази којима се поткрепљују тврдње које се износе у поднесцима (all papers and documents in

support).²⁹⁵ Документарни докази, дакле служе да подрже (поткрепе) наводе странака који су изнети у тим поднесцима.

308. Правилником Суда (члан 50) прописана је форма подношења документарних доказа, као анекса поднесака.

309. Према члану 50 (1):

„Сваком од оригиналних поднесака приложиће се оверена копија сваког релевантног документа који се износи као поткрепљ навода који су садржани у тим поднесцима.“

310. Чланом 50 је, дакле, поред начина подношења документарних доказа, прецизирана и њихова сврха – да поткрепе наводе које су садржани у поднесцима. Другим речима одређује се функција документарних доказа

311. Чланом 50 (2) предвиђено је

„Уколико је само део документа релевантан, треба да буду приложени само они изводи који су неопходни за сврху датог поднеска. Копија целог документа ће се депоновати код Секретаријата, осим уколико је објављен и лако доступан.“

312. Одредба овог члана унеколико појашњава сврху документарних доказа кроз пример релевантности само дела документа. По природи ствари, члан 50 став 2 се односи на обимнија документа, чије би подношење као анекса поднеска би било сувишно.²⁹⁶

313. Везивање документа за „сврху поднеска“/„the purpose of the pleadings“/ указује јасно на сврху анекса поднеска и ограничава значај писмене документације, да оне служе за сврху доказивања, односно поткрепљивања оних теза /чињеничних тврдњи/ које се износе у поднесцима. . Ова одредба је, очигледно, формулисана с обзиром на концепцију која је прихваћена пред Судом, да се у поднесција извесе и расправи „целокупан случај.“

²⁹⁵Члан 43 Статута Суда.

²⁹⁶ Члан 50 (2) се тешко може применити на део документа који се састоји од на пример две или три стране, а држава сматра да је релевантна само једна од тих страна.

5. ИЗВОЂЕЊЕ ДОКУМЕНТАРНИХ ДОКАЗА ПО ОКОНЧАЊУ ПИСМЕНЕ ФАЗЕ ПОТУПКА

314. Извођење доказа по окончању за то предвиђених фаза поступака има статус изузетка који је посебно регулисан чланом 52 Статута Суда:

„Пошто Суд прими доказе и доказне предмете (proofs and evidence) у роковима одређеним у ту сврху, он може да одбије да прими сваки нови усмени или писмени доказ који би једна странка можда желела да предочи осим уколико се друга страна са тим сагласи. “

315. Ова статутарна одредба је допуњена чланом 56 Правилника Суда и Упутствима суда.

316. Према члану 56 Правилника Суда:

1. По окончању писменог поступка, ни једна од странака не може да подноси Суду нова документа осим уз пристанак друге странке или уколико су испуњени услови из параграфа 2 овог члана. Странка кој жели да поднесе нови документ поднеће његов оригинал или оверену копију, заједно са оним бројем копија које буде захтевао Секретаријат, који је одговоран за њихово достављање другосј странци и који ће о томе обавестити Суд. Сматра се да је друга странка дала свој пристанак уколико не уложи приговор на подношење овог документа.

2. У одсуству пристанка, Суд може, након што саслуша странке, уколико сматра да је документ нужан, овластити његово подношење.

3. Уколико је нови документ поднесен у складу са прараграфима 1 и 2 овог члана, друга странка има могућност да га коментарише и да поднесе документа у прилог својих коментара.

4. Током усмене фазе поступка неће се позивати на садржину ма ког документа који није поднесен у складу са чланом 43 Статута или овог члана, осим уколико је документ део лако доступне публикације.

5. Примена овог члана неће сама по себи послужити као основ за одлагање почетка или даљег тока усменог поступка.

317. Члан 56 Правилника Суда допуњен је упутством IX Упутстава којим је се он појашњена, и изражава настојање Суда да се поступак учини

ефикаснијим, и наговештава већи степен контроле Суда у току интерлокуторног поступка подношења нових доказа по окончању за то предвиђених рокова.

318. Упутством IX Упутстава предвиђено је следеће:

1. Странке у поступку пред Судом ће се уздржавати од подношења нових документа након окончања писменог поступка.
2. Странка која ипак жели да поднесе нови документ након окончања писменог поступка, као и током усменог поступка, сагласно члану 56 (1) и (2) Правилника, објасниће зашто сматра да је нужно да у спис предмета приложи и тај документ, и навешће разлоге због којих то није могла да учини у некој ранијој фази.
3. У одсуству пристанка друге странке, Суд ће овластити подношење новог документа само у изузетним околностима, уколико га сматра нужним и уколико Суд сматра да је подношење тог документа у овој фази поступка оправдано.
4. Уколико се у спис предмета уврсти нови документ у складу са чланом 56 Правилника Суда, друга странка, прикоком изношења својих коментара, ограничиће се на подношење сваког даљег документа само у погледу онога што је строго неопходно и релевантно за њен коментар о томе шта је садржано у том новом документу.

Упутством Xbis предвиђено је

1. Свако прибегавање члану 56 (4) Правилника Суда, неће се вршити на начин који подрива опште правило да се сва документа у прилог тврдњи једне од странака требају приложити одеску или поднети у складу са чланом 56 (1) и (2) Правилника Суда.

319. Према члану 56 Правилника, дакле, након окончања писмене фазе поступка, правило је да се документа (документарни докази) не могу подносити Суду сем уз пристанак друге стране или одобрење Суда. Члан 56 односи се искључиво на документарне доказе које странка жели да изведе по протеклу за то предвиђених рокова, и у том смислу она је допуна, и тумачење одредбе члана 52

Статута Суда. Упутством IX став 1. и IX bis је појашњено, оно што је била интенција Суда још од оснивања, да се сви документарни докази по правилу изводе у току писмене фазе поступка. Апел који је изражен овим упутствима не представљају новину у јуриспруденцији Суда²⁹⁷.

320. Како наводи Rosenne, формулација правила 56 Правилника Суда „је делом инспирирана искуством од 1948 године, и делом опште жеље Суда да врши већи степен контроле поступка.“²⁹⁸ Док је, са једне стране, флексибилност поступка и одсуство строгих техничких правила у вези са извођењем доказа општа карактеристика поступка пред Судом, са друге стране, постоји и потреба да се странке не излажу неправичном изненађењу.²⁹⁹

321. Како случај одмиче може се јављати све више архивског материјала, и ваља успоставити деликатан баланс између два императива поступка пред Судом -да се странкама омогући да у потпуности изнесу доказе и аргументацију којом поткрепљују своје захтеве и начела равноправности странака, са једне стране, и потребе за ефикасношћу поступка и здравог правосуђа са друге стране. Иако би, из сасвим оправданих разлога, било неправично да се искључи могућност уврштавања у спис предмета доказног материјала по окончању писмене фазе поступка, једнако је битно обесхрабрити странке да у одсуству изузетних околности спроводе такву праксу.

322. Управо је веома екстензивна пракса подношења захтева за прихватањем документарних доказа по окончању писмене фазе поступка мотивисала Суд да покуша да посредством Упутстава, ову праксу обесхрабри, и нагласи да странке треба да се уздржавају од подношења документарних доказа по окончању за то намењене фазе поступка. Чини се да је ова пракса кулминирала и задала велике главобоље како странкама тако и Суду у предмту *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, у коме је држава тужилац, по окончању писмене фазе поступка, захтевале од Суда да се уврсти у спис веома огромну количину документарних доказа. Карактеристике

²⁹⁷ *Monetary Gold Case* ICJ Pleadings 1953, стр. 193.

²⁹⁸ Rosenne, *Procedure in the International Court, A Commentarz on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1983, стр. 124.

²⁹⁹ *Ibidem*.

овог предмета су биле такве да се с обзиром на нову документацију и суштинску измену аргументације тужене државе поступак показао као веома неефикасан. Уверења смо се да је управо поступање странака у овом предмету мотивисало Суд да формулише упутство IX bis Упутстава.

323. У скорашњој јуриспруденцији Суд и странке су се по овом питању позивале на Упутства, а Суд је приликом доношења наредби о прихватању или неприхватању документарних доказа понуђених по окончању писмене фазе поступка примењивао критеријуме предвиђене Упутствима.³⁰⁰

324. Странка која подноси захтев треба да објасни због чега сматра да је нужно да се документ уврсти у спис предмета као и да укаже на разлоге који су је спречило да то учини у ранјој фази поступка (писмене фазе поступка).

325. Правилком 56 Правилника је учињено јасним и услов под којим Суд може да уврсти документ у спис (да овласти његово извођење), одређујући да се то може учинити само уколико Суд „документ сматра нужним.“ Међутим, Правилником није подробније регулисано када ће се један документ сматрати нужним. Анализа праксе Суда, у предметима у којима је Суд одбио да овласти подношење документа нажалост не даје довољно основа за доношење закључака. Наиме, пресудама Суда се не износе разлози због којих Суд овлашћује односно ускраћује овлашћење да се изведе конкретан документарни доказ који је поднесен

³⁰⁰ „18. By letter of 15 September 2009, Uruguay, referring to Article 56, paragraph 4, of the Rules of Court and to Practice Direction IXbis, communicated documents to the Court, forming part of publications readily available, on which it intended to rely during the oral proceedings. Argentina made no objection with regard to these documents.

19. By letter of 25 September 2009, the Argentine Government, referring to Article 56 of the Rules of Court and to Practice Direction IX, paragraph 2, sent new documents to the Registry which it wished to produce. By letter of 28 September 2009, the Government of Uruguay informed the Court that it was opposed to the production of these documents. It further indicated that if, nevertheless, the Court decided to admit the documents in question into the record of the case, it would present comments on them and submit documents in support of those comments. By letters dated 28 September 2009, the Registrar informed the Parties that the Court did not consider the production of the new documents submitted by the Argentine Government to be necessary within the meaning of Article 56, paragraph 2, of the Rules of Court, and that it had not moreover identified any exceptional circumstance (Practice Direction IX, paragraph 3) which justified their production at that stage of the proceedings.“ Pulp Mills, Judgment, параграфи 18 и 19.

након за то предвиђених рокова и уколико је друга странка није изразила свој пристанак.

326. Упутством IX став 3. унеколико је појашњен интерлокуторни поступак поводом захтева да се уврсте у спис нови докази, као и разлози које ће Суд узимати у обзир приликом одлучивања да ли ће допустити уврштавање у спис нових доказа. Наиме, у одсуству пристанка странке, И решавање меритума спора, док се критеријум оправданости, везује за немогућност странке да га уврсти у спис предмета у ранијој фази поступка. Међутом, критеријум „оправданости“ чини се се не може у потпуности поистоветити са критеријумом који се примењује, на пример у међунродним кривичним поступцима, односно да би се уврштавањем датог докумета у касној фази поступка другој страни нанела неправична штета (*unfair prejudice*). Будући да поступак не познаје строге формалне оквире, и да се уврштавање доказа у спис у каснијој фази поступка, уколико је овај нужан и од великог за доношење одлуке у главној ствари, странци може оставити довољно времена да припреми одговор. То свакако доводи до одуговлачења поступка, али и до остваривања потребе за доношењем коначне одлуке која неће зависити од решавања процедуралних питања.

327. Чини се да формулација става 3 упутства IX није у потпуној хармонији са чланом 56 Правилника, будући да је Правилником постављен само услов нужности, док је Упутствима постављен (и то кумулативно), критеријум „оправданости,“ иако из Статута Суда и Правилника Суда произилази да се од странака очекује да све документарне доказе којима поткрепљују своје тврдње изнесу пред Суд у току писмене фазе поступка.

328. Поставља се питање везе између критеријума оправданости (према становишту Суда) и образложења странке због чега није могла да нови документарни доказ уврсти у спис у ранијој фази поступка. С обзиром на проблематичну правну природу Упутстава, чини се да критеријум нужности (значаја документа за доношење одлуке о захтевима странака) ипак треба да има превагу над критеријумом оправданости (да ли постоје разлози који оправдавају касно подношење документа), будући да исход међудржавног поступка не треба да зависи искључиво од решавања процедуралних питања. Уколико би критеријум „оправдаости“ подношења документа у каснијој фази поступка однео

превагу, односно сам по себи био довољан да Суд одније да га прихвати у спис предмета зато што је странка могла да га понуди у доказе знатно раније, чини се да такав исход не би наишао на одобравање. Са друге стране, наведеним упутством се странкама ставља у изглед могућност неприхватања доказа које сматрају релевантним уколико не покажу да их нису могли поднети у за то предвиђеној фази поступка, чиме се мотивишу да одустану од настојања да изводе тзв. доказе изненађења. Стога формулација упутства IX се може сматрати да постиже сврху која јој је намењена, а суштински се састоји у обезбеђењу ефикасности поступка.

329. Поставља се и питање односа, или баланса, који треба да се успостави између упутства II (2) и упутства IX (3). Да подсетимо, Упутством II(2) је предвиђено:

„Имајући у виду тенденцију претеране пролиферације и протрактације анекса писмених поднесака, такође се апелује на странке да придодају својим поднесцима само строго одабрана документа (strictly selected documents.)“

330. Пракса странака, и пре и након усвајања ових упутстава, је да се у анексе уврштава велики број документа. Међутим, захтев да то буду „строго одабрана документа“ чини се да је претеран. Можда је ова смерница начин да се апелује у ситуацију у којој државе у анексе поднесака уврштавају очигледно претерано велики број документа. Међутим, захтев да се у анексу поднесака налазе само строго одабрана документа, чини се да није у хармонији са захтевом из смернице IX којом се апелује на странке да се уздржавају од изношења захтева за уврштавање у спис предмета документа по окончању писмене фазе поступка, те да су таква документа прихватљива уколико је њихово уврштавање у спис нужно и оправдано. Наиме, ефекат смернице IX је такав да практично анулира апел Суда из смернице II. Стога можемо поставити питање да ли би био оправдан захтев да се уврсти у спис документ који је релевантан за доношење мериторне пресуде уколико странка приликом строгог одабира документа које ће придодати свом поднеску конкретан документ није уврстила јер је погрешно протумачила становишта друге стране, или се тек у каснијој фази документ показао као нужан. Имајући у виду да су странке државе, које своје интересе не желе без преке потребе да излажу ризику, може се очекивати да ће комбинација упутстава II и IX

ићи на уштрб ове прве. Наиме, садржина и анекси поднесака аутоматски се уврштавају у спис предмета, и Суд нема могућности нити овлашћења да налаже странкама да поново поднесу сажетији поднесак или да наложи било којој странци (држави) да изврши селекцију већ поднесених документарних доказа.

331. Приликом разматрања захтева за уврштавањем у спис документарних доказа након окончања писмене фазе поступка мора се узети у обзир и опаска која се у литератури често наводи, да су заступници држава понекад суочени са скоро непремостивим тешкоћама које се тичу прибављања документарних доказа. Овде се не може говорити само о документацији којом искључиво располаже друга странка, већ и о документацији државних органа државе коју заступају. Начин на који функционише државни механизам, понекад чини тешким, па и немогућим за заступнике државе да дођу до потребне документације чак и од појединих органа државе у чије име иступају пред Судом.

332. Пракса након доношења Упутстава, нажалост, не пружа поуздане показатеље на који начин Суд тумачи критеријуме прихватљивости документа чије се увођење у спис тражи након окончања писмене фазе поступка.³⁰¹

³⁰¹ Примера ради, у случају *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Суд је део процесне историје предмета сажео на следећи начин:

„ By letter dated 23 August 2007 and received in the Registry on 30 August 2007, the Agent of Romania informed the Court that his Government wished to produce a new document in accordance with Article 56 of the Rules of Court and provided certain explanations in justification of its request, namely that the document was necessary “in order to make as complete a disclosure as possible, both to the Ukrainian Party and to the Court, of material evidence” and that the “lateness of disclosure” was due to the fact that the document had not been “filed together with the main archival sources relevant to this matter”. In response, the Agent of Ukraine informed the Court that his Government did not consent to the production of the new document, on the grounds that Romania had not “acted in compliance with Practice Direction IX, since it did not indicate why it considered it necessary to file this new document now, nor did it provide an explanation why it did not produce this map at an earlier stage in these proceedings”. In view of the absence of consent of Ukraine, on 10 December 2007, the Registrar, on the instructions of the Court, requested that the Government of Romania provide further explanations as to why the new document should be regarded as necessary. Such additional explanations were duly submitted by the Government of Romania on 18 December 2007. On 23 January 2008, the Parties were informed that the Court, after considering the views of the Parties, had decided, pursuant to Article 56, paragraph 2, of the Rules of Court, to authorize the production by the Government of Romania of the new document in

333. Правилник Суда предвиђа да се сматра да је страна у поступку дала пристанак „уколико не уложи приговор на извођење документа.“ Другим речима, Правилником је прописана фикција пристанка у случају да се не уложи приговор на захтев за уврштавање у спис неког документа.

334. Поставља се питање да ли је ова одредба у хармонији са чланом 52 Статутом Суда, којим је предвиђено да:

„After the Court has received the proofs and evidence within the time specified for the purpose, it may refuse to accept any further oral or written evidence that one party may desire to present unless the other side consents.“

335. Члан 52 Правилника захтева изричит пристанак странке. У одредби не стоју „уколико друга страна не истакне приговор,“ већ је формулисан тако да Суд треба да донесе одлуку уколико друга странка није изразила своја пристанак.

336. У току израде нацрта правила из 1936 године, ова одредба је била предмет опсежних дискусија. Пракса, како ју је презентовао тадашњи Секретар, је била таква да је Суд увек прихватао нова документа уколико друга странка не уложи приговор.³⁰² Међутим, расправа о овом правилу је у то време унеколико била оптерећена сукобом становишта двеју школа, англосаксонске и

question.“*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment of 3 February 2009, ICJ Reports 2009, para.7*

У предмету *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights* Суд је, у делу који је резервисан за извођење процесне историје предмета изнео следеће

„ By letter of 27 November 2008, the Agent of Costa Rica expressed his Government’s desire to produce five new documents, in accordance with Article 56 of the Rules of Court. As provided for in paragraph 1 of that Article, those documents were communicated to Nicaragua. By letter of 10 December 2008, the Agent of Nicaragua informed the Court that his Government did not give its consent to the production of the requested documents. The Court decided, pursuant to Article 56, paragraph 2, of the Rules, to authorize the production of four of the five documents submitted by Costa Rica, it being understood that Nicaragua would have the opportunity, pursuant to paragraph 3 of that Article, to comment subsequently thereon and to submit documents in support of those comments. That decision was communicated to the Parties by letters from the Registrar dated 18 December 2008. *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) 13 July 2009 Judgment, para. 8*

³⁰² Наведено према Sandifer, op.cit., стр. 77, 86

европскоконтиненталне, те је и председник Суда коментаришуући предложени нацрт истакао:

„уколико овим чланом није изнета чињеница да Суд има овлашћење у свим околностима да одбије документ без да га је приво испитао, то би покренуло питање сумње у прихватљивост англо-америчког правног становишта.“

Даље је истакао да је главна сврха правила да да Суду довољно ширине како би му омогућио :

„да преспоји могући недостатак добре вере код једне странке, која би могла, на пример, да покуша да без оправдања одуговлачи колико је год то могуће са посношењем веома значајног документа.“

Поред тога, истакнуто је да странка треба да пружи образложење због чега подноси документ у каснијој фази поступка, или забог чега се уздржава да да пристанак да он буде поднесен.³⁰³

337. Ова расправа, иако је вођна пре више од 70 година и данас је једнако актуелна, и једини нови проблем са којим се суочава савремена јуриспруденција је лакша доступност великог броја документа захваљујући средствима комуникације.

338. Поставља се питање да ли Суд може у одсуству пристанка странке да створи фикцију да је пристанак дат. Одредба члана 52 Статута је формулисана на начин који Суд ставља у позицију да треба да да разматра понуђене доказе (доказе које странка „жели“ да се уврсте у спис), и да донесе одговарајућу одлуку. Квалификација „ћутања“ као сагласности (будући да је Правилником креирана фикција сагласности) није у потпуној хармонији са Статутом. Истина, формулација „Суд може да одбије да прихвати....“ јасно упућује на дискреционо овлашћење Суда, али га и обавезује да понуђене документе размотри пре него одлучи да ли ће издати овлашћење да се уврсте у спис, али га не овлашћује да у одсуству сагласности, у ситуацији када странка није одговорила на захтев, ствара фикцију да је сагласност дата.³⁰⁴

³⁰³ За наводе види Sandifer, *op.cit.*, стр. 78

³⁰⁴ У прилог ове тезе можемо навести и резон који лежи у члану 53 Статута, којим је регулисана ситуација пасивног понашања странке, односно када се „не појави пред Судом или пропусти да брани свој случај,“ да је Суд овабезан, између осталог, да се увери да је „захтев чињенично и

339. Правила о пристанку државе у међународном праву су стриктна. Пристанак се не може претпоставити нити се може креирати фикција пристанка, осим уколико то није предвиђено релевантним правилом, на које, по природи ствари, држава мора да изрази свој пристанак да би њиме била везана.³⁰⁵

340. Поставља се питање да ли је Суд овлашћен да приликом прописивања правила поступка строго поштује правила међународног права о пристанку држава, или има потпуну слободу с обзиром на природу процесних правила или с обзиром на нека друга разматрања. Будући да је пристанак странке, као услов предвиђен међународним уговором (Статутом Суда) чини се да је Суд у обавези да примењује тумачење израза „пристанак странке“ на начин који је уобичајен приликом тумачења међународних уговора, или, другим речима, да не може да претпостави пристанак или да створи фикцију пристанка.

341. Са друге стране, стављањем у изглед фикције пристанка³⁰⁶, друга страна се мотивише да изрази своје становиште, и укаже Суду на евентуалне разлоге због ког се противи захтеву да се изведу нови документарни докази.

правно основан.“ Ситуација у којој странка пасивно понаша у вези са предлогом друге странке да се по истеку релевантних рокова у спис уврсте нови доказни материјали, чини нам се захтева исти резон, да о допуштености таквих доказа одлучује Суд, будући да фикција сагласности државе нема разумног основа.

³⁰⁵ Разматрајући питање пристанка државе у једном другом контексту Међународна комисија за међународно право је изнела:

Пристанак мора да буде дат добровољно и мора да буде јасно установљен. Он мора да буде изражен од стране државе и не може да буде једноставно претпостављен на основу тога што би га држава изразила да је о томе питана. ... По овом питању, начела која се тичу валидности пристанка на уговор пружају релевантне смернице.. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Draft articles on

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, стр. 73 (параграф 6 коментара члана 20)

³⁰⁶ Правило којим се предвиђа да да је странка дала сагласност уколико није истакла приговор креира фикцију, не пресумпцију. Сандифер, иако не расправља посебно о овој теми, овакав начин поступања странке квалификује као пресумпцију пристанка. „The consent is presumed in the absence of objection.“ (Sandifer, *op.cit.*, стр. 86). Међутим, за разлику од пресумпција, које могу али и не морају да одговарају стварном стању ствари, фикције се стварају увек када је потребно да се правно узме да нешто постоји иако не постоји, или да не постоји иако постоји. У конкретном случају сматрамо да је реч о типичној фикцији.

Међутим ово разматрање не може да има превагу над јасно дефинисаном природом пристанка у међународном праву.

342. Члан 56 Правилника се примењује и у ситуацији у којој једна од странка не учествује у поступку или пропусти да брани свој случај. У ситуацији у којој се једна странка држи потпуно пасивно или одбија да иступа пред Судом практично се држави тужиоцу отвара широк спектар могућности, и већа права него у случају када држава учествује у поступку. Фикција пристанка у таквим случајевима је неодржива, што нажалост није рефлектовано Правилником Суда.

343. Критеријум који је предвиђен чланом 62 Статута - „Суд може да одбије“- не треба тумачити само као један од могућих начина изражавања приликом формулисања одредбе којом се жели истаћи да Суд нешто може да прихвати или одбије, односно не као формулација која би била једнака формулацији „суд може да прихвати.“ Другим речима, од Суда се захтева да изнесе или пропише разлоге које га мотивишу да нешто одбије. Формулација Правилника Суда да ће Суд „након што саслуша странке“ и „уколико документ сматра нужним, одобрити његово извођење“ није у хармонији са формулацијом члана 62 Статута Суда.

344. Чини се да је примарни мотив да у случају неизношења приговора, односно ћутања странке, Суд овласти извођење доказа тај што би евентуално изјашњавање Суда о њиховој релеватности у току поступка могло да створи утисак да је Суд прејудицирао своју позицију о кључним питањима меритума. Иако Суд изражава посебан опрез да његова становишта не треба да буду таква да пружају основ за закључак да је определио своје мишљење у погледу меритума и пре него је за то дошло време, уколико настоји да успостави већу контролу над одвијањем поступка он мора да се упусти у разматрања која се тичу релевантности документарних доказа. Поред тога, у случају да странка изрази приговор, Суд је такође у позицији да се изјашњава о питању релевантности нових документа, тако да правило о «аутоматском» уврштавању у спис нових доказа у случају «ћутања странке» нема разумног оправдања.

345. Поступак у вези са новопонуђеним документима заснован је у потпуности на начелу равноправности Странака. Наиме, не само да ће Суд, у случају истицања приговора на прихватање нових доказа, пре него што одлучи саслушати становишта странака, већ се другој странци мора пружити могућност да новоприхваћена документа коментарише и поднесе доказе којима поткрепљује своје коментаре (члан 56 (3) Правилника.)

346. Правилник не предвиђа даљи поступак, будући да документа и разлоге које је изнела друга страна, могу провоцирати нова пирања и створити потребу да се и супротстављена страна изјасни о новим документима. Прво, поставља се питање да ли документа, која странка која подноси нова документа као одговор на прихватање документа које је предложила друга странка, аутоматски постају саставни део списка предмета (да ли се аутоматски прихватају) или је њихова прихватљивост условљена пристанком друге странке или у одсуству пристанка одлуком Суда. Пракса је таква да се у њој искристалисало правило о њиховом аутоматском прихватању. Друго питање, да ли другој страни треба такође пружити могућност да изнесе своја становишта у погледу документа које је понудила странка која даје одговор, свакако да одговор треба да буде потврдан.

347. Подншење нових документа након за то предвиђених рокова може да проузрокује одуговлачење поступка. Са друге стране, уколико су дата документа нужна ради решавања главне ствари, у том случају предност свакако треба дати остваривању потребе да се донесе исправна одлука.

348. Одредба према којој примена члана 56 Правилника неће „сама по себи“ представљати основ за одлагање почетка или ток усмене фазе поступка, нагласак ставља на ефикасност поступка. Међутим, чињеница је да подношење нових документа ствара додатни терет за странке, те иако сама чињеница да су изведени нови документарни докази не утиче на почетак или на ток усмене фазе поступка, није тешко наћи аргументацију која би довела до тога да се поступак даље одуговлачи ако је новоподнесена документација од суштинског значаја.

349. Члан 56 Правилника Суда, чини се да су дизајниране за поступке у којима се не изводе докази испитивањем сведока и вештака, будући да онемогућава извођење документарних доказа посредством сведока. У питању је,

према нашем уверењу, модел који је креиран Правилником Суда али не и Статутом Суда. Посебно, чланом 65 ст. 4 предвиђено је :

„У току усмене фазе поступка ни једна странка се не може позивати на садржину ма ког документа који није изведен у складу са чланом 43 Статута или овим чланом, осим уколико је документ део лако доступне публикације.

350. Једном речју, такав документ не представља саставни део списка предмета (техничким речником-није у доказима). Такође, немогућност позивања на документ који се не налази у списима предмета важи како приликом изношења усмене аргументације, тако и приликом испитивања сведока, експерата и сведока-експерата.

351. У пракси Суда било је настојања да се направи разлика између доказа о чињеницама и презентовања садржине неког документа „ради информисања Суда“³⁰⁷ Суд није прихватио ову разлику, и председник Суда је указао да документ на који се странка позива мора да буде, у начелу, поднесен у току писмене фазе поступка.³⁰⁸

352. Као посебно проблематични у погледу потребе да се и по окончању било писмене било усмене фазе поступка предочавају нови докази у споровима који се за време трајања поступка још увек налазе у фази свог историјског развоја³⁰⁹. Управо са таквом ситуацијом Суд био суочен у предмету *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*:

Даљи аспект овог случаја је тај да је сукоб на који се односи трајао и још увек траје. Стога је било неопходно да Суд одлучи, ради дефинисања фактичке

³⁰⁷ Asylum Case, II. Pleadings 10, 43. Navedeno prema> Rossenne, op. cit., III.315,стр.1307.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ Пример таквих случајева су предмети , *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, и предмет *Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. У оба случаја, у време покретања поступка пред Судом оружани сукоб је био у току, с тим што је пресуда у првом донесена док је сукоб још увек трајао, а други више година након окончања оружаног сукоба.

ситуације, који би период времена, почевши од генезе спора, требало узети у обзир. Суд сматра да општа начела судског поступка захтевају да чињенице на којима се заснива његова пресуда треба да буду оне које су се десиле до закључења усменог поступка у меритуму случаја ... Како је суд подсетио у случајевима Nuclear Tests cases, када је на чињенице, које су очигледно такве природе да суптински утичу на одлуку, скренута пажња Суду тек након окончања расправе: 'Ван сумње је да би било могуће за Суд, уколико би сматрао да интереси правде то захтевају, да омогући странкама, на пример, да се поново отвори усмени поступак, у коме би изнеле СУду коментаре на изјаве које су учињене након окончања тог поступка. ' (I.C.J. Reports 1974, p. 264, para. 33; p. 468, para. 34.)³¹⁰

353. Систем који је формиран Статутом, Правилником и јуриспруденцијом Суда је довољно флексибилан да странкама омогућава да у ситуацији када се у моменту вођења поступка спор још увек налази у фази свог историјског развоја, омогући изношење нових чињеница и доказа и након окончања писмене фазе поступка. У таквом случају свакако постоји разумно оправдање не само у погледу нужности таквих документа већ и оправдање због чега се подносе након окончања за то предвиђених рокова. Једноставно настали су тек након протеча тих рокова или у периоду када странци нису били доступни. Уколико нове чињенице или докази настану по окончању усмене фазе поступка, странке би морале да их изнесу пред Суд, како не би биле преклудирани да их износе у евентуалном поступку преиспитивања пресуде Суда, па и да би се избегло прибегавање овом свакако поступку који се може водити само у изузетном случајевима и под строгим условима.

354. Могућност да се докази изводе и по окончању усмене фазе поступка произилази и из члана 52 (1) Статута Суда којим је прописано да

„Након што је суд примио доказе и доказне предмете у времену које је одређено за ту сврху, он може да одбије да прихвати сваки даљи усмени или писмени доказ који би јенда од странака можда желела да изведе осим уколико се друга странка са тим сагласи.“

³¹⁰ Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of June 27, 1986, ICJ Reports 1986., пара. 58.

355. Овом одредбом Суд није ограничио временски период до ког се може поднети и одобрити захтев за подношење нових доказа, међутим будући да је предвиђено да се то може учинити и како у погледу писмених тако и усмених доказа, ова одредба се може тумачити тако да омогућава извођење нових доказа и по окончању усмене фазе поступка.

356. Као и у другим случајевима извођења доказа по окончању писмене фазе поступка, Суд неће одбити захтев за извођењем нових доказа уколико међу странкама постоји сагласност.

6. ДА ЛИ СТАТУТ СУДА ДОЗВОЉАВА МОГУЋНОСТИ ИЗВОЂЕЊА ДОКУМЕНТАРНИХ ДОКАЗА ПОСРЕДСТВОМ СВЕДОКА

357. Чланови 43 и 52 Статута Суда не дају довољно основа за тумачење да се писмени докази не могу изводити посредством сведока. Наиме, према члану 43 Статута Суда писмени поступак се састоји од достављања Суду одговарајућих поднесака као и „*all papers and documents in support.*“ Члан 52 Статута Суда, са друге стране, садржи одредбу којим се регулише ситуација када Суд прими „доказе и доказне предмете“ у за то предвиђеним роковима „може да одбије да прихвати сваки даљи усмени или писмени доказ који би једна страна можда желела да презентује осним уколико друга страна не изрази пристанак.“ Одредба је довољно широка и недовољно прецизна да омогућава различита тумачења.

358. У различитим поступцима, посебно у адверсаријалном моделу какав познају међународни кривични судови и судови у земљама англосаксонске правне традиције, документарни докази се по правилу изводе посредством сведока. Одредбе Статута Суда не постављају препреку да се писмени докази изводе и посредством сведока, и омогућава тумачење да је прихватању документарних доказа који би се извели на такав начин условљено сагласношћу друге странке или у одсуству сагласности одлуком Суда.

359. Члан 56 Правилника изгледа да рачуна са поступцима у којима су, како пракса показује, сведочења сведока и вештака била слабо заступљена, или се снажно изражава настојање да се сви документарни докази изведу у току писмене фазе поступка и државе се мотивишу да све документарне доказе приложе у анекс поднесака. Наиме, уколико странка документарни доказ сматра таквим да га треба уврстити у спис предмета она то свакако може учинити у току писмене фазе поступка остављајући да усмени поступак извођење оних доказа који су, према њеном становишту, неопходни ради расветљавања одређених околности које се везују за тај документ, појашњавања његове садржине и сл. Поред тога, у току писмене фазе поступка може и отпасти потреба да истим доказом странке баве

током испитивања неког од сведока. Стога је оправдано настојање да се сва документа изведу у току писмене фазе поступка.

360. Међутим, поставља се питање шта у случајевима уколико је потребно преко сведока увести доказ који се тиче само тог сведока, а о чему није било места расправи у писменим поднесцима, или се потреба за његовим извођењем створи тек у току његовог сведочења. Примера ради, уколико се документ тиче кредибилитета сведока или показује његово учешће у спорним догађајима. Посебно је проблематична „забрана“ извођења доказа у поступку унакрсног испитивања сведока или ескерта, посебно ако се има у виду да сведочење (и поред тога што странка претходно указује на чињенице о којима ће сведока дати свој исказ) може у себи да садржи доказ изненађења, или да из сведочења искрсне нека нова чињеница која би била од значаја за решавање меритума. Такву забрану Статут не предвиђа, а одредбе члана 43 и 52 Статута су довољно флексибилно формулисане да омогући да се докази уврштавају у спис посредством сведока, и то аутоматски уколико се друга страна сагласи, или по одлуци Суда у случају противљења друге странке (што би било условљено да је документ *prima facie* аутентичан и релевантан, и да има доказну снагу, као и да је сведок сведочио о питању које се уско везује за тај документ (настанак документа, елементи форме или садржине документа, итд..))

361. Следећи данас важећи Правилник Суда и Упутства Суда, у овим ситуацијама покреће се интерлокуторни поступка предвиђен чланом 56 Правилника, за који, у време сведочења сведока нема довољно времена, и чија би примена могла да доведе до додатног усложњавања и формализовања поступка.

362. Систем по коме се сви документарни докази изводе у току писмене фазе поступка је систем креиран Правилником Суда. Врлине таквог система је тешко порицати, поготово што се спор кристалише кроз писмену фазу поступка а докази изненађења своде на најмању могућу меру. Међутим, он показује недостатке у случајевима у којима би сведочење неког сведока било од кључног значаја. Имајући у виду значај и начин на који се воде судски поступци између држава, отворити широке могућности за извођење доказа у току усмене фазе поступка би, сасвим сигурно, мотивисало странке да спроводе различите тактике одуговлачења поступка или моделирања свог наступа пред Судом на начин за

који сматра да јој доноси предност, а сасвим сигурно би утицао на странке да се суздржавају да износе потпуну аргументације у току писмене фазе поступка. Поред тога, нисмо уверени да ће, барем у блиској будућности, доћи до темељних измена правила којима се регулише усмени поступак Судом.

7. ДОКУМЕНТИ КОЈИ ЧИНЕ ДЕО ЛАКО ДОСТУПНЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ (PUBLICATION READLY AVAILABLE)

363. Једно од можда најпроблематичнијих питања које се поставља у савременој јуриспруденцији је могућност странака да се у својим поднесцима и током усмене фазе поступка позивају на документацију која није саставни део списка предмета а која је део такозваних „лако доступних публикација.“ Ово је једно од оних питања које није имало исти значај пре само двадесетак година и данас, када је систем комуникација такав да се лако може доћи до документација до које се раније могло доћи само уз изузетан наор. Сам појам *лако доступник публикација* се чини спорним, и његово одређење, дато је не Статутом ни Правилником, већ Упутствима.

364. Чланом 56 (4) Правилника Суда предвиђено је да:

„У току усмене фазе поступка не може се позивати на садржину ма ког документа који није изведен у складу са чланом 43 Статута или у складу са овим чланом, осим уколико је документ део лако доступне публикације (publication readily available).“

365. Другим речима, да би се странка у току усменог поступка могла позвати на неки документ он треба да буде:

- уврштен у спис у току писмене фазе поступка као анекс поднекса, или
- уврштен у спис по окончању писмене фазе поступка, уз пристанак друге странке или дозволу Суда.
- да документ чини део лако доступне публикације.

366. Суд је у досадашњој пракси у не малом броју случајева имао прилике да се бави питањем „докумената који су део лако доступних публикација.“ Арбитражна пракса је била либерална по питању могућности странака да се

позивају на документа која нису у спису предмета, на пример, уколико су таква документа била општепозната и доступна другој странци.³¹¹

367. Након искустава у предмету *Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, у коме је Босна и Херцеговина настојала да очигледно претерано користи документе из „јавног домена“, потешкоће у вези са концептом лако доступних публикација су дошле до свог пуног изражаја те је Суд усвојио упутство IX Упутства.³¹²

368. Наиме, током усмене фазе поступка заступник Босне и Херцеговине доставио је Суду ЦД РОМ са великим бројем документа из јавног домена које је Босна и Херцеговина намеравала да користи током усмене фазе поступка. Србија је приговорила извођењу тих доказа са аргументом да подношење тако велике количине документа у касној фази поступка рађа озбиљну забринутост у вези са начлом правичности и равноправности странака, и оспоравао тезу да су та документа „лако доступна“.³¹³ Након што је саслушао мишљења странака у поступку, Суд је донео одлуку којом је наложио Босни и Херцеговини да повуче, односно не користи документа на предметом ЦД-у, у интересу здравог правосуђа. Суд је истакао да потешкоће за Србију и Црну Гору

„to come to terms, at the late stage of the proceedings, with such an immense mass of documents, which in any case were in the public domain and thus could be consulted if necessary“³¹⁴

Поред тога, и само примера ради, заступник Босне и Херцеговије је и током унакрсног испитивања једног од сведока покушао да се позове на новински чланак који је био „лако доступан“ на једном веб сајту. Заступник Србије је приговорио, и као резултат председник је сугерисао заступнику Босне и Херцеговине да примени ток свог унакрсног испитивања.³¹⁵

³¹¹ „of public notoriety and accessible to the parties“ *Palmas Case*, 1928,p.83

³¹² Riddel, Plant, op.cit.стр. 182.

³¹³ Oral Pleadings, 23. Mart 2006, CR 2006/24,стр. 54.

³¹⁴ Oral Pleadings, 23. Mart 2006, CR 2006/24,стр. 54.

³¹⁵ Oral Pleadings, 23. Mart 2006, CR 2006/24,стр. 27.

369. Могућност позивања на документ који је део лако доступне публикације је изузетак од општег правила да се странка може позивати само на документарне доказе који су саставни део списка. Суд је у упутству IX bis нагласио³¹⁶:

„1. Било које прибегавање члану 56, параграф 4 Правилника Суда, не сме да се чини на начин који ће подрити опште правило да сва документа која се подносе ради поткрешљувања тврдње странке у поступку треба да буду поднесена као саставни део анекса писменог поднеска или изведена у складу са чланом 56 (1) и (2) Правилника Суда).

370. Један од начина обесмишљавања сврхе члана 56(4) Правилника Суда је позивање на велики број документа из јавног домена који нису саставни део списка предмета. Чињеница да је неки документ део публикације која је лако доступна не ослобађа странку обавезе да га поднесе као анекс поднеска, или да барем, да се позивајући на тај документ у току писме фазе поступка наведе прецизну референцу.

371. Ставом 2 упутства IX bis, Суд је означио критеријуме које треба да задовољи конкретан документ како би се сматрао делом лако доступне публикације.³¹⁷ Услови да би се документ сматрао делом лако доступне

³¹⁶ Any recourse to Article 56, paragraph 4, of the Rules of Court, is not to be made in such a manner as to undermine the general rule that all documents in support of a party's contentions shall be annexed to its written pleadings or produced in accordance with Article 56, paragraphs 1 and 2, of the Rules of Court.“

³¹⁷ „While the Court will determine, in the context of a particular case, whether a document referred to under Article 56, paragraph 4, of the Rules of Court, can be considered “part of a publication readily available”, it wishes to make it clear to the parties that both of the following two criteria must be met whenever that provision is applied.

(i) First, the document should form “part of a publication”, i.e. should be available in the public domain. The publication may be in any format (printed or electronic), form (physical or on-line, such as posted on the internet) or on any data medium (on paper, on digital or any other media).

(ii) Second, the requirement of a publication being “readily available” shall be assessed by reference to its accessibility to the Court as well as to the other party. Thus the publication or its relevant parts should be accessible in either of the official languages of the Court, and it should be possible to consult the publication within a reasonably short period of time. This means that a party wishing to make reference

публикације дати су суморно и на начин који је у толикој мери уопштен да не доприноси знатно разјашњењу појма „лако доступна публикација.“

372. Први услов који треба да се испуни да би се један документ сматро делом лако доступне публикације је да чини „део публикације,“ односно да је доступан у јавном домену, у било ком формату (штампаном или електронском) у било којој форми или на било ком медијуму (штампаном, дигиталном и другом медијуму).

373. Други услов тиче се „лаке доступности“ публикације, која се цени према њеној доступности не само другој странци већ и Суду. Критеријуми доступности, према наведеном упутству је да је публикација објављена на једном од званичних језика Суда³¹⁸, те могућност њеног консултовања у разумно кратком временском периоду. Међутим одредница: „Ово значи да странка која жели да се позове током усмене расправе на нов документ који потиче из публикације која није доступна ни на једном од званичних језика Суда треба да поднесе превод тог документа на један од званичних језика Суда и потврду о тачности превода,“ се не уклапа у појам лако доступних публикација. Будући да је ради коришћења документа у поступку пред Судом неопходно да он буде преведен на један од радних верзија Суда, чини се да нема оправданог разлога да се такав документ сматра делом лако доступне публикације, већ би требало поставити захтев да се оваква документа уврштавају у спис према уобичајеној процедури (као анекс поднеска или на основу члана 56 Правилника Суда). Уколико документ није објављен на језику који није званични језик Суда такав документ се супротставља категоризацији „лако доступне публикације,“ будући да публикација као таква треба да буде лако доступна и разумљива, како за странке тако и за Суд.

during the oral proceedings to a new document emanating from a publication which is not accessible in one of the official languages of the Court should produce a translation of that document into one of these languages certified as accurate.”

³¹⁸ . Примера ради у предмету *ELSI*, одлука италијанског суда која је објављена у званичној збирци одлука није сматрана делом лако доступне публикације будући да није није поднесена на једном од званичних језика Суда. *ELSI Pleadings*, III, стр. 178 Navedeno prema Riddel i Plant, op. cit., стр. 181.

374. Став 3 поменутог упутства је прилично нејасан. Наиме, да би странка демонстрирала да је документ део публикације која је лако доступна и како би се обезбедило прикладно управљање судским поступком, странка треба да наведе „необходну референцу која обезбеђује брзу консултацију документа, осим уколико је извор публикација која је добро позната (као што су документи УН, колекције међународних уговора, водеће монографије о међународном праву, референтни радови итд).“ Навођење врста документа је извршено само примера ради, и без потребних појашњења, док се прави разлика између „необходне референце“ и документа у погледу којих таква референца није потребна.

375. Поставља се питање разликовања „водећих или главних монографија о међународном праву“ и других монографија међународног права које би могле да се користе било ради изношења аргументације, било у прилог неке чињенице. У сваком случају, цитирање ради изношења аргументације по неком правом питању ваља разликовати од случаја позивања на документ који је саставни део публикације ради утврђивања чињеница (поткрепљивања чињеничних тврдњи). Нажалост таква разлика није подвучена Упутствима.

376. Ridel и Plant заступају тезу да Упутства пружају „јасане смернице (guidelines) шта представља публикацију која је лако доступна.“³¹⁹ Са овим становиштем се не можемо сложити. Упутства која су формулисана 2006 године, произилазе из праксе Суда, и њима практично није унето ништа ново. Иако је странка дужна да у за то остављеном року достави документацију на коју намерава да се позива у току усмене фазе поступка, чини се да питање „лако доступних публикација“ овим није решено и да представља потенцијалну опасност за нарушавање начела равноправности странака, ефикасности поступка и здравог правосудја.

377. Приликом решавања питања везаних за могућност позивања на документ која су део лако доступних публикација треба разликовати ситуацију у којој се странка позива на њихов садржај у циљу изношења правне аргументације, од ситуације када се позивање на њих врши ради поткрепљивања чињеничних

³¹⁹ Riddel-Plant, op.cit., стр. 184.

тврдњи. У првом случају, свакао треба усвојити либералну праксу, док у другом случају сматрамо да би Суд требало да усвоји стриктне стандарде, уз захтев да документ (без обзира на извор) мора да буде претходно уврштен у спис. Сврставање монографија из области међународног права или друге правне области у „лако доступне публикације“ нам се чини проблематичном, будући да је сам појам „лако доступних публикација“ настао из потребе да се регулишу питања која се тичу извођења доказа. Наиме, треба разликовати ситуацију у којој се странка позива на документ који је репродукован у таквој публикацији, и ситуацију у којој се странка позива на становишта аутора публикације о неком од правних питања. У оба случаја би требало доставити копију релевантног дела публикације, стим да је сврха достављања различита. Док се у једном случају овај користи ради доказивања, у другом се користи као „помоћно средство ради утврђивања правних правила.“

378. Не само лака доступност документације, већ и извесност у погледу тога да ли нека странка на таквој документацији заснива своје тврдње је фактор који треба узети у разматрање приликом формулисања општег правила о могућности позивања на документацију која није уврштена у спис. Имајући у виду да усмена фаза поступка траје релативно кратко, те да су странке у поступку државе, да се основано може претпоставити да заступници странака немају потупуну слободу изношења тврдњи и аргументације (већ да је њихов мандат везан на пример смерницама надлежног сржвног органа), позивање на било који документ у току усмене фазе поступка може имати негативне последице по остваривање фундаменталног начела равноправности странака и омогућавања странкама, тј. државама у спору, да на адекватан начин одговоре на аргументацију и доказе на које се позива друга странка.

379. Потенцијалне опасности које за собом носе решења везана за могућност позивања на документацију која је саствани део лако доступних публикација завређују да се размотри да ли у поступку пред Судом уопште треба да има места позивању на документацију која није уврштена у спис, без обзира да ли је реч о документацији УНа, новинским чланцима итд. Чини се да би странкама једино требало омогућити да се позивају на лако доступне публикације

у оном делу који се тиче изношења правне аргументације, али не и у сврху доказивања спорних чињеничних тврдњи.

8. МОМЕНАТ ОКОНЧАЊА ПИСМЕНЕ ФАЗЕ ПОСТУПКА

380. У доктрини је спорно у ком моменту се окончава писмена фаза поступка.

381. Чланом 54 (1) Правилника Суда предвиђено је:

По окончању писмене фазе поступка, случај је спреман за расправу. Датум отварања усменог поступка одредиће Суд, који такође може да одлучи, уколико настану такве околности, да се одложи отварање или наставак усмене фазе поступка. Према једном становишту, писмена фаза поступка је окончана подношењем последњег поднеска. Тако резонују Ch. J. Tams и M. Rau:

„(Прва реченица [

Члана 56 Правилника] предвиђа да (. . .) ‘након окончања писменог поступка, странке не могу да пред Суд износе нова документа...’ Релевантан датум за извођење доказа (и примену члана 52) је стога дефинисан довољно прецизно. Оај датум, затварање писменог поступка, се досеже аутоматски подношењем последњег поднеска, или , у случају изостанка странке, протеком односног рока.³²⁰

382. Изгледа да су ови аутори имали за узор dictu Суда у случају *Corfu Channel (Compensation)* . Наиме, Суд је одредио 01. септембар као рок за подношење одговора Албаније на поднесак Велике Британије. Албанија је пропустила да поснесе одговор и Суд је у пресуди констатовао:

„Влада Албаније није поднека одговор или неки други документ. Случај је постао спреман за расправу након 01. септембра 1949, и датум отпочињања усмене расправе је одређен за 17 Новембар.³²¹

383. Околности конкретног случаја, као и већине случајева чине да подношењем последњег поднеска или протеком рока за његово подношење, спреман за заказивање усмене расправе. Међутим, овај моменат не треба узети и

³²⁰ Ch. J. Tams - M. Rau, “Commentary to Article 52”, A. Zimmermann, Ch. Tomuschat & K. Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2006), стр, 1131.

³²¹ *Corfu Channel(Compensation)* , *Judgment of December 15th 1949, I.C.J. Reports 1949*, p. 246.

као моменат окончања писмене фазе поступка. У већини случајева Суд износиће у пресуди процесну историју случаја не наводи датум за који сматра да је датум окончања писмене фазе поступка. Одредба Правилника „по окончању писменог поступка, случај је спреман за усмену расправу“ по природи ствари не везује окончање писмене фазе поступка за конкретан временски моменат, већ за моменат када је случај сазрео да се пређе у наредну фазу – усмени поступак.

384. Везивање момента окончања писмене фазе поступка за одредбу члана 65 Правилника Суда (којим је предвиђено да се по окончању писмене фазе поступка не могу подносити нова документа, осим под условима о којима је претходно било речи) не решава питање момента окончања писмене фазе поступка. Наиме, овом одредбом се не указује на моменат окончања писмене фазе поступка већ на моменат од ког странке не могу да подносе нове документарне доказе без посебног одобрења или захтева Суда, а то је моменат када је Суд спреман за прелазак у наредну, усмену фазу поступка. Поред тога, Статутом и Правилником је предвиђено да се документарни докази подносе као анекси (саставни делови) поднесака странака (*memorial*, *counter-memorial*, *rejoinder*, *reply*). Међутим, да ли ће се у конкретном случају подносити сви наведени поднесци, не мора да буде унапред утврђено, већ може да буде предмет расправе тек након првог круга поднесака.

385. Тако је у предмету *Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, Суд је утврђујући моменат окончања писмене фазе поступка истакао:

„Суд подсећа да специјални споразум предвиђа могућност једног или више кругова писмених поднесака – размена *Rejoinder*-а – “уколико странке о томе постигну споразум или уколико то одлучи *ex officio* или на захтев једне од странака”. Странке су тек 28. марта, заједничким писмом, обавестиле Суд „да су се њихове владе ... споразумеле да није нужно да размене *Rejoinder*-е”. Стога, иако је трећи круг писмених поднесака окончан 2 марта 2001, ниити Суд ниити треће државе нису могле, на дан подношења филипинског захтева да знају да ли је писмена фаза поступка приведена крају. У сваком случају, Суд није могао да је „затвори“ пре него су му саопштена становишта странака која се тичу четвртог круга поднесака како је предвиђено чланом 3(2) Специјалног споразума. Чак и након 28. Марта 2001, у складу са истом одредбом

специјалног споразума, сам Суд је могао да *ex officio* “овласти или наложи подношење Rejoinder-a”, што Суд није учинио.³²²

386. Овај али и други примери из праксе Суда не дају основа за закључак да се писмена фаза поступка окончава аутоматски подношењем подледњег поднеска. Примера ради, у предмету *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Jibuti v. France)*

„наредбом од 15. новембра 2006, Суд је одредио 15. март 2007 и 13 јул 2007, као рокове за подношење Мемориал-а Цибутија и Counter-Memorial-а Француске; ови поднесци су поднесени у за то предвиђеним роковима.

Будући да странке нису сматрале да је нужно да подносе Reply и Rejoinder, те да Суд исто тако није нашао да је то потребно, случај је био спреман за усмену расправу.³²³

387. Другим речима, окончање писмене фазе поступка-односно када је случај спреман за усмену фазу, Суд није везао за подношење поднесака странака, већ за моменат у ком је закључио да нема потребе за подношењем нових писмених поднесака.

388. Како је истако судија Weeramantry у свом издвојеном мишљењу у предмету *Pulau Ligitan and Pulau Sipadan case*:

„Није пракса Суда да издаје формалну наредбу о окончању писмене фазе поступка. Окончање писмене фазе поступка је стога *de facto* ситуација која настаје када се схвати да је писмени поступак, за практичне сврхе, затворен.“³²⁴

³²² Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2001, para. 24.

³²³ Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Jibuti v. France), Judgment, 04. June 2008., paragrafi 8, 9

На ипри начин Суд је резонувао и у случају Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 559, para. 11.и Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 13, para. 6.

³²⁴ Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Application for Permission to Intervene, Separate Opinion of Judge Weeramantry, I.C.J. Reports 2001, para. 42.

389. Становиште да се писмена фаза поступка не окончава аутоматски заговара и J. Quintana, међутим, он своју тезу заснива на неизвесности момента подношења последњег поднеска:

„У већини случајева, било би практично немогуће да се у моменту подношења поднеска оцени да ли је то и последњи поднесак, и стога затварање писмене фазе поступка, у значењу чланова 56 и 81 (1) Правилника Суда не може да се догоди „аутоматски“ тог датума.“³²⁵

390. Иако је становиште о неизвесности да ли је одређени поднесак и последњи поднесак неспорно, окончање писмене фазе поступка се не везује се за процену, већ за реалан временски моменат. Наиме, прилоком одређивања момента окончања писмене фазе поступка ваља сагледати и активности Суда, не само странака, будући да је на Суду да утврди да ли су испуњени услови да се пређе у нову фазу поступка. Пракса Суда је готово јединствена у томе да Суд отпочиње са разматрањем случаја тек након подношења свих поднесака.³²⁶ Иако су поднесени сви поднеси, Суд може, у било којој фази поступка да захтева од странака да поднесу додатна документа или да пруже образложења.³²⁷ Стога, отворена је могућност да Суд закључи да, иако су поднесени сви поднесци који су предвиђени Правилником, случај још увек није спреман за прелазак у наредну фазу поступка (усмену фазу поступка). Суд може одобрити, или наложити странкама да поднесу објашњења у писменом облику или да поднесу додатну документацију, остављајући им рок за предузимање тих радњи, и тек након тога да одлучи да ли је случај спреман за наредну (усмену) фазу поступка.

391. У погледу момента окончања писмене фазе поступка, чини нам се да је најприхватљивије решење да се она сматра окончаном моментом када Суд установи да је предмет спреман за усмену расправу. Мада нема практичних разлога да Суд формално обелодањује датум окончања писмене фазе поступка,

³²⁵ Јоуан J. Quintana, "Procedure before the ICJ - What is Exact Date of the Closure of the Written Phase of Proceedings?" *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals* 7 (2008), 193-203.

³²⁶ "The Court as such only really enters into a case after the closure of the written proceedings, when the case is technically ready for hearings." Sh. Rosenne, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules...*, op.cit., 103.

³²⁷ Према члану 49 Статута Суда: Суд може и пре почетка расправе позвати заступнике да поднесу сваки документ или да пруже свако објашњење. Свако одбијање уноси се у записник.

моменат у коме је извесно да је случај спреман за прелазак у нову фазу је моменат *заказивања усмене расправе*. На то указује и одредба члана 54(1) Правилника Суда, где се у истом ставу прописује када је случај спреман за усмену расправу (по окончању писмене фазе поступка) и које активности Суд треба да предузме тим поводом (да закаже дан отпочињања усменог поступка).

9. ПРИПРЕМА УСМЕНЕ ФАЗЕ ПОСТУПКА

392. Период између закључења писменог поступка и отпочињања усменог поступка можемо означити као период припреме за усмену фазу поступка, која је, не ретко, веома динамична. У току усменог поступка могу се збити и околности које доводе до одлагања почетка усменог поступка. Како је предвиђено Правилником Суда,³²⁸

393. Према члану 57 Правилника Суда:

„Без прејудуцирања одредби правилника које се тичу подношења документарних доказа, свака странка ће доставити Секретаријату, довољно времена пре отварања усменог поступка, информације које се тичу ма ког доказа које намерава да изведе или у погледу ког намерава да поднесе захтев Суду да га прибави. Ова комуникација ће обухватити листу презимена, имена, држављанства и места становања сведока и експерата које странка намерава да позове, са указивањем, у општим цртама, на тему или темее на које ће ови докази бити усмерени. Копија комуникације ће се такође доставити ради њеног прослеђивања другој странци.“

394. Тек по окончању писмене фазе поступка странке су у могућности да одлуче да ли ће предложити извођење доказа испитивањем сведока и/или вештака.³²⁹ Захваљујући циљу писмене фазе поступка, извођење доказа испитивањем сведока или вештака се може показати као сувишно, на пример због тога што чињенице о којима би сведочили међу странкама нису спорне. У сваком случају, државе немају обавезу да обелодане своју намеру да позивају сведоке или експерте до момента окончања писмене фазе поступка.

395. Према члану 63 Правилника Суда:

„Странке могу позвати ма ког сведика или експерта који се налази на листи која је достављена Суду у складу са чланом 57 Правилника. Уколико у било које време током усмене расправе странка жели да позиве сведока или

³²⁸ „The date for the opening of the oral proceedings shall be fixed by the Court, which may also decide, if occasion should arise, that the opening or the continuance of the oral proceedings be postponed.“ члан 54 (1) Правилника Суда

³²⁹ Rosenne, III.323, стр. 1342

експерта чије име се не налази на тој лити, она ће о томе информисати Суд и другу странку, и доставиће информације предвиђене чланом 57. Сведок или експерт се може позвати било да друга странка не истакне приговор, или уколико је Суд уверен да ће се њихо сведочење вероватно показати као релевантно.“

396. У погледу извођења доказа испитивањем свеока и вештака, странке су у обавези да, уколико желе да изводе усмене доказе, доставе Суду листу сведока и експерата које желе намеравају да позову (са потребним идентификационим подацима) уз указивање, „у општим цртама на тачку или тачке у ком ће правцу бити усмерено њихово сведочење.“ Уствари, оно што се очекује од странака, поред неопходних идентификационих података, јесте једна врста сажетка будућег исказа сведока. Иако у досадашњој пракси примена ове одредбе није проузроковала проблеме, сматрамо да би садржина овог сажетка требало да буде таква да омогући другој странци да стави евентуалне приговоре на допуштеност сведочења (на пример да ли су докази ирелевантни, итд), и да се припреми за евентуално унакрсно испитивање сведока, како би се избегло, у што је могуће већој мери, извођење доказа изненађења.

397. За разлику од документарних доказа који се усвајају у спис предмета самим тим што су приложени као анекс поднеска, за извођење доказа испитивањем сведока неопходна је одлука или одобрење Суда. Примера ради, у предмету *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, Суд је одбио захтев Француске да гђе. Бордел сведочи :

Писмом од 07 јануара 2008., Француска је обавестила Суда, сходно члану 57 Правилника Суда, да жели да позове, током усмене раправе, госпођу Elisabeth Vogtel, удовицу Bernard Vogtel-а (...), као сведока. Писмом од 10. јануара 2008, Секретар је обавестио странке да Суд сматра да докази који би били прибављени од госпође Vogtel се не чине таквим да се сведок позива ради установљавања чињеница које су обухваћене њемин личним знањем како би помогли Суду да реши спор који је пред њега изнет, и да је сходно томе Суд одлучио да не прихвати захтев Француске..³³⁰

³³⁰ *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, ICJ Reports 2008, Јудгмент оф 04 June 2008, para. 12*

398. Образложење које је дао Суд одбијајући захтев Француске појашњава услове допуштености извођења доказа путем сведочења, односно да је свеок у могућности да да исказ који би био користан ради установљивања чињеница које су обухваћене „личним знањима која могу помоћи Суду да репи спор који је пред њега изнет.“

399. Суд има широку дискрецију приликом одобравања захтева за извођење доказа испитивањем сведока. Чини се да су елементи које Суд узима у разматрање приликом давања одобрења за извођење доказа испитивањем сведока: да ли су чињенице ради чијег установљивања се позива сведок спорне, да ли су релевантне, да ли сведок има лична сазнања о тим чињеницама.

400. Чланом 63 Правилника омогућено је странкама да предлажу и извођење доказа испитивањем сведока који нису били на листи према члану 67 Правилника. Одобрење је усовљено, сагласношћу друге странке, или одлуком Суда, односно уверењем Суда у вероватну релевантност исказа сведока.

401. Члан 63 Правилника поменуте услове поставља алтернативно. Такво правило, иако је вероватно рефлекс становишта да ће Суд прихватити доказе у погледу којих постоји сагласност странака. Сматрамо да би у интересу ефикасности поступка одредба члана 63 Правилника требало да буде измењена тако да Суд увек има овлашћење да одбије захтев странке уколико нађе да је сведочење неког сведока ирелевантно. Наиме, пракса Суда је показала да су сведочења сведока, у највећем броју случајева, била бескорисна за решавање спора³³¹. Поред тога неулагање приговора друге странке није показатељ релевантности ма ког доказа, укључујући ту и сведочење неког сведока. Стратегија наступа странке може да буде таква да се не улажу приговори на предлоге за извођење доказа за које држи да су ирелевантни или веома мале доказне снаге, чиме се, на известа начин, ствара утисак о јачини сопствене позиције и о неоснованости аргументације супротстављене странке, а са друге стране спремности да саслуша све оно што друга странка има намеру да изнесе у прилог своје тезе.

³³¹ Еклатантан пример је сведочење извесних сведока у поступку Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (на пример сведочење Д. Мићуновића и Михајловића)

402. Потреба да се предвиди могућност да се у току усмене фазе поступка донесе одлука о извођењу доказа саслушањем „нових“ сведока је свакако оправдана. Примера ради, након сведочења сведока може се јавити потреба побијања његовог исказа исказом другог сведока. По природи ствари, сведочење сведока може бити неизвесно (барем за страну која датог свеока не позива) и потреба за извођењем додатних доказа може се показати као оправдана. Међутим, остаје чињеница да је период који странкама стоји на располагању у току усмене фазе поступка кратак, и само лоцирање потенцијалог сведока, те предузимање мера неопходних да би се извео доказ сведочењем сведока или вештака може да буде временски изузетно захтавно.

403. Статутом је предвиђена могућност да се предлаже извођење нових доказа и по окончању усмене фазе поступка. Према члану 52 (1) Статута Суда: „Након што је суд примио доказе и доказне предмете у времену које је одређено за ту сврху, он може да одбије да прихвати сваки даљи усмени или писмени доказ који би јенда од странака можда желела да изведе осим уколико се друга странка са тим сагласи.“

404. Међутим, остаје питање које Суд мора решавати од случаја до случаја, до ког временског момента странке могу предлагати извођење нових доказа. Питање није само техничке природе. Наиме, поступак пред Судом је једостепен, а улагање захтева за преиспитивање пресуде је оправдано само уколико новоткривена чињеница није била позната ни Суду ни странкама „када је пресуда донесена“.³³²

405. Израз „када је пресуда донесена“ је императиван услов. Овај термин се не може тумачити у значењу до окончања усмене фазе поступка. Он сугерише да и након окончања усмене фазе поступка странка може захтевати извођење нових доказа, било документарних доказа, било усмених доказа³³³. Не само да Статут

³³² Наиме, према члану 61 Статута Суда „1. An application for revision of a judgment may be made only when it is based upon the discovery of some fact of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the judgment was given, unknown to the Court and also to the party claiming revision, always provided that such ignorance was not due to negligence.“

³³³ Могућност поновног отварања поступка Суд је посебно образложио у образложењу пресуде коју је донео у предмету *Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* :

везје могућност ревизије за сазнање о чињеници у време „када је пресуда донесена“ већ и да незнање које се везује за дату чињеницу није последица непажње. Другим речима, уколико је у периоду од окончања усмене фазе поступка до доношења пресуде странка била у позицији да захтева извођење нових доказа, те је то пропустила да учини, она је преклудирана и њен захтев за ревизијом пресуде се може показати као неоснован.

406. Овај закључак поткрепљује и резонување Суда у предмету *Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* у коме је Суд истакао, да је опште правило судског поступка да су чињенице на којима пресуда може да буде занована оне које „су се догодиле до окончања усмене фазе поступка,“ и истакао да „када је на чињенице, које су очигледно такве природе да суштински могу утицати на доношење одлуке, а на које је Суду скренута пажња након окончања усмене расправе: „без сумње, постоји могућност да Суд, уколико смата да интереси правде то захтевају, омогући странкама да, на пример, поновно отварање усмене расправе, на којој би могле да се обрате Суду коментарима на изјаве које су учињене након окончања овог поступка“ (I.C.J. Reports 1974, p. 264, para. 33; p. 468, para. 34.)³³⁴

A further aspect of this case is that the conflict to which it relates has continued and is continuing. It has therefore been necessary for the Court to decide, for the purpose of its definition of the factual situation, what period of time, beginning from the genesis of the dispute, should be taken into consideration. The Court holds that general principles as to the judicial process require that the facts on which its Judgment is based should be those occurring up to the close of the oral proceedings on the merits of the case. While the Court is of course very well aware, from reports in the international press, of the developments in Central America since that date, it cannot, as explained below (paragraphs 62 and 63), treat such reports as evidence, nor has it had the benefit of the comments or argument of either of the Parties on such reports. As the Court recalled in the Nuclear Tests cases, where facts, apparently of such a nature as materially to affect its decision, came to its attention after the close of the hearings: 'It would no doubt have been possible for the Court, had it considered that the interests of justice so required, to have afforded the Parties the opportunity, e.g., by reopening the oral proceedings, of addressing to the Court comments on the statements made since the close of those proceedings.' (I.C.J. Reports 1974, p. 264, para. 33; p. 468, para. 34.) Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of June 27, 1986, ICJ Reports 1986, парагра 58.

³³⁴ Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of June 27, 1986, ICJ Reports 1986, para 58.

10. ИЗВОЂЕЊЕ ДОКАЗА У ТОКУ УСМЕНЕ ФАЗЕ ПОСТУПКА

407. Одредбе Статута и Правилника Суда о извођењу доказа у току усмене фазе поступка испитивањем сведока, експерата и сведока-експерата су рудиментарне.³³⁵ Јуриспруденција није у довољној мери развијена будући да је у досадашњој пракси у само десет случајева Суд имао прилике да се пред њим изводе усмени докази. Искуство из предмета *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, посматран у контексту и раније јуриспруденције дају подвода за забринутост и потребу да се Суд више бави правилима која се тичу извођења доказа испитивањем сведока и вештака.

408. Још је Jessup је у предговору сандиферове студије о доказивању у међународном правосуђу истакао:

"Већина доказа које прими суд су документарни докази; велика количина усменог сведочења експерата и сведока које је позвала тужена држава у случајевима *South-West Africa* доводи до извесне конфузије и компликација."³³⁶

409. Riddel и Plant заговарају тезу да:

„Због сталног притиска због увећања списка Суда, и његовог искуства у решавању случајева без саслушања сведока или експерата, Суду би се вероватно могло опростити због тога што не преферира да се саслушавају сведоци, посебно због тога што се показало да је то било беспотребно у две или више значајних прилика у којима су они саслушани.“³³⁷

410. Становиште које су изнели Riddel и Plant је шпекулативног карактера. Није у питању да ли суд „преферира“ да се изводе докази испитивањем сведока, будући да пракса суда показује да су ови докази изведени кадгод су странке постављале разумне предлоге за извођење ових доказа. Пре ће бити да, не

³³⁵ Rosenne, III.323, стр. 1343

³³⁶ Sandifer, *Evidence before International Courts and Tribunals*, стр. X

³³⁷ Riddel and Plant, *op. cit.*, 309.

Суд, већ државе често или нису вољне, или немају потребу, да ради доказивања својих тврдњи изводе доказе испитивањем сведока или експерата. Чињеница да је у неколико предмета у којима се сведочењу сведока придала велика важност показало да је реч о “pointless exercise” не указује на невољност Суда да се извиде ови докази, него на карактеристике тих предмета.

411. Суд је своје становиште о потреби за сведочењем експерата и сведока изразио у недавно донесеној пресуди у предмету *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*:

„У погледу експерата који су се појавили пред Судом у току усмене расправе у својству саветника, Суд налази да би било корисније да су их странке позвале као сведоке експерте сходно чл. 57. и 64. Правилника Суда, уместо што су их ангажовали као саветнике у својим делегацијама. Суд сматра да она лица која пружају доказе пред Судом на основу њиховог научног или техничког знања или њиховог личног искуства треба да сведоче пред Судом као експерти, сведоци илу у оба својства, а не да буду ангажовани као саветници, тако да могу да буду подвргнути испитивању како друге странке тако и Суда.³³⁸

³³⁸ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20. April 2010, para.167.*

11. СВЕДОЦИ, ЕКСПЕРТИ И СВЕДОЦИ ЕКСПЕРТИ

412. У пракси Суда категоризација на сведоке, експерте и сведоке експерте је општеприхваћена,³³⁹ иако Статут суда, као и правилник познају само категорије свеока и експрта. Наиме, категорија свеока-експерата је креација јуриспруденције Суда.

413. Сведоци дају исказ о чињеницама на основу свог личног сазнања (*Personal knowledge*) док експерти дају своје мишљење (становиште) о извесним чињеницама на основу свог посебног знања (научног или техничког) или вештине и искуства.³⁴⁰

414. Појам сведока експерта се први пут појавио у јуриспруденцији Суда у предмету *Corfy Channel*, у вези са сататусом сведока Ковачића и *Sworder-a*, који су се пред Судом појавили у двотруком својству, својству и сведока и експерата. Обојица су дали обе декларације, и оне за које се захтева да их да сведок и експерт. Одлика сведока експерата да сведоче како о чињеницама тако и да дају своје мишљење на основу специјализованих знања и способности. Ова категорија сведока је даље разрађена у необичним околностима случаја *South West Africa*.

415. Посебно проблематичан случај у пракси Суда је друга фаза случајева *South West Africa*. Дванаест сведока, чије испитивање је трајало скоро два месеца (и које није имало никаквог утицаја на коначну одлуку Суда) сведочили су о „повољним“ ефектима апартејда на становнике Југозападне Африке. Проблем је био у томе што је тужилац заснивао свој случај на правним начелима, да је апартејд као такав недопустив и да његова примена у Југозападној Африци стога представља повреду мандата. Стога је било нужно да Југозападна Африка, уколико жели да позива сведоке, ове не квалификује као сведоке који ће сведочити о чињеницама. Наиме, у тужби је наведено да се не поставља питање

³³⁹ Види, на пример, CR 22/2006, стр. 10

³⁴⁰ Види на пример *Riddel-Plant*, op.cit., стр. 320.

„чињеница“, већ „правних закључака,, који су засновани на чињеницама, те да није потребно позивати сведоке који ће сведочити о чињеницама.³⁴¹

416. Међу странкама се водила расправа у погледу квалификација сваког од сведока и предмета испитивања. Будући да је и захтев који је првобитно био постављен тужбом касније измењен, многи од сведока су требали да манифестују своју експертизу по питањима која се тичу „међународних норми и стандарда недискриминације.“ На крају, било је јасно та Суд није имао потребе да разматра да ли су чињенице о којима су свеочили сведоци биле доказане, будући да је *ratio decidendi* пресуде није остављао простора за испитивање тих чињеница.³⁴²

417. Разматрајући питања која су се наметнула у вези са природом исказа сведока-експера председник Суд је истакао :

„Чини ми се да није могуће за свдока који се закleo као експерт и као сведок, да укаже: сада говорим о чињеницама, сада дајем експертско мишљење; и неизбежно је да особа која даје свој исказ као експерт бавити чињеницама и исказати своје своје мишљење о тим чињеницама. Није то лако, посебно у случајевима као што је овај. Штавише, нема разлога због којих једна особа не би пружила доказе (сведочила) као експерт, без обзира на чињеницу што је једновремено и владин званичник. То може утицати на тежину која ће биди дата његовом сведочењу, али то не утиче на допуштеност његовог сведочења.³⁴³

418. Favoreu је категорију сведока-експерата прокоментарисао на следећи начин:

„Реч је неспорно о манифестацији два различита концепта доказа, исказа сведока и експерата. То је изразио садашњи председник Суда (напомена: председник Суда из 1949) што је више у сагласности са англо-америчким системом, системом у коме „генерално, експерте не позивају судије већ странке, као посебну категорију сведока што оправдава да се о овим експертима говори као о сведоцима-експертима. Појам ове посебне категорије

³⁴¹ Keith Highet, Evidence, The Court and Nicaragua Case, American Journal of International Law, 1987, Vol. 1, стр. 25

³⁴² Keith Highet, op. cit. , стр. 25-26.

³⁴³ South West Africa Cases, ICJ Pleadings 1966, стр. 123.

добро објашњава климу у којој се одвијало сведочење тринаест сведока есперата (прим.-у предметима South West Africa) ... Он је очигледно веома далек континенталној дефиницији експерта.³⁴⁴

419. С обзиром да сложене чињеничне ситуације захтевају одговарајући степен искуства ради давања кредибилног експертског мишљења, може постојати потреба да државни службеник (у најширем смислу те речи, било да је службеник владе, припадник војске дате државе и слично) ангажује како би се расветлило чињенично стање. Он се може ангажовати у двоструком својству, као члан тима који иступа пред Судом или му помаже приликом припреме случаја, или у својству свеодока-експерта. Посебна знања која поседује (на пример, о правилима и обрасцима понашања која су владала у датој војсци или администрацији) могу бити нужна ради тумачења /односно разумевања/ чињеница о догађајима у којима је и сам узео учешћа. Уколико би иступао као саветник странке у поступку, његови искази би се могли сматрати непоткрепљеним ставновиштима; уколико би сведочио као сведок-експерт његов исказ је доказ у поступку.³⁴⁵

420. Са друге стране, чињеница да је експерт узео учешћа у догађајима у вези са којима сведочи, рађа потребу да се његов исказ посматра са извесном дозом опреза.

421. Поставља се питање поређења потенцијалне доказне вредности мишљења потпуно независног експерта и експерта-свеодока. Није могуће а priori стати на становиште да једно или друго, као такво, има већу доказну снагу. Природна последица је да ће се код свеодока-експерта, поред других околности, посебно узети у обзир да је узео учешћа у догађајима о којима сведочи или, на пример, да је (још увек или у релевантном временском периоду) био припадник државне администрације. Са друге стране, код експерта који није узео учешћа у спорним догађајима, мора се узети у обзир низ околности међу којима и околност

³⁴⁴ Favoreu, Recusation et administration de la Preeuve devant la Cour Internationale de Justice“ 11 Annuaire Francias de Droit International, 1965,стр. 264 ’ navedenoi prema Sandifer, op.cit.

³⁴⁵ Примера ради не би било препрека да као сведок експерт високи војни официр војске свеочи о чињеницама о извођењу неке војне операције (у делу у ком је узео учешћа), и да једновремено да своје експертско мишљење у вези са другим аспектима те војне операције с обзиром да располаже са специфичним знањима која га квалификују да о њима да свој налаз и мишљење.

да се о спорној ситуацији о којој треба да да свој налаз и мишљење упознао искључиво посредством документације која му је стајала на располагању/ а која се, по правилу, састоји од ограниченог броја докумената/ да ли се и у којој мери његови закључци заснивају на (мање или више поткрепљеним) претпоставкама, методологија истраживања, као и његово искуство које га квалификује да да експертски налаз о конкретно питању итд. У сваком случају, Суд слободно цени како исказе о чињницама тако и исказе експерата и сведока-експерата у зависности од околности конкретног случаја. Налазу и мишљењу експерта може се придати различита тежина (доказну вредност), која се на различите начине, већ према околностима случаја, може одразити на коначан исход-утврђивање чињеница релевантних за решавање спора који је изнет пред Суд.

12. ПОСТУПАК ИСПИТИВАЊА СВЕДОКА, ЕКСПЕРАТА И СВЕДОКА-ЕКСПЕРАТА

422. Чланом 58 (2) Статута Суда предвиено је да:

„Редослед којим ће странке бити саслушане, начин бављења доказима и испитивање сведока и експерата, и број заступника и адвоката који ће бити саслушани, уредиће Суд након што прибави мишљења странака у складу са чланом 31 Правилника.“

И по питању испитивања сведока у доктрини није могла да се заобиђе квалификација правила с ослонцем на англосаксонски и европскоконтинентални тип поступка. Тако Сандифер истиче:

„По питању извођења доказа испитивањем сведока, пракса међународних трибунала представља комбинацију особености које проистичу из англоамеричког права и континенталног права, с том што су ове друге вероватно преобладајуће.“³⁴⁶

423. Међутим, начин испитивања сведока не прати особености ни англосаксонског ни европскоконтиненталних правних система, већ је у свему особен. Чињеница да се могу грубо идентификовати особености једног или другог је природна последица не претерано великог избора начина на који ће се вршити испитивање сведока. Неки од кључних елемената који ауторима дају за повода да закључе да ли је начин извођења ових доказа ближи англосаксонском или европскоконтиненталном моделу су – ко испитује сведоке, да ли судско веће има могућност да контролише овај поступак, на који начин, и да ли има овлашћење да поставља питања сведоку, да ли и које доказне забране важе.

424. Поступак је изграђен на моделу адвераријалног поступка у коме како о чињеничним тако и о правним питањима одлучују професионалне судије, а не лаичка порота. Другим речима, будући да одлуку о чињеницама доносе професионалне судије нема места доказним забранама и техничким правилима о испитивању сведока која су својствена англосаксонском моделу судског поступка. Будући да професионалне судије могу да придају одговарајућу тежину доказима

³⁴⁶ Sandifer, op.cit., стр. 303.

из друге руке (hearsay evidence), и другим исказима који у англоамеричком моделу поступка имају потенцијал да лаичку пороту наводе на погрешан закључак, те да сведоке, експерте и сведоке експерте испитују особе које при томе иступају у име држава, многе од доказних забрана би се показале као непримерене.

425. Пре сведочења сведок или вештак даје свечану изјаву. Садржина изјаве је прописана Правилником Суда, која би, уколико то захтевају „посебне околности „могла да има и другачију „форму речи.“³⁴⁷

426. Изјава сведока је прописана чланом 64 Правилника Суда и гласи:

“Свечано се заклињем својом чашћу и савешћу да ћу говорити истину, целу истину и ништа осим истине“ (I solemnly declare upon my honour and conscience that I will speak the truth, the whole truth and nothing but the truth);

427. Садржина изјаве експерта је другачија и гласи :

Свечано се заклињем својом чашћу и савешћу да ћу говорити истину, целу истину и ништа осим истине, и да ће моја изјава бити у складу са мојим искреним веровањем.“ (I solemnly declare upon my honour and conscience that I will speak the truth, the whole truth and nothing but the truth, and that my statement will be in accordance with my sincere belief.)

428. Разлике у садржини изјава одражавају природу исказа која се очекује од сведока, који сведочи о чињеницама (да говори истину), односно од експерта, да говори истину и да његова изјава буде у складу са његовим искреним веровањем, будући да се од експерта очекује да да своје стручно мишљење.

429. Чланом 65 Правилника Суда предвиђено је да ће „сведоке и експерте испитивати заступници, саветници и адвокати странака под контролом председника. Питања им може поставити председник и судије. Пре но што опточне са сведочењем сведок ће бити ван суднице.“

430. Током година, у не великом броју случајева, изграђена су правила о испитивању свеока које одликује флексибилност и прилагођавање потребама конкретног случаја.

³⁴⁷ Члан 64 Правилника Суда

431. Уобичајено је да се прво испитују сведоци државе тужиоца, а након тога сведоци тужене државе. Одлуку о редоследу сведочења доноси Суд. Мада досадашња пракса не познаје одступања од овог начелног правила, на другачији редослед може утицати низ околности као што су, на пример, доступност сведока, предмет сведочења и сл..

432. Странка која позива сведока (односно, експерта или сведока-експерта) врши његово директно (или главно) испитивање (*examination-in-chief*, *direct examination*), затим друга странка врши унакрсно испитивање (*cross-examination*), а након тога држава која позива сведока има право на додатно испитивање (*re-examination*, *re-direct examination*).

433. У ранијој јуриспруденцији, судије су постављале питања сведоцима након унакрсног испитивања. Од предмета *PreihViheir* до данас, формирана је јединствена пракса да судије врше испитивање сведока након додатног испитивања. Чини нам се да је савремена пракса више у складу са начелима здравог правосуђа будући да након испитивања судија, по правилу, немају могућности даљег испитивања сведока. Наиме, уколико се испитивање од стране судија врши након унакрсног испитивања, странка која врши додатно испитивање, а то је једновремено и странка која је позвала сведока да сведочи, може пажњу усмерити како у погледу чињеница које су покривене унакрсним испитивањем тако и оних које је покренуо Суд.³⁴⁸

434. У предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Председник Суда је странкама дао смернице у погледу начина испитивања сведока.

“Данас ће Суд започети са саслушањем сведока, експерата и сведока-експерата које су позвале странке, а ја ћу објаснити процедуру које треба да се придржавамо. На позив председника, сведок, експерт или сведок-експерт ће ући у Велику дворану правде и заузеће своје место. Председник ће затим затражити од сведока, експерта или сведока-експерта да да одговарајућу

³⁴⁸ У предмету *Corfu Channel*, у погледу једног од сведока тужена држава се одрекла права да изврши унакрсно испитивање. Будући да су чланови Суда постављали питања сведоку заступнику Велике Британије је омогућено да изврши додатно испитивање сведока. *Corfu Channel, Pleadings*, IV, 1948, стр. 25.

изјаву у складу са чланом 64 Правила Суда. Сведоци ће дати изјаву садржану у члану 6 (4) (а) Правила Суда, док ће експерти и сведоци-експерти дати изјаву садржану у параграфу 4 (б) истог члана. Затим ће агент или саветник односне стране започети са испитивањем сведока,експерта или сведока-експерта. Сведок, вексперт или сведок-експерт може дати свој исказ у форми изјаве и/или у форми одговора на питања која му постави страна која га је позвала, по одабиру те стране. Друга страна може унакрсно испитати сведока, експерта или сведока-експерта и у ту сврху биће јој дато једнако време које је било потребно и за главно испитивање. Председник ће, затим, странку која позива сведока, експерта или сведока-експерта упитати да ли жели да изврши додатно испитивање. Странама се скреће пажња да додатно испитивање мора да буде кратко и по свом предмету одграничено на питања која су покренута током унакрсног испитивања. Затим ће се Суд повући, али ће странке, сведок, експерт или сведок-експерт остати у близини Велике дворане правде. Уколико Суд жели да поставља питања сведоку, експерту или сведоку-експерту, вратиће се у судницу, и питања ће постављати председник у име Суда или поједине судије. Уколико Суд то не жели, неће се вратити у судницу, а Секретар ће о томе обавестити странке и јавност.³⁴⁹

435. Сведок може дати свој исказ у облику изјаве и/или одговора на питања која му поставља странка која га позива. Овакво решење је довољно флексибилно да обухвати различите комбинације.

*

436. У предмету *South West Africa Cases* постављено је питање да ли је дозвољено постављање сугестивних питања у току директног испитивања. Једина смерница је коментар председника Суда Sir Spencer-a:

„I do not think you ought to lead. That was a leading question“³⁵⁰

437. У предмету *Preah Viheir*, питање сугестивних питања је задобило чудан ток. Питање заступника Камбоџе:

„Да ли се храм *Preah Viheir* налази у провинцији *Kompong Thom*“

³⁴⁹ Bosnia Case, CR 2006/22, стр. 10

³⁵⁰ Pleadings X 1966,стр. 175

праћено је приговором заступника Тајланда:

„Уз дужно поштовање, могу ли, господине председниче, да истакнем приговор. Не знам да ли се придржавамо енглеског облика или неке континенталне форме испитивања, али уколико следимо форму испитивања на коју сам навикао, није дозвољено да заступник поставља питања свеоку у облику који јасно сугерише сведоку одговор који очекује да добије. Предлажем да професор Пинто не формулише своја питања на начин који сугерише сведоку одговор који он жели да чује. Он је управо то учинио.“³⁵¹ 352

438. Будући да је централна тема поступка била на чијој територији се налази храм Preah Vihear, даљи ток расправе је попримио помало чуднан садржај. Као одговор на приговор, заступник Камбоџе је истакао:

„Господине председавајући, уз ваше допуштење, ја ћу радо прихватити да преформулишем своје питање у складу са жељом коју је изразио Sir Franc и ја ћу сведока једноставно питати следеће: Да ли знате, г. гувернеру, у којој административној јединици Камбоџе се налази храм Preah Vihear?“

439. Приговор Sir Franc Soskice-a је био очекиван:

„Не, уз велико поштовање, приговарам. Приговор који имам је да је цела поента случаја, г. председавајући, у томе да ли се Preah Vihear налази у Камбоџи. Питање је било да ли сведок зна у ком округу Камбоџе се налази Preah Vihear. Он стога пред сведока износи целокупан случај. Ја кажем да се он уопште не налази у Камбоџи. Ја износим тврдњу да је овде реч о јасном примеру сугестивног питања и тражим да се оно повуче.“

440. Председавајући судија Winirski је приговор и одговор на приговор, прокоментарисао на следећи начин:

„Верујем да је правило које је Sir Frank Soskice управо формулисао као англосаксонско или енглеско правило није специфичност за Уједињено

³⁵¹ Pleadings II, 1962, стр. 322.

³⁵² Ово је једновремено згодан пример „препуцавања“ између англосаксонске и европскоконтиненталне правне традиције и беспредметности аргументације која се износи често у корист англоамеричког модела судског поступка. У европскоконтиненталном правном систему сугестивна питања нису допуштена ма која странка да их поставља, док су у англосаксонском моделу у току унакрсног испитивања допуштена, па чак и заступник странке у извесним приликама мора да предочи сведоку тезу коју заступа.

Краљевство или англосаксонске земаље, то је опште правило, и поред тога, тешко је видети да ли се питањем ишта сугерише сведоку, због тога што уколико странка верује да се он налази на територији Тајланда, друга странка верује да се налази на територији Камбоџе, и обе странке су изнееле документацију доказујући или у намери да докажу да се овај храм у једно време налазио на територији једне а у друго на територији друге државе.³⁵³

441. Техничка правила о испитивању сведока у системима у којима коначну одлуку о чињеничним питањима доноси порота забрањују постављање оваквог питања. Међутим, у систему у коме одлучују професионалне судије техничка правила немају јако упориште, будући да су, за разлику од лаичке пороте, у могућности да оцене исказ сведока и припишу му одговарајућу доказну вредност, како с обзиром на садржину исказа тако и с обзиром на друге околности, међу којима је и питање на основу ког је уследио одговор сведока.

442. Међутим, у наведеном примеру, за који смо рекли да је помачо чудан, расправа се водила о једном конкретном и веома једноставном питању. Наиме, сугестивна питања нису допуштена у току директног испитивања, и квалификација питања као сугестивног не зависи од становишта странака о кључним питањима која се поствљају у конкретном случају, већ од квалификације самог питања. У конкретном случају, питање које је поставио заступник Камбоџе би се могло сматрати допуштеним само уколико је претходно сведок потврдно одговорио на питање на територији које државе се налази храм Preah Viheir.

*

443. У погледу унакрсног испитивања, сем временског ограничења које се установљава сагласно начелу равноправности оружја, нису постављена друга ограничења.

444. Поставља се питање да ли се самим коришћењем термина „унакрсно испитивање“ указује на природу испитивања, или је реч само о називу за испитивање сведока, експерта или сведока-експерта које врши странка која није позвала свеока. Логика адверсаријалног поступка је „two cases approach“ који, чак

³⁵³ Pleadings II, 1962, стр. 322. Vidi Riddel-Plant, стр. 318.

и када се изводи на либералан начин, следи извесна правила у погледу сврхе унакрсног испитивања.

445. Једно од питања које је представницима англосаксонске школе добро познато је да у случају да је циљ унакрсног испитивања оспоравање исказа сведока, да сведоку треба да се предочи теза коју заступа странка која врши унакрсно испитивање. Примена овог правила приликом испитивања сведока пред Судом је још увек нерешена.

446. У погледу додатног испитивања Суд је поставио јасно правило које важи у адвесаријалном моделу судског поступка да оно треба да буде кратко (сажето) и ограничено на предмет унакрсног испитивања. Уколико би се у току додатног испитивања станка која позива сведока бавила темама које нису биле покренуте током унакрсног испитивања, створила би се потреба за додатно унакрсно испитивање. Свакако, у циљу рационализације поступка, Суд сасвим оправдано стоји на становишту да је неприхватљиво да странка која врши додатно испитивање излази из оквира предмета унакрсног испитивања.

*

447. Чини се да су следећа правила о испитивању сведока примерена за поступак пред Судом. Међутим, будући да ни један регулаторни акт не садржи правила о испитивању сведока, експерата и сведока експерата, те да је пракса суда оскудна, и поред тога што се може учинити да она следе досадашњу праксу, треба их схватити уз извесну дозу опреза.

448. У току директног испитивања сведоку или експерту се не могу постављати сугестивна питања. Постављањем сведоку сугестивних питања обесмишљава се сам циљ испитивања и знатно се отежава оцена исказа сведока. Сведоку би се могла постављати сугестивна питања само у погледу оних чињеница које међу странкама нису спорне, а које је непходно поставити сведоку у току испитивања.

449. Директно испитивање треба да се ограничи на питања на која је странка која позива сведока указала у својој комуникацији Суду у складу са чланом 57 Правилника Суда³⁵⁴. Испитивање сведока о темама ван оних које су

³⁵⁴ Према члану 57 Правилника Суда:

обухваћене овом комуникацијом би се могло вршити само уколико се друга страна томе не портови или по одобрењу Суда.

450. Термин унакрсно испитивање се користи да означи испитивање сведока/експерта/сведока експерта од странке која није позвала сведока кога испитује. Унакрсно испитивање означава процесну ситуацију, а не засебан метод испитивања.³⁵⁵ Унакрсно испитивање није обавезна фаза испитивања сведока.

451. Као једно од питања које у пракси Суда може да буде спорно јесте питање домашаја унакрсног испитивања. У систему у коме се исти сведок може појавити и као сведок и једне и друге странке (и тужиоца – у фази извођења доказа тужиоца и туженог-у фази извођења доказа ове странке) може бити примерено ограничење да се унакрсно испитивање мора ограничити на предмет главног испитивања. Међутим, ово правило се може показати као сувише формално и оптерећујуће. Стога, у савременим правосудним системима „сведок се може унакрсно испитати о било ком предмету који је релевантан за неко чињенично питање или његов кредибилитет.“³⁵⁶ Примера ради, у пракси Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију „унакрсно испитивање се мора ограничити на предмет главног испитивања и питања која се тичу кредибилитета сведока, а у случају да сведок може дати исказ за наводе странке која га унакрсно испитује, на предмет тих навода“³⁵⁷ Другим речима, није потребно да у фази извођења доказа одбране позива исти сведок ради давања исказа. У том случају питања која се по први пут покрећу током унакрсног

„Без прејудуцирања одредби правилника које се тичу подношења документарних доказа, свака странка ће доставити Секретаријату, довољно времена пре отварања усменог поступка, информације које се тичу ма ког доказа које намерава да изведе или у погледу ког намерава да поднесе захтев Суду да га прибави. Ова комуникација ће обухватити листу презимена, имена, држављанства и места становања сведока и експерата које странка намерава да позове, са указивањем, у општим цртама, на тему или темее на које ће ови докази биоти усмерени. Копија комуникације ће се такође доставити ради њеног прослеђивања другој странци.“

³⁵⁵ Stone, Marcus, Cross: *Examination in Criminal Trials*, Third ed., Totel Publishing, West Sussex, 2009, стр.1.

³⁵⁶ Stone, op.cit. стр. 139

³⁵⁷ Члан 90 Н (i) Правилника о поступку и доказима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.

испитивања могу да буду предмет додатног испитивања странке која је позвала сведока.

452. У току унакрсног испитивања, уколико је оно усмерено на оспоравање исказа сведока или експерта, странка која врши унакрсно испитивање треба сведоку да предочи своју тезу.

453. За разлику од директног испитивања, у току унакрсног испитивања могу се постављати сугестивна питања.

454. По окончању унакрсног испитивања, странка која је позвала сведока има право да изврши његово додатно испитивање ограничавајући се на предмет унакрсног испитивање.

455. Странке могу улагати приговоре. Приликом образлагања приговора странке треба да се уздржавају од изношења становишта која би могла наводити сведока или вештака да да жељени одговор. Уколико за тим постоји потреба, расправа о приговору се може водити и без присуства сведока у судници.

V

ИКВИЗИТОРНА ОВЛАШЋЕЊА СУДА, ОБАВЕЗА САРАДЊЕ СТРАНАКА И ПОСЛЕДИЦЕ НИЗВРШЕЊА НАРЕДБИ СУДА

1. ИНКВИЗИТОРНА ОВЛАШЋЕЊА СУДА

456. Поступак пред Судом је доминантно адвераријалне природе. Међутим, за разлику од адверсаријалног модела у земљама англосаксонске правне традиције у коме је суд потпуно пасиван у погледу тога који ће докази бити изведени, Међународни суд правде располаже овлашћењима која му омогућавају да активно учествује у поступку прибављања и извођења доказа.³⁵⁸ Статутом и Правилником Суда прописана су извесна „инквизиторна“ овлашћења Суда. Поставља се питање каква је њихова природа и који услови треба да се испуне да би било примерено да их Суд врши у конкретном случају.

457. Овлашћења Суда у погледу прибављања доказа, који су изричито предвиђени Статутом и Правилником Суда су: да од странке захтева да доставе документ(а) и да пружи објашњења, овлашћење Суда да испитује (поставља питања) сведоке, експерте и сведоке експерте, овлашћење Суда да повери пијединцу, телу, канвеларији, комисији и ли организацији задатак да спроведе истрагу или да да експертско мишљење, да затражи од међународне организације да достави одговарајуће информације.

458. У доктрини је спорно да ли Суд има овлашћење да позива сведоке које нису предложиле странке, са друге стране, јединствено је становиште да Суд нема овлашћење да издаје *subpoena ad testificandum*.

459. У доктрини се, не ретко, износи теза да Суд није у могућности да на адекватан начин врши своју функцију у чињенично веома компликованим случајевима, те се критикује уздржаност Суда у коришћењу овлашћења која има на основу Статута и Правилника Суда,³⁵⁹ уз сугестију да Суд треба да буде

³⁵⁸ “International courts or tribunals are not totally dependent upon the parties concerning the production of evidence. They may take an active role in this respect.” Rüdiger Wolfrum, “International Courts and Tribunals,” Evidence, у *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, параграф 48.

³⁵⁹ Види на пример Teitelbaum, Ruth: Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice, *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, Vol. 6, 2007, стр. 120 и даље. Lillich, Richard: Preface, *Fact-Finding Before International Tribunals- Eleventh Sokol Colloquium*, Richard Lillich-urednik, Transnational Publishers, Inc. Ardsley on Hudson, New York, 1992., стр. xi,

„агресивнији приликом трагања за чињеницама.“³⁶⁰ Са друге стране, истиче се и закључак да је Суд у позицији да се успешно бави свим чињеничним питањима,³⁶¹ или да располаже механизмима за прибављање доказа и утврђивање чињеница који су „онолико добри колико је то Суду потребно.“³⁶²

1.1. ОПШТЕ ОВЛАШЋЕЊЕ СУДА (ЧЛАН 48 СТАТУТА СУДА)

460. Чланом 48 Статута Суда предвиђено је:

„Суд ће издавати наредбе којима управља поступком, одлучиваће о форми и времену у коме свака од странака мора да оконча изношење своје аргументације, и предузимати све аранжмане који су везани за извођење доказа.“³⁶³

461. Riddel и Plant ову одредбу тумаче као опште овлашћење Суда које се тиче не само прихватања доказа које предоче странке, већ и као општи основ инквизиторних овлашћења Суда (овлашћења Суда да прибавља доказе *proprio motu*)³⁶⁴

462. Међутим, члан 48 Статута Суда не даје довољно основа за закључак да Суд има генерално овлашћење да „прибавља додатне доказе *proprio motu*“ нити

³⁶⁰ „all judges, but especially ones serving on the ICJ, should be more aggressive in seeking facts.... frequently both judges and parties fail to take advantage of existing procedures to help unearth the facts that may be the key to the resolution of disputes. New procedures to enable more facts to be brought before international bodies certainly should be studied, but the consensus exists that these bodies, especially the ICJ, simply are not being as assertive enough when it comes to gathering the facts using the tools already available.“ Lillich, *op.cit.*, стр. xi

³⁶¹ Hersh Lauterpacht, *The Development of Law by International Court*, 1958, стр. 48.

³⁶² „as an occasional court, one of which the cases of secondary importance will be referred for settlement, the World Court has fact-finding facilities as good as it needs.“ Alford, *Fact Finding by the World Court*, *Vill. Law Review*, 1958, p.37.

³⁶³ The Court shall make orders for the conduct of the case, shall decide the form and time in which each party must conclude its arguments, and make all arrangements connected with the taking of evidence.“

³⁶⁴ Riddel-Plant, *op.cit.*, стр. 57

се Суд у досадашњој пракси позивао на одредбу овог члана у ретким приликама у којима је вршио ову врсту овлашћења. Одредба члана 48 Статута, нити представља основ нити прејудицира постојање ма ког од његових инквизиторних овлашћења.

1.2. ОВЛАШЋЕЊЕ СУДА ДА ЗАХТЕВА ОД СТРАНАКА ДА ДОСТАВЕ ДОКУМЕНТАРНЕ ДОКАЗЕ ИЛИ ПРУЖЕ ОБЈАШЊЕЊА.

463. Чланом 49 Статута Суда прописано је:

„Суд може чак и пре усмене расправе, да позове заступнике странака да доставе ма који документ или пружи образложење. Формална белешка ће се начинити о сваком одбијању.“³⁶⁵

464. Одредба из члана 49 Статута Суда допуњена је одредбом 62 Правилника Суда:

„Суд може у било које време да позове странке да поднесу доказе или да пружи образложење за које Суд може сматрати да су нужна ради осветљавања ма ког аспекта спорне свари, или може тражити друге информације у ту сврху.

Суд може, уколико то сматра нужним, организовати присуство сведока или експерта да доказе (сведочи) у поступку“³⁶⁶

Овлашћење да захтева од странке да доставе документ или да пружи образложење Суд може да врши било *proprio motu*, било на захтев странке. Једно од најпроблематичнијих питања јесте које су правне последице одбијања странке да поднесе доказе или пружи информације о чему ће више речи бити касније.

³⁶⁵ „The Court may even before the hearing, call upon the agents to produce any document or to supply any explanations. Formal note shall be taken of any refusal.“

³⁶⁶ „The Court may at any time call upon the parties to produce such evidence or to give such explanations as the Court may consider to be necessary for the elucidation of any aspect of the matters in issue, or may seek other information for this purpose.

The Court may, if necessary, arrange for attendance of witness or expert to give evidence in the proceedings“

465. Суд може да захтева достављање документације и образложења само од држава које су странке у поступку, али не и од трећих држава. Другим речима, државе које нису странке у поступку немају обавезу достављања доказа,³⁶⁷ те ни Суд није овлашћен да трећим државама издаје наредбе о достављању документарних или других доказа. Кључна разматрања која поткрепљују ову тезу су природа надлежности Суда, непримереност вршења овог овлашћења у поступцима у којима се решавају спорови који су без обзира да ли укључују решавање питања од „ширег значаја“ билатералне природе, као и да ово овлашћење није посебно предвиђено Статутом Суда.

466. Foster је становишта да иако Суд „није имао прилике“ да позива треће државе које нису странке у поступку да Суду доставе доказе „уколико би се то показало нужним, Суд би био овлашћен да то учини.“³⁶⁸ Међутим, Фостер не указује на конкретан основ овлашћења Суда да од трећих држава прибавља доказе или затражи да пруже објашњења. Будући да је Статутом Суда изричито предвиђено овлашћење да од странака захтева да доставе доказе, као и да има овлашћење да захтева од међународних организација достављање доказа, чињеница да Статутом није предвиђено овлашћење Суда да од трећих држава затражи достављање доказа се не може сматрати случајним пропустом.

467. Суд од странака може да захтева да доставе само документарне доказе.

*

468. Правилником Суда прописани су услови под којима Суд може да врши наведено овлашћење и везује га за „нужност осветљавања ма ког спорног питања.“ Када постоји нужност је ствар дискреционе оцене Суда.

469. Приликом разматрања питања под којим условима је примерено да Суд врши овлашћење које има на основу члана 49 Статута, чини нам се да треба имати у виду да се од странака очекује да располажу са довољно доказа на којима заснивају, односно којима поткрепљују, своје тврдње.

³⁶⁷ Ameraschinghe, *op.cit.* стр. 113.

³⁶⁸ Foster, *Fact finding and the World Court*, *Canadian Yearbook of International Law*, 1969, стр.175. (Напомена: Foster је наведени чланак објавио 1969 године. Међутим, ни у јуриспруденцији Суда до заврштека израде ове студије, Суд није вршио овлашћење прибављања доказа од држава које нису странке у поступку.)

470. Приликом утврђивања да ли је достављање неког документа нужно ради расветљавања ма ког питања, Суд се ослања (или треба да се ослања) не само на евентуалну релевантност захтеваног документа, већ и на доступност других документарних доказа, као и на чињеницу да је услед недоступности одређених документарних доказа, странкама омогућено, како је Суд истако у предмету *Corfu Channel* да „либералније прибегавају инференцијама и посредним доказима“³⁶⁹ На странци која истиче тврдњу је не само да предочи Суду доказе на којима заснива тврдњу, већ и да благовремено предузме одређене радње ради прибављања доступних доказа³⁷⁰. Уколико странка није у могућности да прикаже барем

³⁶⁹ On the other hand, the fact of this exclusive territorial control exercised by a State within its frontiers has a bearing upon the methods of proof available to establish the knowledge of that State as to such events. By reason of this exclusive control, the other State, the victim of a breach of international law, is often unable to furnish direct proof of facts giving rise to responsibility. Such a State should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence. This indirect evidence is admitted in all systems of law, and its use is recognized by international decisions. It must be regarded as of special weight when it is based on a series of facts linked together and leading logically to a single conclusion.” *The Corfu Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949,cmp. 18.*

³⁷⁰ The Court observes further that the United States has, however, questioned whether some of these individuals were not also United States nationals. Thus, the United States has informed the Court that, "in the case of defendant Ayala (case No. 2) we are close to certain that Ayala is a United States citizen", and that this could be confirmed with absolute certainty if Mexico produced facts about this matter. Similarly Mr. Avena (case No. 1) was said to be "likely" to be a United States citizen, and there was "some possibility" that some 16 other defendants were United States citizens. As to six others, the United States said it "cannot rule out the possibility" of United States nationality. The Court takes the view that it was for the United States to demonstrate that this was so and to furnish the Court with all information on the matter in its possession. In so far as relevant data on that matter are said by the United States to lie within the knowledge of Mexico, it was for the United States to have *42 sought that information from the Mexican authorities. The Court cannot accept that, because such information may have been in part in the hands of Mexico, it was for Mexico to produce such information. It was for the United States to seek such information, with sufficient specificity, and to demonstrate both that this was done and that the Mexican authorities declined or failed to respond to such specific requests. At no stage, however, has the United States shown the Court that it made specific enquiries of those authorities about particular cases and that responses were not forthcoming. The Court accordingly concludes that the United States has not met its burden of proof in its attempt to show that persons of Mexican nationality were also United States nationals. *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of March 31, 2004, para 57.

разумну основаност своје чињеничне тврдње, не би било примерено за Суд да издаје наредбе којима налаже достављање документације на коју би могао да се ослони приликом испитивања да ли је основана непоткрепљена чињенична тврдња ма које од странака.

471. У предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* Босна и Херцеговина је захтевала од Суда да нареди Србији и Црној Гори да достави Суду и странкама извесна документа.³⁷¹ Суд је резонувао на следећи начин:

Конкретно питање тиче се „редигованих“ селова докумената Врховног савета добране тужене државе, тј. делова који су тако зацрњени да су нечитљиви. Документа су класификована, како је објаснио ко-заступник, одлуком Савета као војна тајна, и поверљивом одлуком Савета министара Србије и Црне Горе као ствар од интереса за националну безбедност. Тужилац тврди да Суд треба да донесе властити закључак из пропуста туђене странке да поднесе комплетне копије ових документа. Он указује на овлашћење Суда, на које се позивао раније ... да сходно члану 49 Статута позове странку да поднесе документа и да ће „формално забележити свако

³⁷¹ By a letter dated 28 December 2005, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina, on behalf of the Government, requested that the Court call upon Serbia and Montenegro, under Article 49 of the Statute and Article 62, paragraph 1, of the Rules of Court, to produce a certain number of documents. By a letter dated 16 January 2006, the Agent of Serbia and Montenegro informed the Court of his Government's views on this request. By a letter dated 19 January 2006, the Registrar, acting on the instructions of the Court, asked Bosnia and Herzegovina to provide certain further information relating to its request under Article 49 of the Statute and Article 62, paragraph 2, of the Rules of Court. By letters dated 19 and 24 January 2006, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina submitted additional information and informed the Court that Bosnia and Herzegovina had decided, for the time being, to restrict its request to the redacted sections of certain documents. By a letter dated 31 January 2006, the Co-Agent of Serbia and Montenegro communicated his Government's views regarding this modified request. By letters dated 2 February 2006, the Registrar informed the Parties that the Court had decided, at this stage of the proceedings, not to call upon Serbia and Montenegro to produce the documents in question. However, the Court reserved the right to exercise subsequently, if necessary, its powers under Article 49 of the Statute and Article 62, paragraph 1, of the Rules of Court, to request, *proprio motu*, the production by Serbia and Montenegro of the documents in question. Judgment, para.44.

одбијање.“ У другом кругу усмене расправе заменик заступника тужиоца је навео да

“Србији и Црној Гори не би требало допустити да одговори на наше позивање на редиговане записнике Врховног савета одбране уколико, истовремено не достави тужиоцу и Суду копије целокупних нередигованих верзија свих записника са седница Врховног савета одбране. У противном, Србија и Врна гора би стекао знатну предност у односу на Босну и Херцеговину у односу на документа, која су очигледно, и не на задњем месту у очима тужене државе, директно релевантна за успех или губитак овог случаја. Ми очекујемо, госпођо председнице, захтев Суда да сходно томе изда туђеној држави одговарајуће инструкције.

У овој ствари Суд примећује да тужилац располаже обимном документацијом и другим доказима, посебно оним из лако доступних списа Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Он се на њих веома много користио. У месецу који је претходио усменој расправи он је поднео оно што морамо узети за пажљиву селекцију великог броја документа који су доступни у Међународном кривичном трибуналу за бившу Југославију. Тужилац је позвао генерала сер Ричарда Даната (Рицхард Даннат), који је, позивајући се на многа од тих документа, сведочио о односу власти у Савезној Републици Југославији и оних у Републици Српској по питању контроле и издавања инструкција. Иако се Суд није сложио ни са једним од захтева тужиоца којим је тражио достављање нередигованих копија ових документа, он ије пропустио да примети сугестију тужиоца да је Суд слободан да доноси властите закључке.³⁷²

472. Одлука Суда да не захтева од Србије и Црне Горе да достави нередиговане записнике Врховног савета одбране је била предмет различитих коментара. SaCouto, је поступак Суда коментарисала у контексту тврдње да је Суд одлучио да не тражи најбоље могуће доказе и налагасила:

³⁷² Paras. 205-206.

„пропуст Суда да објасни зашто је одабрао да не пробави ове доказе разумљиво рађа питања о томе да ли је Суд имао пред собом све доказе коју су били нужни да изврши прецизну правну оцену одговорности Србије у овом случају.³⁷³

473. Међутим, Суд је своју одлуку образложио (види напред цитирани параграф 206 пресуде), и посебно нагласио да је БиХ располагала са великом количином документа који су јој били доступни из архива Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Поред тога, чини се да није било без збачаја да је захтев поднесен у веома касној фази поступка. Са друге стране, прегледом редигованих верзија записника Врховног савета одбране, нисмо нашли на било шта што би указивало да су се у редигованим деловима „скривале информације“ од значаја за установљавање односа између Југославије (касније Србије и Црне Горе) и Републике Српске који би могао да покрене питање одговорности Србије и Црне Горе, посебно не информације које су се тичале догађаја у Сребреници јула 1995 године.

474. Основни разлог који је Србија изнела као приговор на захтев Босне и Херцеговине тичао се природе тих документа, као документа која су „строго поверљива у свакој држави.“³⁷⁴ Међутим, нередигована документа Врховног савета одбране су коришћена као докази у поступцима пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију, што на први поглед умањује значај аргументације.³⁷⁵ У јавности се дуго шпекулисало, нарочито након доношења

³⁷³ Види примера ради : Susana SaCouto, Reflections on the Judgment of the International Court of Justice in Bosnia's Genocide Case against Serbia and Montenegro, *Human Rights Brief*, 2007,

³⁷⁴ Oral Pleadings, 08. May 2006, CR/2006/43, стр.27.

³⁷⁵ “While the Court does allow states to argue that certain documents must be privileged for reasons of national security and will not draw adverse inferences from their non-production, Serbia and Montenegro’s argument in favour of privilege does not seem pressing, given that the documents have already been disclosed in full to another tribunal, and their argument that no negative inferences can be drawn because Bosnia and Herzegovina did not request the disclosure of a document it did not know existed at the time is far from compelling.” Riddel-Anna: Report on the Oral Proceedings in the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Selected Procedural Aspects, *Leiden Journal of International Law*, 2007, vol. 20, стр. 433.

пресуде, да би откривање садржине ових записника могло да послужи као основ за ревизију пресуде. Међутим, иако су у питању документа највишег степена поверљивости, она су не само обелодањена, већ и убрзо након доношења пресуде учињена лако доступним, како у оригиналу, тако у у преводу на енглески језик.³⁷⁶ Другим речима, данас она представљају део (веома) „лако доступне публикације.“

475. Механизам који је предвиђен члановима 49 Статута Суда и 62 Правилника Суда, у досадашњој пракси Суд је користио рестриктивно, тако да случај захтева Босне и Херцеговине не представља изузетак, већ доследну пирмену правила, да је примерено за Суд да врши ово овлашћење само уколико је то „нужно ради расветљавање ма ког спорног питања.“

476. Рестриктивно вршење овлашћења које Суд има на основу члана 49 Статута Суда налази своје оправдање како у природи странака (које су суверене државе) тако и у легитимном очекивању од државе да располаже са доказима које сматра довољним да би поткрепила своје чињеничне тврдње.

477. Правилник Суда и прекса Суда не пружају довољно информација на основу којих би могли да закључимо који су услови потребни да се испуне да би Суд издао наредбу једној од странака да достави одређену документацију. Сматрамо да би било примерено да се Суд уопште упусти у разматрање захтева за издавање наредбе сходно члану 49 Статута само уколико је странка истакла конкретан захтев којим се у довољној мери идентификовала тражена документација, уз образложење које спорно питање би дати документ могао да расветли, те да учини вероватним да странка против које се износи захтев заиста и располаже са датим документом и да овај није доступан из другог извора, као и због чега је нужно да Суд врши ово овлашћење с обзиром на друге изведене и доступне доказе.

³⁷⁶ Види: [http://www.sense-agency.com/tribunal_\(mksj\)/tribunal_\(mksj\).58.html](http://www.sense-agency.com/tribunal_(mksj)/tribunal_(mksj).58.html) (за копију оригинала), <http://www.sense-agency.com/home/icty.59.html> (за превод на енглески језик).

1.3. ОВЛАШЋЕЊЕ СУДА ДА ПОВЕРИ ПИЈЕДИНЦУ, ТЕЛУ, КАНЦЕЛАРИЈИ, КОМИСИЈИ ИЛИ ДРУГОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ ЗАДАТАК ДА СПРОВЕДЕ ИСТРАГУ ИЛИ ДА ЕКСПЕРТСКО МИШЉЕЊЕ

478. Према члану 50 Статута Суда:

„Суд може да повери, у било које време, сваком појеницу, телу, канцеларији, комисији или другој организацији коју моће да одабере, задатак да спроведе истрагу или да експертско мишљење.“

Члан 50 Статута Суда допуњен је правилом 67 Правилника Суда:

„1. Уколико Суд сматра нужним да организује истрагу или еспертско мишљење, он ће, након што саслуша странке, издати такву наредбу, дефинишући предмет истраге или експертског мишљења, наводећи број и начин именовања експерата или особа које ће извршити истрагу, и пописати поступак који треба да се следи. Када је то прикладно, Суд ће од особа именованих за спровођење истраге или за давање експертског мишљења, затражити да дају свечану изјаву (заклетву)

2. Сваки извештај или записник о истраћи или свако експертско мишљење биће достављено странкама, којима ће се пружити прилика да га коментаришу.

479. Наведено овлашћење Суд може да врши било *proprio motu* било на захтев једне од странака, или уз сагласни предлог странака³⁷⁷. У досадашњој пракси овлашћење да именује експерте ради спровођења истраге и давања експертског мишљења Суд је вршио само у два предмета *Corfy Channel (United Kingdom v. Albania)* и *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*. Улога ескепрата се знатно разликовала. Док је еспкертима у предмету *Corfy Channel* поверено како да прикупе

³⁷⁷ Види: Daniel Tim, Third Bi-Annual Conference of ABLOS Expert Evidence before the ICJ (www.gmat.unsw.edu.au/ablos)

одговарајуће доказе посетом лица места, и да дају експертско мишљење, у предмету *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* експерт је именован ради помоћи Суду у вези са техничким питањима која су се односила на демаркацију поморске границе. Именовани експерт је поднео „Технички извештај“ који је приложен као анекс пресуде коју је Суд донео у овом случају.³⁷⁸

480. Странкама се мора омогућити да коментаришу експертски извештај (мишљење) или записник о предузеим истражним радњама, и уколико сматрају потребним, траже да се поједни делови извештаја појасне или да га оспоравају било извођењем документарних доказа, било позивањем сведока или експерата. Правилником није посебно предвиђено да странкама треба да буде омогућено да испитују експерте именоване од стране Суда. Сматрамо да би било противно интересима здравог правосуђа да се странкама ускрати могућност да (унакрсно) испитују експерте које именује Суд.

481. Спорно је који су услови под којима је примерено да Суд врши ово овлашћење. Предмет *Pulp Mills on the River Uruguay* је покренуо лавину расправа о потреби Суда да у већој мери ангажује експерте, посебно у предметима који се тичу заштите животне средине.³⁷⁹ Међутим, особеност овог случаја није била у томе да није било довољно експертских мишљења која су предочена Суду, већ што су експерти иступали не у својству експерата који би могли да буду подвргнути унакрсном испитивању, већ су иступали пред Судом као представници странака.³⁸⁰ Суду је предочена огромна количина доказног

³⁷⁸ Judgment of 12 October 1984, ICJ Reports 1984, стр. 347-352

³⁷⁹ Види: Michael J. McDermott, *International Environmental Disputes and the Need for Court-Commissioned Independent Experts*, Boston College International & Comparative Law Review Vol. 34, 2011.

³⁸⁰ The Court now turns to the issue of expert evidence. Both Argentina and Uruguay have placed before the Court a vast amount of factual and scientific material in support of their respective claims. They have also submitted reports and studies prepared by the experts and consultants commissioned by each of them, as well as others commissioned by the International Finance Corporation in its quality as lender to the project. Some of these experts have also appeared before the Court as counsel for one or the other of the Parties to provide evidence. (*Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, 20 April 2010, para 165.)

материјала, укључујући ту и научног материјала који има природу експертских налаза.

482. Заговарању тезе да би независни судски експерти могли знатно да допринесу расветљавању чињеничних питања, иако није лишена смисла, треба приступити са великом дозом опреза. Уколико су странке преочиле Суду експертске налазе, експертско мишљење експерта ког би именовоа Суд не би се могло сматрати, само с обзиром на чињеницу да га је именовоа Суд, поузданијим од експертских мишљења експерата које ангажују странаке. Уколико странке и експерти странака износе несагласне чињенице и експертска мишљења на којима заснивају своје тезе, Суд не би могао да именовањем „свог експерта“ овоме делегира задатак да цени њихову поузданост и доказну вредност. Како је истакао Суд, „ без обзира на обимност и комплексности чињеничних информација које су пред њега изнете, одговорност је Суда да, након што пажљиво размотри све доказе који су пред њега изнесени, утврди које се чињенице могу сматрати релевантним, да утврди њихову доказну снагу и да извуче одговарајуће закључке.“³⁸¹

³⁸¹ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20. April 2010, para 168.*

1.4. ПОСЕТА ЛИЦА МЕСТА (SITE VISIT)

483. Овлашћење Суда да пробавља доказе „на лицу места“ посебно је предвиђено Статутом Суда. Члан 44 Статута Суда, међутим, формулисан је на начин који даје основа закључју да је овлашћење Суда да посети место или локацију од значаја за решавање спора инхерентне природе.

484. Према члану 44 Статута Суда:

„1. For the service of all notices upon persons other than the agents, counsel, and advocates, the Court shall apply direct to the government of the state upon whose territory the notice has to be served.

2. The same provision shall apply whenever steps are to be taken *to procure evidence on the spot.*

485. Правилници Сталног суда Међународне правде нису садржали одредбу о посети лица места, док је таква једна одредба први пут нашла своје место тек у Правилнику Суда који је усвојен 1978 Године. Стални суд међународне правде је смо једном извршио посету лица места (у предмету *Water from the Meuse*)³⁸² док се садашњи Међународни суд правде само једном служио овим овлашћењем (у предмету *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*)

486. Чланом 66 Правилника Суда предвиђено је:

„Суд може у било које време да одлучи, било *proprio motu* или на захтев странке, да врши своје функције у погледу прибављања доказа на месту или локалитету на које се односи случај, под условима о којима Суд може одлучити након што прибави становишта странака. Нужне организационе мере ће се предузети у складу са чланом 44 Статута Суда.“

487. Прибављање доказа на „лицу места“ Статутом није предвиђено као искључива улога Суда, већ она могу на лицу места да буду прибављена на различите начине и од стране различитих особа или институција (на пример од експерата које би именовао Суд или странка, посебно овлашћене институције итд.)

³⁸² А/Б 70, 1939, стр.9

488. Статутом и Правилником посета лица места је предвиђена као радња *прибављања доказа*. Начин прикупљања доказа је, по природи ствари, путем непосредног опажања. Међутим, у оба случаја у којима је Суд вршио посету лица места, ова није извршена ради прикупљања доказа већ ради упознавања Суда са „ситуацијом на терену,³⁸³ ради „бољег разумевања случаја.“³⁸⁴

489. У предмету *Gabčikovo-Nagymaros Project* странке су биле сагласне да Суд изврши посету лица места. У другим предметима у којима је једна од странака предлагала посету лица места³⁸⁵ Суд је одбио такав предлог, уз образложење да да „није нужно да врши своје функцију прибављања доказа на начин предвиђен чланом 66 Правилника Суда.“³⁸⁶

490. Посета лица места подразумева да се ради њене реализације предузме низ организационих мера (обезбеђење пролаза и боравка, безбедносне мере, логистичка подршка итд) које укључују висок степен сарадње са државом на чијој територији треба да се изврши. Одсуство сарадње доводи неминовно до онемогућавања Суда да изврши посету лица места. Са друге стране, савремена техничка средства (могућност коришћења аудио визуелних записа, фотографија, сателитских снимака итд) знатно релаксирају потребу да Суд, било ради прикупљања доказа, било ради самог упознавања са ситуацијом на терену или ради бољег разумевања случаја, врши посету лица места.

³⁸³ Rosenne, III.324, стр.1327.; P. Tomaka, Wordsworth, The first Site Visit of the International Court of Justice in Fulfilment of its Judicial Function, *American Journal of International Law*, vol 92, 1998. ; Riddel-Plant, *Evidence before International Court of Justice*, British Institute of International and Comparative Law, 2009, стр. 67.

³⁸⁴ Dispute Settlement – General Topics, UNCTD, New York and Geneva, 2003, стр. 20

³⁸⁵ Примера ради, у предмету *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*

³⁸⁶ Види Riddel, Plant, op.cit. стр. 67.

1.5. ОВЛАШЋЕЊЕ СУДА ДА ТРАЖИ РЕЛЕВАНТНЕ ИНФОРМАЦИЈЕ ОД МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

491. Према члану 34(2) Статута Суда

„Суд може, под условима и у складу са Правилником, да захтева од јавне међународне организације информације које су релевантне за случај који је пред њега изнет, и примиће све информације које поднесу такве организације на сопствену иницијативу.“

492. Ова одредба Статута указује на „привилеговани статус“ међународних организација (међудржавних организација)³⁸⁷ у поступку пред Судом уколико располажу са информацијама које су релевантне за решавање спора који је изнет пред Суд. Не само да Суд може да захтева од међународних организација релевантне информације, већ, иако оне нису странке у поступку, оне могу да поднесу такве информације на сопствену иницијативу, чиме аутоматски постају саставни део списка предмета.

493. Јуриспруденција Суда не даје повода закључку да међународне организације заиста и имају овакав привилегован статус, или да се користе овим овлашћењима. Поједини аутори наводе да је одредба члана 34(2) Статута „мртво слово на папиру“³⁸⁸, док други аутори у студијама о доказивању у међународном правосуђу и не спомињу међународне организације као учеснике у поступку доказивања.

494. Одредба члана 34(2) Статута Суда допуњена је одредбом члана 69 Правилника Суда.

495. Чланом 69(1) Правилника Суда предвиђено да Суд може, „у било које време пре затварања усменог поступка, било *proprio motu* било на захтев једне од странака да захтева од јавне међународне организације... да достави информације које су релевантне за случај који је изнет пред Суд.“

496. Временски моменат до ког Суд може да захтева од међународне организације да достави тражене информације је окончање усмене фазе поступка.

³⁸⁷ Види чл. 69 (4) Правилника Суда.

³⁸⁸ Rudiger Wolfrum, *op. cit.*, para.51.

Истим параграфом је предвиђено да ће Суд, „након што се консултује са главним административним службеником међународне организације“ (то је по правилу генерални секретар) одлучити да ли ће се те информације изнети усмено или писмено, као рок за њихово достављање.

497. Чланом 69 (2) Правилника Суда регулисан је поступак достављања информација на иницијативу саме међународне организације. Међународној организацији се доставља спис предмета ³⁸⁹ уколико се у поступку поставља питање конститутивног акта дате међународне организације или међународне конвенције која је усвојена под њеним окриљем. Стога се од самог покретања поступка међународној организацији омогућава да, уколико сматра потребним, интервенише у поступку пред Судом. Уколико дата међународна организација жели, на сопствену иницијативу, да достави информације које су релевантне за случај који је изнет пред Суд, она то може учинити до окончања писмене фазе поступка у писаној форми (у форми Memorial-a).

498. И овде се поставља питање момента окончања писмене фазе поступка. Будући да окончање писмене фазе поступка може да буде неизвесно (поготово да ли ће се након првог круга поднесака уследити и подношење Rejoinder-a и Reply-a.) сматрамо да моменат до ког међународна организација може да достави Суду релевантне информације треба прецизније одредити, и везати не за окончање писмене фазе поступка, већ за одређени временски моменат након подношења поднесака странака, будући да тек у том тренутку међународна организација може да сагледа да ли постоји потреба да подноси релевантне информације.

499. Друга реченица члана 69 (3) Правилника Суда се у извесним аспектима чини проблематичном. Њоме је предвиђено:

„Суд задржава право да захтева да таве информације буду допуњене, било усмено или у писаном облику, у форми одговора на ма које питање за које му се чини погодним да га формулише, и такође да овласти стране да

³⁸⁹ Члан 37 (3) Статута Суда: Whenever the construction of the constituent instrument of a public international organization or of an international convention adopted thereunder is in question in a case before the Court, the Registrar shall so notify the public international organization concerned and shall communicate to it copies of all the written proceedings.

коментаришу, било усмено или писмено, информације које су на тај начин достављене.“

500. Наиме, поступак након подношења Мемориал-а међународне организације је очигледно флексибилан, остављајући Суду на располагању широк спектар могућности. Међутим, будући да Мемориал међународне организације аутоматски постаје саставни део списка предмета, сматрамо да странкама мора да буде омогућено да га коментаришу, и да ова могућност не треба да буде условљена ауторизацијом Суда, већ да Суд мора, након што се консултује са странкама, да одреди рок у коме могу да изнесу своје коментаре на Мемориал међународне организације.

501. Међутим, може се поставити питање како је примерено да се третирају информације које достави међународна организација, да ли као аргументацију или као доказ у поступку. Наравно, документарни докази које би међународна организације приложила као анекс свог поднеска, свакако треба да буду узети у разматрање као докази. Међутим, то нису нити докази странака нити докази Суда. Проблем је још већи уколико би се у Memorial-у међународне организације налазиле информације које нису поткрепљене документарним доказима. У том случају, могло би се поставити питање да ли странкама треба пружити могућност да, уколико то захтевају, испитају аутора *мемориал-а*.

502. Међународне организације нису странке у поступку пред Судом, и уколико би информације које било самоиницијативно било на позив Суда доставиле Суду, а које су међу странкама биле спорне, сасвим сигурно, могла би се отворити расправа о правним питањима која не би могла да буду решена ослонцем на праксу Суда или другог суда или трибунала (будући да ова пракса не постоји).

1.5. ДА ЛИ СУД ИМА ОВЛАШЋЕЊЕ ДА ПОЗИВА СВЕДОКЕ

503. У досадашњој пракси Суд није позивао сведоке (сведоци Суда). Аутори који заговарају тезу да је Суд овлашћен да позива сведоке (које нису

предложили странке) своје становиште заснивају на члану 49 Статута и члану 62 Правилника Суда³⁹⁰. Одредбе наведених чланова су одредбе којима се, на општи начин регулише овлашћење Суда у погледу извођења доказа, и у њима се не може наћи ништа што би указало да Суд располаже овлашћењем да позива сведоке на сопствену иницијативу.

504. Иницијатива за извођење доказа у адверсаријалном моделу поступка, какав је поступак пред Судом, је примарно на странкама. Инквизиторна овлашћења Суда не спадају у групу његових инхерентних овлашћења (овлашћење које је нужно ради вршења судске функције), и може се сматрати да Суд располаже само оним инквизиторним овлашћењима која су изричито предвиђена Статутом Суда.

505. Статутом је посебно предвиђена могућност Суда да именује експерте којима поверава израду експертског извештаја по одређеним питањима, али не и да позива сведоке. Разлика између сврхе сведочења експерата и сведока је битна и од утицаја је на утврђивање домашаја инквизиторних овлашћења Суда. Улога експерата у поступку пред Судом је да користећи се својим стручним знањем и искуством помогне Суду у расветљавању или разумевању чињеничних питања, док је улога сведока да пружи доказе о релевантним чињеницама.

506. Поред тога, уколико би се Суду дало овлашћење да на сопствену иницијативу позива сведоке, могло би се доћи до резултата који би умањило значај Суда као органа коме је поверено решавање међудржавних спорова. Суд није истражни орган, већ орган за решавање спорова који располаже веома ограниченим могућностима да самостално трага за доказима којима се могу расветлити спорне чињенице. Стога је и његова фактичка могућност да позива сведоке на сопствену иницијативу знатно ограничена.

507. Природа међудржавних спорова је таква да би се у већини случајева потенцијални сведоци могли наћи међу особама које су заузимале, или су и даље на одговарајућим позицијама у организацији државне власти, а чији се акти, према правилима међународног права могу приписати држави, (на пример, министри иностраних послова, војни службеници, службеници државне администрације итд), и који имају обавезу лојалности држави у чијој се служби

³⁹⁰ Riddel, Plant, *op.cit.*, стр. 61-62.

налазе (или су се налазиле). Позивањем таквих особа би се лако могло схватити као фаворизовање једне од страна у спору (будући да није извесно да ће државни службеник сведочити против сопствене државе), или да Суд позива сведока чији исказ, с обзиром на његову тренутну позицију, или позицију у релевантном временском периоду, би морао да се разматра уз изузетну дозу опреза³⁹¹. Уколико би ове личности биле позване од стране Суда да сведоче о чињеницама које леже у основи спора, веома је извесно да би се државе, у најмању руку, устручавале да прихватају за обавезујућу надлежност Суда. Поред тога, особе које су у датом временском периоду деловале у име државе могу на различите начине да буду укључене у тим који припрема наступ државе пред Судом (без обзира да ли ће и иступати пред Судом), што отвара питање да ли би они уопште могли да се појаве као сведоци пред Судом, или уколико би сведочили поставило би се питање доказне вредности њиховог сведочења.

³⁹¹ “A member of the government of a State engaged, not merely in international litigation, but in litigation relating to armed conflict, will probably tend to identify himself with the interests of his country, and to be anxious when giving evidence to say nothing which could prove adverse to its cause.” Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of June 27, 1986, ICJ Reports 1986., para. 70.

1.6. ПРИРОДА И ПРИМЕРЕНОСТ ВРШЕЊА ИНКВИЗИТОРНИХ ОВЛАШЋЕЊА СУДА

508. Суд ретко прибегава вршењу својих инквизиторних овлашћења. Поставља се питање услова под којима је примерено да их Суд врши. Како недвосмислено показује и јуриспруденција Суда, доказна иницијатива је у рукама странака, и улога Суда је превасховно да своје чињеничне налазе заснива на сагласним тврдњама или споразуму странака и доказима које су странке изнеле пред Суд.

509. Једно од разматрања које свакако треба имати у виду приликом одређивања природе и примерености вршења инквизиторних овлашћења Суда је и то да се пред Суд износи спор који постоји међу странкама, и да се од државе која покреће поступак (државе тужиоца) очекује да располаже доказима на којима заснива своје тврдње. Била би злоупотреба судског поступка уколико би се држава тужилац ослонила на инквизиторна овлашћења Суда, без понуде доказа на којима заснива своје чињеничне тврдње. Другим речима, страна која покреће поступак пред Судом, не може очекивати од Суда да заступа њене интересе под велом изналажења «објективне истине».

510. Будући да је на државама примарна одговорност за извођење доказа , у једном прилично либералном режиму извођења доказа који се заснива на начелу слободе доказивања, овлашћења Суда су строго секундарне природе, и примерено је да их Суд вршити само уколико то *нужно* ради вршења судске функције. Улога Суда у фази поступка која је намењена извођењу документарних доказа (у току писмене фазе поступка) је потпуно пасивна, и Суд је у позицији да разматра питање потребе за вршењем инквизиторних овлашћења тек по окончању или на самом крају писмене фазе поступка. Мада их Суд може вршити «у било које време», односно у «било којој фази поступка», свакако да не би било примерено да их врши на сопствену иницијативу пре него је странкама пружена могућност да изводе доказе и аргуменацију којима поткрепљују своје тезе.

511. Изузев када је реч о испитивању сведока и експерата, Суд прибегава вршењу ових овлашћења тек пошто саслуша странке, односно пружи могућност странкама да изнесу своја становишта о потреби вршења неког од инквизиторних овлашћења.

512. Riddel и Plant резонују на следећи начин:

«However, in keeping with the Court’s adherence to the principle of sovereign equality, this authority is strictly secondary in character, in the sense that the Court is expected to exercise these powers only when the parties have not produced a complete portfolio of evidence and the Court requires further information to adjudicate the matter in dispute. In this respect, the evidentiary procedure of the Court more closely resembles the procedure followed in civil law jurisdictions; the common law model places the task of producing evidence entirely upon the parties, with no obligation for the judges to seek additional forms of evidence to sustain their factual and legal findings.»³⁹²

513. Закључак и резонување поменутих аутора нам се чини проблематичним из више разлога. Теза да је овлашћење Суда да прибавља доказе секундарне природе се чини неспирном али не и разлози који се наводе у њен прилог. Прво, чињеница да странке нису изнеле све доказе који би могли да буду од помоћи Суду да разреши спорну ствар није довољан разлог за активирање ових овлашћења Суда, чак ни под претпоставком да би такве информације биле од користи Суду да пресуди о спорној ствари. Без обзира на количину и квалитет доказа, Суд је увек у позицији да пресуђује.³⁹³ Правило о расподели терета

³⁹² Anna Riddel and Bernard Plant, *Evidence Before International Court of Justice*, London, 2009, стр. 57.

³⁹³ Eklatantan primer iz prakse Suda je predmet *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* u kome je Sud konstatovao “At this stage of reasoning, the Chamber must emphasize that the present case is decidedly unusual one as concerns the facts which have to be proven and the evidence which has been, or might have been, produced for this purpose. The Chamber has to ascertain where the frontier lay in 1932 in a region of Africa little known at that time and largely inhabited by nomads, in which transport and communications were very sketchy. In order to identify this the Chamber has to refer to the legislative and regulative texts, not all of which were even published; to the maps and sketch-maps compiled at the time, maps which are sometimes of doubtful accuracy and reliability and which contradict one another; and to administrative documents which having been drawn for the purposes of system of government which ceased to exist nearly 30 years ago, have had to be obtained from various collections and archives. Although the Parties have provided it with a case file as complete as possible, the Chamber

доказивања је само једно од оних које омогућава суду да и у *non liquet* ситуацији врши своју функцију.

514. Друго, поређење са системима *civil law*-а и *common law*-а, се у овом контексту чини неприхватљивим, будући да у земљама *common law*-а, иако су саме странке те које износе доказе пред суд, те да Суд нема овлашћења да прибавља доказе на сопствену иницијативу, странкама стоје на располагању механизми путем којих на релативно брз и ефикасан начин могу да дођу у посед захтеваних доказа уз асистенцију суда (*discovery*). Са друге стране, пракса Суда показује да Суд ретко прибегава вршењу овлашћења којима врши прибављање доказа, и то само уколико постоје нарочите околности, а такође и да случај да се странка оглуши, из било ког разлога о наредбу Суда за достављање неког доказа, ни у ком случају не спречава нити ограничава Суд у вршењу своје основне функције.

cannot be certain of deciding the case on the basis of full knowledge of the facts. The case file shows inconsistencies and shortcomings. The Parties have informed the Chamber that they were unable to locate certain documents such as for example, the cartographic documents mentioned in paragraph 57 above. But even if these documents had been located, the Chamber cannot preclude the possibility that ht large body of archives from the French West Africa Administration, now dispersed among several countries, may contain further documents of considerable relevance.

In these circumstances, it is clear that the Chamber cannot resolve the problem by means of any of the powers in the matter of evidence under Articles 48, 49 and 50 of the statute of the Court. Nor can the situation be looked for in a systematic application of the rule concerning burden of proof. For example, in respect of certain villages of which it is necessary to determine the administrative situation between 1927 and 1935, Mali claims that this is for Burkina Faso to demonstrate the Voltan character of the villages during the period. While it is true that “ultimately ... it is a litigant seeking to establish a fact who bears the burden of proving it” (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Reports 1984, p. 437, para 101), it is also for Mali to establish the facts underlying its claims, that is to demonstrate that the villages were Sudanese at the time. ... In any event, however, in a case such as this, the rejection of any particular argument on the ground that the factual allegations on which it is based have not been proved is not sufficient to warrant upholding the contrary argument, The Chamber has to indicate the line of frontier on the basis of the documents and other evidence presented to it by the Parties. Its task is further complicated by the doubts it has expressed above regarding the sufficiency of this evidence” Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali= paras 64 and 65)

515. Сматрамо да Суд има само она инквизиторна овлашћења која су изричито предвиђена Статутом Суда. Наиме, инхерентна овлашћења Суда (овлашћења која не морају да буду посебно предвиђена конститутивним актом Суда) имају своје утемељење у општим правним начелима признатим од стране просвећених народа. Различити правни системи регулишу инквизиторна овлашћења судова на до те мере различите начине да се из њих не може извући закључак о постојању ма ког инхерентног инквизиторног овлашћења Суда. Довољно је само напоменути да у англоамеричком моделу, доказна иницијатива је у потпуности у рукама странака, док судови из земаља европскоконтиненталне правне традиције располажу извесним инквизиторним овлашћењима.

516. Да инквизиторна овлашћења Суда нису инхерентне природе показује и ранија арбитражна пракса. N. H. Sahah наводи:

„it is interesting to recall that in early disputes failing for decision by the mixed arbitral tribunals or mixed commissions, as they were called, constituted under Jay Treaty of 1794, namely the Spanish Spoliation Mixed Commission... and the Mixed Commission under the Ghent Treaty (1814) and others, the Commissioners, as a rule, were only authorized to admit in evidence the documentary and oral evidence presented by the parties themselves. As regards powers to call upon parties to produce evidence by disclosure of documents or by interrogatories, unless such powers were provided for in the compromise itself, the Commissioners had no authority to require the parties to comply with their directions in this regard unless the agents of the parties themselves agreed to such a course”³⁹⁴

517. Предлози појединих аутора, да Суд мора да буде «агресивнији у трагању за чињеницама», или да се «више служи» овлашћењима која му стоје на располагању, занемарују природу улоге Суда у поступку решавања спорова, као и чињеницу да без обзира колика се «међународна» пажња придаје конкретном спору или догађају, и без обзира који интереси су «умешани» у спор који је изнет пред Суд, спор је у основи билатералне природе, и мандат Суда не обухвата утврђивање «историјске истине» већ утврђивање само оних чињеница које су

³⁹⁴ Shah, Hasim Hasan: Discovery by Intervention: The Right to Seize Evidence Located within the Territory of the espondent State, The American Journal of International Law, Vol. 53, No. 3, 1959, стр. 595-596.

неопходне ради доношења пресуде о конкретним захтевима странака. Степен заинтересованости «међународне јавности» за одређену ситуацију или питање које је изнето пред Суд није фактор који би требало да има било какав утицај на вршење функција Суда.

2. ОБАВЕЗА САРАДЊЕ СТРАНАКА?

*

518. Поједини аутори (на пример Kazazi и Amerachinghe) наводе да је „значајно начело доказивања у међународном судском поступку ... да странке морају да сарађују приликом извођења доказа, увек са трибуналом и понекад једна са другом,³⁹⁵ заснивајући ову тезу на томе да „генерљално, мирно решавање међународних спорова од стране међународних трибунала захтева значајан степен сарадње странака“ те да „начело сарадње“ „следи из из основног начела који омогућава правично сушење и под утицајем је других начела међународног права који захтева поступање у доброј вери.“³⁹⁶

519. Теза наведених аутора се чини проблематичном барем када је реч о Међународном суду правде. Наиме, потребно је правити разлику између различитих облика сарадње странака и суда или трибунала. Примера ради, сарадња странака која је често неопходна ради формирања арбитраже је неприменљива када је реч о Суду. Сарадња странака може да буде и захтев материјалноправне норме и постојати независно од тога да ли се спор износи пред Суд. Са друге стране, када је реч о сарадњи странака у поступку извођења доказа, мора се правити разлика између обавеза поштовања одлука Суда (што се често квалификује као обавеза сарадње са Судом), и наводна обавеза сарадње у значењу обавезе извођења „свих расположивих доказа.“

520. Приликом разматрања „да ли уопште постоји обавеза сарадње странака,“ ваља разликовати пожељно стање ствари од обавезе сарадње у правном смислу те речи. Често је навођено Mani-јево разматрање:

„Вршење судске функције не може да се одвија у вакууму. Оно може правилно да функционише само уколико су странке вољне да сарађују са трибуналом

³⁹⁵ Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Leiden 2005, стр. 95. Идентичне тезе заговара и Kazazi. Vidi: Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues, A Study in Evidence in International Litigation*, The Hague, стр. 119-121. Talism O. Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1983., p.188.

³⁹⁶ Ibidem.

достављајући му све неопходне чињенице тако што ће пружити доказе. У овом смислу, могло би се рећи да странке имају општу обавезу да у доброј вери сарађују са трибуналом тако што ће поднети одговарајуће доказе какоби му омогућиле да дође до одрживог и правичног решења супротстављених захтева. Надаље, у међународним поступцима трибунали, генерално, немају перемпторна овлашћења која се тичу прибављања доказа и сходно томе они су веома зависни савесности и интегритета странака у поступку у погледу извођења доступних доказа.³⁹⁷

521. Сматрамо да је наведено разматрање *de lege ferenda* природе, будући да ни статuti међународних судова и трибунала не предвиђају овакву обавезу, а странкама стоји на располагању веома широк спектар начина на који могу да модулирају своје иступање пред Судом, које се креће од пуне сарадње, преко потпуно пасивног учешћа у поступку до потпуног изостанка из поступка или појединих фаза у поступку.

522. Теза да је обавеза сарадње странака „корелат ограничених могућности Суда,“ нема своје правно утемељење. Нити Статут нити Правилник Суда, нити Упутства Суда садеже ни траг такве једне обавезе. Напротив, у деловима ових аката којима се регулише садржина поднесака странака (чланови 49 и 50 Правилника Суда), и основно правило да сви документарни докази треба да буду изведени у току писмене фазе поступка као аекси поднесака (56(4) Правилника Суда, упутство IXbis Упутстава) афирмишу адверсаријални модел у коме не постоји обавеза извођења доказа који би ишли на штету странке која их предочава Суду. Целокупна структура поступка даје основа закључку да се од странака очекује да предоче Суду расположиве доказе, и то свака од странака оне „строго селектоване доказе“³⁹⁸ на којима заснива своју тезу.

523. Поред тога, поставља се питање које су последице „несарадње.“ Уколико нема правних последица, у том случају је излишно говорити о обавези. О овом проблему ће бити више речи у наредном одељку.

³⁹⁷ Mani, *International Adjudication, Procedural Aspects*, The Hague, 1980, стр. 198. Talism O. Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1983., p.188

³⁹⁸ Упутство III Упутстава.

*

524. У контексту расправе о сарадњи странака Казази истиче:

„Дужност је туженог према правилу сарадње /странака/, супротно ономе што важи у неким унутрашњим правним системима, не завршава се пуким порицањем тврдњи тужиоца. Тужена странка треба међународном трибуналу да пружи објашњења и документа која се налазе искључиво у њеном поседу.“³⁹⁹

525. Тврдња Казазија се чини потпуно неутемељеном. Правило је исувише „озбиљно“ и „тешко“ да би могло да се изведе из општих разматрања о пожељном или идеалном моделу судског поступка. Како смо раније напоменули, држава самостално одређује начин свог наступа пред Судом, при томе може и да изостане из поступка. Чак и у случају изостанка странке, Суд настоји да очува начело равноправности странака, и, поред тога, није у позицији да издаје било какве наредбе „одсутној“ странци. Казази не наводи ни један правни основ дужности државе да пружи објашњења и документа која само она поседује на сопствену иницијативу или уз позив друге странке. Једина обавеза странака, у правном смислу те речи, је поштовање наредби Суда.

526. Разматрања о обавези сарадње странака са трибуналом имају свој ослонац у веома малом броју *dicti* арбитражних трибунала. Примера ради, *United States –German Mixed Claims Commission y Sabotage Cases (Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company Limited, and Various Undervriters (United States) v. Germany)* истакао је:

„it is well recognised that Governments who have agreed to arbitrate are under obligation in entire good faith to try to ascertain the real truth“⁴⁰⁰

527. На сличан начин резоновала је и Mexican General Claims Commission:

„the parties before the commission are sovereign Nations who are in honour bound to make full disclosed of the facts in each case so far as such facts are within their knowledge, or can reasonably be ascertained by them. The Commission will, therefore, confidently rely upon each Agent to lay before it all of the facts that can

³⁹⁹ Kazazi, op.cit,стр. 121.

⁴⁰⁰ UN Reports of International Arbitral Awards, Vol. 8,стр.85

reasonably be ascertained by him concerning each case no matter what the effect may be.⁴⁰¹»

528. Наведена разматрања представљају реткост у међународној јуриспруденцији, и тешко да су добила статус правног правила⁴⁰². Пре би се могло рећи да су у питању *de lege ferenda* разматрања, или у најбољем случају очекивања трибунала на који начн странке треба поступају пред Судом или трибуналом. Са друге стране, странке засебним актом, на пример компромисом, могу да преузму овакву или сличну обавезу. Уговорна пракса тешко да пружа основа за тврдњу да је установљено правно правило које обавезује државе да сарађују било са Судом било међусобно у поступку прибављања и извођења доказа.

529. Установљавање обавезе сарадње на начин на који заговарају поједини аутори (на пример Казази), не само да нема своје правно утемељење, већ није у хармонији са основном функцијом Суда која се састоји од решавања спора који је пред њега изнет. Странка која истиче захтев, треба да располаже са довољно доказа за које верује да поткрепљују њену тврдњу. Уколико би странка која не располаже доказима на којима заснива своју чињеничну тврдњу користила међународни судски поступак као истражни механизам, или начин приморавања друге странке да изнесе све расположиве доказе о неком питању, то би представљало својеврсну злоупотребу суског поступка. Сама могућност да међународни судски поступак служи таквој сврси довео би до тога да би ретко која држава унапред изразила свој пристанак на надлежност Суда.

⁴⁰¹ UN Reports of International Arbitral Awards, vol. 4, стр. 39

⁴⁰² Слично резонује и Sandifer, *op.cit.*, стр.117

3. ПОСЛЕДИЦЕ „НЕСАРАДЊЕ“ И НЕИЗВРШЕЊА НАРЕДБИ СУДА ДОНЕСЕНИХ У СКЛАДУ СА ЧЛАНОМ 49 СТАТУТА СУДА

530. Суд има, сходно члану 49 Статута Суда, овлашћење да позове заступнике странака да доставе Суду били који докукуметн или да пруже објашњење. Суд ово овлашћење врши издавањем *наредбе*. Уколико држава изврши налог Суда, достављена документација и евентуална објашњења постају саставни део списка предмета, док у супротном "Formal note shall be taken of any refusal."⁴⁰³ Поставља се питање, да ли поред званичне белешке да је странка одбила да изврши наредбу Суд може да извлачи и друге закључке, као што је неповољна инференција (*adverse inference*). Са друге стране, поставља се питање да ли Суд може да извлачи закључке од значаја за установљавање чињеница на основу тога што странка није поднела одговарајуће доказе који су јој стајали на располагању а у погледу којих није издата наредба за њихово достављање.

531. По природи ствари странке имају обавезу да извршавају наредбе Суда укључујући ту и обавезу да доставе тражену документацију или пруже образложење. Међутим, такву обавезу странка у поступку има само уколико се не ради о случају „изостанка странке.“ У случају изостанка странке, Суд није у могућности да издаје наредбе које се тичу достављања документације или образложења.

532. Два случаја у пракси Суда су послужила као добар повод за расправу о природи последица непоступања по наредби Суда за достављањем документације, случај *Corfu Channel*, и случај *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

533. У предмету *Corfu Channel* Суд је на захтев Албаније захтевао од Уједињеног Краљевства да достави извесну документацију коју је оно одбило да достави из разлога њихове поверљивости. Суд је резонувао на следећи начин:

⁴⁰³ Члан 49 Статута Суда: Суд може и пре почетка расправе позвати заступнке да поднесу сваки документ или да пруже свако обхашњење.

„У складу са чланом 49 Статута Суда и чланом 54 Правилника Суда, Суд је захтевао од заступника Уједињеног Краљевства да поднесе документа која су означена као ХСУ ради њиховог коришћења пред Судом. Документа нису достављена, а заступник је изнео да је реч о поверљивим документима морнарице; сведоци Уједињеног Краљевства су одбили да одговарају на питања која се односе на ова документа. Стога није могуће знати која је стварна садржина ових морнаричких наређења. Суд из овог добијања /У. К./ да достави тражене наредбе не може да извуче никакве закључке који би се разликовали од обих који су били повог који су били повод актуелних догађаја.“⁴⁰⁴

534. Поступак Уједињеног Краљевства, дакле, није имао утицаја на утврђивање чињеница на којима је Суд засновао пресуду, нити је Уједињено Краљевство због тога што није доставило тражену документацију претрпело бико какве штетне последице.⁴⁰⁵ Након 50 година од окончања поступка пред Судом спорна документа су постала доступна у националним архивама Уједињеног краљевства.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ „ The United Kingdom Agent stated that the instructions in these orders related solely to the contingency of shots being fired from the coast-which did not happen. If it is true, as the commander of Volage said in evidence, that the orders contained information concerning certain positions from which the British warships might have been fired at, it cannot be deduced therefrom that the vessels had received orders to reconnoitre Albanian coastal defences. Lastly, as the Court has to judge of the innocent nature of the passage, it cannot remain indifferent to the fact that, though two warships struck mines, there was no reaction, either on their part or on that of the cruisers that accompanied them.“ The Corfu Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, стр. 32.

⁴⁰⁵ Amerachinghe износи тезу “The Court refrained from even taking formal note of the failure to produce evidence.” (op. cit., стр. 132.) Са овим становиштем се не можемо сложити. Наиме, Суд није игнорисао пропуст Абланије већ га је на одговарајући начин прокоментарисао у мериторној пресуди.

⁴⁰⁶ Види: Anthony Carty, The Corfu Channel case – and the Missing Admiralty Orders, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Вол. 3, 2004, стр. 1-35.

„The UK Government has now released the document ХСУ into its National Archives and this article will give a full account of the contents of the document, the circumstances surrounding its creation and the decision not to release it at the time.... When the Attorney General saw the orders they appeared to him to exclude the argument that the Royal Navy had exercised a right of innocent passage through the Channel and he raised the question, albeit almost in a rhetorical way, whether the document should

535. У предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, како смо горе изнели, Суд није издао наредбу за достављање одређене документације (записника са састанака Високог савета одбране СРЈ). Суд је резонувао на следећи начин:

„Иако се Суд није сложио ни са једним затевом тужиоца у вези са достављањем нередигованих копија одређених докумената, он није пропустио да примети сугестију тужиоца да је Суд слободан да извлачи сопствене закључке..⁴⁰⁷

536. Цитирана реченица је прилично загонетна, будући да није јасно на ком основу би Суд евентуално могао да извуче сопствени закључак из саме чињенице да је једна странка поднела захтев у погледу ког Суд не само да није издао наредбу о достављању тражене документације, већ је заузео изричит став да држава тижилац располаже са довољно документације⁴⁰⁸ а друга странка није добровољно предала тражену документацију позивајући се на њену поверљивост,⁴⁰⁹ или је можда реч само о пукој констатацији аргумента једне од

properly be disclosed to the Court. He also expressed fury that the document had not been disclosed to him before he had agreed to have the proceedings launched against Albania before the Court.“ (стр.2)

⁴⁰⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007.*, параграф -206.

⁴⁰⁸ “On this matter, the Court observes that the Applicant has extensive documentation and other evidence available to it, especially from the readily accessible ICTY records. It has made very ample use of it. In the month before the hearings it submitted what must be taken to have been a careful selection of documents from the very many available from the ICTY. The Applicant called General Sir Richard Dannatt, who, drawing on a number of those documents, gave evidence on the relationship between the authorities in the Federal Republic of Yugoslavia and those in the Republika Srpska and on the matter of control and instruction.“ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007.*, параграф 206.

1. ⁴⁰⁹ „The Court’s wording in this last sentence is puzzling; from what basis could the Court draw conclusions if it never asked Serbia and Montenegro to produce the document in the first place? Whereas the Court in the *Corfu Channel* case had asked the United Kingdom to produce the document, then decided, perhaps unwisely, not to draw adverse inferences from its failure to produce it, in this case the Court did nothing at all. Article 49 of the Court’s Statute states that, “[t]he Court may, even before the hearing begins, call upon the agents to produce any document or to supply any explanations. Formal note

странака. Образложење пресуде не даје повода закључку да је Суд дошао до било ког закључка у поводу недостављања нередигованих копија извесних документа. Суд може да заснује своју одлуку (мериторну пресуду) само на доказима који се налазе у спису предмета.⁴¹⁰ Стога уколико је једна од странака одбила предлог друге странке да додстави извесну документацију, из ове чињенице се не могу извличити закључци од значаја за утврђивање чињеница.

537. У доктрини се често заговара теза да би Суд могао да из пропусти странке да достави тражену документацију да извуче инференцију која је за њу неповољна. Како истиче Fitzmaurice:

The Cort (and this is true of international tribunals in general) has no power to compel the attendance of witnesses, production of documents, etc. It can only, as provided by Article 49 of the Statute, "take formal note of any refusal" or failure in this respect, and the sanctions lies in the possibly adverse effect that this may have on the case of the party responsible.⁴¹¹

538. Теза о могућности извлачења неповољне инференције за државу која је одбила да достави тражене доказе заснива се, како истиче Fitzmaurice на „претпоставци да ни једна странка не би одбила да достави тражене доказе осим

shall be taken of any refusal." (emphasis added) In this case, the Court could not take any formal note of Serbia and Montenegro's refusal to produce the redacted documents, given that the Court never exercised its powers under Article 49 in the first place. Notwithstanding its unwillingness to request production of the document from Serbia and Montenegro, the Court seemed to think that it could, in principle, draw "conclusions" from the fact that Serbia and Montenegro did not submit the document voluntarily, either to the Court, which had not asked for the document, or to Bosnia and Herzegovina which, in the absence of ICJ discovery procedures, had no power to ask Serbia and Montenegro for the document." Ruth Teitelbaum, Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice, *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, Vol. 6, 2007, стр.119-158.

⁴¹⁰ „In the *Minquiers* case, one of the parties referred in part of its argument to certain documents, which, however, it did not produce. The Court therefore refused to base any conclusion on these arguments, saying (ICJ, 1953, 68)“ Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*", Volume One, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1986. стр. 150

⁴¹¹ Fitzmaurice, op. cit., стр.151

из разлога који су bona fides.⁴¹² На исти начин резонује и Jessup, који истиче да у посебним околностима:

«it is proper to apply the common law rule which is to be described it is proper to apply the common law rule which is to the effect that if a party fails to produce on inference that the document 'if brought, would have exposed facts unfavourable to the party.⁴¹³

539. Уобичајено је да се истичу и одговарајуће резерве у погледу примене неповољне инференције у случају недостављања тражене документације. Тако Kazazi истиче:

„ Drawing adverse inferences does not mean that the claim of other party need not be proved. A negative inference has a limited scope of application and may , in fact, not have any practical effect on the proceedings. It is only at the stage of the evaluation of evidence that the tribunal takes negative inferences into account, and the degree of their effect is subjective. If the tribunal is able to base its decision on other documents and grounds, it should do so.⁴¹⁴

540. У међународном праву није установљено *правно правило* или „пресумпција“ да у случају да странка не достави тражену документацију Суду ова садржи инфомрације које су за њу неповољне. Постојање ове пресумпције не подупиरे ни пракса Суда нити других међународних судова и трибунала. Стога, из саме чињенице да странка није доставила документацију која је предмет наредбе Суда није довољан основ за закључак о „неповољној инференцији.“

541. Овај закључач поткрепљује и јуриспруденција Суда. Поред већ цитираних одлука Суда донесених у предметима *Corfu Channel* и *Application of the*

⁴¹² Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*", British Yearbook of International Law, 1952, p. 60.

⁴¹³ Separate Opinion of Judge Jessup, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application)*, ICJ Reports 1970, para 58.

⁴¹⁴ Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, p. 312.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, у пресуди коју је Веће Суда донело у предмету *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, између осталог истакло:

“The Chamber fully appreciates the difficulties experienced by El Salvador in collecting its evidence, caused by the interference with governmental action resulting from acts of violence. It cannot however apply a presumption that evidence which is unavailable would, if produced, have supported a particular party's case; still less a presumption of the existence of evidence which has not been produced”⁴¹⁵

542. Статутом Суда је прописано да ће Суд формално забележити одбијање странке да достави тражене доказе, што значи да Суд не може да игнорише одбијање странке да достави тражену документацију. Она може да буде само једна од чињеница коју Суд може да узме у разматрање приликом утврђивања чињеница (на начин како је то учинио у предмету *Corfy Channel*)⁴¹⁶, и у контексту осталих чињеница да дође до одговарајућег закључка. Другим речима, чињеница да је странка одбила да достави тражену документацију која је била потребна ради осветљавања конкретног чињеничног питања, може да фигурира само као једна од индиција (посредни доказ), која заједно са другим чињеницама логички води једном закључку.

543. Међутим, приликом извлачења оваквих закључака, мора се испољити велика доза опреза, будући да заступници државе могу да се суоче са непремостивим проблемима везаним за достављање документације због њихове класификације као поверљиве, односно због тога што надлежни орган државе обелодањивање датае документације сматра претњом по националну безбедност, без обзира да ли таква документација садржи информације које су за државу повољне или неповољне. Примера ради, без обзира да ли је информацију о спорној чињеници која би била повољна за државу чији је документ у питању, он може да садржи и друге податке који би компромитовали извор информација,

⁴¹⁵ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* Reports 1992, para. 63.

⁴¹⁶ The Court cannot, however, draw from this refusal to produce the orders any conclusions differing from those to which the actual events gave rise.) The Corfy Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, стр. 32.

указали на метод рада одређене службе, открили идентитет лица одговорног за прилупљање или обраду информација и сл. Мада је реч о фактору који би, по нашем мишљењу, пре требало да буде узет у разматрање приликом одлучивања о издавању наредбе Суда, он не би смео да буде занемарен и приликом утврђивања последица недостављања тражене документације.

544. Одређивање услова под којима Суд може да изведе закључак који је неповољан за државу која је одбила да изврши наредбу Суда је тешко конкретно дефинисати. Арбитражна пракса пружа извесне смернице за које сматрамо да су примњиве и у поступку пред Судом. *United States Mexican General Claims Commission*, је у предмету *Lilli S. Killing*, резоновала на следећи начин:

„The mere fact that evidence produced by the respondent government is meagre, cannot in itself justify an award in the absence of satisfactory evidence from the claimant. On the other hand, a claimant’s case should not necessarily suffer by non production of evidence by the respondent. It was observed by the Commission in *Hatton case, Opinions of the Commissioners, Washington, 1929, pp. 6,10*, that, while it was not the function of a respondent government to make a case for a claimant government, certain inferences could be drawn from the non-production of available evidence in the possession of the former. *See also the Melczer Mining Company case, ibid, pp. 228, 223*. The Commission has discussed the conditions under which, when a claimant government has made a *prima facie case*, account may be taken of the non production of evidence by the respondent government, or of unsatisfactory explanation of the non production of evidence. *Case of L. J. ibid. p.126.*⁴¹⁷

⁴¹⁷ Наведено према Hackworth, *International Law*, Vol VI, 1942, стр. 103.

VI

ДОПУШТЕНОСТ ДОКАЗА, НЕПРИМЕНЉИВОСТ ПРВИЛА НАЈБОЉЕГ ДОКАЗА, ДОКАЗИ ПРИБАВЉЕНИ НА ПРОТИВПРАВАН НАЧИН

1. ДОПУШТЕНОСТ ДОКАЗА

545. Питање допуштености доказа (admissibility of evidence) директно је повезано са питањем њиховог прихватања у спис предмета, у смислу да само они докази који су допуштени могу да буду прихваћени у спис предмета. Особена структура поступка пред Судом чини проблематичним и сам појам допуштености доказа.

546. У појединим унутрашњим правним системима да би доказ био допуштен мора да пређе “тест доказних забрана.“ Правила о допуштености доказа нису јединствена у свим правним системима, а посебно су наглашена у англосаксонском правосуђу у коме одлуку о чињеницама доноси лаичка порота, којој судија „сервира“ само оне доказе који су прошли тест доказних забрана (на пример, да је доказ релевантан, да има *prima facie* доказну снагу, да није прибављен на забрањен начин или начин који битно утиче на његову поузданост итд). У поступку пред Међународним судом правде не постоје доказне забране какве познаје англосаксонски правни систем, што се може образложити не само особеном структуром поступка (подалека поступка на писмену и усмену фазу), већ и тиме да одлуку о чињеницама доносе професионалне судије, а да су странке у поступку пред Судом државе којима треба омогућити да неометано износе своје тезе и доказе којима их поткрепљују.⁴¹⁸

547. Странке износе документарне доказе у току писмене фазе поступка, у облику анекса поднеска, и они аутоматски постају саставни део списка предмета.

⁴¹⁸ На сличан начин резонује и Rosenne: “The restrictions upon admissibility of evidence sometimes encountered in municipal procedure (and connected with the jury trial) have no place in international adjudication, where the relevance of facts and the value of evidence tending to establish facts are left to the appreciation of the court” Rosenne, *The Law and Practice of the International Court...*, стр. 557.

На сличан начин резонује и Reisman, везујући строга правила о допуштености доказа за пототно суђење. „Strict rules of admissibility are typically viewed as having no rationale whatsoever in the absence of the jury trial.“ W. Michael Reisman and Eric E. Freedman, *The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication*, *American Journal of International Law*, October, 1982, p.743

По окончању писмене фазе поступка, уврштавање доказа у спис предмета врши се одговарајућом одлуком Суда. Стога се и само питање допуштености доказа, у начелу, може поставити само у односу на доказе чије уврштавање у спис се тражи по окончању писмене фазе поступка, (у поступцима покренутим у складу са члановима 52 Статута и 56 Правилника Суда) и у току извођења усмених доказа (испитивања сведока, експерата и сведока-експерата).

548. У току расправе о ревизији Правилника Сталног суда међународне правде судија Anzilotti је истакао да је "Суд прихватио начело да сваки доказ који предоче странке треба да буде аутоматски прихваћен,⁴¹⁹" а судија Хубер је нагласио да „странке могу извести сваки доказ за који сматрају да је користан, а Суд је у потпуности слободан да ове доказе узме у обзир у мери у којој то сматра за потребно.”⁴²⁰

549. Међутим, ако се разматрања која се тичу уврштавања доказа у спис у току писмене фазе поступка заснивају на потпуној „слободи доказивања,“ по окончању писмене фазе поступка прихватање доказа у спис, као и извођење доказа испитивањем сведока, експерата или сведока-експерата је условљено сагласношћу друге странке (односно одсуством приговора), или, у одсуству пристанка странке, одлуком Суда. При томе, разлози који мотивишу Суд да одбије да уврсти у спис неки од предложених доказа, или да недопусти извођење неког усменог доказа регулисани су Статутом и Правилником Суда на сувише уопштен начин. Када је реч о документарним доказима, у одсуству приговора странке, Суд ће овластити његово увођење у спис ако документ сматра „нежним“ (члан 56 (2) Правилника Суда). Када је реч о усменим доказима, Суд ће допустити извођење доказа испитивањем сведока, експерата или сведока експерата, уколико „је Суд уверен да је вероватно да ће се његово сведочење показати релевантним“

550. Разматрања ограничња у погледу извођења доказа битно су обележена чињеницом да ће се доказ уврстити у спис, односно извести усмени докази, уколико друга странка не уложи приговор. Другим речима, одређени

⁴¹⁹ Permanent Court of International Justice, 1922, Ser. D, Add. No 2, стр. 210.

⁴²⁰ Permanent Court of International Justice, 1925, Ser. D, Add. No 2, стр. 250.

доказ може наћи своје место у спису предмета без обзира на његову потенцијалну релевантност, поузданост и доказну снагу.

551. У поступку пред Међународним судом правде треба разликовати питање допуштености доказа, од питања могућности Суда да се ослони на конкретан доказ приликом доношења пресуде. Уз минималне рестрикције, странке могу уврстити у спис, односно Суд има овлашћење да прихвати, сваки доказ *de bene esse*, односно без прејудицирања питања његове релевантности, поузданости и доказне снаге.⁴²¹

⁴²¹ “In this particular field of Procedure, the general tendency in international proceedings, whereby the tribunal has liberty to adopt the course which appears most likely in the circumstances to ensure justice, operates in a particular marked manner, with the result that international tribunals freely accept evidence *de bene esse*, as a common lawyer would put it, i.e. without prejudice to a later decision on its admissibility and weigh.” (H. Thirlway)

2. НЕПРИМЕНЉИВОСТ ПРАВИЛА НАЈБОЉЕГ ДОКАЗА (the best evidence rule)

552. У common law системима важи правило најбољег доказа (the best evidence rule) према коме странка у извођењу свог случаја (presentation of case) уколико има могућност да користи различите доказе, мора да користи „најбоље“ доступне доказе („the best evidence available must be used“).⁴²² Правило најбољег доказа се разматра у контексту правила о допуштености доказа и доказне снаге секундарних доказа. Када је реч о документима, у погледу употребе приватних докумената по правилу се захтева коришћење оригинала уколико је доступан (због, на пример, евентуалних грешака у употреби речи и бројева које могу да буду од значаја за оцену датог доказа, опасности од фалсификата и сл.), док када је реч о јавним документима, омогућава се коришћење аутентификованих копија уместо оригинала. Правило најбољег доказа се односи на све доступне доказе.

553. Један битан сегмент у расправи о најбољем доказу је однос између примарних и секундарних доказа, будући да се секундарни докази у англосаксонској јуриспруденцији дефинишу применом правила најбољег доказа. Наиме, секундарни докази се дефинишу као „она врста доказа која постаје допуштена, као следећи најбољи доказ, када је примарни или најбољи доказ у питању изгубљен или недоступан“⁴²³ Међутим, ни у англосаксонским правосудним системима правило најбољег доказа није апсолутно, и његова примена је често условљена могућношћу примене правила која се која се тичу принудног прибављања доказа, на пример због ограничења у погледу

⁴²² The highest degree of proof of which the case in its nature is susceptible must, if accessible, be produced; or in other words, that no evidence shall be received which presupposes that the party who offers it can obtain better evidence. If the best evidence possible cannot be produced, than the next best evidence should be admitted. *Uniform Rules of Evidence, Rule 70* наведено према W. Ken Katsaris, *Evidence and Procedure in the Administration of Justice*, John and Willey & Sons, Inc., New York-London-Sydney-Toronto, 1975, p.211

⁴²³ „...that species of evidence which becomes admissible, as being the next best, when the primary or best evidence in question is lost or inaccessible“ Black’s Law Dictionary. Исто и W. Ken Katsaris, p.212.

територијалне надлежности америчких судова за издавања *subpoena ad testificandum* или *subpoena duces tecum*.

554. У међународном правосђу не постоји захтев за променом правила најбољег доказа. Напротив, странке имау пуну слободу извођења доказа, и Статутом и Правилником Суда нису прописани услови у погледу врсте доказа којима могу да се служе у настојању да докажу своје чињеничне тврдње. Иако ће странке ради доказивања својих тврдњи, по природи ствари, прибегавати доказима за које верују да на најбољи начин поткрепљују њихове тврдње, околности које прате решавање међудржавних спорова често чине готово немогућим примену правила најбољег доказа, будући да је његова примена условљена постојањем овлашћења Суда која су подесна да се спроведу принудним путем као што су, примера ради, издавање *subpoena ad testificandum* или *subpoena duces tecum* не само у односу на странке (и субјекте у погледу којих странка у поступку има надлежности) већ и у односу на друге субјекте-државе што је у поступку решавања међудржавних спорова неприхватљиво.

555. Један од често цитираних примера из праксе Суда је разматрање које је Суд изнео у предмету *Corfu Channel (Merits)*:

“чињеница искључиве територијалне контроле коју врши држава унутар својих граница има утицаја на доступност доказних средстава ради установљавања знања државе о таквим догађајима. Због ове искључиве територијалне контроле, друга држава, жртва повреде међународног права, је често у немогућности да изведе директне доказе о чињеницама које дају повода постављању питања одговорности државе. Таквој држави треба омогућити да либералније прибегава инференцијама и посредним доказима ...”⁴²⁴

Међутим, није само искључива територијална надлежност препрека за прибављање директних или најбољих могућих доказа. Природа или доступност појединих докумената може да буде таква да заступник странке није у могућности да прибави одређена документа и од органа државе коју заступа.

⁴²⁴ The *Corfu Channel Case (Merits)*, Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, стр. 18.

556. Поступак пред Судом није дизајниран на начин који би омогућио примену правила најбољег доказа, будући да она подразумева одлуку о прихватању доказа у спис предмета, док у поступку пред Судом Суд нема контролу над извођењем доказа у писменој фази поступка-фази поступка која је намењена извођењу документарних доказа.

557. Мноштво је примера из јуриспруденције Међународног суда правде који потврђују неприменљивост правила најбољег доказа. Примера ради, у случају *Barcelona Traction (Second Phase)* судија Fitzmaurice је истакао:

„Свакако да би *Trust Deeds* били, уколико би били предочени Суду, оно што се у Common Law-у зове „најбољи“ доказ, и уколико се не би могло доказати да су изгубљене или уништене, није вероватно да би национали суд прихватио секундарне доказе о њиховом садржају. Међународни трибунали нису везани тако строгим правилима од којих многа нису примерена за поступак у коме су странке државе.“⁴²⁵

*

558. Amerasinghe релативизује одсуство правила «најбољег доказа»: „трибунали су били реалистични приликом решавања питања који докази се захтевају у конкретном случају. Када би докази бољег квалитета могли да буду доступни а њихово неизвођење није објашњено на задовољавајући начин, ово је фактор који може да иде против странке чији наводи могу да буду доказани или оспорени таквим доказима. Када су документарни докази доступни, они треба да буду предочени суду. Страна која својом непажњом пропусти да да изведе документарни доказ мора да сноси последице таквог неизвођења доказа.“⁴²⁶

559. Иако се од странака очекује да Суду предоче најбоље доступне доказе, неприменљивост правила најбољег доказа онемогућава да се сама могућност извођења доказа „бољег квалитета“ узме у разматрање приликом

⁴²⁵ ICJ Reports 1970, стр.98

⁴²⁶ Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, стр.206 Овај ајор своју тезу заснива на арбитражним одлукама донесеним у предметима *McCirdy Case* (1926, USA v. Mexico), *Opinions of Commissioners* 1929, p.141, *Pomeroy's Ell Paso Transfer Co* (1930, USA v. Mexico) *Opinions of Commissioners* 1931, p.6, *The Mexico City Bombardment Claims* (1930 Great Britain v. Mexico) *Decision and Opinions of Commissioners*, p. 109.

доношења мериторне пресуде. Суд ће своју представу о чињеничном стању формирати искључиво на основу изведених доказа. Оконост да Суду није достављен (предочен) одређени доказ, који би по свом квалитету био „бољи“ од других изведених доказа, може да буде од ограниченог значаја, и то само у случају одбијања странке да поступи по налогу Суда за достављањем конкретног доказа.

3. ДОКАЗИ ПРИБАВЉЕНИ НА ПРОТИВПРАВАН НАЧИН И ДОКАЗИ ПРИБАВЉЕНИ НА НАЧИН КОЈИ ДОВОДИ У ПИТАЊЕ ЊИХОВУ ПОУЗДАНОСТ

560. Статут и Правилник Суда не садрже одговор на питање да ли се пред Судом могу користити докази који су прибављени на противправан начин, или на начин који доводи у сумњу њихову поузданост.

561. Сматрамо да треба двојити доказе који су прибављени повредом међународног права, и доказе који су прибављени на начин који доводе у питање њихову поузданост. Наиме, уколико је доказ прибављен повредом међународног права то не мора нужно да се одрази на његову поузданост, односно доказну вредност. Са друге стране, чак и легалан начин прибављања неког доказа може да има утицај на оцену његове поузданости или доказне снаге.

*

562. Питање леганости прибављања доказа у међународном праву је питање о коме су се водиле расправе готово искључиво у контексту одлуке коју је Суд донео у предмету *Corfu Channel*.

563. У предмету *Corfu Channel* поставило се питање да ли су радње које би јенда држава предузела на територији друге државе без њене сагласности, а чији је циљ прибављање доказа, оправдане према међународном праву. Након експлозије од 22 октобра 1946 у коме су два брода Уједињеног Краљевства претрпела штету, влада Уједињеног Краљевства је обавестила владу Албаније о својој намери да претражи и очисти од мина Крфски канал. Влада Албаније је у одговору обавестила владу Уједињеног Краљевства да одбија да да свој пристанак, изузев уколико се операција чишћења канала буде вршила ван граница територијалних вода Албаније. У даљој размени нота, Албанија је изричито ускратила пристанак да британски бродови врше потрагу и чишћење мина, и да ће

такву акцију сматрати намерним кршењем територијалног суверенитета Албаније.⁴²⁷

564. Упркос противљењу Албаније, „Operation Retail“ је отпочела 13 новембра на подручју албанског територијалног мора, под заштитом бродова војне морнарице Уједињеног Краљевства. Суд је аргументацију Уједињеног Краљевства сажео на следећи начин:

„експлозије од 22. октобра 1946, у Крфском каналу који је проглашен безбедним за пловидбу, каналу који је влада Уједињеног Краљевства, више од било које друге владе, имала разлога да сматра безбедним, покренуле су проблем који је био сасвим различит од рутинског чишћења које се спроводило по налогу организација за уклањање мина. Те експлозије су биле сумњиве и покренуле су питање одговорности. Према томе, то је био основ на којем је влада Уједињеног Краљевства изабрала да заснује главну линију своје одбране. Влада Уједињеног Краљевства је изнела да се *corpora delicti* морају обезбедити што је пре могуће из бојазни да не буду уклоњени, без остављања трагова, од стране оних који су поставили те мине или од стране албанских власти. Ово образложење имало је две јасно одвојене форме у аргументима владе Уједињеног Краљевства. Најпре је презентирано као нова и специјална примена теорије интервенције, помоћу које држава која интервенише жели да обезбеди доказе на територији друге државе, како би их изнела пред међународни трибунал и тако олакшала његов задатак.“⁴²⁸

565. Суд је операцију “Retail” квалификовао као противправан акти уз следеће образложење:

Суд не може да прихвати овакву линију одбране. Суд може само да сматра да је наводно право на интервенцију манифестација политике силе, која је као таква доводила до тешких злоупотреба, и која, као таква, не може, без обзира на недостатке у међународном организовању, да нађе своје место у међународном праву. Интервенција је вероватно још мање допуштна у форми у којој се испољила у овом случају, по природи ствари она би била

⁴²⁷ The Corfy Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, стр. 33.

⁴²⁸ The Corfy Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, стр. 34.

резервисана за најмоћније државе, и моглаби лако да доведе до спречавања вршења међународног правосуђа..⁴²⁹

566. Међутим, иако је акте Уједињеног краљевства учињене с намером прибављања доказа квалификовао као противне међународном праву (као повреду суверенитета Албаније)⁴³⁰ Суд није тако прибављене доказе квалификовао као недопуштене. Другим речима, иако су докази прибављени на начин супротан међународном праву Суд се на њих ослонио приликом доношења пресуде.⁴³¹ Међутим, ваља приметити да Албаније није истакла приговор да се илегално прибављени докази изузму из списка предмета, или квалификују као недопуштени.

*

567. Прибављање доказа на територији друге државе без њеног пристанка је свакако међународно противправни акт⁴³². Међутим, овим се не исцрпљују

⁴²⁹ The Corfu Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, стр. 34.

⁴³⁰ Gives judgment that by reason of the acts of the British Navy in Albanian waters in the course of the Operation of November 12th and 13th, 1946, the United Kingdom violated the sovereignty of the People's Republic of Albania, and that this declaration by the Court constitutes in itself appropriate satisfaction. (dispozitiv presude)

⁴³¹ "In fact the evidence discovered by "Operation Retail" was of capital importance. As a result of this it was established: (1) that the mines striking the British warships on October 22 were moored contact mines of the GY type; (2) that these mines had been recently laid; (3) that they were laid in Albanian territorial waters and in the exact spot where the British ships were blown up on October 22 and were of the same type as those which struck the British ships on that day; (4) that it was thus clear that the explosions on October 22 were due to the mines belonging to the mine-field discovered by "Operation Retail." In short, "Operation Retail" brought to light conclusive evidence both with regard to the place of the accident and the nature of the mines causing the same, establishing in consequence the fact that these were the same mines that struck the British ships on October 22, Both these facts and the conclusion to be drawn therefrom were fully accepted by the Court. "Shah, Hasim Hasan: Discovery by Intervention: The Right to Seize Evidence Located within the Territory of the espondent State, The American Journal of International Law, Vol. 53, No. 3, 1959, стр. 595-596. Vidi I Corfu Channel Case (Merits), Judgment, ICJ Reports 1949, стр. 14, 15.

⁴³² „This is very well demonstrated by the Hungarian situation, where even a United Nations Special Committee, entrusted with the function of investigating the charges as to whether the intervention in Hungary of the U.S.S.E. was illegal and if the latter state had committed acts contrary to international law

могући начини илегалног прибављања доказа, или начини прибављања доказа који би, у најмању руку, могли да буду спрни, као што су пресретнуте комуникације, сателитски снимци, докази прибављени путем шпијунаже и сл. У пракси Суда, странке обично не образлажу на који су начин дошле до конкретног документарног доказа.

568. У доктрини се износе опречна становишта о допуштености употребе доказа који су прибављени повредом међународног права.

569. Wolfrum је становишта да “икао су изгледа допуштени докази који су прибављени повредом међународног права” чињеница да су прибављени на противправан начин треба да се узме у обзир приликом њихове оцене, односно приликом утврђивања њихове доказне снаге.⁴³³ Он даље наводи да „будући да је у већини националних правних система искључена употреба доказа који су прибављени на противправан начин, има места аргументу да би њихово коришћење било противно општим правним начелима,“ те да „у сваком случају, доказе који су прибављени повредом когентних норми треба сматрати недопуштеним.,“⁴³⁴

570. Други аутори (на пример Thirlway) износе тезу да у међународном праву не постоје разлози који постоје у унутрашњим правним системима (поготово у кривичним поступцима) који би доказе прибављене на противправан начин чинили недопуштеним,⁴³⁵ те да нема разлога који би искључивали могућност коришћења таквих доказа у поступку пред Судом.

571. Ameraschinghe наводи да је приступ Суда у предмету Corfu Channel „једнако сагласан са њиховом недоуштеношћу као и са њиховом допуштеношћу“

against the Hungarian people as the prima facie evidence suggested, did not enter Hungary to investigate the nature of the delinquency, but requested the permission of Hungarian authorities to enter that country for this purpose, and on being refused permission, submitted a report (General Assembly, 11th Sess., Official Records, Supp. No. 18 (A/3592)) with whatever evidence was available outside Hungary.“ Sahah, op.cit.,стр.606.

⁴³³ Rudiger Wolfrum, op. cit., para.

⁴³⁴ Ibidem.

⁴³⁵ Thirlway, Hugh W. A: "Dillema or Chimera? – Admissibility of Illegaly Obtained Evidence in International Adjudication", American Journal of International Law, Vol. 78 No. 3,стр. 640

и износи опаску да у овом предмету Албанија није изнела приговор на коришћење илегално прибављених доказа.⁴³⁶

*

572. Како показује јуриспруденција питање противправности акта државе (илегалан начин прибављања доказа), и могућност његовог коришћења у поступку пред Судом су два различита питања.

573. Уколико би странка у поступку пред Судом истакла приговор против коришћења доказа прибављених на противправан начин, свакако би се покренула расправа о њиховој допуштености. Међутим, допуштеност доказа не зависи искључиво од приговора странке, већ пре свега, од оцене Суда да ли одређене доказе, с обзиром на начин њиховог прибављања и друге околности, може узети у разматрање приликом доношћња пресуде. Уколико противправан начин прибављања доказа ове чини недопуштеним, Суд би био дужан да их искључи из даљег разматрања не само на приговор странке већ и *proprio motu*.

574. Wolfrum нажалост није пружио образложење својих становишта. Када је реч о оцени доказа, сматрамо да сама чињеница да је доказ прибављен на противправан начин не мора да утиче на његову доказну снагу.⁴³⁷

575. Wolfrum-ова теза да би требало сматрати недопуштеним доказе који су прибављени повредом когентних норми међународног права нема упоришта у јуриспруденцији Суда. Наиме, управо у предмету *Corfy Channel* Суд је начин на који су докази прибављени сматрао повредом територијалног суверенитета Албаније, дакле повредом когентне норме међународног права и једног од основних начела Повеље УН, што није довело до њихове квалификације као недопуштених.

576. Посебно је питање да ли квалификација доказа који су прибављени на противправан начин као недопуштених има упоришта у општим правним начелим признатим од стране просвећених народа. У кратком излагању о недопуштености доказа у међународном правосуђу, Волфрум, нажалост, није образложио своју

⁴³⁶ Амерасцхингхе, Евиденце стр. 178

⁴³⁷ Примера ради, документ прибављен нелегалним упадом у амбасаду није мање поуздан због тога што је прибављен на тај начин. Другим речима он је једнако поуздан као и уколико би га доставила заинтересова држава.

тезу о општој забрани коришћења (односно недопуштености) доказа који су прибављени на противправан начин. Поред тога, многи методи прибављања доказа који су у унутрашњим правним системима изричито забрањени, као што је на пример неовлашћено пресретање комуникација (пресретање комуникација које се врши без одговарајуће одлуке Суда или другог надлежног државног органа), су у међународној јуриспруденцији допуштени. Примера ради, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију се у многим предметима знатно ослањао на пресретнуте комуникације, сматрајући их поузданим доказом.⁴³⁸

577. Унутрашњи правни системи нису јединствени по питању допуштености доказа који су прибављени на противправан начин, и гледишта аутора се знатно разликују. При томе правило о недопуштености или искључењу нелегално прибављених доказа није апсолутно.

578. У земљама англосаксонске правне традиције износе се опречна миљења од допуштености доказа до којих је странка дошла на противправан начин. Тако, McKelvey заступа тезу да је опште правило (које трпи изузетке) да су „докази, уколико су релевантни и материјални, компетентни, без обзира на који начин су прибављени.“⁴³⁹ Овај аутор истиче да је „опште правило да докази који су иначе допуштени, неће бити одбачени само због тога што су прибављени на противправан начин“⁴⁴⁰ Katsaris указује да „може да буде изненађујуће да су нелегално прибављени докази *обично недопуштени* и у грађанским и кривичним предметима.“⁴⁴¹ У Канади, нелегално прибављени докази сматрају неприхватљивим, односно суд не може да их узме у разматрање приликом доношења коначне пресуде.⁴⁴² У Уједињеном Краљевству докази прибављени на

⁴³⁸ «...Претресно веће је констатовало да пресретнути разговори, опште узевши, имају доказну вриједност и да су поуздани...» Тужилац против Вујадина Поповића и осталих, Пресуда, Том 1. – јавна редигована верзија, 06. Фебруар 2012, Предмет бр. ИТ-05-88-Т, пара.64-66

⁴³⁹ John McKelvey, *Handbook on Evidence*, 5th ed., St. Paul, West Publishing Co., Minnesota, 1944, 243.

⁴⁴⁰ Ibidem.

⁴⁴¹ Katsaris, Ken W.: *Evidence and Procedure in the Administration of Justice*, cnp.19

⁴⁴² Види примера ради Eileen Skinnider, *Improperly of Illegally Obtained Evidence: The Exclusionary Evidence Rule in Canada*, International Center for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, Canada, Decembert 2005.

противправан начин су допуштени, под општим условом да су релевантни и поуздани.⁴⁴³ Изузећу подлежу само они докази који су прибављени на начин којим се оптуженом односно туженој странци ускраћују право на правично суђење.^{444 445}

„the general rule in the United States is that illegally obtained evidence is inadmissible in criminal proceedings. The rationale for exclusion is to discourage the investigative authorities from infringing upon the constitutional rights of its citizens, by denying them the fruits of their illegality. The fact that it is punitive in nature means that no consideration is given to the actual consequences of its application in any given case, although a growing number of exceptions have offered some relief from its harshness.“ Debra Osborn: „Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the United States, Canada, England and Australia“ *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol.7 No. 4, 2000, пара 15.

⁴⁴³ „Historically, the English position on illegally obtained evidence was the antithesis of the American position. Rather than adopting an exclusionary rule, England followed an inclusionary practice whereby relevant and reliable evidence was admissible, regardless of its source. The most frequently quoted authority was the 1861 decision of *R v Leatham* where Crompton J said 'it matters not how you get it, if you steal it even, it would be admissible in evidence'.^[66] Later cases confirmed this stance^[67] but also qualified it by explaining that a trial judge still had a discretion to exclude evidence in a criminal case, if to admit it would result in unfairness to the accused.^[68] As long as the judge exercised the discretion in accordance with the *Wednesbury* standard of reasonableness, the decision would not be overruled.“ Debra Osborn, „Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the United States, Canada, England and Australia,“ *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Volume 7, Number 4 (December 2000), para. 31. Види такође и пара 49.

⁴⁴⁴The House of Lords made this clear when it held in *R v Khan* that if the behaviour of the police amounts to a breach of some relevant law or convention „...common sense dictates that this is simply a consideration which may be taken into account for what it is worth. However only those human rights violations which impinge on the accused's right to a fair trial are relevant to the exercise of the statutory discretion to exclude evidence.“ Наведено према Debra Osborn, пара 52.

⁴⁴⁵ Historically, the English position on illegally obtained evidence was the antithesis of the American position. Rather than adopting an exclusionary rule, England followed an inclusionary practice whereby relevant and reliable evidence was admissible, regardless of its source. The most frequently quoted authority was the 1861 decision of *R v Leatham* where Crompton J said 'it matters not how you get it, if you steal it even, it would be admissible in evidence'.^[66] Later cases confirmed this stance^[67] but also qualified it by explaining that a trial judge still had a discretion to exclude evidence in a criminal case, if to admit it would result in unfairness to the accused.^[68] As long as the judge exercised the discretion in accordance with the *Wednesbury* standard of reasonableness, the decision would not be overruled.

579. Решења која усвајају различити правни системи о недопуштености или искључњу доказа прибављених на противправан начин су у толикој мери специфична да се не може говорити о општем правилу искључења или недопуштености доказа само због тога што су прибављени на противправан начин. Поједине забране су уведене ради заштите појединца од претераног мешања државе у сферу приватних односа (забрана пресретања комуникација ради заштите, на пример, права на приватност) или ради заштите других уставом загарантованих права.⁴⁴⁶ Ratio забрана коришћења противправно прибављених доказа није искључиво у њиховој противправности, већ ради заштите одређених права појединаца, који се по природи ствари налазе у инфериорнијем положају од државних органа који спроводе истрагу, или као начин (додатног) обезбеђења примене одређених норми којима се установљавају забране.

580. Начин прибављања доказа, међутим, може да буде релевантна околност приликом оцене доказа, или чак да доведе до његовог искључења из списка предмета, или једноставно да се квалификује као такав са се Суд (или други суд или трибунал) на њега не може ослонити приликом доношења пресуде. Реч је о доказима који су прибављени на начин који доводи у питање његову поузданост, без обзира да ли се тај начин сматра нелегалним. Примера ради, изјава која је прибављена од неког лица коришћењем претње, тортуре и сл. нема доказну вредност, односно реч је о начину прибављања доказа који доводи у питање његову веродостојност.

581. Правило које је формулисано правницима међународних кривичних трибунала о изузимању оваквих доказа једнако применљиво у поступку пред

⁴⁴⁶Skinnider, op. cit.,стр.4 (The exclusion of illegally or improperly obtained evidence is a powerful remedy for the violation of constitutional rights. Such an enforcement mechanism enhances the constitution as a whole by demonstrating that the rights it guarantees are important and must be effectively protected. ... The exclusionary rule attracts controversy because some see the remedy of exclusion of evidence as vindicating the rule of law, while others see it as undermining it. The exclusionary rule has been described as a balance between the right to a fair trial and the interests of the community in convicting offenders. But where exactly is that balance is subject to debate.)

Судом. Тако је, примера ради, чланом 95 Правилника о поступку и доказима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију предвиђено да „докази који су прибављени на начин који озбољно доводи у сумњу њихову веродостојност, или чије је прихватање у супротности са интегритетом поступка или би га озбиљно нарушило, нису прихватљиви.“ Другим речима, не сама нелегалност прибављања доказа, већ начин који доводи у питање поузданост (веродостојност) доказа може да буде разлог због ког би Суд могао да закључи да се на конкретан доказ не може ослонити приликом доношења коначне пресуде.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ „Увидом у домаће и међународно право и правила и праксу овог Међународног трибунала, јасно је да пред овим Трибуналом докази до којих се дошло на противправан начин нису а priori неприхватљиви, већ да ће начин и околности у којима се дошло до таквог доказа, као и његова поузданост и утицај на интегритет суђења одредити његову прихватљивост. Стога доказ до којег се дошло илегалним путем може бити прихваћен на основу правила 95, пошто јуриспруденција Међународног трибунала никада није прихватила правило искључивости као принцип.“ Тужилац против Брђанина, IT-99-36-T, Одлука о приговору одбране да се уврсте докази у облику пресретнутих материјала, 3. октобар 2003, пара. 55.

4. АУТЕНТИЧНОСТ ДОКУМЕНТАРНИХ ДОКАЗА

582. У досадашњој праски Суда питање аутентичности документарних доказа се ретко постављало. Документа за која Суд сумња да нису аутентична може да значи као документа на која се не може ослонити ради утврђивања релевантних чињеница⁴⁴⁸.

583. Поставља се питање да ли странка која предочава Суду одређени документарни доказ треба да пружи довољно показатеља његове аутентичности, или терет доказивања неаутентичности документа лежи на странци која оспорава аутентичност. Особеност поступка пред Међународним судом правде онемогућава да се питање аутентичности разматра на исти начин као у унутрашњим правним системима, поготово што се документарни докази, по правилу, износе пред Суд у току писмене фазе поступка.

584. Овлашћење Суда је да „у свако доба, од странака захтева је да, пружи доказе или објашњење које Суд може сматрати нужним ради расветљавања ма ког аспекта неког спорног питања, или може тражити информације у ту сврху.»⁴⁴⁹ Другим речима, уколико се постави питање аутентичности неког документа, Суд би могао, уколико то сматра потребним, било *proprio motu* било на захтев заинтересоване странке, да затражи објашњење или „потврду аутентичности.“ По природи ствари, заинтересована странка може изводити доказе у циљу оспоравања аутентичности документа који се налази у спису предмета.

585. Једно од питања које би могло да буде спорно је и питање момента покретања питања аутентичности документарних доказа који се налазе у спису предмета. Интерес ефикасности поступка захтева да се питање аутентичности покрене што је пре могуће. Примера ради, уколико би се питање аутентичности документа који је саставни део анекса *Мемориал-а* покренуло тек у усменој фази поступка, имало би потенцијал да доведе до одуговлачења поступка ради

⁴⁴⁸ Општи је став Суда да „The assessment made by the Court of the weight to be given to a particular item of evidence may lead to the Court rejecting the item as unreliable...” *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgement of 26 February 2007*, *ICJ Reports 2007*, *para. 213*.

⁴⁴⁹ Члан 62 Правилника Суда.

разрешавања питања које је могло да буде покренуто у знатно ранијој фази поступка. Статут и Правилник Суда не предвиђају рок за покретање питања аутентичности документа, али сматрамо да начело савесног коришћења процесним правима захтева од странке која намерава да оспорава аутентичност документа то учини што је пре могуће.

586. У предмету *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)* поставило се питање аутентичности 81 документа која је Катар предочио Суду у анексу свог Мемориал-а и једног документа који је поднесен касније. Начин решавања питања аутентичности оспораваних документа је био предмет расправе на низу састанака заступника странака са председником Суда. Својом наредбом Суд⁴⁵⁰ је затражио од Катара да поднесе интеримни извештај који би се тичао аутентичности сваког од документа чију аутентичност је оспоравао Бахреин. У интеримном извештају Катар је изразио своју “одлуку”, ослањајући се, између осталог, на становишта експерата, да „заменари 82 документа за сврхе конкретног предмета како би омогућио Суду да решава меритум спора вез даљих процедуралних компликација.⁴⁵¹“ Резултат даље размене мишљења у писмима странака која су упућена Суду и на састанцима са председником Суда, био је да се странке у својим даљим иступањима пред Судом не могу позивати на спорна документа, која су практично изузета из списка предмета.⁴⁵²

587. Једном речју, у предмету *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)* питање аутентичности спорних документа је решено на тај начин што су документа практично повучена из списка предмета (односно иако су фигурирала као анекси прднесака странке нису могле да се на њих позивају у својим иступањима пред Судом, нити Суд приликом доношења мериторне пресуде) на основу сагласних становишта странака.

⁴⁵⁰ Order of 30 March 1998, ICJ Reports 1998,. Види и *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Judgment, ICJ Reports 2001, para. 19.

⁴⁵¹ Ibidem, para. 20.

⁴⁵² Ibidem, paras. 20-23

588. У одсуству сагласности странака, одлуку о аутентичности документарних доказа би морао да донесе Суд, оценом сваког од оспораваних докуметна. Поставља се питање, да ли би Суд могао да разреши питање аутентичности документарних доказа у току поступка, интеримном наредбом, или би питање аутентичности морало да се решава (да донесе коначан закључак о аутентичности документарних доказа) тек коначном пресудом.

589. Питање аутентичности документа не би могло да се посматра искључиво као процедурално питање, које би, у *одсуству сагласности странака*, могло да се решава пре доношења коначне пресуде. Коначно решавање питања аутентичности доказа у некој од интеримних фаза поступка, иако би можда био у сагласности са начелом ефикасности поступка, нема основа ни у Статуту ни у Правилнику Суда, нити то омогућава природа и структура поступка пред Судом.

VII

УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА -СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА, ПРЕСУМПЦИЈЕ И ИНФЕРЕНЦИЈЕ, ПОДЕЛА ДОКАЗА И ОЦЕНА ДОКАЗА

1. ОПШТА ПРАВИЛА О УТВРЂИВАЊУ ЧИЊЕНИЦА И ОЦЕНИ ДОКАЗА

590. По окончању усмене фазе поступка Суд се повлачи да, *in camera*, донесе пресуду (*deliberations*). У овој фази поступка врши се оцена изведених доказа (*assessment of evidence*) у циљу утврђивања спорних чињеница које су релевантне и нужне ради доношења коначне (мериторне) пресуде. Начелно, Суд је дужан да заснује своју пресуду само на оним чињеницама које су странке изнеле у току поступка, и које је утврдио оценом изведених доказа или на основу сагласних тврдњи странака (неспорне чињенице). Оцена доказа резултира закључком Суда о томе коју ће спорну чињеницу сматрати за утврђену-доказану.

453

591. У међународном правосуђу Суд није везан посебним прописима о оцени доказа (начело слободне оцене доказа) већ по сопственом уверењу утврђује које су чињенице доказане, односно на којим чињеницама може да заснује своју одлуку. Слободна оцена доказа није и арбитерна оцена доказа.⁴⁵⁴ Како је истакао Суд у *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in And Against Nicaragua*:

„...у границама које су постављене Статутом и Правилником Суда, Суд има слободу приликом оцене вредности разичитих елемената доказа, иако је јасно да општа начела судског поступка нужно одређују одлуку о томе шта се може сматрати за доказано..^{455 456}

⁴⁵³ Јакшић дефинише оцену доказа на следећи начин: „Оцена доказа значи да суд утврђује да ли резултат изведених доказних средстава оправдава да нека чињеница која је била предмет доказивања може да се сматра истинитом или не.“ Јакшић, *Грађанско процесно право*,... стр. 407.

⁴⁵⁴ Сам израз „слободна оцена доказа“ треба схватити не у значењу потпуне слободе Суда или другог трибунала, већ одсуство ограничења која суду налажу на који начин ће вршити оцену појединих одказних средстава доказа. Слободна оцена доказа је пре свега израз одсуства правила која систем оцене доказа квалификују као везану оцену доказа.

⁴⁵⁵ „Within the limits of its Statute and Rules, it has freedom in estimating the value of the various elements of evidence, though it is clear that general principles of judicial procedure necessarily govern

592. У предмету *Pulp Mills*, у коме је Суд изнео стандардан начин одлучивања:

„Он треба да буде свестан чињенице да, упркос обиму и комплексности информација о чињеницама који су пред њега изнете, одговорност је Суда, након што пажљиво размотри све доказе који су му предочени, да утврди које чињенице треба сматрати за релевантне, да оцени њихову доказну снагу, и да из њих изведе одговарајуће закључке. Стога, држећи се своје праксе, Суд ће сам утврдити чињенице, на основу доказа који су му предочени, и након тога ће применити релевантна правила међународног права на оне чињенице за које нађе да су утврђене (постојеће).“⁴⁵⁷

593. Иако се ова дикта не може сматрати исцрпном, она указује на основну структуру делатности Суда у поступку оцене доказа и утврђивања чињеница.

594. Оценом доказа Суд утврђује њихову релевантност, поузданост и доказну снагу (доказну вредност). Примера ради, у предмету *Case Concerning the determination of what can be regarded as proved*“ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua(Nicaragua v. United States of America),Merits, Judgment of June 27, 1986, ICJ Reports 1986.*,пара 60.

⁴⁵⁶У свом издвојеном мишљењу у предмту *The M/V "SAIGA"* пред Међународним трибуналом за право мора, судија Wolfrum је у контексту расправе о стандарду и терету доказивања изнео: “the Tribunal is not totally free in deciding on the mode of appreciation of evidence. It is guided in this respect by the principles of impartiality and fair trial and its duty to arrive at a decision.”Separate Opinion of Vice-President Wolfrum , *The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Merits, Paragraph 5

⁴⁵⁷ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20. April 2010*, para.168. У преводу на српски језик: „Он треба да буде свестан чињенице да, упркос обиму и комплексности информација о чињеницама који су пред њега изнете, одговорност је Суда, након што пажљиво размотри све доказе који су му предочени, да утврди које чињенице треба сматрати за релевантне, да оцени њихову доказну снагу, и да из њих изведе одговарајуће закључке. Стога, држећи се своје праксе, Суд ће сам утврдити чињенице, на основу доказа који су му предочени, и након тога ће применити релевантна правила међународног права на оне чињенице за које нађе да су утврђене (постојеће).“

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Суд је сумирао јединствену праксу :

На исти начин како је чинио и раније, Суд ће испитати чињенице које су релевантне за одлучивање о сваком од елемента захтева које су изнеле странке. Чинећи то, он ће идентификовати документа на која ће се ослобити и извршити властиту оцену њихове тежине, поузданости и вредности/доказне снаге/. У складу са својом пређашњом праксом, Суд ће образложити које ставке треба елиминисати из даљег разматрања (видети *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, str. 59, para. 85; видети такође и праксу која је слеђена у случају *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, str. 3).”⁴⁵⁸

595. Суд приступа оцени доказа ради утврђивања само оних чињеница које су релевантне и нужне ради доношења мериторне одлуке и које су међу странкама спорне. При томе, без обзира да ли су чињенице спорне или неспорне, и без обзира да ли су утврђене у неком другом судском поступку, Суд ће сам приступа утврђивању чињеница, и не везује га одлука било ког другог ауторитета. Како је Суд истакао у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*:

„The Court must itself make its own determination of the facts which are relevant to the law which the Applicant claims the Respondent has breached.”⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ *Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para. 59.*

⁴⁵⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., параграф 212.*

“... it is for the Parties to establish the facts in the present case taking account of the usual rules of evidence, without it being possible to rely on considerations of res judicata in another case not involving the same parties (see Article 59 of the Statute).” *Border and Transborder Armed Actions Case (Nicaragua v Honduras), Judgment, ICJ Reports 1988, para.54.*

О овом аспекту вршења судске функције биће више речи касније.

596. Приликом оцене доказа Суд није вазан аргументацијом странака, међутим, Суд по правилу уважава сагласна становишта странака у погледу доказне вредности конкретних доказа. Сагласна аргументација странака у погледу доказне снаге појединих доказних средстава, како ћемо касније детаљније образложити, може да има пресудан утицај на оцену доказа у конкретном случају.⁴⁶⁰ Сама природа функције Суда да реши спор који су странке изнеле пред њега чини примереним да Суд, у мери у којој се не доводи у питање интегритет Суда и не одступа од правила вршења судксе функције, уважава сагласна становишта држава-странака у поступку пред Судом.

597. Можда најбољу артикулацију начина на који Суд (као и сваки други суд или трибунал) поступа, или треба да поступа, изнео је Max Huber у арбитражној одлуци коју је донео у предмету *Island of Palmas (or Miangas)(United States of America v. Netherlands)*:

На арбитражу је да одлучи како о томе да ли су тврдње – које су обухваћене знањем трибунала – захтевају или не захтевају доказе ради њиховог поткрепљивања, као и да ли су изведени докази довољни или не; и коначно да ли оно што су странке оставиле по страни треба појаснити. Ова слобода је за њега /арбитра/ суштинска, будући да он мора да буде уверен о оним стварима које су нужне за правну конструкцију за коју сматра да је обвезан да на њој заснује своју пресуду. Он мора да размотри све тврдње и доказе које странке изнесу пред њега, било *motu proprio* било на њихов захтев, и да одлучи које тврдње треба сматрати довољно поткрепљеним.

У одсуству изричите одредбе, арбитражни трибунал мора да има потупуну слободу да оцењује вредност навода странака. Из истог разлога, он је потпуно слободан да оцени вредност тврдњи које владе износе у току

⁴⁶⁰ Слично резонује и Halinik, разматрајући пресуду Суда донесену у предмету *Armed Activities*: „If parties rely heavily on UN documents in their presentation of the facts, the Court is forced to adopt a similar focus. This underlines the significance of the role that parties play in presenting and contesting evidence.“ (Simone Halinik: All things Considered: *How the International Court of Justice Delegated its Fact-Assessment to the United Nations in the Armed Activities case*,“ *International Law and Politics*, Vol. 40, 2008.str.30)

правног поступка у погледу споствених аката. Такве тврдње нису правни инструменти у правом смислу те речи, као што су изјаве којима се стварају права, оне су изјаве које се тичу историјских чињеница. Вредност и тежина сваке од тврдњи моће се оценити само у светлости свих доказа и свих тврдњи сваке од странака, и чињеница које су ноторне за трибунал.⁴⁶¹

598. У скорашњој јуриспруденцији кристалисало се становиште да Суд може да заснује своју одлуку само на оним доказима и информацијама које се налазе у спису предмета. Другим речима, Суд може да приступи оцени само оних доказа који су уврштени у спис на начин прописан Статутом и Правилником Суда. На ово указује како становиште које је Суд изразио у горе наведеној дикти у предмету *Pulp Mills on the River Uruguay* (in keeping with its practice, the Court will make its own determination of the facts, on the basis of the evidence presented to it, and then it will apply the relevant rules of international law to those facts which it has found to have existed.) тако и становиште које је недвосмислено изразио у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*:

„Суд подсећа да он може формирати своје мишљење само на основу информација на које му је скренута пажња у време када доноси одлуку, и које се формира на основу поднесака и документа који се налазе у спису предмета, и аргумента које странке изнесу током усмене расправе.“⁴⁶²

599. Међутим, пракса Суда показује и одступања од овог правила у поступцима у којима једна странака (тужена држава) не узима учешћа. Тако је Суд у предмету *Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* био суочен са ситуацијом у којој се тужена држава (САД) повукла из поступка, али је у низу комуникација Суду доставила огромну количину документације за коју је Суд нашао да је релевантна и да има доказну снагу. Доказни материјали нису били поднесени на начин предвиђен Статутом и Правилником Суда, те је Суд у знатној мери одступио од уобичајене праксе да заснива своје чињеничне закључке само на

⁴⁶¹ Aword of the Tribunal, Permanent Court of Arbitration, The Hague, 4 April 1928, стр. 10.

⁴⁶² Bosnia case, 395

оним доказима који су изведени у току суђења. Разматрајући овај, у јуриспруденцији свакако крајње специфичан случај, Суд је истако:

У погледу чињеница овог случаја, у начелу Суд није обвезан да ограничи своје разматрање само на материјал који су му странке поднеле на формалан начин (cf. *Brazilian Loans*, P.C.I.J., Series A, No. 20/21, p. 124; *Nuclear Tests*, I.C.J. Reports 1974, pp. 263-264, paras. 31, 32). Међутим, Суд не може својом властитом истрагом да надомести одсуство једен од странака; то одсуство у случајевима попут овог који се тиче обимних чињеничних питања, нужно ограничава обим у ком је Суд информисан о чињеницама. Шта више, било би претерано поједностављивање уколико би закључили да је једина штетна последица коју проузрокује одсуство једне од странака непостојање могућности да изнесе аргументе и доказе којима поткрепљује сопствени случај. Поступак пред Судом захтева да сви буду опрезни. Одсутна странка се такође одриче могућности да се супротстави чињеничним тврдњама свог опонента. Наравно да је на страни која иступа пред Судом да доказује чињеничне тврдње које износи, како је Суд изнео: ‘Док члан 53 /Статута/ обавезује Суд да размотри наводе странаке која иступа пред Судом, он не примоава Суд да испита њихову тачност у свим њиховим детаљима, будући да би се то у извесним случајевима у којима нема супротстављања показало као практично немогуће. (*Corfu Channel*, I.C.J. Reports 1949, str. 248)

Иако су ово водећи принципи, искуство из пређашњих случајева у којима је једна страна одлучила да изостане из поступка показују да је још тога ту укључено. Мада је формално изстала из поступка, странка у питању је често подносила Суду писма и документе, на начин и средствима која нису предвиђена Правилником. Стога Суд мора да успостави равнотежу, С једне стране, за Суд је драгоцен да буде упознат са становиштима обеју странака, ма у коаквој форми та становишта била изражена. Насалје, као шт је суд констатовао 1974, у случају изостанка једне од странака, „на Суду је посебна обавеза да утврди да ли је у поседу свих доступних чињеница“ (*Nuclear Tests*, I.C.J. Reports 1974, str. 263, para. 31; str. 468, para. 32). Са друге стране, Суд мора да нагласи да равноправност странака у спору мора да остане основно начело

Суда. Намера члана 53 Статута је да у случају изостанка странке, ни једна од странака не буде стављена у неповољнији положај, стога се странци која одвије да се појави пред Судом не може дозволити да извлачи користи из свог одсуства, будући да би то значило да се странка која иступа пред Судом ставља у неповољан положај. Одредбе Статута и Правилника које се тичу подношења поднесака и извођења доказа су тако формулисане да обезбеде здраво правосуђе, и правичне и једнаке могућности за сваку од странака да коментарише тврдње свог опонента. Третман комуникација и материјала која потичу од странке која је изостала мора да буде утврђен према тежини која ће се приписати овим различитим разматрањима и не подлеже ригидној дефиницији у форми прецизног општег правила. Обазривост коју суд испољава када има помоћ присуства обе странкеу поступку има свој пандан у посебној пажњи коју мора да посвети здравом правосуђу у случају када је присутна само једна странка.⁴⁶³

600. Могућност да Суд узме у разматрање документацију која није саставни део списка предмета изгледа да је примерено ограничити само на случајеве у којима једна од странака (по правилу тужена држава) не узима учешта у поступку. Настојање Суда да очува начело равноправности странака, као и да буде информисан о позицији странака може да оправдава одступање од правила прописаних Правилником Суда о извођењу доказа, у случају да једна од странака не узима учешћа у поступку. Међутим, сматрамо да у сваком случају, свакој од странака треба омогућити не само да коментарише доказе на које би Суд могао да се ослони приликом доношења коначне пресуде, већ и да учини јасним у примереној фази поступка, које материјале може узети у разматрање приликом доношења пресуде. У ранијој јуриспруденцији Суда је био релативно чест случај изостанка странке.⁴⁶⁴ Предмет *Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* који је предуђен 1986 године је последњи такав пример. Након

⁴⁶³ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua(Nicaragua v. United States of America),Merits, Judgment of June 27, 1986, ICJ Reports 1986., 30-31*

⁴⁶⁴ О овоме види: Sinclair, Ian: Some Procedural Aspects of Recent International Litigation, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981.

доношења ове пресуде, према резултатима нашег истраживања, Суд се ни у једном случају није ослањао на доказе који нису изведени, односно предочени Суду, на начин предвиђен Статутом и Правилником Суда.

601. Приликом оцене доказа Суд се руководи захтеваним стандардом доказивања (захтеваним квалитетом или степеном уверења у основаност чињеничне тврдње) као и одређеним правилима (на пример о пресумпцијама) и смерницама о оцени поједних „врста доказа.“ Ове теме ће бити предмет расправе на наредним страницама.

2. СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА

602. Питање стандарда доказивања који примењује Суд се сматра једним од најкомпликованијих питања у међународном правосуђу.⁴⁶⁵ Стандард доказивања даје одговор на питање какво уверење (или који степен уверења) Суд треба да стенкне у основаност чињичне тврдње да би је сматрао основаном. У међународном правосуђу проблеми у вези са „стандардом доказивања“ обухватају све његове аспекте, од појмовног одређења стандарда доказивања до дефинисања стандарда доказивања које Суд треба да примењује приликом оцене доказа ради доношења мериторне пресуде. Посебан проблем представља питање да ли је он јединствен или варијабилан, односно да ли зависи од природе спора или околности конкретног случаја. У јуриспруденцији Међународног суда правде (и других међународних судова и трбунала), иако се питање стандарда доказивања доста често постављало, о њему није вођена свеобухватна расправа.⁴⁶⁶

603. Захтевани стандард доказивања (без обзира да ли се изричито дефинише) детерминише и начин оцене и придавање доказне вредности поједним доказима (или врстама доказа). Са друге стране, начин на који Суд приступа оцени појединих доказа може послужити као поуздан показатељ примењеног стандарда доказивања.

*

604. Amerashinghe, и многи аутори који потичу из земаља англоамеричке правне традиције јединствени су у становишту да:

⁴⁶⁵ Riddel i Plant истучу да „if the matter of burden of proof seems complicated in the context of the ICJ, the standard of proof is even more so“ Riddel-Plant, Evidence before International Court of Justice, ..стр. 123.

⁴⁶⁶ Rudiger Wolfrum, op.cit. para.73.

„Изгледа да ни Међународни суд правде ни други међународни трибунали, укључујући ту и арбитражне трибунале, који су донели одлуке о бројним међународним захтевима обично нису детаљније расправљали о питањима која се тичу стандарда доказивања који су примењивали приликом оцене доказа и нису јасно изразили стандард који су применили приликом доношења одлуке.“⁴⁶⁷

605. Обично се истиче да је међународна јуриспруденција (барем када је реч о решавању међудржавних спорова) ближа европскоконтиненталном схваћању стандарда доказивања. Питање «јасноће» стандарда доказивања међутим не решава проблем везан за примену одговарајућег стандарда доказивања, будући да и само дефинисање стандарда доказивања не пружа гаранцију да ће га различите особе или различита већа схватити на исти начин.

606. Проблематику стандарда доказивања пред Судом није мимоишло ни сукоб европскоконтиненталне и англоамеричке концепције стандарда доказивања. Док је припадницима европскоконтиненталне правне школе јасно шта значи да суд треба да буде “уверен” у основаност чињеничне тврдње, исти израз је заступницима англоамеричке правне школе, како ћемо касније детаљније образложити, готово потпуно неразумљив.

607. Rudiger Wolfrum је разматрајући питање стандарда доказивања указао:

Чак и уколико је стандард доказивања идентификован у одређеној пресуди, одлука сваког појединог судије да је уверен (или да није уверен) на основу изведених доказа обухвата субјективни елемент. На такву одлуку утиче прошло искуство, и вероватно, професионални или други бекграунд сваког од судија. Стога идентификовати стандард доказивања и објаснити због чега се дошло до конкретног закључка захтева већу транспарентност и принуђава судско тело да се током већања интензивније бави овим питањем.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Amerasinghe, *Evidence in International Litigation...*, стр.232

⁴⁶⁸ Rüdiger Wolfrum, “International Courts and Tribunals,” *Evidence*, у *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, параграф 3.

608. Несостатак у јуриспруденцији међународних судова и трибунала у погледу неизношења децидиреног става о примењеном стандарду доказивања је често критикован не само у доктрини већ и у издвојеним мишљењима судија различитих трибунала.⁴⁶⁹ Примера ради, судија Higgins је у једном од својих издвојених мишљења изнела стновиште да „главни судски орган Уједињених нација треба да учини јасним који стандард доказивања захтева ради установљавања чињеница. Чак и уколико Суд не жели да осветли општи стандард у не-кривичним предметима, он треба, по мом мишљењу... да буде транспарентан у погледу стандарда доказивања који треба да се примени у конкретном случају“⁴⁷⁰

609. Чини се да новија јуриспруденција појашњава захтевани стандард доказивања. Такође, ваља имати у виду да стандард доказивања треба посматрати у контексту решавања међудржавних спорова, а не у контексту система доказивања какве познају правосудни системи европскоконтиненталне и англоамеричке правне традиције.

610. Наша теза је да се стандард доказивања може схватити у основи на два начина, у зависности од методологије њиховог одређења. Наиме, англоамерички модели инсистира на пробалилистичком стандарду доказивања, као степену уверења (верватније је -стандард претежне вероватноће, ван разумне сумње), док европскоконтинентална и међународна јуриспруденција којој није стран појам степена уверења, чини се да акценат ставља на квалитет уверења који се често изражава самим изразом «уверење» или «убеђење». Проблем се, у крајњој анализи, своди на дефинисање какво уверење треба да има Суд да би неку чињеничну тврдњу сматрао основаном, односно чиченицу утврђеном. Уверење је увак субјективна категорија која се може изложити квантификацији само у педагошке сврхе, те математично одређење захтеваног уверења нужно води

⁴⁶⁹ Види на пример, за Међународни tribunal за pravo mora – Wolfrum ... Iranian US Claims Tribunal – Dissenting opinion of judge Mosk, *Schering Corporation Case*, 1984, стр.375

⁴⁷⁰ Separate Opinion of Judge Higgins, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *ICJ Reports*. 2003., paragraf. 33

шпекулативној аргументацији која није од помоћи приликом дефинисања «када суд одређену чињницу сматра /или треба да сматра/ утврђеном».

2.1 СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА У УНУТРАШЊИМ ПРАВНИМ

611. Будући да општа правна начела, како начела заједничка свим правним системима, често налазе своје упориште управо у правилима унутрашњег права, чини се примереним да се размотре правила која се везују за стандард доказивања у унутрашњим правним системима. Сврха ове анализе лежи у потреби да се установи има ли основа за тврдњу да је нека од концепција стандарда доказивања или неки од потенцијалних стандарда доказивања има упориште у општим правним начелима признатим од стране просвећених народа, или извесна правила произилазе из саме природе судског поступка, што је опет веома блиско концепцији општих правних начела.

612. Дефинисање стандарда доказивања у међународној пракси је, чини се, у великој мери оптерећено разликама између англо-америчке и европскоконтиненталне концепције оцене доказа и примењеног „стандарда доказивања.“ Обе „школе мишљења“ имају своје засебне како вредносне премисе тако и историјске корене који битно детерминишу поимање оцене доказа, судског одлучивања и па и саме сврхе судског поступка. У доктрини међународног правосуђа често се настоји, кадкад прилично агресивно, а понекад илустрације ради, да се конкретно решење или општи закључак посматра у паралели са правилима једне или друге концепције судског поступка,⁴⁷¹ или да се поједини појмови тумаче у контексту система правила једног или другог правног система.

613. Тако, примера ради, Valencia-Ospina истиче:

„Концепт одређеног стандарда доказивања потиче из common law ситема, а то је “ван разумне сумње ” у кривичним предметима и блажи „претежности доказа“ у грађанским предметима. Међународни поредак чини се да

⁴⁷¹ Sandifer, Kazazi, Riddell –Plant,

рефлектује сисем civil law-a, у коме је се што се захтева је да суд буде уверен, без позивања на конкретан стандард.⁴⁷²

614. Не треба посебно образлагати да чињенице које утврди било који суд нису (или не треба да буду) засноване на арбитротној оцени доказа, већ да оцена доказа мора да буде подвргнута одговарајућем стандарду (критеријуму). Међутим, иако се ово разматрање чини неспорним и у европскоконтиненталном и у англоамеричком правосудном систему, само један корак даље од ове опште констатације наилазимо на огромне концептуалне разлике. Наиме, сваки од ових „типова“ судског поступака функционише сходно својој сопственој логици која има снажан утицај и на разматрања која се тичу стандарда доказивања.

615. Ваља напоменути да чињеница да се у европскоконтиненталном правном систему ретко указује на захтевани стандард доказивања, или да се у пресудама и законским текстовима често не дефинише конкретан стандарда доказивања не значи да судови не примењује одговарајући стандард. У земљама англосаксонске правне традиције стандард доказивања долази до изражаја у инструкцији коју судија даје лаичкој пороти, док је проблематично на који начин лаичка порота схвата захтевани стандард доказивања.

616. У земљама англосаксонске правне традиције „предудитељ о чињеницама“ је лаичка порота, док је у земљама европскоконтиненталне правне традиције професионални судија или судско веће то које решава како чињенична тако и правна питања. Разлике које постоје у ова два система у погледу извођења доказа су готово непремостиве, а посебно схватање улоге странака и суда у поступку извођења доказа.

617. Англо-амерички систем заснован је на специфичној подели функција између судије, лаичке пороте и странака, при чему је искључиво на странкама да изводе доказе, а на судији да одлучује о допуштености доказа и да ли је случај такав да може да се изнесе пред пороту; лаичка порота је „пресудитељ о

⁴⁷² Valencia-Ospina, Eduardo: “Evidence before the International Court of Justice,” *International Law FORUM du droit international*, vol. 1 (str. 202–207) 1999, стр. 205.

чињеницама“ која доноси коначну одлуку на крају поступка и након што им судија предочи ког стандарда доказивања треба да се држе приликом доношења коначне одлуке. Чињенични налази до којих дође лаичка порота нису образложени.

618. У англо-америчким правосудним системима искристалисала су се три стандарда доказивања. Основни стандард доказивања у англосаксонском правосуђу је стандард „претежног доказа“ или „пратежне вероватноће“ (preponderance of evidence или balance of probabilities) док се у кривичним поступцима примењује стандард „доказ ван разумне сумње“ (proof beyond reasonable doubt) али само у погледу одлучивања о кривици оптуженог (односно елементима оптужбе). У америчкој (али не и британској) пракси, у грађанским и другим не-кривичним поступцима приликом одлучивања о одређеном кругу питања примењује се стандард „јасног и уверљивог доказа“ (clear and convincing evidence),⁴⁷³ који се обично дефинише као интермедијални стандард, као степен уверења који се налази између доказа ван разумне сумње и претежног доказа.

619. Међу различитим дефиницијама стандарда «ван разумне сумње», чини се да је најпримереније да се ослоњемо на формулацију која је и највише цитирана, а коју је формулисао Lord Denning у предмету *Miller v. Minister of Pension*:

“Тај степен је јасно одређен. Он не мора да досегне извесност, већ мора да носи са собом висок ниво вероватноће. Доказ ван разуме сумње не значи доказ ван сваке сенке сумње. Право не би могло да заштити заједницу уколико би маштовите могућности скренуле ток правде. Уколико су докази против неке особе толико јаки да остављају само далеку могућност која иде њему у прилог а која моће да буде одбачена реченицом „ наравно да је могуће али није ни

⁴⁷³ Vrhovni sud SAD је u slučaju *Grogan v. Graner* izneo sledeće „Because the preponderance of evidence standard results in a roughly equal allocation of the risk of error between litigants, we presume that this standard is applicable in civil actions between private litigants unless 'particularly important individual interests or rights are at stake“ (1991, 111 S Ct. 645, стр. 659)

најмање вероватно“ случај се сматра доказаним ван разумне сумње; ништа мање од тога се не сматра довољним⁴⁷⁴

Или како га је изнео судија Shawa „то је такво стање случаја, које, након упоређивања и разматрања свих доказа, оставља свест поротника у таквом стању да морају рећи да осећају чврсто уверење, моралну извесност да је оптужба истинита.“⁴⁷⁵

620. Стандард „ван разумне сумње“ је, посматрано у контексту историјског развоја, у англосаксонској теорији и јуриспруденцији релативно малад и и појавио се тек крајем осамнаестог века, да би се усталио и учврстио као општеприхваћен стандард доказивања у кривичним предметима тек крајем деветнаестог века.⁴⁷⁶ Како истиче Узелац:

„доказ ван разуме сумње није примарно утемељен на тежњи да се дохвати „објективна стварност“ и нађе „материјална истина“ што би се у први мах могло чинити теоретичарима континенталне традиције – већ тежњом заштите права оптужених особа; само правило о доказу ван разумне сумње у кривичним случајевима настало је у деветнаестом веку као корилар пресумпције о невиности оптуженог, а у америчкој се теорији данс сматра саставним делом доктрине о примененом поступку (due process).“⁴⁷⁷⁴⁷⁸

621. Веома ограничена примена стандарда доказивања «ван разумне сумње» у земљама англо-америчке правне традиције онемогућава његово сагледавање у контексту општих правних начела признатих од стране

⁴⁷⁴ (1947) 2 All ER 372.

⁴⁷⁵ Commonwealth v. Webster, 1850. Navedeno prema Uzelaц, op.cit.,стр. 30.

⁴⁷⁶ Узелац, op.cit.,стр. 306.

⁴⁷⁷ Uzelaц, Istina u sudskom postupku...,стр. 102.

⁴⁷⁸ Different civil and criminal standards clearly exist, with lots of attention expended over the years on what those different standards should be. Although this long, candid debate continues as to the details, certain basic propositions enjoy wide acceptance. Everyone agrees, as a rational matter, on this: "The establishment of the truth of alleged facts in adjudication is typically a matter of probabilities, falling short of absolute certainty."Furthermore, as an instrumental matter, Clermont, M. Kevin and Sherwin, op. cit., 251

просвећених народа. Другим речима, изузев када је реч о међународном кривичном поступку, у коме је овај стандард општеприхваћен за установљавање елемената кривичне одговорности, не можемо говорити о овом стандарду као стандарду који налази свој ослонац у општим правним начелима признатим од стране просвећених народа.

622. Стандард претежног доказа или претежне вероватноће (*preponderance of evidence, balance of probabilities*) је општи стандард доказивања у земљама англо-америчке правне традиције, примењује се (односно пороти се даје инструкција да га примени) приликом мериторног одлучивања у грађанским стварима, приликом одлучивања о тврдњама одбране у кривичном поступку, и у свим другим судским поступцима. Реч је о пробабилистичком стандарду, чијом применом се не захтева извесност у погледу постојања односно основаности одређене чињенице већ претежна вероватноћа. Другим речима, „у питању је доказ који пороту наводи да утврди да је постојање спорне чињенице вероватније од њеног непостојања,“ док у случају супротстављених тврдњи странака прихвата се она која је вероватнија.⁴⁷⁹

623. У британској јуриспруденцији уобичајено је поимање овог стандарда на начин који је изразио Lord Denning у предмету *Miller v. Minister of Pensions*:

“Тај степен је јасно установљен. Он мора да носи разуман степен вероватноће, не толико висок као у кривичним предметима. Уколико су доказ такви да трибунал може да каже: „ми мислимо да је ово ово вероватније него што није“ поднесен је терет, уколико су вероватноће једнаке није.

624. Претежна вероватноћа се не односи на број изведених доказа у прилог једне или друге тезе, већ, исто као код других стандарда доказивања, тиче се уверљивости доказа.⁴⁸⁰

625. У кривичним поступцима у англоамеричким правним системима такође се користи и стандард претежне вероватноће. Наиме, екскулпирајуће и олакшавајуће околности одбрана не треба да докаже ван разумне сумње, већ се

⁴⁷⁹ Узелац, Терет доказивања.. стр. 302.

⁴⁸⁰ Узелац,ор.cit., стр. 304.

примењује стандард претежне вероватноће, као општи стандард доказивања у англоамеричком доказном праву. Идентична правила се користе и у међународном кривичном правосуђу.

626. У америчкој (али не и британској) јуриспруденцији искристалисао се и трећи стандард доказивања, стандард јасног и уверљивог дојказа (clear and convincing proof), при чему се различити изрази користе за његово означавање.⁴⁸¹ Овај стандард доказивања се примењује приликом одлучивања у грађанским парницама у случајевима у којима су „у питању посебно значајни интереси или права појединаца.“ За овај стандард се износи да је стандард „високе вероватноће.“⁴⁸² Уобичајено је да се овај стандард поима као стандард који се налази између стандарда ван разумне сумње и стандарда претежне вероватноће. Међутим, сматрамо да не би било погрешно ни његово поистовећивање или барем велика сличност са стандардом „ван разумне сумње.“ У англо-америчким правосудним системима чврсто је утемељено становиште да се стандард „ван разумне сумње“ примењује искључиво у кривичним поступцима, а да је општи стандард стандард „претежне вероватноће,“ те отуда и одбојност да се у грађанској, административној или другој не-кривичној ствари стандард доказивања дефинише на начин на који се дефинише у кривичним поступцима. То би могло да има за последицу да виши суд, због непримене адекватног стандарда доказивања, односно због давања пороти погрешне инструкције, укине пресуду првостепеног суда.

627. Стандард доказивања у систему поротног суђења се не може посматрати у потпуној паралели са системом у коме и о чињеницама и о праву одлучују професионалне судије. Само дефинисање стандарда није гаранција његове примене. Стандард доказивања је онај који је судија саопштио пороти да треба да га се придржава, и жалбени поступак, у случају да се истакне тврдња да није примењен релевантан стандард доказивања, концентрише се на упутство које је судија дао лаичкој пороти и испитивању не да ли је порота применила

⁴⁸¹ Clear, convincing, clear and satisfactory, satisfactory and convincing, strong and convincing, very clear, very clear and decisive.. Vidi Uzelac, стр. 304, fn. 137.

⁴⁸² McCormik, On Evidence, Navedeno prema Uzelac, стр. 304-305.

захтевани стандард доказивања, већ да ли оспоравани налаз «не би могао да прихвати ни један разуман трибунал.»⁴⁸³

628. Расправа о стандарду доказивања, будући да одлуку не доносе професионалне судије већ лаичка порота, није само у погледу значења одређеног стандарда, већ превасходно како ће га порота схватити и применити у конкретном случају. Узелац наводи да је неколико емпиријских истраживања потврдило сумње у прецизност поротничког разумевања и примене захтеваног стандарда доказивања, те да поротници уз стандард „претежне вероватноће“ везују знатно већи степен вероватности него судије.⁴⁸⁴

629. У земљама англоамеричке правне традиције улогу и примену стандарда доказивања треба сагледати не само у светлости чињенице да о чињеницама одлучују не професионалне судије него лаичка порота, већ и да је на судији да „филтрира“ доказе који ће бити изнети пред пороту, односно да пред се пред пороту изводе само они докази које им судија „сервира,“ који су прошли тест доказних забрана. Чини се да овај елемент «доказног система» англоамеричког права омогућава да се стандард доказивања дефинише пробабилистички.

*

630. У земљама европскоконтиненталне правне традиције ситуација са захтеваним стандардом доказивања је сасвим другачија. Ради доношења мерторне одлуке, заговара се постојање јединственог стандарда доказивања и у грађанским и у кривичним стварима.⁴⁸⁵ Амерички коментатори истичу да је

⁴⁸³ О овом стандарду преиспитивања види. Александар Гајић, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију – из перспективе људских права, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.4/2009, стр. 151-154.

⁴⁸⁴ Узелац, Терет доказивања, стр. 309-310,

⁴⁸⁵ So, at last, what is the French standard of proof, or le degre de la preuve? Typically civilian, it is the same for civil and criminal cases: [T]he standard of proof required in civil and penal law in France is the same: the judge has to be convinced, without a shadow of a doubt, of a person's fault, be it penal or civil. In other words, there is in French law a direct relationship between the civil tort and the penal fault. The outcome is that where a civil and a penal action are concurrently pending, the civil case is stayed until the

свега неколико аутора континенталне правне традиције демонстрирало интерес за алтернативне стандарде доказивања, истичући да је континентална концепција у вези са стандардом доказивања „конзистентна, и да се заснива на томе да континентални правници претпостављају да судија теба да буде „потпуно уверен“ без обзира на врсту случаја.“⁴⁸⁶

631. Филозофски и теријски темељи на којима је грађна концепција европскоконтиненталног правосудног система знатно су другачији од оних на којима се градила концепција англо-америчког правосуђа, и у њихов темељ је уграђена тежња (па и чврсто уверење) да у судском поступку треба да се утврди (материјална) истина.

632. Европскоконтинентални правосудни систем карактерише тежња за обухватном нормативизацијом, везивање судова за писане изворе права, професионализацијом судства и већом применом инквизиторне максиме која је непозната англоамеричком правоусђу.⁴⁸⁷ Ове одлике свакако имају одраза и на квалитет уверења који се захтева да суд постигне како би неку чињеницу узео за доказану.

penal decision is taken. To avoid any delay for victims, they are given the possibility of joining their civil action to the criminal proceedings, which they do in the immense majority of cases. They enjoy the added advantage of seeing the prosecution doing the hard work of establishing proof of guilt--and footing the costs. Француско право – стандард доказивања у грађанским стварима је знатно виши него у земљама common law-a Clermont, M. Kevin and Sherwin, 247 The law . . . in Germany, as contrasted with United States law, eschews different standards of proof. Under the German system, the judge must be convinced beyond a reasonable doubt, whether the suit involves private, criminal, or public law (administrative and constitutional) issues. The reasonable doubt standard is inapplicable only in the exceptional circumstance in which a statute specifically mentions some other standard to be applied. Juliane Kokott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, 1998, стр. 18, Узелац, стр.366

⁴⁸⁶ . Although on the standard of proof France seems less self-aware than some of its neighbors, the Continental situation nevertheless appears basically consistent: "There is elaborate caselaw on [standard of proof] in the United States, but the concept is less known to continental lawyers who generally assume that the judge needs to be 'fully persuaded' in all types of cases. Only a few modern [continental] scholars have demonstrated interest in alternative standards of proof." *M. Kevin and Sherwin*, op. cit., стр. 254

⁴⁸⁷ Узелац, Истина у судском поступку, стр. 61

633. За разлику од земаља англосаксонске правне традиције, у којима начело слободне оцене није ни разматрано будући да одлуку о чињеницама доноси лаичка порота, у земљама европскоконтиненталне правне традиције савремена концепција оцене доказа се развила на темељима оштрог сукоба између теорије слободне оцене доказа и теорије везане оцене доказа. Према теорији везане оцене доказа закон унапред приписује одговарајућу доказну снагу за одређено доказно средство, док према теорији слободне оцене доказа судија на основу савесне и брижне оцене свих изведених доказа цени која је твдња истинита.⁴⁸⁸

634. Данас је теорија слободне оцене доказа схвата као нека врста „консенсуално прихваћене вредности.“⁴⁸⁹ Међитим, садржина слободне оцене доказа се не исцрпљује у ставу да суд није везан строгим правилима о доказној вредности појединих доказних средстава, већ је његова садржина у великој мери детерминисана тежњом за досезањем истине.

635. За разлику од англосаксонског правног система, у европскоконтиненталном судском поступку тежња за утврђивањем истине имала је кључну улогу при разматрању очекиваног резултата судског поступка, и не само као резултата оцене доказа, већ и као настојање коме суд треба да тежи у току извођења доказа. Сам појам истине дуго је доминирао у доктрини европског процесног права као категорија која је уткана у саме темеље теорије слободне оцене доказа. И сам појам слободног судијског уверења често се дефинише управо уз ослонац на тежњу ка истини. Тако, примера ради, Јакшић истиче:

„Слободна оцена доказа не значи арбитражност у одлучивању. Напротив, премда је оцена судије о вредности и доказној снази неког доказног средства субјективна, он *стиче уверење о истинитости, односно неистинитости неке*

⁴⁸⁸ Види. Јакшић, *op.cit.* стр.407, Узелац, Истина у судском поступку, стр.64

⁴⁸⁹ Узелац, Истина у судском поступку...стр.75 Како истиче Дамашка, „Modern civilians still take pride in their free evaluation principle, contrasting it with the common law's exclusionary rules of evidence partly attributable to the jury.“ Mirijam Damaska, "Free Proof and Its Detractors," *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995,стр.343.

чињенице...брижљивом и савесном оценом сваког доказа понаособ и свих доказа заједно⁴⁹⁰

636. Стога се и у расправама о захтеваном „степену доказаности“ тежи оствривању идеала судског поступка, пре него постизању чисто практичне сврхешавања спора. Слободна оцена доказа треба да буде таква да се онемогући произвољност и арбитрерност (стога и овлашћења жалбених судова која су знатно шира него у земљама анго-америчког правосудног система), што има за последицу и захтев за адекватним образложењем изведених доказа одн., изношењем разлога на којима се темеље утврђене чињенице.

637. Још у уџбеничкој литератури, наводи се да се степен уверења који суд треба да постигне темељи се на потреби да се досегне истина. Тако, примера ради, у Немачкој се још од Rosemberg-а сматра да се уверење у истиност стиче када постоји толики степен вероватноће, да више не може да постоји разумна сумња у супротно.⁴⁹¹ Другим речима, уверење о доказаности чињенице битне за мериторно одлучивање „је постигнуто када је достигнут тако висок степен вероватноће који се граничи са извесношћу или, пак, који искључује разумну сумњу о постојању супротног.“⁴⁹²

638. Међутим, потребан степен уверења није «апсолутна извесност» која је објективизирана и одвојена од *слободног* судијског уверења. Уверење је увек субјективно, и како је дефинисано у, примера ради, послератној пракси немачког Врховног суда, „висока вероватност“ служи као подлога за стварање уверења судије које искључује сваку конкретну сумњу. „Реч је о субјективном уверењу судије који одлучује, чак и ако би други у то могли сумњати, или доћи до различитих резултата.“⁴⁹³

⁴⁹⁰ Јакшић, Грађанско процесно право, стр. 407-407,

⁴⁹¹ Наведено према Јакшић, *op.cit.*, стр. 409.

⁴⁹² *Ibidem.*

⁴⁹³ Коментатори који настоје да повуку паралеле између два главна система и примене различитих стандарда доказивања указују и на недостатке у идеално постављеним концепцијским одређењима стандарда доказивања. Тако примера ради, Келмонт и Шервин, истичу критику француског система и кажу: “Clearly, the French system, like any legal system, is not ideally suited to the search of

639. Овако дефинисан стандард доказивања, иако се у доброј мери поклапа са стандардом ван разумне сумње, није у својој бити квантификација уверења, већ контекст у ком се разматра указује да се акценат ставља на квалитет уверења. Наиме, иако се у елаборацији захтеваног стандарда доказивања разматра и «сумња», или «разумна сумња», чини се да је постављени стандард најпогодније схватити као «уверење у истинитост». Тако, примера ради, Александар Јакшић, разматрајући поделу доказа на потпуне и непотпуне указује да је резултат извођења непотпуног доказа „уверење суда да оно се тврди само вероватно“, за разлику од потпуног доказа којим „његов предлагач у потпуности уверав суд у истинитост његове чињеничне тврдње.⁴⁹⁴“

640. Овако одређен стандард доказивања чини нам се да пре указује не на степен уверења него на квалитет уверења. Мада се разлика између ова два поимања по природи ствари недовољно јасна, будући да се се говори о градацији или квалитету субјективне категорије – уверења суда, приступ поимању или одређењу захтеваног уверења је другачији.

641. За разлику од европскоконтиненталног правног система, у чијем историјском развоју је концепт истине или материјалне истине имао доминантну позицију (иако је данас, како наводи Узелац, полако ишчезава), проблем истине у судском поступку је постављен потпуно другачије, и појам материјалне истине је овој правно традицији потпуно непознат.⁴⁹⁵ Алан Узелац, анализирајући карактеристике англосаксонског судског поступка истиче да се „може недвојбено поставити теза да у англо-америчком моделу судског поступка, истинитост

truth. As a perceptive French commentator put it: "In the first place, he who undertakes the search must have full liberty of investigation on the question to be resolved. Secondly, if he considers that the results of his search are not satisfactory, he must have the power of not concluding or of concluding only provisionally. Very clearly, these two possibilities must be refused to the civil judge." The prevailing situation, in which the decision maker must render an umpireal decision on limited party-produced evidence, makes the burden and standard of proof critical.“ Clermont, M. Kevin and Emily Sherwin, “A Comparative View of Standards of Proof” American Journal of Comparative Law, Vol.50, 2002 (pp.243-275)249-250

⁴⁹⁴ Александар Јакшић, Грађанско процесно право,..., стр. 366

⁴⁹⁵ Узелац, Истина у судском поступку, стр. 85

чињеничних тврдњи нипошто није конституирана као „одраз“ објективне стварности, већ као израз практичне и прагматичке оријентације, у којој руководећу улогу имају сврха и функција судског поступка у решавању друштвених спорова и имплементацији прихваћених вредности политичке заједнице.“

642. Чини се да је речено довољно да се закључи да не постоје јединствена правила о стандарду доказивања у разлучитим правним системима. Другим речима, идентификација општег правног начела признатог од стране просвећених народа у погледу стандарда доказивања је онемогућена услед разлика између поимања и примене стандарда доказивања у различитим унутрашњим правним системима.

2.2 СТАНДАРД ДОКЗИВАЊА У ПРАВУ И ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ

Уводна напомена

643. Обично се као разлог о недовољној развијености правила о извођењу доказа и оцени доказа (укључујући ту и питање стандарда доказивања) наводи чињеница да је у највећем броју случајева Суд био у прилици да заснује своју пресуду на неспорним чињеницама.⁴⁹⁶ Заговорници дефинисања јасног стандарда доказивања који Суд примењује или би требало да примени имају на уму англосаксонски концепт стандарда доказивања. Са друге стране, истиче се да је систем доказивања пред Судом близак европскоконтиненталном правном систему, у коме се од суда захтева да «буде уверен» без упућивања на конкретан стандард.⁴⁹⁷

644. Питање неразумевања стандарда доказивања који примењује Суд изгледа да је пре свега, последица очекивања да се стандард дефинише на начин својствен англо-америчком моделу и неразумевања стандарда доказивања који се примењује у европскоконтиненталном моделу судског поступка. Тако Ridel и Plant, разматрајући изразе које је Суд често користио за означавање „стандарда доказивања“ (convincing, conclusive, sufficient), постављају низ питања мађу

⁴⁹⁶ Eduardo Valencia-Ospina, Evidence before the International Court of Justice, Introduction International law FORUM du droit international, 1999, Kluwer (193-196), p.202. “Traditionally, the Court focused primarily in its judgments on the law, and based its determinations mainly on the undisputed facts rather than providing an extensive or detailed treatment on disputed facts and evidence” Mojtaba Kazazi and Bette E. Shifman, Evidence before international tribunals /Introduction International law FORUM du droit international, 1999, Kluwer (193-196), p.194.

⁴⁹⁷ Valencia-Ospina у својој краткој расправи о терету и датндарду оказивања пред Међунродним судом правде истиче „The concept of an identifiable or quantifiable standard of proof emanates from the common law system, with its “beyond a reasonable doubt” in criminal proceedings and the more lenient “by a preponderance of the evidence” in civil proceedings. The international regime appears to reflect the civil law system, in which all that is needed is that the court be persuaded, without reference to a specific standard. Eduardo Valencia-Ospina, Evidence before the International Court of Justice, Introduction International law FORUM du droit international, 1999, Kluwer (193-196), p.203

којима и «Да ли се овај стандард може поистоветити са претежношћу доказа?» «да ли би судија био уверен уколико на вага доказа се само мало помери у корист једне странке? ...Да ли суд у ствари прихвата да следи civil law (европскоконтинентално право) тиме што не захтева стандард доказивања као такав?» Ова разматрања откривају темељно неразумевање појединих представника англосаксонске правне школе за стандард доказивања који се дефинише на начин који излази из оквира разматрања стандарда доказивања који је дефинисан с обзиром на потребе одлучивања не професионалних судија, већ лаичке пороте.

2.2.1 Стандард доказивања и довољност доказа

645. У доктрини и појединим издвојеним мишљењима судија Суда чини се да се машају појмови захтеваног стандарда доказивања (standard of proof) и довољности доказа (sufficient proof). Суд често користи термине „довољност“ или „недовољност“ доказа како би образложио да одређену тврдњу (не)може да узме за доказану.

646. У предмету *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Jurisdiction)* Суд је истакао:

„Суд је дужан да напомене да ће било која мериторна пресуда у овом случају бити ограничена на усвајање оних захтева странака коју су поткрепљени са довољно доказа о релевантним чињеницама /*sufficient proof of relevant facts*/, и за које Суд сматра да су правно утемељени.“⁴⁹⁸

647. Поједини аутори „довољност доказа“ разматрају као један од стандарда доказивања. Примера ради Riddel и Plant разматрајући различите dicte суда из случајева *Oil Platforms, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Armed Activities*) доказе до закључка да

„може се видети да је Суд сматра да је више различитих стандарда примењено у ова три случаја, која су доводила у питање стандарде доказивања који су одређени као довољан, уверљив и убедљив (sufficient, convincing and conclusive)“⁴⁹⁹

и разматрајући језичко значење ових израза закључују:

„чини се да се захтевани стандард доказивања повећава од довољног ка уверљивом (from sufficient to convincing), а да је убедљив доказ (conclusive)

⁴⁹⁸ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of November 26, 1984, ICJ Reports 1984., para 101.*

⁴⁹⁹ Riddel, Plant, op.cit., стр.129

највиши ниво⁵⁰⁰ али и указујући да „испитујући различите случајеве и контексте у којима су ова три термина употребљавана открива да није било разлика у околностима под којима су они употребљавани, те да их је Суд користио недискриминаторно, ради описивања чињеница или аргумента за које је сматрао да су доказани.“⁵⁰¹

648. Чини се да је на разматрање „довољности доказа“ као засебног стандарда доказивања велики утицај на ове ауторе имало издвојено мишљење судије Higgins и Bourghental-a која је у предмету Oil Platforms.

Судија Buergenthal је у свом издвојеном мишљењу истакао:

„Још један пример дискутабилног процеса установљавања чињеница, дат је у контексту овог случаја, у може се наћи у параграфу 71 пресуде. Овде је САД поткрепио своју тврдњу да је мина на коју је налетео USS Samuel B. Roberts постављена од стране Ирана, доказима о „откривању ужади којима су мине биле повезане у истом подручју, које су носиле серијске бројеве који се поклапају са другим иранским минама, посебно оним које су нађене на иранском броду Iran Ajr“, који је примеен да поставља мине које су касније биле уклоњене од САДа. Суд је оценио доказну вредост ових доказа на следећи начин: „ови докази су веома сугестивни, али не и уверљиви (highly suggestive, but not conclusive)“. *Поред чињенице да се стандард доказивања изненада изменио, без објашњења, од „довољног“ на „уверљив“, може се поставити питање зашто су докази који су „веома сугестивни“ за Суд нуку недовољни чак и у контексту овог случаја.*“⁵⁰²

649. Ово резовање Судије Бургентала чини се довољним да укаже на неразумевање самог појма „довољности доказа“ односно „недовољности доказа.“ Ови термини не указују на захтевани стандард доказивања, већ само да ли је стандард доказивања досегнут у конкретном случају. «Довољан доказ» је онај на основу ког Суд стиче потребан степен уверења у основаност чињеничне тврдње,

⁵⁰⁰ Ibidem.

⁵⁰¹ Ibidem.

⁵⁰² *Separate Opinion of Judge Buergenthal, Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America, Merits, Judgment of November 6, 2003, ICJ Reports 2003, параграф 44* (подвукао А. Гајић)

док је «недовољан доказ» такав да код суда не ствара захтевани степен уверења. Питање захтеваног степена уверења је, у односу на питање довољности доказа, претходно питање.

650. Појам довољности доказа се различито схвата у земљама европскоконтиненталне и англосаксонске правне традиције. Док у земљама англоамеричке правне традиције довољност доказа („sufficiency of evidence”) означава да је заснован *prima facie* случај у раним фазама поступка, те судија на основу одлуке о довољности доказа доноси одлуку о преласку у наредну фазу поступка или изношење случаја пред пороту, докле у терији европскоконтиненталне правне традиције, довољан доказ или недовољан доказ (потпун и непотун доказ) имају сасвим другу функцију, да означе да ли су изведени докази довољни, односно такви да се из њих стиче уверење о истинитости чињеничне тврдње. Тако, примера ради, Александар Јакшић, разматрајући поделу доказа на потпуне и непотпуне указује да је резултат извођења непотпуног доказа „уверење суда да оно се тврди само вероватно“, за разлику од потпуног доказа којим „његов предлагач у потпуносри уверава суд у истинитост његове чињеничне тврдње.⁵⁰³“

651. Англосаксонско поимање „довољности доказа“ је битно обележено поделом улога између професионалног судије и лаичке пороте, и везује се за појам терета изношења доказа (*burden on evidence*, *burden on going forward*, или можда најпрецизније *burden on passing the judge*) будући да тужилац или тужени: “морају да изнесу довољну количин доказа како би спречили судију да од пороте повуче спорну ства.”⁵⁰⁴ Правила англосаксонског доказног права ограничена су на она која се примењују у току извођења доказа (и састоје се у свом највећем делу од доказних забрана), и правила која се тичу стандарда доказивања. Појмови као што су, довољан доказ или потпун доказ су страни оном делу англосаксонског доказног права који се бави утврђивањем чињеница. Развој таквих правила је и онемогућен будући да лаичка порота доноси одлуку о чињеничним питањима која

⁵⁰³ Александар Јакшић, *op.cit.*, стр. 366

⁵⁰⁴ „must provide a sufficient quantity of evidence to prevent the judge from withdrawing an issue from the jury, which is the evidential burden“ *Vidi*, Riddel, Plant, *op.cit.*, стр. 82

је необразложена. У земљама европскоконтиненталне правне традиције исти или слични изрази се користе за означавање резултата оцене доказа.

652. Изгледа да је ова концептуална разлика имала утицај на само разумевање концепта довољности доказа, или његову употребу у случајевима у којима се Суд ослањао на концепт довољности доказа без указивања, у оквиру исте *dicte* или расправе, на захтевани стандард доказивања.

653. „Довољност доказа“ је термин који је Суд често користио да би образложио закључак да се одређена тврдња не може сматрати утврђеном. Тако је Суд, примера ради, у предмету *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France / United States of America)* закључио:

„У овом случају није било довољно доказа који би омогућили Суду да донесе закључак да је право на вршење конзуларне надлежности засновано на обичају или пракси која је тако установљена да је постала обавезујућа за Мароко.“⁵⁰⁵

654. У великом броју случајева Суд је различитим изразима означавао да нека чињенична тврдња није доказаа, односно да странка није поднела свој терет доказивања.⁵⁰⁶ Како је истакао Нигест, коментаришући пресуду Суда у предмету ELSI:

⁵⁰⁵ „In the present case there has not been sufficient evidence to enable the Court to reach a conclusion that a right to exercise consular jurisdiction founded upon custom or usage has been established in such a manner that it has become binding on Morocco.“*Case Concerning Rights of Nationals of the United States Of America in Morocco (France / United States of America), Judgment of August 27, 1952., ICJ Reports 1952.,* стр.199

⁵⁰⁶ . In the light of the evidence and material available to it, the Court is not satisfied that all the operations launched by the contra force, at every stage of the conflict, reflected strategy and tactics wholly devised by the United States. However, it is in the Court's view established that the support of the United States authorities for the activities of the contras took various forms over the years, such as logistic support, the supply of information on the location and movements of the Sandinista troops, the use of sophisticated methods of communication, the deployment of field broadcasting networks, radar coverage, etc. The Court finds it clear that a number of military and paramilitary operations by this force were decided and planned, if not actually by United States advisers, then at least in close collaboration with them, and on the basis of the intelligence and logistic support which the United States was able to offer, particularly the supply aircraft provided to the contras by the United States.

„the evaluation of evidence – as non-existence, or insufficient, or unconvincing, or speculative – all went to the issue of the discharge of the burden of proof. These evaluations are merely shorthand way of expressing the failure of carrying a burden of proof.“⁵⁰⁷

655. Изразима довољан или недовољан доказ Суд не означава захтевани стандард доказивања већ резултат оцене доказа. Међутим, расправа о концепту „довољности доказа“ није потпуно одвојена од питања захтеваног стандарда доказивања. Питање стандарда доказивања је претходно питање у односу на питање довољности доказа, док садржина расправе о томе да ли су докази изведени у конкретном случају „довољни“ или „недовољни“ може да укаже на

108. Despite the large quantity of documentary evidence and testimony which it has examined, the Court has not been able to satisfy itself that the respondent State 'created' the contra force in Nicaragua. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of June 27, 1986, ICJ Reports 1986*, paras 106, 108. , види и на пример *Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America v. Italy) Judgment of July 20, 1989, ICJ Reports 1989*.

⁵⁰⁷ Highet, Keith: “Evidence, the Chamber and ELSI Case” *Fact-Finding Before International Tribunals*, Lilich ed., NY, 1990, стр. 77.

У предмету *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* „The Court has not found sufficient evidence to conclude that Czechoslovakia had consistently refused to consult with Hungary about the desirability or necessity of measures for the preservation of the environment. The record rather shows that, while both parties indicated, in principle, a willingness to undertake further studies, in practice Czechoslovakia refused to countenance a suspension of the works at Dunakiliti and, later, on Variant C, while Hungary required suspension as a prior condition of environmental investigation because it claimed continuation of the work would prejudice the outcome of negotiations. In this regard it cannot be left out of consideration that Hungary itself, by suspending the works at Nagymaros and Dunakiliti, contributed to the creation of a situation which was not conducive to the conduct of fruitful negotiations” *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, ICJ Reports 1997*, para.107

110. Malaysia relies on the ties of allegiance which allegedly existed between the Sultan of Sulu and the Bajau Laut who inhabited the islands off the coast of North Borneo and who from time to time may have made use of the two uninhabited islands. The Court is of the opinion that such ties may well have existed but that they are in themselves not sufficient to provide evidence that the Sultan of Sulu claimed territorial title to these two small islands or considered them part of his possessions. Nor is there any evidence that the Sultan actually exercised authority over Ligitan and Sipadan. *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment of 17 December 2002, ICJ Reports 2002*, стр. 675.

стандард доказивања (квалитет или степен уверења) који је примењен у конкретном случају.

2.2.2. Да ли Статут Суда указује на захтевани стандард доказивања (члан 53 Статута Суда)

656. Стандард доказивања није дефинисан Статутом Суда нити Правилником Суда. Међутим одредба члана 53 Статута Суда којом је регулисан случај „изостанка странке“ дао је повода расправама о стандарду доказивања. Према члану 53 Статута:

1. Кадгод једна од странака изостане из поступка пред Судом, или потпусти да брани свој случај, друга странка може позвати Суд да усвоји њен захтев. (Whenever one of the parties does not appear before the Court, or fails to defend its case, the other party may call upon the Court to decide in favour of its claim.)

2. Пре нег што то учини, Суд мора да се увери, не само да је надлежан у складу са члановима 36 и 37 Статута, већ и да је захтев чињенично и правно основан (The Court must, before doing so, satisfy itself, not only that it has jurisdiction in accordance with Articles 36 and 37, but also that the claim is well founded in fact and law.)

657. Суд је у предмету *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Merits) истакао:

„Употреба термина 'да се увери'/'satisfy itself'/ у тексту Статута на енглеском језику (и у тексту на француском термина - 's'assurer') имплицира да Суд мора постићи исти степен извесности као и у било ком другом случају да је захтев стране правно основан и, уколико природа случаја то допушта, да су чињенице на којима се заснива поткрепљене уверљивим доказима/ *convincing evidence.*”⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of June 27, 1986, ICJ Reports 1986.*, пара. 29 (италик_ А Гајић)

658. Неколико разматрања произилази из ове дикте Суда. Суд може да усвоји само оне захтеве који се заснивају на „довољно доказа о релевантним чињеницама,“ и без обзира да ли је странка узима активног учешћа у поступку, Суд мора да постигне одговарајући „степен извесности“ да је захтев правно заснован, те да у мери у којој природа случаја то дозвољава, да су чињенице на којима је заснован поткрепљене *уверљивим доказима*.

659. Ова разматрања сугеришу да Суд не примењује пробабилистички стандард, у смислу претежне вероватноће, већ одговарајући *степен извесности* који се заснива на стандарду *уверљивог доказа*. Мада је степен извесности у овој дикти везан за правну основаност захтева⁵⁰⁹ из контекста произилази да се «извесност» односи како на чињенична тако и на правна питања.

660. Чини се да израз “convincing evidence” детерминиса степен извесности који треба да се постигне у конкретном случају. Amerachinghe наводи наведену дикту у оквиру расправе о „уверљивом доказу као стандарду доказивања“ и истиче „да докази не треба да усмеравају на апсолуну извесност већ да морају да буду уверљиви... из чега следи да је степен извесности мањи него апсолутна извесност заснована на уверљивим доказима”⁵¹⁰

661. Казази такође искључује могућност да се термин „well founded in fact and law“ односи на стандард „претежног одказа,“ указујући: „да је он пре упоредив са типом стандарда за који је пример „доказ ван разумне сумње.“ Ипак „чињенично и правно заснован“ може да се користи као смерница приликом одређивања стандарда доказивања, као и у комбинацији са другим стандардима.”⁵¹¹

662. Како одредба члана 53 Статута Суда, тако и његово тумачење у пракси Суда, указују на потребу разликовања појмова «степен извесности» и «степен вероватноће». Не може се претпоставити да је термин «извесност» случајно употребљен или као синоним термина «вероватноћа».

⁵⁰⁹ Овај део дикте Amerachinghe не цитира (види стр. 241)

⁵¹⁰ Amerachinghe, op.cit.,стр. 241.

⁵¹¹ Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues ...* ,стр. 351.

663. Чињенице морају да се заснивају на уверљивим доказима, у мери у којој природа случаја то дозвољава. Наиме независно од природе случаја докази на којима се заснива пресуда морају да буду уверљиви (convincing), али природа случаја детерминише на основу којих доказа Суд стиче ово уверење. Природа случаја може детерминисати да ли ће странка изводити директне или посредне доказе, примарне или секундарне, ради доказивања конкретне чињенице, али је јасно да не може да заснује своју пресуду уколико докази нису такве природе да код Суда стварају уверење, извесност, у погледу њиховог постојања.

664. Члан 53 Статута Суда не указује непосредно на захтевани стандард доказивања, међутим, његовим тумачењем долази се до закључка да је искључена могућност примене стандарда „претежног доказа“ или „веће вероватноће“ будући да Суд мора да буде „уверен“ да је захтев странке чињенично и правно основан. Суд је захтев тумачио као „степен извесности“ који се заснива на „convincing evidence“ (уверљивим доказима) који је примењује како у случају изостанка странке тако и у свим другим случајевима.

2. 2.3. Стандард доказивања у јуриспруденцији Међународног суда правде - „ван разумне сумње,“ „претежна вероватноћа“ „уверљив доказ“ „убедљив доказ“

665. Уколико посматрамо целокупну јуриспруденцију Суда (разматрањем су обухваћени сви случајеви од оснивања Сталног суда међунаране правде закључно са пресудом која је донесена у предмету *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment of 03 February 2012), можемо приметити да Суд није увек користио конзистентну терминологију ради означавања стандарда доказивања који је примењивао у конкретном случају, односно степена уверења до ког је дошао у конкретном случају, а који је дао основа да одређену спорну чињеницу сматра утврђеном. Чини се да скорашња јуриспруденција уноси извештан ред и у терминологију којом се Суд служи приликом извођења чињеничних закључака, и даје основа за тврдњу (закључак) да је питање стандарда доказивања у довољној мери разјашњено. Различити изрази „beyond reasonable doubt,“ „convincing evidence,“ „conclusive evidence,“ и друга разматрања изражена у пресудама Суда, дају основа за расправу да ли Суд примењује јединствен или варијабилан стандард доказивања. Поред тога, поставља се и питање да ли, под извесним околностима, може доћи и до примене стандарда „претежног доказа.“

666. Коришћење различитих израза не мора нужно да значи да је Суд примењивао различите стандарде доказивања. Како је истакоа Thirlway, бивши правни саветник у Секретаријату Суда:

“Увек сам сматрао да је исправно да се повуче резилка између одлуке о неком питању, и израза који се користе да би се она изразила најбољим могућим речима.”⁵¹²

⁵¹² The distinction that I have always thought proper to draw is between the decision on the issues in a case, and the expression of that decision in the best words possible. The first task is for the judges alone; but the Registry staff can and do help in the performance of the second. In the first place, not all judges are working in their own language; the majority of the officials of the Legal Department are of English or French mother tongue, and those that are not can work to a high standard in one or both languages. It is also relevant that the decision of the Court always appears in both languages, and sometimes part of it will originally have been written in French, and part in English. Translations are the responsibility of the

667. Пресуда Суда је увек резултат колективног рада, те уколико се употреби сличан али не и истоветан термин ради изражавања истог појма или појаве, то не значи само по себи да је Суд имао на уму разлику која може да се јави језичким тумачењем употребљених израза. Поред тога, судије Суда иако се у раду служе енглеским или француским језиком, могу се суочити и са проблемом који се тиче превода термина, будући да се и у самом преводу нешто може изгубити или додати одређено значење. Терминологија којом се служи Суд изграђена је на енглеском и француском језику, дакле језицима који су представници два суштински различита правна система. При томе, терминологија «доказног права» је у енглеском језику веома развијена, а поједине изразе је готово немогуће са потребним степеном прецизности превести на друге језике.

668. Будући да се целокупан поступак одлучивања и израде пресуде одвија *in camera* треба испољити посебан опрез приликом доношења закључака. Конзистентност је свакако пожељна, кадкад и нужна, али велики број разлога, од чисто техничких, преко естетских, до суштинских, могу опредељивати употребу различитих израза. Стога, тумачење самог израза ван контекста у ком је употребљен може лако одвући на погрешан пут. Сврха истраживања свакако веома сложене области стандарда доказивања кроз јуриспруденцију Суда која се развија већ више од 80 година указује на опрез, као и да се акценат стави на скорашњу јуриспруденцију ради установљавања не само да ли је у сагласју са пређашњом, већ да ли је у довољној мери конзистентна да се могу извучити

Linguistic Department; but there is a responsibility on the legal staff to see that the two texts correspond perfectly, and that each of them conveys the precise shade of meaning required, in the light of detailed knowledge of the case.

However, the assistance given by the Registry goes further than that. Not every Member of the Court is a skilled draftsman, or has experience of drafting decisions; the style and structure of a judicial decision differs from, for example, that of a lecture, or an article in a learned journal. I have mentioned above the need for consistency of a draft decision with the Court's established jurisprudence, and long-serving members of the Registry staff are well-placed to advise on this aspect. There is also advantage in not having responsibility for the decision, but only for putting it into words: it is easier for an impartial writer, in the sense of one who has no interest in the case being decided one way or the other, to see the difficulties of the course that has been decided on, and devise ways of resolving them. (Hugh Thirlway, *The Drafting of ICJ Decisions: Some personal Recollections and Observations*, „*Chinese Journal of International Law* (2006), Vol. 5, No. 1 (15-28) стр.20)

закључци о томе да ли Суд примењује јединствен или варијабилан стандард доказивања.

669. Треба испољити опрез и приликом коментарисања или узимања за ауторитет издвојених мишљења судија, поготово што пракса употребе израза ради означавања неког стандарда није увек конзистентна, или се заговара теза о варијабилном стандарду (стандарду који зависи од природе или тежине захтева). Поједина издвојена мишљења не одражавју став већине судија, друга дају извесна разјашњења за које је можда непримерено да се нађу у пресуди, али не морају нужно да одражавају став већине по одређеном питању, док трећа могу да буду таква да утичу на даљи развој јуриспруденције. Будући да се расправа Суда у току које се врши оцена доказа, као и израда нацрта пресуде одвија *in camera*, увек се мора испољити и доза опреза, из разлога што никада нису познате све околности под којима је формулисано одређено становиште Суда.

670. Од судског већа које се не ретко састоји од петнаест и више судија не може се очекивати конзистентност која је својствена мањим телима, или телима која се налазе у структури која подразумева да виши суд или орган има овлашћење укидања или мења пресуде нижег суда или органа. Жалбена већа (или судови) нужно уносе ред у јуриспруденцију уз настојање да се формира јединствена јуриспруденција. Међународни суд правде, као уосталом и други судови и трибунали који решавају међудржавне спорове, је суд и прве и последње инстанце. Опрез, који је, чини се, својствен Суду, налаже одређени степен уздржаности приликом изношења децидираних становишта приликом решавања бројних питања (укључујући ту и питања везана за стандард доказивања) пре него се она потпуно искристалишу у пракси Суда.

671. Проблем дефинисања и примене неког стандарда доказивања у конкретном случају произилази, између осталог, из субјективне природе уверења. Уверење није категорија која се може математички прецизно изразити. Исти стандард доказивања (ако се дефинише на начин својствен англо-америчком доказном праву) различите особе могу различито схватити. Конкретан доказ за једног судију може да буде довољно уверљив, док други истом доказу може придати другачију тежину. Како је истакло Желбено веће Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију:

„Значајно је напоменути да двоје судија, који делују разумно, могу доћи до различитих закључака на основу истих доказа.“⁵¹³

672. Ово, сматрамо неспорно стање ствари, свакако може утицати и на одабир израза које Суд користи приликом обаразлагања својих чињеничних закључака.

673. Посебно је проблематично дефинисање стандарда «ван разумне сумње» због његовог одређења на негативан начин. Наиме, сам израз «ван разумне сумње», пре показује шта он није него шта јесте. Он не даје одговор који степен уверења Суд треба да стекне, већ шта га спречава да дође до закључка о основаности чињеничне тврдње. Друим речима, он не говори директно о квалитету уверења, већ га дефинише посредством елемента који спречавају да се стекне такво уверење. Образложење конкретног чињеничног закључка у складу са језичком формулацијом овог стандарда захтевало би да се у сваком конкретном случају образложи да ли постоји сумња, у чему се састоји и да ли је она разума, што није начин на који Суд образлаже своје одуке. Мада апстрактно дефинисање овог стандарда не представља нарочит проблем, може се показати као проблематична примена такве формуле у пракси.

Corfy Channel Case – стандард доказивања ван разумне сумње и стандард уверљивог доказа (conclusive evidence)

674. У првом случају у коме се суд експлицитно изразио стандард доказивања -*Corfy Channel Case*- у пресуди је користио више термина којима је образлагао стандард доказивања којим се служио приликом доношења закључака о чињеницама.

675. Суд је критеријум оцене посредних доказа (indirect, circumstantial evidence) образложио на следећи начин:

⁵¹³ The Prosecutor v. Duško Tadic, Judgment, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, para. 64.

„... посредни докази су прихватљиви у свом правним системима, и њихова употреба је призната међународним одлукама. Мора се сматрати да они имају посебну тежину када су засновани *на низу чињеница које су међусобно тако повезане да логики воде једном закључку.*“

Суд стога мора да испита да ли је установљено посредством посредних долаза да је албанија знала за постављање мина у њеним територијалним водама независно од било ког учешћа у тој операцији. *Соказ се може извести из закључака о чињеницама, под условом да оне не остављају простора за разумну сумњу.* Чињенични елементи на којима се могу заснивати ове инференције могу се разликовати од оних који су релевантни за питање да ли је она то толерисала.⁵¹⁴

676. Оценом изведених доказа, Суд је у конкретном случају закључио: Из свиј чињеница и разматрања која су горе изнета, Суд извлачи закључак да је постављање минског поља које је проузроковало експлозије од 22. октобра 1946, *није било могуће извршити* без знања албанске владе.⁵¹⁵

677. Наведена дикта чини несумљивим да је Суд у конкретном случају применио стандард ван разумне сумње. Наиме, стандард доказивања ван разумне сумње је досегнут уколико су посредни докази тако повезани да „логички воде једном закључку.“ Уколико изведени докази остварају могућност да се дође до више од једног разумног закључка стандард доказивања није остварен, и Суд такву чињеницу не може да сматра за утврђену.⁵¹⁶

⁵¹⁴ *The Corfu Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, стр. 18.*

⁵¹⁵ *The Corfu Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, стр. 22*

⁵¹⁶ Ridel-Plant наводе на различите изразе које је Суд користио приликом изражавања стандарда доказивања, и наведе израз “free from any doubt” са стране 14 пресуде. Riddel-Plant, Evidence before International Court of Justice, стр. 127 и фуснота 175. Међутим, суд уистину никада није поставио овакав стандард доказивања, већ се реч о изразу који су експрети које је именовао Суд употребили у свом завршном извештају.

“It is further proved by evidence produced by the United Kingdom Government that the mining of *Szrzrnarez* and Volage occurred in Albanian territorial waters, just at the place in the swept channel where the minefield was found, as indicated on the chart forming Annex g to the United Kingdom Memorial. This is confirmed by the Court's Experts, who consider it to be free from any doubt that the

678. Међутим, будући да је у конкретном случају Суд био потпуно уверен да mine у Крфском каналу нису могле да буду постављене без знања Албаније, квалификација стандарда доказивања као стандарда ван разумне сумње није представљала посебну тешкоћу.

679. На другом месту у истој пресуди, међутим, Суд није као стандард доказивања навео стандард «ван разумне сумње» иако је по свему судећи за то било основа. Наиме, ценећи доказе у вези са тврдњом Велике Британије да је југословенски брод поставио mine у Крфском каналу Суд је изнео, између осталог, следећи закључак:

Без да одлучује о личној искрености сведока Ковачића, о истинитости онога што је рекао, Суд налази да чињенице које је сведок изнео из свог личног знања нису довољне да докажу оно што је влада Уједињеног Краљевства сматрала да се њима доказује. Његови наводи да је виде mine како се утоварују у два југословенска миночистача у Шибенику и да су ова два брода отпловила из Шибеника око 18. октобра и вратила се неколико дана касније пошто су се догодиле експлозије *није довољно да представља одлучујући правни доказ (not suffice to constitute decisive legal proof)* да су та два брода поствиле mine у албанским водама близу Саранде. Изјаве које сведок Ковачиће приписује трећим странама, од којих Суд није примио никакву личну и директну потврду, могу се сматрати наводима који не представљају уверљив доказ (*as allegations falling short of conclusive evidence*). Оптужбе такве изузетне тежине против државе захтевају степен извесности који овде није досегнут (*a degree of certainty that has not been reached here.*)⁵¹⁷»

680. Општи исказ Суда: „A charge of such exceptional gravity against a State would require *a degree of certainty that has not been reached here*“ послужио је, како

two ships were mined in approximately the position indicated on this chart.“ *The Corfy Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949*, стр. 14.

⁵¹⁷ *The Corfy Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949*, стр. 16-17. Ради обарања тврдње Југословенска влада је овластила Албанију да поднесе извесна документа, међутим Суд није имао потребе да се изјашњава о њиховој доканој вредности. Види: *Ibidem*, стр. 17

ћемо касније видети, као и основ тезе о варијабилном стандарду доказивања, односно да стандард доказивања зависи од тежине оптужби које се износе на рачун државе. Међутим, чини се да интенција није била да се укаже на могућност варијабилног стандарда доказивања, већ на везу између озбиљности оптужбе, захтеваног стандарда доказивања и доказне снаге изведених доказа.

681. У контексту ове дикте Суда, може се поставити питање да ли изрази - „*do not suffice to constitute decisive legal proof*“ и „*as allegations falling short of conclusive evidence*“ указују на захтевани стандард доказивања који се може поистиветити са стандардом „ван разумне сумње?“

682. Стандард доказивања који је примењен у предмету *Corfu Channel* био је предмет опсежних расправа у издвојеним мишљењима судија, које даље потврђују да је Суд, заиста применио стандард „ван разумне сумње“ и додатно појашњавају разлоге примене овог стандарда. Заступање овако високог стандарда доказивања у конкретном случају био је, чини се, јединствени став Суда, који су делиле чак и судије које су издвојиле мишљење.

683. Судија *Badawi Pasha* је разматрајући начин на који треба ценит посредне доказе истакао:

„ У системима доказивања који су засновани на слободној оцени доказа од стране судије, као што је случај у националном кривичном законодавству и међународном праву, посредни докази значе чињенице, које иако не представљају непосредан доказ оптужбе, ову ипак чине вероватном уз помоћ резоновања. Елементи таквих посредних доказа морају се тумачити и повезати у циљу извлачења елевантих инференција и реконструкције података на којима се заснива хипотеза о одговорности. У овом процесу тумачења и повезивања, постоји ризик да се начини грешка у процени, да се допусти машти да попуни празнине у доказима, или резоновање на варљив начин. Овај метод доказивања, који настоји да досегне неизвесност, или чешће досеже само висок ниво вероватноће. Остаје чињеница да у неким законодавствима, посредни докази морају да имају тежину, да буду презизни и усклађени. Са друге стране, најпоузданија доктрина заузима становиште да у погледу „доказ

изведених из посредних одказа сматра се довољно утврђеним само када друге солуције подразумевале потупно чудна, неуобичајена околности које су противне уобичајеом стању ствари. Ова правила морају да буду сталан водич приликом оцене доказа.⁵¹⁸

⁵¹⁸ *Dissenting Opinion by Judge Badawi Pasha, The Corfy Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, str. 59-60.*

Судија I would recall the wise advice given to international judges by Sandiffer, Evidence before International Tribunals, Chicago, 1939, page 3. He emphasizes the peculiar character of international procedure and the grave consequences which may follow from a judicial error, and he concludes: 'The vital interests of States, directly concerning the welfare of thousands of people, may be adversely affected by a decision based upon a misconception of facts.' And because the illegal act of October 22nd, 1946, was in reality a criminal act, it is useful to quote per analogiam another wise piece of advice, on this occasion given by a British jurist. Taylor writes in his Treatise on the Law of Evidence as administered in England and Ireland, 1920, page 115: 'But to affix on any person a stigma of crime requires a higher degree of assurance, and juries will not be justified in taking such a step, except on evidence which excludes from their mind all reasonable doubts.' This advice is all the Works more cogent in the case of States. Dissenting Opinion by dr. Ecer, op.cit,стр.118-119,

The Minquiers and Ecrehos Case(France / United Kingdom)

684. Случај *The Minquiers and Ecrehos Case(France / United Kingdom)* на први поглед пружа изветан основ за закључак да у извесним предметима Суд може да примени стандард „баланса пробабилитета“ или „претежног доказа“ како се дефинише у англоамеричкој теорији и јуриспруденцији. Наиме, Суд је своју улогу у конкретном предмету дефинисао на следећи начин:

„...Будући да је /од Суда/... затражено да одлучи да ли ове групе острва припадају Француској или Уједињеном Краљевству, Суд мора да утврди која је странка поднела *уверљивије доказе о основу* над јеном или другом групом острва. Чланом 1 / специјалног споразума/странке су искључиле могућност да ове групе острва имају статус *res nullius* или статус кондоминијума.“

... Имајући у виду поицију странака, од којих обе тврде да имају суверенитет над истом територијом, и с обзиром на формулацију задатка Суда из члана 1 / Специјалног споразума.../ Суд је мишљења да свака од странака треба да докаже свој наводни основ и чињенице на које се ослања.⁵¹⁹

685. Међутим, ова поставка чини се да је формулисана на начин који не одговара закључку до ког је Суд дошао оценом доказа у светлости тврдњи странака о њиховом основу територијалног суверенитета над групом острва *Minquiers u Ecrehos*. Изгледа да се синтагма „уверљивији доказ о основу“ односи на потенцијални сукоб основа, или на могућност странака да докажу постојање основа територијалног суверенитета, а не као правило о оцени изведених доказа. Примера ради, приликом оцене посредних доказа, Суд је применио стандард (резон) који је коришћен и у предмету *Corfy Channel*, само је изражен другим речима. Примера ради, у једном делу пресуде резоновао је на следећи начин:

„Француска влада, поред наведеног оригиналног феудалног основа ... позвала се на чињеницу да су државе Jersey-a 1646 забраниле становништву Jersey-a

⁵¹⁹ *The Minquiers and Ecrehos Case(France / United Kingdom), Judgment of November 17, 1953, ICJ Reports 1953.*, стр. 52

да рибаре нбез посебног одобрења у околини острва Ecrehos и Chausey, и да су ограничавале посете Ecrehos-у 1692. због рата између Енглеске и Француске. Ово показује, како се износи тврдња, да Ecrehos није сматран британском територијом. Али Суд *не сматра да је ово нужна и природна инференција која се извлачи из ових чињеница. (does not consider that this is the necessary or natural inference to be drawn from these facts.)*⁵²⁰

686. Термин „нужна и природна инференција“ која се заснива на установљеним чињеницама, сугерише да је Суд применио висок стандард доказивања, који је својствен разматрањима у оквиру стандарда уверљивог доказа или доказа ван разумне сумње. Очигледно је да се под «нужном» или «природном» инференцијом може разумети само онај закључак који је једино могуће извести из из посредних доказа.

Case Concerning The Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)

687. Случај *Temple of Preah Vihear* је свакако представља један од чињенично сложенијих случајева. На више места у пресуди, и поред супротстављене аргументације странака Суд је установио да је одређена чињеница „јасна,⁵²¹ или да је одређено стање ствари „несумљиво.⁵²²“

⁵²⁰ *The Minquiers and Ecrehos Case (France / United Kingdom), Judgment of November 17, 1953, ICJ Reports 1953.*, стр.66

⁵²¹ „The Court sees the matter differently. It is clear from the record that the publication and communication of the eleven maps referred to earlier, including the Annex 1 map, was something of an occasion. This was no mere interchange between the French and Siamese Governments, though, even if it had been, it. could have sufficed in law. On the contrary, the maps were given wide publicity in all technically interested quarters by being also communicated to the leading geographical societies in important countries, and to other circles regionally interested; to the Siamese legations accredited to the British, German, Russian and United States Governments; and to all the members of the Mixed Commission, French and Siamese. The full original distribution consisted of about one hundred and sixty sets of eleven maps each. Fifty sets of this distribution were allocated to the Siamese Government. *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962, ICJ Reports 1962*, стр. 22-23

688. У погледу основног питања које се постављало у предмету, да ли се храм of Preah Vihear налази на територији Камбоџе или Тајланда Суд је резонувао на следећи начин:

Изношена је тврдња да је ћутање Тајланда у вези са објављивањем мапе која је приложена у анексу I имплицирало признање линије која је одређена на тој мапи. Али ћутање има правне последице само уколико заинтересована страна има обавезу да да се изјасни /да подигне глас/ у односу као одговор на дату чињеницу или ситуацију. Стога би било неопјдно да се покаже да је Тајланд имао такву обавезу у доносу на акт који сам по себи нема правни значај. Ово правило је установљено, и штатише, изражено у члану 29 Версајског уговора од 28 јуна 1919. Ово правило каже да, када постоји неслагање између текста уговора и мапе, меродаван је текст уговора а не мапа. *Будући да је тако, и док се уверљивим доказима не установи где се налазио Preah Vihear*, члан 1 Уговора из 1904, који стипулише вододелницу као границу између територија ове две државе, једнакоподржава тумачење Тајланда као и оно које заговара Камбоџа. Исто се може рећи и за одредбу Првог протокола који је придодат Уговору из 1907, који исто тако, не помиње Preah Vihear, већ помије вододелницу.

689. Поред тога на једном месту је резултат анализе доказа изнео користећи се термином «ван разумне сумње» Приликом оцене једне од мапа Суд је закључио следеће:

Суд ће се, за тренутак, ограничити на прву од ових тврдњи која се заснива на аргумену који Суд сматра коректним, наиме да прва Мешовита комисија никада није званично одобрила мапу као такву, будући да је та Комисија

⁵²² It has been contended on behalf of Thailand that this communication of the maps by the French authorities was, so to speak, *ex parte*, and that no formal acknowledgment of it was either requested of, or given by, Thailand. In fact, as will be seen presently, an acknowledgment by conduct was *undoubtedly* made in a very definite way; but even if it were otherwise, it is clear that the circumstances were such as called for some reaction, within a reasonable period, on the part of the Siamese authorities, if they wished to disagree with the map or had any serious question to raise in regard to it. They did not do so, either then or for many years, and thereby must be held to have acquiesced. *Qzri tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset. Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962, ICJ Reports 1962, smp. 23*

престала са радом неколико месеци пре него што је мапа настала. Из записника се не види да ли су мапа и гранична линија засноване на било каквим одлукама или инструкцијама које је Комисија дала геодетским стручњацима док је још функционисала. *Оно што је извесно је то да је мапа морала имати основ неке врсте, а Суд је мишљења да не може бити разумне сумње да је као основа послужио рад геодетских службеника у сектору Дангрек.* Пошто је реч о једној од низа мапа пограничних подручја које су израдили топографски стручњаци француске владе излазећи у сусрет захтеву сијамских власти и коју је штампала и објавила реномирана париска фирма, *што се све могло јасно видети из саме мапе,* мапа је тако стекла званичан статус; имала је сопствени инхерентан технички ауторитет, а њено порекло било је јасно и очигледно. Суд, ипак, мора да закључи да, од самог почетка а и моменту њеног настанка, она није била обавезујуће природе.....⁵²³.

690. Коришћење израза да „нема разумне сумње“ не мора нужно да указује на примењени стандард доказивања, већ на резултат оцене доказа, везује обзира који је стандард Суд примењивао.

691. Судија Moreno Quintana се није сложио са образложењем и диспозитивом одлуке. У свом издвојеном мишљењу он је изнео опште становиште о томе на каквим чињеницама Суд може да заснује своју пресуду. Он је истакао да „Суд не може да одлучује на основу пресумпција и хипотеза како би решио спорна питања будући да то није у складу са правилима судског решавања спрова,» те да у циљу установљивања прећутног пристанка морају постојати „уверљиви докази,» те да „су чињенице, јасне чињенице, оне које могу бити узете у обзир..»⁵²⁴

692. Не улазећи у разматрање конкретних чињеница, закључци Суда, заједно са закључком судије који је издвојио мишљење, у предмету који је одликовао изузетно висок степен сложености, јасно је да Суд није применио

⁵²³ *Case Concerning The Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, стр. 21.*

⁵²⁴ *Dissenting Opinion of Judge Moreno Quintana, Temple of Preah Vihear, Judgment, ICJ Reports 1962, p.67*

пробабилистички стандард, већ стандард који можемо дефинисати као стандард јасног и уверљивог доказа.

Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/Netherlands)

693. *Случај Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/Netherlands)* пружа основа за закључак да је Суд применио стандард уверљивог доказа („convincing proof.”) Разматрајући питања која су се везивала за Конвенцију о разграничењу Белгије и Холандије⁵²⁵ у вези са тврдњом Холандије да је у уговору дошло до грешке у погледу употребе извесних термина, истакао:

“Sud ne smatra da se самим uporedjenjem ova dva dokumenta utvrđuje bilo која takva greška. Po odredbama Konvencije o granicama, suverenitet nad spornim деловима има Belgija. Jedino pitanje je da li je greška, takva da bi mogla narušiti Konvenciju, *utvrđena uverljivim dokazima.*”(, *has been established by convincing evidence*)⁵²⁶

⁵²⁵ In the view of the Court, apart from a mere comparison of the text of the Descriptive Minute with the copy of the Communal Minute produced by the Netherlands, all attempts to establish and to explain the alleged mistake are based upon hypotheses which are not plausible and which are not accompanied by adequate proof. The Boundary Convention of 1843 was the result of several years of labour, with members of the Mixed Boundary Commission not only in contact with the respective communal administrations but also with the Governments of the respective States. According to information furnished to the Court, copies of the text of the Communal Minute to be incorporated in the Descriptive Minute, and which was in fact incorporated therein, were signed by the secretaries of each commune. The actual text transcribed was accordingly known to both communes and both States. The Convention was confirmed by the Parliament of each State and ratified in accordance with their constitutional processes. Its terms have been published in each State. For almost a century the Netherlands made no challenge to the attribution of the disputed plots to Belgium.

The Court is satisfied that no case of mistake has been made out and that the validity and binding force of the provisions of the Convention of 1843 in respect of the disputed plots are not affected on that account. *Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/Netherlands), Judgment of 20 June 1950, ICJ Reports 1950, стр. 226-227.*

⁵²⁶ *Judgment of 20 June 1959, ICJ Reports 1959, стр. 222*

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)

694. Образложење пресуде коју је Суд донео у предмету *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* је дала повода расправама како о потреби дефинисања стандарда доказивања, тако и расправама који је стандард доказивања Суд применио у конкретном случају.

695. Неколико дикти из пресуде Суда завређује засебну пажњу.

„За сврху овог предмета, Суд једноставно мора да утврди да ли су САД демонстрирале да су жртва таквог Иранског „оружаног напада“ који је оправдава да употреби оружану силу у самоодбрани; терет доказивања чињеница које показују постојање таквог напада лежи на САД. Суд не трена да припише одговорност за испаливање ракете која је погодила Sea Isle City, на основу претежног доказа, било Ирану било Ираку; ако се на крају испостави да су расположиви докази недовољни да се утврди да је ракету испалио Иран, онда САД нису поднеле неопходан терет доказивања.”⁵²⁷

Док је касније, након оцене доказа, између осталог, закључио,:

„уопште нема непосредних доказа о врсти ракете која је погодила Sea Isle City; докази који се односе на карактеристике других ракета које су испале на територију Кувајта у том временском периоду су сугестивни, али не и више од тога. (suggestive, but no more)”⁵²⁸

696. Оцењујући посредне доказе које су изнеле Сједињене Америчке Државе Суд је закључио

„Укратко, суд је са великом пажњом испитао доказе и аргумента обеју странака, и налази да докази који указују на одговорност Ирана за напад на

⁵²⁷ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Merits, Judgment of November 6, 2003, ICJ Reports 2003, параграф 57.*

⁵²⁸ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America, Merits, Judgment of November 6, 2003, ICJ Reports 2003, параграф 59*

Sea Isle City нису довољни да поткрепе тврдње САД. Закључак до ког је Суд дошао о овом аспекту случаја је тај да терет доказивања орућаног напада Ирана на САД, у облику ракетног напада на Sea Isle City, није поднесен.⁵²⁹

697. Међутим, уколико Суд није указао на захтевани стандард долаивања у наведеним диктама, следећи став Суда је веома индикативн по питању захтеваног стандарда доказивања, и сматрамо да на транспарентан начин одражава резоновање Суда приликом оцене докза. Наиме, један од закључака Суд је изразио на следећи начин:

„Као и у случају оружаног напада на Sea Isle City, прво питање је да ли су САД поднеле терет доказивања да је USS Samuel B. Roberts био жртна мине коју је поставио Иран. Суд примећује да су мине у то време постављале обе ратујуће стране у ирачко-иранском рату, тако да докази о осталим иранским операцијама постављања мина нису *уверљиви* (*not conclusive*) у погледу одговорности Ирана за ове конкретне мине. У свом обраћању Савету безбедности у вези са нападом од 18. априла 1988, Сједињене Државе су тврдиле да „су мине постављене на пловидбеним путевима за које је иран знао да их ористе бродови САД, и тиме су намеравали да оштете или потопе те бродове " (...) Иран је тврдио су мине постављене само у сврху одбране у каналу Khor Abdullah, али су Сједињене Државе поднеле доказе који сугеришу да је иранска операција постављања мина била обухватнија. Главни доказ да су мине које су погодиле USS Samuel B. Roberts поставио Иран били су откриће усидрених мина у истом подручју, које носе серијске бројеве који се поклапају са иранским минама, посебно обим који су нађени на броду Iran Ajr (...). Овај доказ је веома сугестиван, али није уверљив (*This evidence is highly suggestive, but not conclusive.*)⁵³⁰

⁵²⁹ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Merits, Judgment of November 6, 2003, ICJ Reports 2003, параграф 61.*

⁵³⁰ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Merits, Judgment of November 6, 2003, ICJ Reports 2003, параграф 71.*

698. Судије са англоамеричког правног простора су у својим издвојеним мишљењима (која можемо сматрати и прикирвеним *dissenting opinions*) истакли примедбе разматрајући превасходно питање стандарда доказивања. У издвојеним мишљењима англосаксонских судија критикован је начин на који је Суд ценио доказе, односно образложио своје налазе без јасног указивања на захтевани стандард доказивања. Тако, Судија Хигинс је коментаришући налаза Суда да „нема директних доказа о врстама граната које су погледине *Sea Isle City*; докази и карактеристикама других граната које су испале на Кувајст у том временском периоду су сугестивни, али не и више од тога,⁵³¹ истакла:

„Није јасно да ли је Суд одбио индиректне доказе као такве (иако су они јасно прихваћени од Суда у предмету *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 18*), или да ли је прихватио индиректне доказе али да у овом конкретном случају они нису задовољили стандард „ван разумне сумње“ који је утврдио 1949 године.⁵³² (ibid., p. 18).

699. Иако стандард доказивања није изражен на директан начин, наведена *dicta* Суда јасно указује да само сугестивни докази нису довољни да би Суд утврдио чињеничну тврдњу као основану. Опаска судије Хигинс да није јасно да ли је Суд одбацио индиректне доказе или у конкретном случају није задовољен стандард „ван разумне сумње“, изгледа да је одраз неких других разматрања, и извлачења једне или неколицине реченица из контекста пресуде. Поред тога, у образложењу своје одлуке Суд је једноставно констатовао да «да нема директних доказа», и изнео да су докази које можемо квалификовати као посредне доказе «сугестивни». Јасно је да израз „сугестивни, али не и више од тога“ указује на степен доказне снаге изведних доказа, који нису довољно уверљиви да би Суд могао да утврди основаност чињеничне тврдње. Питање које се отвара, а о коме на основу текста пресуде може само да се спекулише, је можда настојање да се

⁵³¹ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Merits, Judgment of November 6, 2003, ICJ Reports 2003*, параграф 59

⁵³² *Separate Opinion of Judge Higgins, Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Merits, Judgment of November 6, 2003, ICJ Reports 2003*, параграф 59

избегне и само помињање захтеваног стандарда доказивања у ситуацији у којој је јасно да Суд не може да стекне довољан степен уверења у основаност захтева, или да ради установавања конкретне чињенице није довољно да су докази такви да само сугеришу одређени закључак. Међутим, становиште Суда изражено на другом месту у пресуди да су докази «веома сугестивни, али не и уверљиви» јасно указује на захтевани стандард доказивања означен али не на начин који је својствен англо-америчком концепту стандарда доказивања, већ на начин који је примеренији међународном правосуђу.

700. У предмету *Corfu Channel*, Суд је нашао да су изведени посредни докази такви да ван разумне сумње поткрепљују хипотезу (чињеничну тврдњу) коју је Уједињеног Краљевства, док је у предмету *Oil Platforms* Суд установио потпуно другачију доказну снагу изведених доказа. Наиме тврдња САДа о врсти употребљених граната као и о томе да је у току Ирачко-Иранског рата Иран био тај који је испалио гранате на *Sea Isle City*, није била потпуно непоткрепљена, докази су били сугестивни (чиме се указује на степен њихове доказне снаге) али не и довољни. У том контексту треба и схватити изразе које је употребљавао Суд кроз предуду – *suggestive, but no more* (para 59), а посебно у контексту закључка који је изнет у горе поменутом параграфу 71 – „*evidence indicative of Iranian responsibility for the attack on the Sea Isle City is not sufficient to support the contentions of the United States*“, и „*this evidence is highly suggestive, but not conclusive.*” У контексту тога, дикта из параграфа 61 у којој се докази оцењују као – *suggestive, but no more* – не може се тумачити нити као одбијање разматрања посредних доказа (што сугерише судија Хигинс), већ у контексту захтева да докази теба да буду такви да Суд „увере“ у основаност чињеничне тврдње.

701. На једном месту у свом издвојеном мишљењу судије Хигинс. је коментарисала закључак Суда са су „докази јако сугестивни, али не и уверљиви (*conclusive*)» и узела следеће становиште:

„Сви ови докази, како је рекао Суд, су „веома сугестивни али не и уверљиви“ /"highly suggestive, but not conclusive"/ (para. 71). Али немогуће је знати, у

одсуству артикулисаног стандарда и даљег објашњења, зашто је Суд донео овај закључак.⁵³³

702. Чини се да је овај закључак управо поткрепљује тезу да аутори (па и судије) из англоамеричког правног система питање стандарда доказивања посматрају, и сматрају јасним само у координатама англоамеричког концепта квантификованог стандарда доказивања. Међутим, ситуација у којој је Суд указао на доказну снагу изведених доказа као веома сугестивним (*highly suggestive*), као и на захтевани стандард доказивања – уверљиви (*conclusive*), захтевани стандард је у довољној мери артикулисан. Овако дефинисан стандард акценат ставља на уверење а не на сумњу, и на погоднији начин него приступ према формули «доказ ван разумне сумње». Наиме, уколико нема основа да се одређени доказ сматра довољно уверљивим (*conclusive*) беспредметно је разматрати да ли и које све сумње постоје у конкретном случају и да ли су оне разумне. Стандард „*conclusive evidence*“ није непознат пређашњој пракси на коју се коментатори могу ослонити приликом тумачења пресуде. Овај стандард доказивања је познат и америчкој теорији и јуриспруденцији у поступцима решавања спорова. Поред тога, резонување Суда у предмету *Oil Platforms* је у потпуној хармонији са начином оцене посредних доказа који је Суд применио у предмету *Corfy Channel*, у коме је истакнуто да треба да буду тако повезани да „логички воде једном закључку.“

703. Још један судија са англо-америчког правног подручја, судија Buergenthal, је критиковао резонување Суда и изнео следећу примедбу:

„Могли би да се запитамо ... одакле потеиче тест „недовољности“ доказа...и у вези са питањем који стандард Суд примењује? Шта значи "недовољно

⁵³³ As for the evidence concerning responsibility for the mine which struck the USS Samuel B. Roberts, the Court acknowledges -- albeit in a mere five lines -- that there were comparable moored mines in the same area, that they bore serial numbers matching other Iranian mines, and that these included the mines found on board the vessel Iran Ajr. The evidence on the mine that struck the USS Samuel B. Roberts, as well as to related mining evidence, is on any test rather weighty, and was without the technical uncertainties and inconsistencies undoubtedly present in the Sea Isle City missile evidence. Certainly there was significant direct relevant evidence of a sort lacking in respect of the missile that hit the Sea Isle City. The United States also submitted evidence suggesting that Iran placed mines in shipping lanes known to be used by neutral ships, including those of the United States., Separate Opinion of Judge Higgins, *op.cit.* para 36

доказа"? Да ли докази треба да буду уверљиви ("convincing"), претежни ("preponderant"), "надмоћни" или ван разумне сумње ("beyond a reasonable doubt") да би вили довољни? Суд никада није изнео који је овде релевантан стандард доказивања.⁵³⁴

И нешто касније такође изнео сличну „забринутост“

„Још један пример дискутабилног процеса установљавања чињеница, који је дат у контексту овог случаја, налази се у параграфу 71 пресуде. Овде су САФ поткрепљивале своју тврдњу да је Иран поставио mine на које је налетео USS Samuel B. Roberts, са доказом да „откриће усидрених мина у истом подручју, које носе исте серијске бродове као и друге иранске мине, посебно оне које су нађене на /иранском/ броду Iran Ajr", који је био под присмотром док је постављао мине и касније САД одузеле. Суд оцењује доказну вредност ових доказа на следећи начин: "ови докази су веома сугестивни, али нису уверљиви". Поред чињенице да се стандард доказивања изненада променио, без објашњења, од „довољног“ на „уверљив“, можемо поставити питање зашто докази који су за Суд „веома сугестивни“ нису и довољни чак и у контексту овог случаја..⁵³⁵

704. Појам „довољности доказа“ је концепт који је довољно разумљив да не мора посебно да буде образлаган пресудом Суда, и не указује на конкретан стандард доказивања, већ се користи да означи да ли је стандард који суд треба да примени у конкретном случају постигнут.

705. Последња реченица из цитираног дела издвојеног мишљења судије Бургентала чини се да открива суштинско неслагање са примењеним стандардом доказивања.

706. Аргументацију коју су у овом предмету изложили судије Бургентал и Хигинс, и поред тога што смо их изложили критици, указују на извесне концептуалне разлике које вуку своје корене из перманентног сукоба англоамеричког и европскоконтиненталног приступа питањима која се везују за утврђивање чињеница, сукоба који се користи и онда када је готово очигледно да се значај становишта већине судија жели умањити разматрањима која могу да

⁵³⁴ Separate Opinion of Judge Buergenthal, op.cit, пара. 41

⁵³⁵ Separate Opinion of Judge Buergenthal, op.cit., пара. 44

буду прилично примамљива и уверљива уколико се сагледају кроз призму само једног страног правног система (за међународно право англоамеричко доказно право је страно право).

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)

707. Случај *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* је предмет у коме се суд суочио са потребом да се бави веома сложеним чињеничним питањима. Анализом пресуде Суда да се закључити да се Суд, приликом оцене доказа руководио стандардом /уверљивог доказа/, „convincing evidence.”⁵³⁶

708. Тако је, примера ради, у параграфу 91 Пресуде Суд закључио:

Суд није дошао ни до каквих /чињеничних/ налаза у погледу одговорности сваке од странака за било каква кршења Споразума из Лукасе (Lusaka Agreement). Он ограничава себе на констатацију да није примио /да му нису предочени/ *уверљиви докази* да су снаге Уганде биле присутне у Mobenzene, Bururu, Bomongo and Moboza у периоду који је био обухваћен разматрањем Суда у силу давања одговора на коначне захтеве Демократске Републике Конго.”⁵³⁷

709. Остављајући за каснију расправу питање доказне снаге извештаја на које се ослањао приликом утврђивања релевантних чињеница, овде ћемо се изнети резонавање Суда које би могло да помогне приликом артикулације

⁵³⁶ “The Court makes no findings as to the responsibility of each of the Parties for any violations of the Lusaka Agreement. It confines itself to stating that it has not received convincing evidence that Ugandan forces were present at Mobenzene, Bururu, Bomongo and Moboza in the period under consideration by the Court for purposes of responding to the final submissions of the DRC.” *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para 91.

⁵³⁷ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para 91.

захтеваног стандарда докаивања. Добра ослонац представља резоновање Суда у параграфима 136 и 137 пресуде у којима стоји следеће:

Уганда се позвала на извесна документа које је Конго поднео у прилогу свог Reply-а. Међутим, Суд не налази да ови докази имау тежину и да су уверљиви. Они се састоје од мноштва новинских извештаја различите поузданости, који не иду даље од тога да се само наводи да су примљени непотврђени извештаји да је Судан вршио снабдевање војном опремом ваздушним путем области Juba и Dungu. Суд стога није нашао да такви медијски извештаји имају доказну снагу, као што је *IRIN update* за период од 12. до 14. септембра 1998, for 12 to 14 September 1998, у којима се наводи да се *Hutu* побуњеници обучавају у јужном Судану, и на *IRIN update* за 16. септембар 1998, у коме се каже да „побуњеници тврд да Судан помаже Кабалу у Kindu-у”. Суд се није ослонио ни на тврдњу (која не садржи податке о њеном даваоцу и извору) да је председник Кабила тајно посетио Khartoum 25. августа 1998 нити на извод из књиге г. Bemba *Le choix de la liberté* у којој се наводи да је 108 суданских војника били у Демократској републици Конго, под командом армије Конга, да би бранили област око Gbadolite-а. Нити је Суд био у могућности да се увери да су извесна интерна војна обавештајна документа, која су поднесена са закашњењем, а у којима није наведено на који су начин пробављена (на пример, Revelations of Commander Junju Juma (бивши командант ADF-а) од 17 Маја 2000, недатирани Revelations by Issa Twatera (бивши командант у ADF-а)).⁵³⁸

⁵³⁸ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para 136-137*

210. The Court finds that there is *convincing evidence* of the training in UPDF training camps of child soldiers and of the UPDF's failure to prevent the recruitment of child soldiers in areas under its control. The Fifth report of the Secretary-General on MONUC (doc. S/2000/1156 of 6 December 2000, para. 75) refers to the confirmed "cross-border deportation of recruited Congolese children from the Bunia, Beni and Butembo region to Uganda". The Eleventh report of the Secretary-General on MONUC (doc. S/2002/621 of 5 June 2002, para. 47) points out that the local UPDF authorities in and around Bunia in Ituri district "have failed to prevent the fresh recruitment or re-recruitment of children" as child soldiers. MONUC's special report on the events in Ituri, January 2002-December 2003 (doc. S/2004/573 of 16 July 2004, para. 148) refers to several incidents where Congolese children were transferred to UPDF training camps for military training.

710. Случај *Armed Activities* чини се да пружа основа закључку да се у новијој јуриспруденцији кристализује стандард /уверљивог/ „convincing evidence” као општи стандард доказивања.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)

711. Пресуда коју је Суд донео 26 фебруара 2007 године, након дуготрајног поступка и обимом доказног материјала која је без преседана у историји међудржавног решавања спрова, покреће низ питања у вези са утврђивањем чињеница релевантних ради решавања спора. Како због сложености чињеничне проблематике, тако и због врсте доказа који су изнети пред Суд, у њој је доста простора посвећено питању терета доказивања, стандарда доказивања и оцене доказа.

712. Расправа у вези са стандардом доказивања заснивала се, пре свега, на разматрањима везаним за природу предмета спора и природу поступка. Екстензивну аргументацију странака Суд је сумирао на следећи начин:

211. Having examined the case file, the Court considers that it has credible evidence sufficient to conclude that the UPDF troops committed acts of killing, torture and other forms of inhumane treatment of the civilian population, destroyed villages and civilian buildings, failed to distinguish between civilian and military targets and to protect the civilian population in fighting with other combatants, incited ethnic conflict and took no steps to put an end to such conflicts, was involved in the training of child soldiers, and did not take measures to ensure respect for human rights and international humanitarian law in the occupied territories.

212. With regard to the claim by the DRC that Uganda carried out a deliberate policy of terror, confirmed in its view by the almost total impunity of the soldiers and officers responsible for the alleged atrocities committed on the territory of the DRC, the Court, in the absence of specific evidence supporting this claim, does not consider that this allegation has been proven. The Court, however, wishes to stress that the civil war and foreign military intervention in the DRC created a general atmosphere of terror pervading the lives of the Congolese people.

713. Странке ... неслажу по питању стандарда доказивања. Тужилац, наглашавајући да није реч о ствари која је кривичноправне природе, износи да је захтевани стандард стандард баланса доказа или баланса пробабилитета, будући да је реч о повреди уговорне обавезе. Према туженој држави, поступак „се тиче најозбиљнијих питања одговорности државе и ... да оптужбе тако изузетне тежине против државе захтевају одговарајући степен извесности.. Докази треба да буду такви да не остављају простора за разумну сумњу.”⁵³⁹

714. С обзиром на посредну природу случаја (*circumstantial case*) Босни и Херцеговини би био у интересу нижи стандард доказивања од оног који је Суд редовно примењивао у предметима у којима се износе «изузетно тешке оптужбе». Међутим, очигледно је да је аргументација државе тужиоца била у доброј мери ослоњена на англо-америчку концепцију стандарда доказивања. Са друге стране становиште Србије и Црне Горе је засновано на јуриспруденцији трибунала, посебно на резонувању Суда у предмету *Corfu Channel*.

715. Суд је стандард доказивања који треба да се примени у конкретном случају дефинисао на следећи начи:

Суд је одавно прихватио да захтев против државе који укључује оптужбе изузетне тежине мора да буде доказан доказима који су потпуно уверљиви /fully conclusive/ (cf. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 17). Суд захтева да буде *потпуно уверен* /fully convinced/ да су тврдње које се износе у поступку, да је извршен злочин геноцида или други акти који су наведени у члану III /Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида-прим А. Гајић / *јасно установљене*. Исти стандард се примењује и у погледу доказа о приписивању таквих аката.

У погледу захтева тужиоца да је тужена странка повредила своју обавезу да спречи и казни и изручи особе који су оптужени за геноцид, Суд захтева доказ

⁵³⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, para. 208.

високог степена извесности који је примерен озбиљности тврдње /proof at a high level of certainty appropriate to the seriousness of the allegation./⁵⁴⁰

716. На приви поглед, резоновање Суда може да послужи као основ закључку да ове дикте Суда подупиру тезу о варијабилном стандарду доказивања. Међутим, употребљени изрази чини се да пре говоре о јединственом стандарду него о два различита стандарда доказивања. На ово указује не само разматрање општег становишта Суда, већ и изрази које је Суд користио приликом образлагања конкретних чињеничних закључака на којима је засновао своју пресуду⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ The Court will also consider the facts alleged in the light of the question whether there is persuasive and consistent evidence for a pattern of atrocities, as alleged by the Applicant, which would constitute evidence of *dolus specialis* on the part of the Respondent. Параграф 242.

⁵⁴¹ “ The Court thus finds that it has been established by conclusive evidence that massive killings of members of the protected group occurred and that therefore the requirements of the material element, as defined by Article II (a) of the Convention, are fulfilled.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, para. 276.)

The Court is however not convinced, on the basis of the evidence before it, that it has been conclusively established that the massive killings of members of the protected group were committed with the specific intent (*dolus specialis*) on the part of the perpetrators to destroy, in whole or in part, the group as such. (Ibidem, para. 277)

Having carefully examined the evidence presented before it, and taken note of that presented to the ICTY, the Court considers that it has been established by fully conclusive evidence that members of the protected group were systematically victims of massive mistreatment, beatings, rape and torture causing serious bodily and mental harm, during the conflict and, in particular, in the detention camps. The Court finds, however, on the basis of the evidence before it, that it has not been conclusively established that those atrocities, although they too may amount to war crimes and crimes against humanity, were committed with the specific intent (*dolus specialis*) to destroy the protected group, in whole or in part, required for a finding that genocide has been perpetrated (Ibidem, 319)

The Court considers that there is persuasive and conclusive evidence that deportations and expulsions of members of the protected group occurred in Bosnia and Herzegovina. ... the Court cannot find, on the basis of the evidence presented to it, that it is conclusively established that such deportations and expulsions were accompanied by the intent to destroy the protected group in whole or in part (see paragraph 190 above). (ibidem, para. 334)

717. Наиме, употребљени изрази „fully conclusive” “fully convinced” и „clearly established”, и израз „proof at a high level of certainty” након ближе анализе њиховог значења откривају да је реч о јединственом стандарду –“conclusive” или “convincing evidence” - који је ако не истоветан онда веома близак стандарду „ван разумне сумње“ који је Суд применио, на пример, у предмету *Corfy Channel*. Наиме, уверени смо да “потпуно уверљив” и “јасно утврђен“ доказ, подразумева доказ високог степена извесности, а такав доказ може постојати само уколико је искључена свака разумна сумња. Овај закључак поткрепљује следеће резонавање Суда:

„... једини задатак Суда је да установи правну одговорност тужене државе, одговорност у погледу које се тражи испуњење веома специфичних услова. Уколико један од тих услова није испуњен, због тога што није установљено ван сваке сумње /beyond any doubt/ у расправи између странака да ли су власти Савезне Републике Југославије снабдевале – и наставиле да снабдевају – лидере Војске Републике Српске који су одлучили и спровели ове акте

“In light of the foregoing, the Court considers that there is conclusive evidence of the deliberate destruction of the historical, cultural and religious heritage of the protected group during the period in question.” (ibidem, para. 344)

In the light of its review of the factual evidence before it of the atrocities committed in Bosnia and Herzegovina in 1991-1995, the Court has concluded that, save for the events of July 1995 at Srebrenica, the necessary intent required to constitute genocide has not been conclusively shown in relation to each specific incident.(Ibidem, para. 370)

The Court notes first that no evidence has been presented that either General Mladic’ or any of the other officers whose affairs were handled by the 30th Personnel Centre were, according to the internal law of the Respondent, officers of the army of the Respondent — a de jure organ of the Respondent. Nor has it been conclusively established that General Mladic’ was one of those officers; and even on the basis that he might have been, the Court does not consider that he would, for that reason alone, have to be treated as an organ of the FRY for the purposes of the application of the rules of State responsibility. There is no doubt that the FRY was providing substantial support, inter alia, financial support, to the Republika Srpska (cf. paragraph 241 above), and that one of the forms that support took was payment of salaries and other benefits to some officers of the VRS, but this did not automatically make them organs of the FRY.(ibidem, 388)

“A point which is clearly decisive in this connection is that it was not conclusively shown that the decision to eliminate physically the adult male population of the Muslim community from Srebrenica was brought to the attention of the Belgrade authorities when it was taken;...”(Ibidem, para 423)

геноцида уз њихову помоћи подршку, у време када су те власти јасно знале да че се извршити геноцид или да је у току његово спровођење; другим речима не само да су масакри непосредно предстојали или је већ започело њихово извршење, већ и да су њихови извршиоци имали посебну намеру која карактерише геноцид, наиме намеру да униште, у целини или делимично, људску групу као такву.⁵⁴²

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)

718. У предмету *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Суд је, такођем применио стандард „уверљивог доказа.“ У релевантном делу пресуде Суд је истакао:

„Суд... ће се сада усресредити на питање дали постоје *уверљиви докази* који омогућавају Суду да утврди да ли су и којој од колонијалних провинција бивше Spanish America приписују спорна острва, имајући у виду чињеницу да у то време ова острва нису имала било какав посебан стратешки, економски или војни значај. Уколико би Суд установио ма које такво приписивање, у завосности од тога под чију административну власт су острва потпадала за време колонијалне владавине, спорна острва би након тога потпала под суверенитет Хондураса или Никарагве 1821, у време када су оне постале независне државе..⁵⁴³

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)

⁵⁴² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, para. 422

⁵⁴³ Judgment of 8 October 2007, para. 159

719. Иако Суд не дефинише општи концепт стандарда доказивања, коришћење израза ради изражавања захтеваног стандарда доказивања је не само индикативно, већ пружа довољан основ за извлачење конкретних закључака. Тако примера ради у предмету *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* „Суд није уверен / *is not convinced*/ у тврдњу Демократске републике Конго да је г. Diallo отпуштен /из притовра/ већ 7. новембра 1995 и да је тек након тога поново ухашен почетком јануара 1996, пре него је поново пуштен на слободу 10. јануара.....“⁵⁴⁴

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)

720. Предмет *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* је још један у низу предмета у коме се поставило, као једно од кључних, питање стандарда доказивања. У образложењу чињеничних закључака Суд је користио темине, „јасан доказ“ и „уверљив доказ“.

„225. Суд налази да, са становишта примењене технологије, и на основу документа које су поднеле странке, посено *IPPC-BAT*, нема доказа који поткрепљују тврдњу Аргентине да је *Orion (Botnia) mill* није у складу да *BAT*-у погледу испуштања отпада за сваку тону произведене пулпе. Овај налаз је поткрепљен и чињеницом да, како је ниже приказано, *нема јасних доказа које је однела Аргентина којима се утврђује да је фабрика Орион (Botnia) није у складу са Статутом из 1975, CARU Digest-ом и прописима који се примењују међу странкама у погледу концентрације ефлуената по литири отпадних вода које се испуштају из постројења и апсолутне количине ефлуената које се могу испутити током једног дана.*

.....

⁵⁴⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment, 30 November 2010., para 58

259. Суд сматра да *нема јасних доказа* који повезују повећање присуства диоксина и фуранса у реци са радом посторојења Орион (Botnia).

.....⁵⁴⁵

265.Из горње расправе произилази да *нема уверљивих доказа /there is no conclusive evidence/* у спису предмета који би показали да Уругвај није поступао са потребним степеном пажње или да је испуштао отпадне воде из постројења Orion (Botnia) које су имале штетан ефекат или проузроковале нарушавање животне средине или квалитета воде или еколошки баланс реке будући да је отпочела са радом у новембру 2007. Сходно томе, на основу доказа који су му предочени, Суд закључује да Уругвај није прекршио своје обавезе из члана 41 /Статута реке Уругвај из 1975.-прим А Гајић./

721. У заједничком издвојеном мишљењу судија Al-Khasawneh и судија Simma, поставили су питање стандарда доказивања. Двојица судија су заговарали становиште о варијабилном стандарду доказивања.

„Прво, слажем се са оним што је Суд рекао о терету доказивања, и мислим да је такође значајно да се посвети пажња стандарду доказивања, односно, шта странка мора то да учини како би испунила терет доказивања када је на њој тај терет. Међународни судови и трибунали су избегавали разликовање између кривичних и грађанских стандарда доказивања које познаје common law (који захтевају доказ ван разумне сумње у кривичним стварима и доказ само претежног доказа у грађанским стварима). Суд је, ипак, указао у случају *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, pp. 129-130, paras. 208-210) да оптужбе за понашања која су тако тешка као што су оне за геноцид захтевају „доказ

⁵⁴⁵ Пара 262.... „The Court has not, however, found sufficient evidence to conclude that Uruguay breached its obligation to preserve the aquatic environment including the protection of its fauna and flora. The record rather shows that a clear relationship has not been established between the discharges from the Orion (Botnia) mill and the malformations of rotifers, or the dioxin found in the sábalo fish or the loss of fat by clams reported in the findings of the Argentine River Uruguay Environmental Surveillance (URES) programme.“

високог нивоа извесности који је примерен озбиљности оптужби” (para. 210). Ово имлицира да је исказ да је прихватљив нижи стандард доказивања случајевима када се износе другачине, мање тешке, тврдње.

Чиним ми се да овај случај спада у категорију оних случајева који захтевају нижи стандард доказивања. Док су тврдње да је држава повредила обавезе заштите животне средине из уговора који се тиче заједничког водотока несумљиво озбиљне, оне нису исте природе као и тврдње које су изнете у случају *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Шавише, природа спорова у вези са заштитом животне средине је тава да примена вишег стандарда доказивања би могао да има такав ефекат да да учини немогућим за државу да поднесе свој стандард доказивања. Према томе, верујем да се оф Аргентине захтевало да установи чињенице у погледу којих је изнела тврдње само на основу претежног доказа /balance of probabilities/. Међутим, ја се слажем да она то није учинила.

Како се јасно да закључити из горе наведених делова пресуде, Суд није применио стандард претежног доказа, већ виши стандард, инсиситирајући да докази треба да буду «јасни» и «уверљиви». Како би избегли непотребна понављања о критици становишта судија Al-Khasawneh-а и Simma-е касније ће бити више речи.

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)

722. Последња пресуда коју је донео Суд, а која је релевантна за нашу студију, је пресуда донесена 05 децембра 2011 у предмету *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*.

723. Из образложења чињничних закључака произилази да је Суд приликом оцене доказа примењивао стандард јасног или уверљивог доказа. (clar evidence, convincing evidence).⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ Moreover, the Court cannot accept that the Respondent’s statements regarding the admission of the Applicant were not objections, but were merely observations aimed at calling the attention of other

724. Суд је у наведеној пресуди у неколицини својих разматрања указао да је захтевани стандард доказивања „convincing evidence.” Примера ради, у параграфу 142 Суд је истакао:

“Суд налази да тврдње на које се ослања тужена држава нису повезани са текстом члана 6 (2), који се тиче само тужиоћевог тумачења Устава. Тужена држава није презентовала *уверљиве доказе* који би сугерисали да је тужилац тумачио свој устав на начин који му обезбеђује право да се меша у унутрашње послове тужене државе у име особа који нису држављани тужиоца. Суд стога не миже да закључи да је тужилац повредио члан 6(2) пре самита у Букурешту.

Или у параграфу 147 истакао је да

«Тужена држава није демонстрирала на *уверљив начин (has not demonstrated convincingly)* да је тужилац пропустио да „обесхрабри“ акте

NATO member States to concerns about the Applicant’s eligibility to join NATO. The record *makes abundantly clear* that the Respondent went beyond such observations to oppose the Applicant’s admission to NATO on the ground that the difference over the name had not been resolved. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment, 05. December 2012, para. 82

100. The Court also refers to evidence of the Parties’ practice in respect of NATO prior to the Bucharest Summit. For several years leading up to the Bucharest Summit, the Applicant consistently used its constitutional name in its dealings with NATO, as a participant in the NATO Partnership for Peace and the NATO Membership Action Plan. Despite the Applicant’s practice of using its constitutional name in its dealings with NATO, as it did in all other organizations, there is no evidence that the Respondent, in the period leading up to the Bucharest Summit, ever expressed concerns about the Applicant’s use of the constitutional name in its dealings with NATO or that the Respondent indicated that it would object to the Applicant’s admission to NATO based on the Applicant’s past or future use of its constitutional name. Instead, as detailed above, the *evidence makes clear* that the Respondent objected to the Applicant’s admission to NATO in view of the failure to reach a final settlement of the difference over the name. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment, 05. December 2011, para. 100

приватних ентитета који би могли да иницирају насиље, мержњу и непријатељство у односу на тжену државу.»⁵⁴⁷

725. Изгледа да је и једно од фундаменталних питања које се често поставља у доктрини и јуриспруденцији, стандард доказивања неопходан ради доказивања да је држава није испунила своју обавезу да поступа у доброј вери, нашло свој дефинитивни одговор у право у овој пресуди, инсиситирањем на стандарду „јасоф и уверљивог доказа“ / „*clear and convincing evidence*“ /

726. Суд је резоновео на следећи начин:

Суд примећује да је значење преговора за сврху решавања споеа, или обавеза да се преговара, појашњена кроз јуриспруденцију Суда и његовог претходника, ако и арбитражним одлукама. Како је истакао Стални суд међународне правде још 1931 у случају *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, обавеза да се преговара обухвата пре свега „не само да се уђе у преговоре, већ да и да се воде колико је могуће, ради закључења споразума”. без сумње, то не подразумева постојање „обавезе да се постигне споразум.“ (*Railway Traffic between Lithuania and Poland, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 42, p. 116*; види такође *Pulp Mills on the River Uruguay*

⁵⁴⁷ “Based on its review of the Parties’ arguments and the extensive documentation submitted in relation to these allegations, the Court finds that the evidence cannot sustain a finding that the Applicant committed a breach of Article 7, paragraph 1, prior to the Bucharest Summit. The textbook content described above does not provide a basis to conclude that the Applicant has failed to prohibit “hostile activities or propaganda”. Furthermore, the Respondent has not demonstrated convincingly that the Applicant failed “to discourage” acts by private entities likely to incite violence, hatred or hostility towards the Respondent. The Applicant’s assertion that it took prompt action in response to the March 2008 billboards was not challenged by the Respondent, and the evidence shows that, at a minimum, the Applicant issued a statement seeking to distance itself from the billboards. The Court notes the obligation to protect the premises of the diplomatic mission and to protect any disturbance of the peace or impairment of its dignity contained in Article 22 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, and observes that any incident in which there is damage to diplomatic property is to be regretted. Nonetheless, such incidents do not *ipso facto* demonstrate a breach by the Applicant of its obligation under Article 7, paragraph 1, “to discourage” certain acts by private entities. Moreover, the Applicant introduced evidence demonstrating its efforts to provide adequate protection to the Respondent’s diplomatic staff and premises.” *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment, 05. December 2012, para. 147

(*Argentina v. Uruguay*), *Judgment of 20 April 2010*, para. 150), или да се нужно морају водити дуги преговори (*Mavrommatis Palestine Concessions*, *Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 13). Међутим, државе се морају понашати тако да „преговори буду смислени.“ Овај захтев није испуњен, на пример, када једна од странака „инсистира на својој позицији без разматрања могућности да је измени“ (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 47, para. 85; see also *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment of 20 April 2010*, para. 146) или када врше опстукцију преговора, на пример, тако што прекидају комуникацију или проузрокују одлагања на неприхватљив начин или занемарују договорене процедуре (*Lake Lanoux Arbitration (Spain/France) (1957)*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XII , p. 307). Преговори који се воде ради постизања споразума такође имплицирају да странка треба да у разумној мери обратe пажњу на интересе друге странке (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 33, para. 78). У погледу доказа који се захтева ради утврђивања постојања лоше вере (bad faith)... „нешто више мора да се догоди од пропасти конкретних преговора. (*Arbitration on the Tacna-Arica question (Chile/Peru) (1925)*, *RIAA, Vol. II* , p. 930). Могло би се доказати посредним доказима али они морају да буду поткрепљени „не дискитабилним инференцијама већ јасним и уверљивим доказима / clear and convincing evidence/ који наводе на такав закључак“ (ibid.).⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, *Judgment*, 05. December 2012, para. 132

2.2.4. ЗАКЉУЧАК – СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА /ЈАСАН И УВЕРЉИВ ДОКАЗ/ ЈЕДИНСТВЕН ИЛИ ВАРИЈАБИЛАН СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА

727. У горе изнетим разматрањима настојали смо, у мери у којој смо сматрали за потребно, да илуструјемо који заправо стандард доказивања Суд примењује приликом утврђивања чињеница, и да их пропратимо, тамо где смо сматрали за потребно, нашим коментарима. Наведени примери дају основа закључку да се у скорашњој јуриспруденцији искристалисао стандард „јасног и уверљивог“ доказа („*clear and convincing evidence*“), одн. стандард уверљивог доказа,⁵⁴⁹ као стандард доказивања који се примњује без обзира на природу спора. У даљој расправи о стандарду доказивања настојаћемо да не понављамо оно што смо већ изнели у претходном тексту.

728. Уверљив доказ је доказ високог степена извесности у основаност чињеничне тврдње. Поставља се питање да ли се овај стандард може поистоветити са стандардом „ван разумне сумње.“ Извесно је да уколико постоји разума сумња у основаност чињеничне тврдње, таква тврдња није довољно уверљива (иако може бити веома сугестивна), те Суд не може на таквој чињеници да заснује своју одлуку. Међутим, док сам израз „ван разумне сумње“ сугерише да се акценат ставља на квалитет сумње, код стандарда „јасног и уверљивог доказа“ тежиште расправе се помера на питање квалитета уверења.

729. Мишљења о томе да ли Суд примењује /или треба да примењује/ јединствен стандард доказивања, или варијабилан стандард доказивања (у зависности од природе и предмета спора) добија различите одговоре у доктрини међународног права, док се Суд о овом питању до данас није *изричито* изјаснио.

730. Поједини аутори класификују врсте спорова с обзиром на захтевани стандард доказивања истичући да се примењује различит стандард приликом

⁵⁴⁹ Да би доказ могао да се сматра уверљивим, он по природи ствари мора да буде јасан. Уколико чињенична ситуација није јасна, односно уколико постоји неизвесност у погледу основаности чињеничне тврдње, таква тврдња се по природи ствари не може сматрати уверљивом, и на таквом „чињеничном стању“ Суд не би могао да заснује своју одлуку.

одлучивања у територијалним и граничним споровима, споровима који се тичу одговорности државе, и спорова у којима се износе веома тешке оптужбе на рачун државе,⁵⁵⁰ уз опаску, како истичу Riddel и Plant, да „изгледа да пракса /Суда/ следи европскоконтинентално право по томе што не изражава посебан стандард, и стога је у могућности да прилагоди ниво доказа за установљавање чињеница у сваком конкретном случају.“⁵⁵¹

731. Јуриспруденција Суда не пружа довољно основа за закључак да Суд примењује варијабилни стандард доказивања и да га „прилагођава“ околностима конкретног случаја. Чињеница да Суд по правилу не износи дефиницију стандарда доказивања на начин који је својствен земљама англоамеричке правне традиције, као и да се често служи различитим описима ради указивања на захтевани стандард одлазивања, не даје довољно основ за закључак да Суд примењује варијабилни стандард доказивања. Посебно, не може се тврдити да је варијабилан стандард доказивања приликом одлучивања у меритуму својствен европскоконтиненталном правном систему. Како смо претходно напоменули, и у грађанским и у кривичним стварима у земљама европскоконтиненталне правне традиције се не примењује варијабилни стандард доказивања приликом одлучивања у меритуму, већ јединствени стандард *уверљивог доказа*.

732. Аутори који износе тврдњу да Суд примењује варијабилни стандард доказивања, не поткрепљују је примерима из праксе већ своју тезу заснивају на, у основи, шпекулативној аргументацији, и чињеници да стандард доказивања није претходно дефинисан на начин који је уобичајен у земљама англоамеричке правне традиције. Поједини аутори иду и даље, износећи тврдњу о „недефинисаном“ стандарду доказивања. Примера ради, Halinik је следећег становишта:

⁵⁵⁰ Riddel, Plant, *op.cit.* стр. 132-137. Сличан закључак износи и Teitelbaum (R. Teitelbaum, *op. cit.*, р. 124).

⁵⁵¹ *Ibidem*, стр. 136. На сличан начин резонују и Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals*, 1996, стр. 384., Simone Halinik: *All things Considered: How the International Court of Justice Delegated its Fact-Assessment to the United Nations in the Armed Activities case*, *International Law and Politics*, Vol. 40, 2008., стр. 24

„Укратко, основна документа Суда не указују како ће Суд одмеравати доказе и који стандард доказивања странке треба да задовоље ради установљавања својих захтева. Прецеденти Суда сугеришу веома отворен, дискрециони доказни оквир. Ова дискреција је проблематична у случајевима пред Судом, и даје странкама мало смерница у процесу оцене доказа што резултира неефикасним поступцима. Због тога што обично није јасно који стандард Суд примењује, тешко је странкама да изађу у сусрет чињеничним закључцима Суда и правним последицама које се на њима темеље. То оставља простора за несигурне правне закључке.“⁵⁵²

733. Иако ни Статут ни Правилник не дефинишу захтевани стандард доказивања, не може се из тога извући закључак да странке немају довољно смерница којима могу да се руководе приликом изношења и поткрепљивања својих теза, нити да је потпуно нејасно који стандард доказивања Суд примењује. Како показује готово јединствена пракса Суда, стандард доказивања је расветљен у довољној мери, и пређашња пракса пружа довољно смерница не само у погледу примене захтеваног стандарда доказивања, већ и о начину на који Суд приступа оцени конкретних доказа. Међутим, поједини аутори, чини се, да са недовољно пажње разматрају оне одломке пресуда Суда у којима се, како смо горе видели, стандард доказивања одређује на јасан начин, односно чини извесним да ће Суд, приликом оцене доказа примењивати стандард „уверљивог доказа,“ односно да је потребно да спорна тврдња буде тако доказана да код Суда ствара „висок степен извесности“ у погледу основаности чињеничне тврдње. Другим речима, неће бити довољно да је основаност чињеничне тврдње само вероватна или веома суестивна, или чак да је вероватније постојање неке чињенице од њеног непостојања, већ се од Суда који решава међудржавне спорове захтева да буде потпуно уверен, да јасно установи чињенице на којима темељи своју одлуку о захтевима странака.

734. Повод за расправу о томе да ли Суд примењује варијабилни стандард доказивања, нашао се и у резонувању Суда у предметима *Corfy Channel* и *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* у којима је Суд

⁵⁵² Simone Halinik, op.cit.,стр. 25-26. Vidi i Teitelbaum, op.cit.,стр. 124.

захтевани стандард доказивања коментарисао у контексту тежину оптужби (односно тврдњи странака). Међутим, након ближе анализе, тезе о варијабилном стандарду доказивања на основу ових разматра се показују као неосноване. Наиме, у предмету *Corfu Channel* Суд је, како смо горе опшитније навели, разматрајући исказ једног сведока закључио:

„The statements attributed by the witness Kovačić to third parties, of which the Court has received no personal and direct confirmation, can be regarded only as *allegations falling short of conclusive evidence*. A charge of such exceptional gravity against a State would require *a degree of certainty that has not been reached here*.⁵⁵³”

735. Из наведеног резоновања Суда је јансо да је степен извесности који је био потребан да се постигне у конкретном случају оличен у стандарду „conclusive evidence,“ стандарду који је Суд применио и у случајевима који су били другачији по својој природи, примера ради, приликом утврђивања чињеница приликом решавања територијалних и граничних спорова.⁵⁵⁴

736. Наведено резоновање Суда у предмету *Corfu Channel*, је суштински идентично резоновању из предмета *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*:

Суд је одавно прихватио да захтев против државе који укључује оптужбе изузетне тежине морају да буду доказани доказима који су потпуно уверљиви/ *fully conclusive*/ (cf. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 17). Суд захтева да буде потпуно уверен да тврдње коеј се

⁵⁵³ *The Corfu Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949*, стр. 16-17. Ради обарања тврдње Југословенска влада је овластила Албанију да поднесе извесна документа, међутим Суд није имао потребе да се изјашњава о њиховој доканој вредности. Види: *Ibidem*, стр. 17

⁵⁵⁴ *Case Concerning The Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962*, стр. 21, *Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/Netherlands) Judgment of 20 June 1959, ICJ Reports 1959*, стр. 222, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment of 8 October 2007, para. 159*,

износе у поступку, да је извршен злочин геноцида и други акти наведени у члану III, буду јасно установљене. Исти стандард се примењује ради приписивања таквих аката.

...

У погледу захтева тужиоца да је тужена држава повредила своје обавезе спречавања геноцида и кажњавања и екстрадиције лица која су оптужена за геноцид, Суд захтева доказ високог нивоа извесности који је примерен озбиљности таквих тврдњи.⁵⁵⁵

737. Резоновање Суда, ако се концентришемо искључиво на језичку формулације, даје основа различитим разматрањима. Међутим, употребљене формулације су пре одраз настојања да се појасни примена захтеваног стандарда у конкретном случају, и да се одговори на тврдње једне од странака у погледу захтеваног стандарда доказивања, посебно, да ли у конкретном случају треба применити стандард „претежне вероватноће.“ Начин на који је Суд дефинисао стандард доказивања у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* се суштински не разликује од стандарда јасног и уверљивог доказа који је навођен као захтевани стандард доказивања у другим предметима.⁵⁵⁶ Доказ „високог нивоа извесности“ можемо са сигурношћу да

⁵⁵⁵ The Court will also consider the facts alleged in the light of the question whether there is persuasive and consistent evidence for a pattern of atrocities, as alleged by the Applicant, which would constitute evidence of *dolus specialis* on the part of the Respondent. Параграф 242.

⁵⁵⁶ У издвојеном мишљењу судија Al-Khasawneh-а и Simma-е у предмету *Pulp Mills*, заговарали су тезу о варијабилном стандарду доказивања.

„25. First, while I agree with what the Court has said about the burden of proof, I think it is also important to have regard to the standard of proof, i.e., what a party must do in order to discharge the burden of proof when that burden rests upon it. International courts and tribunals have avoided the distinction between criminal and civil standards of proof familiar to common law (which requires proof beyond reasonable doubt in criminal cases and proof only on a balance of probabilities in civil cases). The Court has, however, indicated in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp. 129-130, paras. 208-210) that charges of conduct as grave as genocide require “proof at a high level of

поистоветимо да „јасним и уверљивим доказом“ који је примерен не само у случајевима у којима се износе тешке оптужбе, већ, како показује пракса Суда, у свим случајевима решавања међудржавних спорова. У предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, како смо горе објаснили, иако је стандарде доказивања за различите тврдње образложио на различите начине, приликом образлагања оцене конкретних доказа и конкретних чињеничних налаза, Суд се користио изразима који јасно указују да је применио јединствен стандард доказивања-стандард уверљивог доказа.

738. Чак и у предметима у којима постоји недостатак доказа, односно које Суд не може да реши само систематском применом правила о расподели терета доказивања, Суд не заснива своју одлуку на чињеницама које установљава примењујући нижи стандард доказивања, већ из предочених доказа извучи закључке о чињеницама које му се чине једино разумним с обзиром на околности конкретног случаја.⁵⁵⁷ Наиме, будући да Суд није овлашћен да одбије да решава меритум спора због тога што нема доказа који би у потпуности расветлили спорно чињенично стање, у ситуацији у којој ни странке ни Суд немају могућности да прибављају нове доказе, а одбијање захтева једне странке не доводи аутоматски до усвајања захтева друге странке (ситуација која је постојала у горе изнесеном случају *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*) Суд стиче потребан степен уверења из расположивих доказа, не ослањајући се на стандард претежног доказа, већ

certainty appropriate to the seriousness of the allegation” (para. 210). It is implicit in that statement that a lower standard of proof is acceptable in the case of other, less grave, allegations.

26. The present case seems to me to fall squarely within the category of cases which calls for a lower standard of proof. While allegations that a State has violated environmental obligations under a treaty concerning a shared watercourse are undoubtedly serious, they are not of the same character as the allegations in the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case. Moreover, the nature of environmental disputes is such that the application of the higher standard of proof would have the effect of making it all but impossible for a State to discharge the burden of proof. Accordingly, I believe that Argentina was required to establish the facts which it asserted only on the balance of probabilities (sometimes described as the balance of the evidence). I agree, however, that it has not done so.“

⁵⁵⁷ Илустративан је пример *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*

доказа који у контексту других доказа и тврдњи и аргументације странака код Суда ствара уверење у погледу постојања/непостојања спорне чињенице.

739. Примена варијабилног стандарда доказивања (стандарда доказивања који би зависио од природе спора или других околности) би довела до неједнаког положаја држава пред Судом у различитим поступцима. Начело суверене једнакости држава, примењено у сфери судског начина решавања спорова пред сталном судском институцијом какав је Међународни суд правде, не односи се само на странке у конкретном предмету, већ на све потенцијалне странке (државе). Другим речима Суд је дужан да се на једнак начин опходи према странкама и да на исти начин третира њихове чињеничне и правне тврдње без обзира на врсту или природу спора. Другим речима, начело суверене једнакости представља још једну брану примени варијабилног стандарда доказивања.

740. Судије Al-Khasawneh и Simma, у свом заједничком издвојеном мишљењу у предмету *Pulp Mills on the River Uruguay* заговарали су примену нижег стандарда доказивања у споровима који се тичу заштите животне средине, образлажући овај став приордом захтева (који није исти као у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*), као и на тези да с обзиром на природу спора висок стандард доказивања би онемогућио државу да поднесе свој терет доказивања.⁵⁵⁸

741. Al-Khasawneh и Simma, међутим, нису уверљиво образложили у чему се састоји спречиљивост спорова у вези са заштитом животне средине која би захтевали примену нижег стандарда доказивања (стандарда претежног доказа).

⁵⁵⁸ 26. The present case seems to me to fall squarely within the category of cases which calls for a lower standard of proof. While allegations that a State has violated environmental obligations under a treaty concerning a shared watercourse are undoubtedly serious, they are not of the same character as the allegations in the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* case. Moreover, the nature of environmental disputes is such that the application of the higher standard of proof would have the effect of making it all but impossible for a State to discharge the burden of proof. Accordingly, I believe that Argentina was required to establish the facts which it asserted only on the balance of probabilities (sometimes described as the balance of the evidence). I agree, however, that it has not done so.“ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010.

Иако се по својој природи различити спорови у којима се износи тврдња да је учињен геноцид и спорови у којима се износи тврдња да је тужена држава поступала супротно својим обавезама заштите животне средине, као и у другим „врстама спорова“ странке и Суд се могу суочити са тешкоћама које се везују за доступност доказа или могућошћу доказивања спорних чињеница. Иако се озбиљност или тежина оптужби тешко може поредити, будући да припадају потпуно различитим гранама међународног права, не може се спорити да су оптужбе (или тврдње) да држава није испунила своје обавезе из домена заштите животне средине таквог степена озбиљности да захтевају примену нижег стандарда доказивања. Поред тога, за разлику од геноцида који је „злочин над злочинима“, може се говорити и о различитим степенима опасности од повреда обавеза заштите животне средине, што би, ако би следили логику којом иду Khasawneh и Simma довело до тога да озбиљност оптужбе може да детерминише примену одговарајућег стандарда доказивања у споровима исте врсте. Коначно, тешко је прихватљива тврдња о недостижности „високог стандарда доказивања“ у споровима о заштити животне средине, посебно ако имамо у виду техничке могућности не само мерења нивоа загађења (или других облика повреде права животне средине), већ и могућност адекватне процене ризика које могу проузроковати радње или пропусти неке државе.

3. ДИРЕКТНИ ДОКАЗИ И ПОСРЕДНИ ДОКАЗИ, ПРАВНЕ ПРЕСУМПЦИЈЕ И ИНФЕРЕНЦИЈЕ

3.1. НАПОМЕНА О ПОДЕЛИ ДОКАЗА НА ДИРЕКТНЕ И ИНДИРЕКТНЕ (НЕПОСРЕДНЕ И ПОСРЕДНЕ)

742. Подела доказа на директне (непосредне, *direct*) и посредне (индиције, индиректни докази, *circumstantial evidence*) врши се с обзиром на њихов однос према чињеници која је предмет доказивања. Реч је о општој подели доказа (доказних средстава) која је заједничка и међунрондом и унутрашњем праву, и заснова се на логичком разматрању односа доказа и закључка који се из њега изводи о основаности чињеничне тврдње (односно о постојању или непостојању релевантне чињенице). Уколико се из доказа директно (непосредно) изводи знање о о спорној чињеници, такав доказ се сматра директним доказом. Посредни докази су такви докази који не садрже информацију о релевантној чињеници, већ њено постојање чине вероватним или извесним. Закључак о основаности чињеничне тврдње (постојању или непостојању чињенице) до ког се долази оценом посредних доказа назива се инференцијом (*inference*).⁵⁵⁹

743. Често је тешко подвићи јасну линију разграничења између непосредних и посредних доказа. Трива наводи два критеријума разликовања

⁵⁵⁹ „indirect evidence is admitted in all systems of law, and its use is recognized by international decisions. It must be regarded as of special weight when it is based on a series of facts linked together and leading logically to a single conclusion.”*The Corfy Channel Case (Merits)*, Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, стр. 18.

Inter American Court on Human Rights је у предмету *Velasques Rodriguez* истакао „The practice of international and domestic courts shows that direct evidence, whether testimonial or documentary, is not the only type of evidence that may be legitimately considered in reaching a decision. Circumstantial evidence, *indicia* and presumptions may be considered, so long as they lead to conclusions consistent with the facts (IAHR, 1988, Ser. C Decisions and Judgments No. 4, para 130.

посредних и непосредних доказа. Према једном, „доказно средство је непосредно ако пружа обавештање о чињеници која је непосредно релевантна“ а посредно је „ако се односи на чињеницу која непосредно није релевантна, али се из њеног постојања може закључити о постојању непосредно релевантне чињенице.“ Према другом критеријуму, „доказно средство је непосредно само кад само по себи представља непосредно правно релевантну чињеницу (evidentia rei)“ док су „остала доказна средства посрена (media) јер својим садржајем тек пружају суду обавештења за закључивање о постојању одлучних чињеница“⁵⁶⁰

744. Крапац, наводи да је још Glasar „наглашавао да у употреби непосредног доказа до закључка о постојању правно релевантне чињенице долазимо такође путем логичког силогизма, само што је се код њега већа премиса темељи на неком општем правилу људског искуства, које се чини толико нужно и очигледно, које се у свим таквим слушајевима понавља да се процес аргументације у нашој свести изоставља.“⁵⁶¹ Крапац, бавећи се спознајном вредношћу непосредних и посредних доказа, износи да „непосредни докази омогућавају доношење категоричких конклузија, а посредни само хипотетичких.“⁵⁶²

745. Код посредних доказа, уствари, тежиште разматрања није на изведеним доказним средствима (сведочењима, документарним доказима и сл) већ на чињеницама које се уствановљавају из тих доказних средстава. Опет ове чињенице се могу доказивати као непосредним тако и посредним доказима.

746. Подела доказа на непосредне и посредне само с обзиром на њихов однос према чињеници која је предмет доказивања, није од практичне користи уколико није употпуњена с обзиром на елементом доказне вредности, односно спорности одређеног доказног средства (или скупа доказних средстава) да код суда створи уверење о основаности чињеничне тврдње. Чак и уколико неки доказ квалификујемо као директан, то не значи да је он самим тим подесан да код суда створи уверење о основаности чињеничне тврдње о којој је информација у њему непосредно садржана. Другим речима, директан доказ не мора да буде и довољан

⁵⁶⁰ Трива, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1983, стр. 378

⁵⁶¹ Крапац, *Neposredni i posredni dokazi u krivičnom postupku*, Zagreb 1982, стр. 25

⁵⁶² Крапац, стр. 1, 26

за установљивање одређене чињенице, односно иако садржи информацију о спорној чињенице његове особености могу бити такве да код суда не стварају довољан степен уверења у основаност чињеничне тврдње.

747. У докрини међународног права, као и у јуриспруденцији међународних судова и трибунала, нема подробнијих расправа о критеријумима разликовања директних и посредних доказа, већ се тежиште расправе помера ка оцени доказне снаге поједних доказних средстава, као и услова под којима Суд може да донесе закључак о постојању неке чињенице из посредних доказа. Тако је Међународни суд правде у предмету *Corfy Channel Case* критеријум оцене посредних доказа (indirect, circumstantial evidence) образложио на следећи начин:

„... посредни докази су прихватљиви у свим правним системима, и њихово коришћење је признато међународним одлукама. Мора се сматрати да су посредни докази посебне тежине *када су засновани на серији чињеница које су тако међусобно повезане да воде логички једном закључку.*

Суд стога мора да испита да ли је установљено посредством индиректних доказа да је Албанија знала за постављање мина у њеним територијалним водама назовосно до ма каквог њеног учешћа у тој операцији. *Доказ се може извести из инференцијан до којих се долази на основу чињеница, под условом да су оне такве да не остављају простора за разумну сумњу.*⁵⁶³

⁵⁶³ *The Corfy Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949*, стр. 18.

„ .. proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of facts.“ *Ireland v. UK*, 18. Jan 1987. ECHR Irish case / Navedeno prema M. Kazazi, op. cit., p. 266.

3.2. ПРЕСУМПЦИЈЕ И ИНФЕРЕНЦИЈЕ

748. У доктрини међународног правосуђа проблематика пресумпција и инференција се обично посматра у оквиру истог одељка, превасходно због тога што се појам пресумпција сувише често користи у значењу инференција⁵⁶⁴, и још чешће у прилично неодређеном или нејасном значењу.⁵⁶⁵ Чини се да је један од разлога и тај што се међународним уговорима ретко прописују правила која могу да послуже као основ за утврђивање чињеница логиком пресумпција. Поред тога, ни питање пресумпција, иако је у питању општи правни појам, нису заобилазла извесна разматрања која су својсвена англо-америчком сиситему доказног права у коме коначну одлуку о чињеницама не доносе професионалне судије већ лаичка порота, а израз „претпоставка“ често користи у току поступка.

749. Sandifer запажа да се о “пресумпцијама говорило на толико различите начине, и да постоји такав недостатак униформности у околностима њихове примене да се не може говорити ни о једном опште правилу у овој ствари. ”⁵⁶⁶ и износи становиште да је статус пресумпција у међународном правосуђу далеко од решеног те да се ригидна правила о пресумпцијама ретко примењују у међународном правосуђу.⁵⁶⁷ Riddel i Plant заступају тезу да у међународном праву недостају „конкретна и униформна правила о пресумпцијама.“⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ “It is apparent in some instances that the Court of Judge is really speaking of an inference when they speak of a presumption, making it harder to decipher their true meaning.” Riddel-Plant, op.cit.,стр. 112.

⁵⁶⁵ Види на пример: Amerasinghe, Chittharanjan F.:”Presumptions and Inferences in Evidence in International Litigation,” *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol 3, 2004,стр. 395-410, Riddel-Plant, Evidence before International Court of Justice,стр.99-119. Thomas M. Franck and Peter Prows, The Role of Presumptions in International Tribunals, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 4, 2005.

⁵⁶⁶ Sandifer, *Evidence Before International Tribunals*, 1939, стр 98

⁵⁶⁷ Sandifer, *Evidence Before International Tribunals*, 1975, tr.141-142

„the flexibility of international procedure in general and the lack of rigid rules with respect to presumptions in particular has resulted in different approached and opinions with respect to presumptions, which even in munitipal law, and without shortcomings of international procedure, represent one of the complicated and confusing issues of the law of evidence“

750. Како у унутрашњим правним системима тако и у међународном праву питање „пресумпција“ сматра се једним од најсложенијих питања доказног права, и „убраја међу појмове чију је бит одувек било тешко прецизније одредити.“⁵⁶⁹ Како износе Franck i Prows:

„Чак и пред домаћим судовима утврђивање места пресумпција није без концептуалних потешкоћа. Како се изразио један критичар: „Чак и писци са довољно интелигенције да уваже потешкиће о овом питању приступали су тематици пресумпција са осећајем безбнадежности и остављали га са осећајем да ће нестати“ Судија Learned Hand је додао: “Судије су их/пресумпције/ толико закомпликовале да нико на свету не може да каже шта оне стварно значе.“⁵⁷⁰

751. Појам пресумпције је општи правни појам. Међутим, тражити доследост у примени термина „пресумпција“, или заједнички именитељ за све појаве које се означавају изразом „пресумпција“, је благо речено сизифов посао. Како је истакао McKelvey:

„Ни један термин није толико често бивао различито дефинисан. Ми читамо о правним пресумпцијама, чињеничним пресумпцијама, мешовитим пресумпцијама, разорним, благим, конклузивним, конфликтним, јаким и сланим пресумпција, све док се цео предмет не уплете дефиницијама и објашњењима, које остављају у свести безнадежно стање збуњености. Много је ствари које носе са собом извесне аналогije или које се односе се једна на другу, а које се оуначавају речју пресумпција, без рефлексije на њено значење, и уистину, вероватно, из разлога недостатка бољег термина.“⁵⁷¹

752. Већ сам термин - „пресумпција“ (претпоставка) –у поступку који је усресређен на решавање спора може унети конфузију будући да пресуда суда не

⁵⁶⁸ Riddell, Plant, op.cit., str. 99.

Series A, No. 7, p.19.

⁵⁶⁹ Алан Узелац, Терет доказивања, Загреб 2003, стр. 87.

⁵⁷⁰ Thomas M. Franck and Peter Prows, The Role of Presumptions in International Tribunals, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 4, 2005., стр.202

⁵⁷¹ John McKelvey, Handbook on Evidence, 5th ed., St. Paul, West Publishing Co., Minnesota, 1944, 115.

може да се заснива на претпоставкама већ на (јансно) утврђеним чињеницама. Ван домашаја овог рада је бављење свим пресумпцијама или употребом ове речи у значењима која излазе из оквира „доказног права,“ као и образлагање свих примера неадекватне или наизглед неадекватне употребе овог термина.

753. У правној литератури термину „пресумпција“ (претпоставка, *presumption*) приписују се различита значења. Обично се термин пресумпција користи да би означио иницијалну премису у правном резонувању или однос између доказане или признате чињенице или групе чињеница, и друге чињенице односно чињеничне твдње која је предмет доказивања.⁵⁷² Овако широка употреба појма пресумпције ствара потребу да се појасни сам концепт пресумпција. Како истиче Kelveу, приликом разматрања контроверзи у вези са употребом речи „пресумпција“:

„када се користи реч „пресумпција“ било би потребно да се јасно примисли: (1) да ли се ова рач користи да означи „инференцију“? Уколико не (2) на које правно правило се односи? На овај начин би могли да се отарасимо конфузије која се приписује недискриминаторној употреби термина пресумпција у значењу многих различитих ствари.“⁵⁷³

754. У теорији међународног права говори се о правним пресумпцијама (*legal presumptions*) и судским пресумпцијама (*judicial presumptions*) или инференцијама.⁵⁷⁴ За потребе овог рада, под појмом пресумпције обухватићемо

⁵⁷² The word *presumption* is used to mean many different things, but this they all have in common, they involve a relationship between a proven or admitted fact or group of facts, A, and another fact or conclusion of fact, B, which is south to be proves. Fleming James Jr., *Civil Procedure*, 1965, стр. 248-266, paragraph 7.5 репродуковано у John R. Waltz and Roger C. Park, *Evidence - Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2004, стр. 758.

⁵⁷³ John McKelvey, *Handbook on Evidence*, 5th ed., St. Paul, West Publishing Co., Minnesota, 1944, 117

⁵⁷⁴ Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues...*, стр. 239-274, Amerachinghe, *Evidence in International Litigation...*, str. 211-231; A. Riddel and B. Plant, *Evidence before the International Court of Justice...* 99-122.

само *правне пресумпције*, док ћемо за закључке Суда које изводи на основу посредних доказа користити термин *инференције*.⁵⁷⁵⁵⁷⁶

755. Пресумпције и инференције су два различита појма. Инференције нису пресумпције, односно њима се не креира претпоставка већ (коначан) закључак о основаности чињеничне тврдње. Закључак изведен из посредних доказа није претпоставка, већ утврђена чињеница. Другим речима, инференције су закључци суда донесени на основу посредних доказа који код суда стварају потребан степен уверења у основаност чињеничне тврдње. Под појмом пресумпције, у правнотехничком значењу те речи, можемо разумети само правило које обавезује Суд да на основу *basis-a* пресумпције која је прописана правном нормом, изведе закључак о постојању чињенице или права, без обзира на друге изведене доказе (необориве пресумпције) или уколико нису изведени докази који су довољни да код Суда створе уверење о супротном (обориве пресумпције).

756. О правним пресумпцијама можемо говорити само уколико правило на основу ког се изводи закључак о постојању пресумпције има природу правног правила. Другим речима, здрав разум, правила логике, правила заснована на искуству и друга „правила“ не могу да буду основ пресумпција, осим, наравно,

⁵⁷⁵ „The word „presumption“ is occasionally used to refer to the logical inference of one fact from the existence of another. The process of judicial proof is constantly calling on circumstantial evidence and the inferences which may be drawn from it.“ Fleming James Jr., *Civil Procedure*, 1965, стр. 248-266, параграф 7.5 репродуковано у John R. Waltz and Roger C. Park, *Evidence - Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2004, стр. 758.

Казази: „judicial presumptions or inferences in international procedure“, *op. cit.* стр. 259

⁵⁷⁶ „The word presumption is used to mean many different things, but this they all have in common, they involve a relationship between a proven or admitted fact or group of facts, A, and another fact or conclusion of fact, B, which is sought to be proved.

....

At the end of the scale is the presumption of law, or conclusive or irrefutable presumption.

The word „presumption“ is occasionally used to refer to the logical inference of one fact from the existence of another. The process of judicial proof is constantly calling on circumstantial evidence and the inferences which may be drawn from it.“ Fleming James Jr., *Civil Procedure*, 1965, стр. 248-266, параграф 7.5 репродуковано у John R. Waltz and Roger C. Park, *Evidence - Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2004, стр. 758.

уколико нису инкорпорисана у правну норму на којој се темељи правило о пресумпцији. За разлику од инференција, као закључака који се изводе из посредних доказа (индиција), степен вероватноће основаности чињеничне тврдње, па чак и сама „исправност“ пресимпције се надомешћује дејством правне норме. Дугим речима, пресумпције су „правна правила о закључивању о постојању правно релевантних чињеница“⁵⁷⁷ О инференцијама можемо говорити само онда када посредни докази *логички воде једном закључку*.⁵⁷⁸ Уколико се из истих доказа (чињеница) разумно може извићи више закључака, или теза странке није довољно уверљиво поткрепљена посредним доказима, нема основа за инференцију. Дакле, закључак или инференција не само да треба да буде разумна, већ *једино могућа*, док је код пресумпција неизвесност у погледу закључка отклања дејством правне норме.

757. У унутрашњим правним системима пресумпције се прописују законима и посматрају као „врло подесна техничка средства којима се умногоме олакшава доказивање постојања једног права.“⁵⁷⁹ У међународном праву, техника

⁵⁷⁷ Трива, *op. cit.*, стр. 387

⁵⁷⁸ *The Corfy Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949*, стр. 18. На исти начн резонују и међународни кривични трибунали.

„A circumstantial case consists of evidence of a number of different circumstances which, taken in combination, point to the guilt of the accused person [...] Such a conclusion must be established beyond reasonable doubt. It is not sufficient that it is a reasonable conclusion available from that evidence. It must be the *only* reasonable conclusion available. If there is another conclusion which is also reasonably open from that evidence, and which is consistent with the innocence of the accused, he must be acquitted.“ *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001 (“*Čelebići Appeal Judgement*”), para. 458; *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura*, Case No. IT-01-47-A, Judgement, 22 April 2008 (“*Hadžihasanović Appeal Judgement*”), para. 286.

⁵⁷⁹ Dragoljub Stojanović, Oliver Antić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2001, стр.278-279

Примери пресумпција у унутрашњем праву: „presumptions of death after seven year absence, of legitimacy for children born in wedlock, of validity of marriage on proof of celebration, of absence of “issue” when a person dies unmarried, of sanity, of incapacity for adolescents ten to fourteen years old, of regularity in habits and rites, of correctly dated documents, of copyright existence and ownership in a person whose name appears on a work, and of intending the natural consequences of one’s acts. Phipson *on Evidence* 914–923 (11th ed., John H. Buzzard et al., eds., 1970).

прописивања пресумпција није нашла своје упориште у уговорној пракси.⁵⁸⁰ Међународно право важи у децентрализованом заједници која не познаје централни законодавни ауторитет, нити овавезујуће судство, и у коме је релативно ретко изношења спорова пред судове и трибунале. Разлози правнополитичке природе који руководе законодавце у унутрашњим правним системима, да прописивањем пресумпција олакшају доказивање неког права (на пример да је пружање правне заштите оправдано и када нема довољно доказа о релевантним одколностима, или да би се постигла ефикасност поступка или други правно-политички циљ)⁵⁸¹ не руководе и државе приликом закључивања уговора.

758. У међународном правосуђу, тешкоће у вези са доказивањем извесних чињеница нису разлог који би довео до, на пример, снижавања захтеваног стандарда доказивања, порописивања пресумпција или омогућавања Суду да “креира” пресумпције позивајући се на „уобичајени“ или „пожељан“ ток ствари.“ Међутим, аргументација странака (али не и Суда) може да буде таква да се уверљиво позивају на претпоставке којима настоје да увере Суд у основаност својих чињеничних тврдњи и да при томе резонују на начин који је својствен логици пресумпција. Илустративно је резонување Суда у предмету *Corfy Channel* које је очигледно уследило као одговор на тврдње државе тужиоца:

„Јасно је да сазнање о постављању мина се не може приписати влади Албаније само из разлога што је минско поље откривено у албанским територијалним водама изазвало експлозије чије су жртве бритакси ратни бродови. Истина, како показује међународна пракса, држава на чијој територији или у чијим водама а се догодио акт који је противан међународном праву, може бити позвана да пружи објашњење. Такође је јасно да држава не може да избегне такав захтев ограничавајући свој одговор на то да није знала за околности које се везују за конкретан акт или њеног извршиоца. Држава може, до извесне тачке, да буде обавезана да да поједности о радњама које је извршила или

⁵⁸⁰ Сандифер је становишта да „по својој природи право пресумпција припада примарно унутрашњем праву, пре него међународном праву .. Пресумпције не могу .. на садашњем степену развоја међународног права да зазума улогу која је упоредиво са оним које имају у унутрашњем праву. Сандифер, стр. 141-142.

⁵⁸¹ Види Трива, Грађанско парнично процесно право, Загреб 1983, стр. 387

информацијама и истрази која јој стоји на располагању. Али не може се закључити из саме чињенице да је контрола коју држава врши на својој територији и својим водама, та држава нужно знала, или требала да зна, о ма ком противправном акту који се тамо догодио, нити да је нужно знала или требала да зна, ко су извршиоци таквог акта. Ова чињеница, сама по себи и у одвојено од других околности, нити укључује *prima facie* одговорност нити преваљује терет доказивања.

Са друге стране, чињеница ове искључиве територијалне контроле коју врши држава унутар својих граница има утицаја на доказна средства која су доступна ради установљавања знања те државе о тим догађајима. Из разлога ове искључиве територијалне контроле, друга држава, која је жртва повреде меународног права, је често у немогућности да поднесе директне доказе о чињеницама на основу којих се поставља питање одговорности. Ови индиректни докази су прихватљиви у сим правним системима, и њихово коришћење је признато међунродним одлукама. Мора се сматрати да су од посебне тежине колико су зансоване на серији чињеница које су тако међуосбонмо везане да логички воде једном закључку.⁵⁸²

⁵⁸² The Corfy Channel Case (Merits), Judgment of April 9, 1949, ICJ Reports 1949, *cmp.* 18.

3.3. ПОДЕЛА ПРЕСУМПЦИЈА

759. У доктрини (и међународног и унутрашњег права) уобичајена је подела пресумпција на чињеничне и правне и обориве и необориве.⁵⁸³ У овом одељку бвићемо се само оним пресумпцијама које су од интереса за поступак пред Међународним судом правде.

760. Пресумпције се деле на обориве и необориве, у зависности од тога да ли суд може, на основу изведених доказа да утврди чињеницу која је другачија од оне која је предвиђена релевантном правном нормом. Настојање да у јуриспруденцији Суда нађемо макар један пример необориве пресумпције није уродио плодом. У међународном правосуђу, или барем када је реч о праву и пракси Међународног суда правде, како је истакао судија Спенсер: „ни једна пресумпција се не може установити нити и једна инференција извући која није у салгасности са чињеницама које су непобиотно установљене помоћу доказа.“⁵⁸⁴

761. Код необоривих пресумпција, дакле, суд треба да на основу правне норме закључи о постојању неке чињенице уколико се уставови постојање основа

⁵⁸³ „All presumptions share the deductive logical progression *If A then B*. If one fact is proven to a judge, he or she may (or must) infer a second, unproven fact and decide accordingly. If one goes beyond that simple formulaic statement, however, the nature of presumptions becomes more complex as the term is seen to incorporate many related but different concepts. Different kinds of presumptions are based on varying purposes and justifications and have different consequences in actual litigation... The confusion regarding presumptions originates, at least in part, in the interchangeability in rhetorical practice of quite discrete evidentiary moves, all of which tend to be described by the common term “presumptions”. These include: presumptions of fact, presumptions of law, rebuttable and irrebuttable presumptions, and presumptions made in criminal, as opposed to civil, litigation. Most of these terms need not be defined and distinguished for the purpose of this inquiry“ Franck-Prows, op.cit., стр.202, 203

⁵⁸⁴ Case Concerning the Temple of Preah Vihear, Merits, Dissenting Opinion of Sir Percy Spencer, ICJ Rep. 1962, p. 109.

пресумпције без обзира на друге изведене доказе.⁵⁸⁵ Да ли у међународном праву постоје необориве пресумпције је „деликатно питање без јасног одговора.“ Не постоји у међународном праву општа забрана настанка необоривих пресумпција, стога се и не може тврдити да сам појам необоривих пресумпција не постоји као концепт међународног права. Сасвим је друго питање због чега институт необоривих пресумпција није заживео у пракси.

762. Необориве пресумпције, у крајњој анализи, имају дејство забране не само докзивања већ и утврђивања на други начин (на пример сагласним изјавама странака) чињеница чије постојање је предвоиђено правном нормом. У међународном праву је тешко (ако не и немогуће) наћи пример оваквих пресумпција⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ У унутрашњим правним системима се може говорити и о забрани извођења доказа којима се обарају необориве пресумпције, када је реч о допуштености доказа. Међунрм, у поступку пред Међународним судом правде, у складу са начелом слободе доказивања, ову забрану је готово немогуће установити. Тако Амерашинге, наводи „In international law irrefutable presumption are in fact the requirements of substantive rules of international law relating to facts which are present as a result of the application of legal presumption. It is when substantive rules of international law relating to facts are not subject of proof to the contrary that, when they create presumptions, these presumptions are not rebuttable“. Ameraschinghe, оп.цит, р. 404

Ameraschinghe наводи члан 46 Бечке конвенције о уговорном праву, која, међутим предвиђа изузетке од правила, и која уствари креира правно правило према коме државе не може да се позива на то да њн пристанак да буде везана уговором изражен повредом правила њеног унутрашњег права у погледу надлежности за закључње уговора тако да оно поништава ње пристанак осим уколико је повреда олигледна и тиле се правила унутрашњег права од фундаменталног значаја“ Наиме, овде се не формира пресумпција, већ је правило формулисано тако да чини јасним које околности не утичу на пуноважност закључња уговора. Овим правилом се не изражава претпоставка пуноважности уговора, већ напротив регулише се које околности не могу да утичу на пуноважност пристанка.

⁵⁸⁶ Од необоривих пресумпција ваља разликовати оне уговорне одредбе којима се регулише која се чињеница сматра ирелевантном приликом решавања неког чињеничног или правног питања. Наиме, нормативна дикција поједних уговорних одредби даје повода извесним ауторима да закључе да се понекад захтеви материјалноправне норме порописују у форми необоривих пресумпција. Тако Казази истиче да су необориве пресумпције „пресумпције које су другачије природе од осталих пресумпција.“ „Оне нису, уствари, правне пресумпције у правом смислу те речи, прописане на основу понављања извесних чињеница или стања ствари под специфичним

763. Правне пресумпције се деле на *presumptio facti* и *praesumptio iuris* у зависности од тога да ли се нормом претпоставља одређена чињеница или правни статус или овлашћење.^{587 588}

764. Пример чињеничне правне пресумпције можемо наћи у Бечкој конвенцијом о уговорном праву (1969) којом је прописано да се изразу који је

условима за сврхе доказивања, већ су закључци које захтевају правна правила, прописани из политичких разлога и прикривене у форму необоривих пресумпција. Другим релима, када је разлог за прописивање правног правила у форми пресумпција другачији и значајнији од саме репетиције чињеница које се често понављају, нужнот је да таква правна пресумпција и њен ефекат не буду избегнути чак и уколико постоје докази о противном. (Мојтаба Kazazi, op.cit., стр. 257) Казази даље додаје: „исправно је закључити да не постоје праве необориве пресумпције у међународном праву, у смислу да оно што се зове необоривом пресумпцијом је у ствари захтев материјалноправног правила међународног права презентован у форми пресумпције (Ibidem, стр.258) 1. Као пример необориве пресумпције у горе изнетом смислу Казази наводи члан 46 Бечке конвенције о уговорном праву којом је предвиђено:

Држава се не може позвати на чињеницу да је њен пристанак да буде везана уговором изражен на начин којим се нарушава одредба њеног унутрашњег права у вези са надлежношћу за закључење уговора, као на случај манљивости, осим ако ова повреда није била очигледна и не односи се на неко правило унутрашњег права од суштинског значаја.

Повреда је очигледна ако је објективно очигледна за сваку државу која у том погледу поступа према уобичајеној пракси и у доброј вери.

Казазијево резонување не можемо прихватити. Наиме, Казази прво замагљује појам необоривих пресумпција, а друго у конкретном примеру, чланом 46 Бечке конвенције о уговорном праву није се поставило питање да ли је неки акт у сагласи са правилима унутрашњег права о надлежности за закључење међународних уговора, већ интензитет повреде која може имати утицаја на опстанак уговора. Међународно и унутрашње право су два различита правна система, и нормом члана 46 Бечке конвенције је регулисано само у којој мери су одредбе унутрашњег права релевантне за разматрање питања ништавости уговора. Овом одредбом се не креира пресумпција да су поштоване норме унутрашњег права, већ је регулисано да уколико повреда није очигледна и уколико није реч о нормма од суштинског значаја, повреда правила унутрашњег права је ирелевантна. У међународном праву, национални закони су чињенице које под одређеним условима могу да буду релевантне. Прописивањем да су одређене чињенице ирелевантне не ствара се пресумпција, нити оборива нити необорива.

⁵⁸⁷ О овој подели пресумпција у унутрањем праву види Јакшић, оп.цит., стр. 361-

⁵⁸⁸ Thirlway истиче да “international practice does not appear to afford any examples of presumptions as to state of fact, as distinct from the conclusion of law to be drawn from the fact.” Thirlway, Enciklopedija ... стр.15

употребљен у уговору треба приписати уобичајено значење. Ово правило је основ пресумпције „уобичајеног значења употребљених израза,“ те у случају спора, посебно значење треба да докаже она странка која истиче такву тврдњу. Тако је и Стални суд међународне правде у предмету *Legal Status of Greenland*, у ком је био суочен са тврдњом Норвешке да у предметним уговорима термин „Гренланд“ није употребљена у свом географском значењу, већ да му је придодато уже значење, односно да се израз односи само на колонизован део Гренландна, закључио да је терет доказивања на Норвешкој да докаже то посебно значење о коме је изнела тврдњу.⁵⁸⁹⁵⁹⁰⁵⁹¹

⁵⁸⁹ Серис А/Б, Но. 53 (1933), стр. 52.

⁵⁹⁰ Код института дипломатске заштите такође можемо говорити о одређеним пресумпцијама. „The issue of local remedies was clarified in the Elettronica Sicula SpA (ELSI) case,²⁵⁹ which referred to the concept as ‘an important principle of customary international law’.²⁶⁰ The case concerned an action brought by the US against Italy alleging injuries to the Italian interests of two US corporations. Italy claimed that local remedies had not been exhausted, while the US argued that the doctrine did not apply since the case was brought under the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, 1948 between the two states which provided for the submission of disputes relating to the treaty to the International Court, with no mention of local remedies. The Chamber of the Court, however, firmly held that while the parties to an agreement could if they so chose dispense with the local remedies requirement in express terms, it ‘finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with’.²⁶¹ In other words, the presumption that local remedies need to be exhausted can only be rebutted by express provision to the contrary. Malcom Shaw, *International Law*, стр821-822

⁵⁹¹ “Once it is established that the expression ‘the territorial status of Greece’ was used in Greece’s instrument of accession [to the General Act of 1928] as a general term denoting any matters comprised within the concept of territorial status under general international law, the presumption necessarily arises that its meaning was intended to follow the evolution of the law and to correspond with the meaning attached to the expression by the law in force at any given time. *This presumption, in the view of the Court, is even more compelling when it is recalled that the 1928 Act was a convention for the pacific settlement of disputes designed to be of the most general kind and of continuing duration, for it hardly seems conceivable that in such a convention terms like ‘domestic jurisdiction’ and ‘territorial status’ were intended to have a fixed content regardless of the subsequent evolution of international law.*” *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, *I.C.J. Reports 1978*, p. 32, para. 77.)

„...the subsequent practice of the parties, within the meaning of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention, can result in a departure from the original intent on the basis of a tacit agreement between the

765. Као пример обориве пресумпције може се навести да острва која леже унутар границе од 12 наутичких миља од обале припадају обалној држави. Ово је пресумпција коју је изричито прихватио арбитражни трибунал пред који је изнет спор између Еритреје и Јемена.⁵⁹²

3.4. НЕПРАВЕ ПРЕСУМПЦИЈЕ

766. У доктрини се често као примери пресумпција наводе поједине *dicte* судова и трибунала у којима се наводи шта се не може претпоставити, без

parties. On the other hand, there are situations in which the parties' intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used – or some of them – a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order to respect the parties' common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied. *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights, (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009 ICJ Reports 2009*

⁵⁹² The Tribunal in *Eritrea/Yemen* stated that: 'There is a strong presumption that islands within the twelve-mile coastal belt will belong to the coastal state', to be rebutted only by evidence of a superior title. 210 114 ILR, pp. 1, 124 and 125. But see *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 161, where the Court noted that 'proximity [of islands to the mainland] as such is not necessarily determinative of legal title'. Види Malcom Shaw, *International Law*, 9th ed., стр.524.

Ова пресумпција је обориве природе.

„*juris tantum* presumption of international law concerning the sovereignty of the coastal State over islands within its territorial sea belt, unless there is a fully established case to the contrary., *Dissenting Opinion of Judge Torres Bernárdez Case, Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment of March 16, 2001*, para 41

There exists, however, a strong legal presumption under international law that islands lying within the territorial waters of a State belong to that State."There is a strong presumption that islands within the twelve-mile coastal belt will belong to the coastal State, unless there is a fully-established case to the contrary (as, for example, in the case of the *Channel Islands*). But there is no like presumption outside the coastal belt, where the ownership of the islands is plainly at issue." *Joint Dissenting Opinion of Judges Bedjaoui, Ranjeva And Koroma, Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment of March 16, 2001*, ICJ Reports 2001, para 148

навођења шта се може сматрати пресумпцијом.⁵⁹³ Примера ради, у предмету *Harrej*, арбитражни трибунал је закључио да се „међународна одговорност државе не може претпоставити,⁵⁹⁴ док је Стални суд међународне правде у предмету *Lotus* истакао „рестрикције надлежности државе се не могу ... претпоставити.⁵⁹⁵“

767. Наведени искази су свакако неспорни, међутим у њима се не каже шта се може претпоставити, већ шта се не може сматрати пресумпцијом. Наша је теза да се из ових и сличних *dicta* не могу извлачити закључци путем *argumentum a contrario*. Поред тога, у овим случајевима није реч о утврђивању чињеница, већ о правним закључцима.

768. *Mc Kelvey* разматрајући доктрину и јуриспруденцију англо-америчког права о оваквим пресумпцијама говори као о „spurious presumptions“ (неправим пресумпцијама), као пресумпцијама које немају ништа са доказивањем и инференцијама, већ предствљају „исказе о извесним општим правним начелима или правним максимама“.⁵⁹⁶ Ове и овакве пресумпције, нису пресумпције у правом смислу речи, већ иницијалне премисе правног резонавања или само згодан начин да се ојача изражено правно становиште позивањем на правну максиму, фундаментално правило или правило које одражава редован или пожељан ток ствари.

769. У доктрини се често наводи реченица из пресуде коју је Суд донео у предмету *Lotus* као пример пресумпције:

„Рестрикције независности држава се ... не могу претпоставити“ / „Restrictions upon the independence of states cannot ... be presumed“⁵⁹⁷

⁵⁹³ Vidi, primera radi, Sandifer, op.cit., стр Riddel and Plant, op.cit. стр. 104-108, Ameeraschinghe, op.cit, стр. 304-306

⁵⁹⁴ *Harrej Case*, (Spanish Zone of Morocco Claims, UNRIAA vol 2,

⁵⁹⁵ *The Lotus Case, PCIJ Reports 1927, A.10*, стр.18.

⁵⁹⁶ „there are certain rules, called “presumptions,” which are merely modes of expressing certain applications of the principles of the subject of judicial notice, or are statements of certain general principles and maxims in the law, having nothing to do with evidence or inference” John McKelvey, *Handbook on Evidence*, 5th ed., St. Paul, West Publishing Co., Minnesota, 1944,145

⁵⁹⁷ *The Lotus Case, PCIJ Reports 1927, A.10*, стр.18.

770. У предмету Lotus, чињенице релевантне за доноштење одлуке нису биле спорне, односно Суд је целокупну представу о чињеницама које су дале повода спору установио на основу сагласних навода странака.⁵⁹⁸ Наиме, питање на које је Суд дао одговор је јасно изражено у пресуди Суда којом је посебно истакнуто да се „поступак односи икључиво на чињеницу да ли Турска има или нема, према начелима међународног права, надлежност за кривично гоњење у конкретном случају.“⁵⁹⁹ Случај Lotus је пример чисто правног спора, спора о томе да ли неко правило постоји као правило општег међународног права, дакле као правило које није предмет доказивања већ је обухваћено знањем Суда (iura novit curia). Другим речима, наведена реченица се не појављује у контексту утврђивања чињеница или закључивања о чињеницама, већ у једној чисто правној расправи о постојању или непостојању извесних правила међународног права.

771. Спорна dicta Суда је (очигледно) формулисана као одговор на супротстављене тврдње странака. Наиме, у образложењу пресуде Суд је изнео:

„Суд, имајући задатак да размотри да ли постоје било каква правила међународног права која су можда повређена кривичним гоњењем поручника Демонса у складу са турским правом, суочен је најпре са принципијелним питањем које се, у писаној и усменој аргументацији две странке, показало као фундаментално. *Француска влада је изнела тврдњу да турски судови, да би били надлежни, треба да буду у могућности да укажу на неки основ надлежности који је признат међународним правом у корист Турске. Са друге стране, турска влада је заузела становиште да јој члан 15 омогућава Турској да врши надлежност кадгод таква надлежност није у супротности са правилима међународног права.*“⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ „according to the statements submitted to the Court by the Parties’ agents in their Cases and in their oral pleadings, the facts in which the affair originated are agreed to be as follows...Lotus, стр. 12

⁵⁹⁹ the proceedings relate exclusively to the question whether Turkey has or has not, according to the principles of international law jurisdiction to prosecute in this case⁵⁹⁹ Лотус, стр. 13)

⁶⁰⁰ стр.18

772. Имајући пред собом овакву аргументацију странака, Суд је, разматрајући правила међународног права која су била на снази у то време, закључио:

„Чини се да је ово друго становиште у складу са специјалним споразумом... Према специјалном споразуму... није реч о изражавању начела која Турској омогућавају да води кривични поступак, већ о формулисању начела, уколико уопште постоје, који могу да буду повређени оваквим поступцима.

Овај начин постављања питања такође належе сама природа и постојећи услови међународног права.

Међународно право регулише односе између независних држава. Правна правила која су обавезујућа за државе стога произилазе из њихове слободне воље како је изражена у конвенцијама или обичајима који су опште прихваћени као одраз правних начела и установљени ради регулисања односа између коегзистирајућих независних заједница или ради постизања заједничких циљева. Рестрикције надлежности држава се стога не могу претпоставити.

601

Прво и најважније ограничење које међународно право намеће држави је да – сем уколико, на супрот томе, не постоји супротно пермисивно правило – она не може вршити своја овлашћења у било којој форми на територији друге државе. У том смислу надлежност је свакако територијална. (стр. 18)“... Међутим, из тога не произилази да међународно право забрањује држави да врши јурисдикцију на својој властитој територији, у односу на било који случај који се односи на дела која су се догодили ван њених граница, а у погледу којих се она не може ослонити на неко пермисивно правило међународног права. Такво становиште било би одрживо једино ако би међународно право садржало општу забрану државама да проширују примену својих закона и надлежност својих судова на лица, имовину и дела изван њене територије, и уколико би би, као изузетак од ове опште забране, допуштало државама да то чине у извесним специфичним случајевима. Али то свакако није случај са савременим међународним правом.

У овим околностима, све што се може захтевати од државе је да не прекорачује ограничења која међународно право намеће њеној надлежности; унутар ових граница, њен основ за вршење суверенитета заснива се на њеном суверенитету.“

⁶⁰¹ *The Lotus Case, PCIJ Reports 1927, A.10, стр. 18*

Из горе наведеног следи да тврдња француске владе да Турска мора у сваком појединим случају да буде у могућности да наведе правило међународног права којим се овлашћује да врши надлежност није у складу са општеприхваћеним међународним правом на које упућује члан 15 конвенције из Лозане.⁶⁰²

773. У свом резонувању Суд је кренуо од премисе да „међународно право регулише односе између независних држава“ али је размотрио и извесне „растрикције које Међународно право намеће државама“⁶⁰³ Међународно право, поред уговорених ограничења надлежности држава, садржи и инхерентна ограничења која су уткана у сам појам независности државе. Улога Суда у предмету *Lotus*, није била да утврди да ли постоји правило или начело које би омогућило Турској да врши своју надлежност над странцима због кривичног дела учињеног на отвореном мору, већ да испита да ли постоје начела који спречавају Турску да врши такву надлежност.⁶⁰⁴ Стога је, приликом решавања овог чисто правног питања, и у одговору на аргумент Француске да Турска мора да се позове на одговарајући основ који јој омогућава вршење надлежности у конкретној ствари, изнео да се „ограничења надлежности не могу претпоставити.“ Другим речима, аргументација Француске је била формулисана по моделу или логици пресумпција, што Суд у конкретном случају није прихватио.

774. Даље у резонувању о основаноси захтева којим је тражено од Суда да утврди противправнос такта Турске, Стални суд међународне правде је између осталог истакао:

„Нити искључива надлежност једне или друге државе, нити ограничења надлежности у односу на сваки догађај који се догоди на односним бродовима нису такви да су срачунати да задовоље захтеве правде и ефективно заштите интересе две државе. Једино је природно да свака од њих буде у могућности да врши надлежност у погледу инцидента као целине. Стога је овде реч о случају конкурентне надлежности.“⁶⁰⁵

⁶⁰² *The Lotus Case, PCIJ Reports 1927, A.10.,19.*

⁶⁰³ *The Lotus Case, PCIJ Reports 1927, A.10.,* стр.18

⁶⁰⁴ Види: Laurerpacht, *The Function of Law in the International Community...*, стр. 95.

⁶⁰⁵ *The Lotus Case, PCIJ Reports 1927, A.10.,* стр. 30-31

775. Управо разматрања којима је дао повода предмет *Lotus* показују да изоловано посматрање једне или неколицине реченица из пресуда Суда може да одведе расправу у правцу који доводи до извођења погрешних закључака. *Dicta* Суда, попут ове из предмета *Lotus*, мора се посматати у контексту конкретног предмета. Постојање обичајног правног правила општег међународног права није предмет претпоставке, нити се доказује, већ је обухваћено знањем суда (*iura novit curia*). Ако је обухваћено знањем Суда, то не значи да Суд није обавезан да укаже на основ закључка о непостојању или постојању правног правила, а у сваком случају било је неопходно да одговори на тврдњу странке да Турска мора да се позове на основ надлежности за гривично гоњење у конкретном случају, а са друге стране, на тезу Француске о постојању и праксе и *opinio iuris* у погледу забране вршења кривичне надлежности у конкретном случају.⁶⁰⁶

776. Lauterpacht је критикујући изоловану употребу реченице - „рестрикције надлежности државе не могу претпоставити“- истакао:

„Сваку критику овог становишта Суда треба да ублажи чињеница да оно није једино разматрање на коме је Суд засновао своју пресуду... Суд је у прилог своје одлуке у предмету *Lotus* навео и разлоге који су више суштинског карактера који су засновани на разматрањима и добрих и лоших страна предложених решења. ”

и додао да:

„...постоји опасност да у рукама мање ауторитативног тела него што је то Стални суд међународне правде појам независности држава може да буде коришћен тако да резултати буду страни самој сврси права.“⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ “Lotus he Lotus Case, loc. cit., where, examining the practice of states in exercising criminal jurisdiction over foreigners and noting the absence of protests "by states against the exercise of such jurisdiction, the Permanent Court of International Justice had little difficulty in concluding that the evidence failed to prove the existence of the *opinio juris* required for the establishment of a customary rule of international law in the sense contended for by the French Government.” Herbert W Briggs, *The Columbian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law*, *The American Journal of International Law*, Vol.45, No. 4, 1951, (728-731), p. 731

⁶⁰⁷ Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community...*, стр. 95.

777. Проблем са овим „пресумпцијама“ је уствари рефлекс проблема који се тиче одабира израза којим се образлажу одлуке или формулише правна аргументација која се наводи приликом установљавања правила међународног права или њиховог тумачења. Међутим, у једном другом контексту, када се изоловано од целине одлуке посматрају извесне реченице које су саставни део укупне аргументације, расправа може отићи у правцу заговарања тезе да су креиране поједине „пресумпције“ уз позивање на централне институте међународног јавног права, као што је институт суверенитета или независности државе.

778. Примера ради, Amerasinghe наводи да „многе ... правне пресумпције произилазе из суверенитета држава.“⁶⁰⁸ Schwarzenberger, разматрајући питање „пресумпција у корист независности држава“ истиче – “из централне позиције права на независност држава у систему међународног права произилази да ограничења независности државе могу да буду изведена само из правила међународног права.”⁶⁰⁹

779. Оваква и слична резонувања су подложна критици. Како је истакао Lauterpacht, „суверенитет државе у међународном праву је квалитет дат међународним правом. Он стога, не може да буде ни основ или извор правила међународног права...“⁶¹⁰

„...У међунаеодном праву ово ослањање на слободу и независност као на материјалне изворе права је опасније будући да је, из разлога који су својствени међунаородном праву, број изричитих правила којима се ограничава слобода деловања државе ограничен а њихово утврђивање тешко. Стога је комбинација ригидне теорије о формалној комплоетности међунароног права (која отежава дрфинисање рестрикција слободе деловања

⁶⁰⁸ Amerasinghe, op. cit., стр.399

⁶⁰⁹ Schwarzenberger, Georg: International Law Vol. I , International Law as Applied by International Courts and Tribunals, London, Stevens & Sons Limited, 1949, стр. 56

⁶¹⁰ The sovereignty of the State in international law is a quality conferred by international law. It cannot, therefore, be either the basis or the source of the law of nations” Laurerpacht, The Function of Law in the International Community..., стр. 95.

држава кроз уобичајени начин вршења судске активности) са нагласком на суверенитет држава као правно креативан принцип, лако могу довести до резултата који су страни самој сврси права. ”⁶¹¹

780. Schwarzenberger наводи и друге пресумпције које се заснивају вршењу суверенитета на одређеној територији.

“Следећа важна пресумпција која следи иу самог *de facto* вршења суверенитета на одређеној територији. Уколико друга држава не може да покаже неки бољи основ, вршење територијалног суверенитета је доказ о праву суверенитета над спорном територијом. ”⁶¹²

Шварценбергер, у прилог своје тезе наводи да је ово разматрање било *ratio decidendi* у случају *Palmas*.

781. Међутим, овде тешко може бити речи о пресумпцији у правом смислу те речи. Фактичко вршење суверенитета на некој територији не подразумева, само по себи, право на суверенитет. Међутим, питање је далеко од једноставног, будући да фактичко вршење суверенитета снажан аргумент у прилог постојања конкретног основа територијалне надлежности. Другим речима, чињеница да је држава фактички вршила суверена права на датој теритотији не креира пресумпцију, већ служи као доказ, или један од доказа, из ког се може извести закључак о припадности одређене територије датој држави у моменту настанка спора.⁶¹³ Макс Хубер је у предмету *Palmas* резонаовао на следећи начин:

⁶¹¹ Lauterpacht, op. cit. стр. 96

⁶¹² Schwrzenberger, op. cit., стр.57

⁶¹³ „The admission of the existence of territorial sovereignty early in the 18th century and the display of such sovereignty in *the 19th century* and particularly in 1906, would not lead, as the Netherlands Government appears to suppose, by analogy with French, Dutch and German civil law, to the conclusion that, unless the contrary is proved, there is a presumption for the existence of sovereignty in the meantime. For the reasons given above, no presumptions of this kind are to be applied in international arbitrations, except under express stipulation. It remains for the Tribunal to decide whether or not it is satisfied of the continuous existence of sovereignty, on the ground of evidence as to its display at more or less long intervals.“ *The Island of Palmas (or Miangas)*, *Pemanent Court of Arbitration, Arbitrator Max Huber, Award of the Tribunal, 4 April 1928*, стр. 31

„Уколико настане спор о суверенитету над извесним делом територије уобичајено је да се испита која од држава које истичу захтеве у погледу суверенитета имају основ – цесија, освајање, окупација итд. – који је супериорнији од оног који друга држава могла да истакне против ње. Међутим, уколико се оспоравање заснива на чињници да је друга држава уствари вршила суверенитет, не би било добро да се установи основ путем ког је територијални суверенитет валидно стечен у датом моменту; поред тога мора се показати да је територијални суверенитет настао са постојби и постојао у моменту који се ради решавања спора мора сматрати одлучним. Ова демонстрација састоји се у актуелном вршењу суверених активности, као што су оне које пропадају територијалном суверену.“⁶¹⁴

782. Не може се прихватити Шварценбергерова теза да фактичко вршење суверенитета може да послужи као основ пресумпције, већ да је оно редовно снажан аргумент или чињеница која мора да буде разматрана у контексту осталих околности које се везују за конкретан основ територијалног суверенитета.

783. У доктрини међународног права се често заговара теза да се претпоставља да је држава деловала или да ће деловати *bona fides*. Начело добре вере (*good faith, bona fides*) је једно од темељних правних начела које прожима све међународно правне односе. Суд је у случајевима *Nuclear Tests (Australia v. France)* (*New Zealand v. France*) посебно нагласио :

“Једно од основних начела које регулише настанак и извршавање међународних одбавеза, без обзира на њихов извор, је начело добре вере. Вера и поверење је инхерентна међународној сарадњи...”⁶¹⁵

⁶¹⁴ So true is this, that practice, as well as doctrine, recognizes – though under different legal formulae and with certain differences as to the conditions required – that the continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States) is as good as a title. *The Island of Palmas (or Miangas)*, *Permanent Court of Arbitration, Arbitrator Max Huber, Award of the Tribunal, 4 April 1928*, стр. 8

⁶¹⁵ *Judgments*, I.C.J. Reports 1974, p. 268, para. 46, and p. 473, para. 49; isto i u *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1988,

784. Опште правно правило је да државе морају да извршавају своје међународне обавезе у доброј вери. Међутим, спорно је да ли је ово правило основ пресумпције. Само постојање обавезе, без обзира на њену природу, не даје основа да се креира пресумпција, већ стање које није у складу са нормом међународног права (укључујући ту и начело добре вере) мора да се докаже.

785. У предмету *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Аргентина је изнела захтев Суду да „пресуди и декларише да Уругвај мора да пружи адекватне гаранције да ће се убудуће уздржавати од спречавања примене Статута реке Уругвај из 1975, посебно поступка који је предвиђен Главом II овог уговора“⁶¹⁶ Разматрајући овај захтев Суд је истакао:

Суд није могао да увиди било коју посебну околност која би у конкретном случају захтевала издавање наредбе о мерама које је тражила Аргентина. Како је Суд недавно приметио: “Док Суд може да наредни, као што је то чинио и у прошлости, држави која је одговорна за међународно противправно понашање да пружи повређеној држави уверавања и гаранције да оно неће бити поновљено, он ће то учинити само уколико околности то захтевају, што је на Суду да процени.

Опште је правило, да нема разлога да се претпостави да држава чије акте и понашање је Суд огласио за противправне поновити те акте или понашања у будућности, будући да се добра вера мора претпоставити. (see *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 63; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 272, para. 60; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 477, para. 63; and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 437, para. 101). Стога, нема разлога, сем у специјалним околностима .. да се

p. 105, para. 94.), *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, Judgment, para. 145

⁶¹⁶ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, Judgment, para. 277

нареди [пружање уверавања и гаранција о томе да се противправни акт неће поновити].” (Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009, para. 150.)

786. Поставља се питање у ком значењу је употребљен израз да се „добра вера мора претпоставити,“ да ли у значењу правне претпоставке, или у значењу полазне премисе правног резонавања у контексту захтева да се противправност или у овом случају могућност евентуалног противправног понашања мора доказати.

787. Пресумпција добре вере није пресумпција у правом смислу речи. Уколико би тврдили да се свако правоваљано стање мора претпоставити онда би свака норма била пресумпција. Широка примена претпоставке добре вере или правоваљаног понашања би довела до неразумних резултата. Илустрације ради, правила о одговорности државе за противправне акте обухватају и она која регулишту околности које искључују противправност. Уколико би применили претпоставку добре вере, специфичне околности које доводе до искључења противправности акта државе би морале да се претпоставе, што би, свакако, био став који нема своје утемељење.⁶¹⁷ Примера ради, уколико би војни ваздухоплов једне државе прелетео преко територије друге државе без њеног одобрења, претпоставка добре вере довела до тога да се претпостави да је то учињено, на пример, у нужди. Таква претпоставка је неоснована, и на држави чији авион је

⁶¹⁷ У случају *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Међународни суд правде јеразматро стање нужде као основ за искључење противправности акта и закључио: „The Court considers ... that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation. It observes moreover that such ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis. The International Law Commission was of the same opinion when it explained that it had opted for a negative form of words ... Thus, according to the Commission, the state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met.“ *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, pp. 40–41, paras. 51–52.

прелетео територију је терет доказивања основа искључења противправности таквог акта.⁶¹⁸

3.5. КРИТИКА ТЕРИЈЕ ФРЕНКА И ПРОВСА.

788. Специфично гледиште у вези са пресумпцијама и инференцијама изнео је Thomas Franck у свом издвојеном мишљењу у предмету *Case concerning Sovereignty Over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*⁶¹⁹ (у ком је поступао као ad hoc судија) и чланку који је објавио заједно са Peter-ом Prows-ом.⁶²⁰ Основна теза ових аутора, која се у добром делу заснива на критици резновања Суда у наведеном предмету је да:

„the common intuition as to probability that would justify the making of a presumption at law.“

789. Повод дискусији о пресумпцијама и инференцијама у међународном правосуђу била је специфична природа територијалног спора између Малезије и Индонезије у вези са два мања острва у пределу источне обале Борнеа (острва *Pulau Ligitan* и *Pulau Sipadan*). *British North Borneo Company* и Холандија су 1891 године закључиле уговор којим је предвиђено да се расподела територије источне обале Борнеа изврши тако да ће линија пратити линију 4°10' преко територије острва Себитик, док су се спорна острва налазила јужно од те линије. Спроно је било да ли израз „across“ треба тумачити као „across and no further“ или на начин

⁶¹⁸ Према члану 24 (1) Нацрта правила о одговорности државе „The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life or the lives of other persons entrusted to the author's care.“ За примере види Коментар Комисије за међународно право, стр. 78

⁶¹⁹ (Indonesia/Malaysia), Judgment, 17 December, 2002.

⁶²⁰ Thomas Franck and Peter Prows: „The Role of Presumptions in International Tribunals,” *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol 4 (str.197–245), 2005

који претпоставља да су стране закључујући уговор из 1881 године желеле да изврше комплетно територијално разграничење које обухвата и два поменута острва. Већинско гледиште Суда засновало се на чињеници да је Британија вршила власт у том подручју, те је у том смислу и донека коначну одлуку.⁶²¹

790. Резоновање Френка које је изразио у свом издвојеном мишљењу сажето је у горе поменутом чланку на следећи начин:

„Professor Franck thought that it stood to reason, the parties having drawn a line across this huge terrain to end disputation between two vast adjacent empires, that one could presume them not to have intended to leave unresolved any questions of title, but, rather, to have wanted the 4°10' line to apply. The evidence of effectivities was incurably ambiguous and indecisive and Professor Franck opined that the majority's decision rested on “weighing a handful of feathers against a handful of grass.”⁶²²

791. Очигледно је да се професор Френк у свом резовању није позивао на правну норму, будући да се позива на здрав разум као основ за извођење закључка да су британска компанија и Холандија намеравале да уговором из 1881.,, изврше потпуно територијално разграничење.“ Чини се неспорним да не постоји норма међународног права којом је прописано да се уговор треба тумачити на начин који је сугерисао проф. Франк. Уколико уговор не даје основа за сугерисани закључак, односно да је њиме извршено и територијално

⁶²¹ 1891 Convention between Britain and Holland that established an agreed boundary line across more than 800 miles, above which belonged to the British North Borneo Company and below to Holland. Where the line reaches the east coast of Borneo, Article IV of the Convention stipulates that the allocation of the adjacent area shall follow the line of 4°10' latitude, proceeding in an easterly direction “across the Island of Sebittik. [...]” But other off-shore islands, including Ligitan and Sipadan (both just south of the 4°10' line), were not mentioned in the treaty. In dispute was whether the term “across” meant “across and no further”, or whether the parties expected or intended – or should be deemed to have wanted – the line to continue eastward so as to conclusively allocate any remaining disputed bits of offshore territory. All the judges agreed that no definitive conclusion as to its meaning could be teased from the ambiguous word “across.” The majority took the sporadic regulatory activity – effectivities – by the British in the disputed areas to favor the “across and no further” interpretation.

⁶²² Thomas Franck and Peter Prows, *op. cit.*, стр.198-199

разграничење у погледу два спорна острва, не може се прибећи чак ни здраворазумској пресумпцији да су уговорне стране то желеле да учине. Основа за закључак до ког је дошао проф. Френк није била нити у доказима који су изведени у поступку, нити у чињеницама које међу странкама нису биле спорне.

792. Није ретко да се уговорима не врши потпуно територијално разграничење, већ да се одређена подручја, било намерно или из других разлога, оставе нерегулираним (нпр. питање је спорно и није могао да се посригне споразум о разграничењу, или дато подручје је у време закључења уговора било недовољно истражено, или је омашком или из другог разлога изостављено). Нисмо могли да идентификујемо ни једно правило о тумачењу међународних уговора којима би могли да подупремо закључак који је сугерисао проф. Френк, нити је контекст самог спора указивао да су странке намеравале да закључе уговор којим би извршили потпуно територијално разграничење.

793. Судија Френк, међутим иде и даље и питање „здраворазумских пресумпција“ везује за композицију Суда. Наиме, он резонује на следећи начин:

„Додуше, пресумпције представљају тајанствену тему која је примарно од интереса за оне који су удубљени у изучавање и примену правила о доказивању. Али тај предмт има и оптији и интересантниј аспект. Он захтева истраживање једног дубљег питања: да ли се од мултинационалног трибунала, као што је Међународни суд правде, који је компонован од правника из многих различитих друштава, са различитим вредностима и погледима, може икада очекивати да ухвати и изрази здрав разум /common sense/, који је суштински састојак легитимације мешународног правосуђа. Будући да су пресумпције првенствено тврдње о *ероватноћи*, питање се може поставити у контексту: да ли особе различитих искустава могу икада да да теже заједничкој интуицији о вероватноћи која би оправдала формирање правних пресумпција.“⁶²³

794. За разумевање становишта неопходно је да укажемо и на начин на који поменути аутори схватају пресумпције. „A presumption stipulates that if one

⁶²³ Thomas Franck and Peter Prows, *op. cit.*, 199-200

fact (or the commission, or omission, of an act) can be demonstrated, then another may (or must) be inferred from it. It can be denoted by the formula If A then B. In a sense, *presumptions are a guess about causality or correlation based on the common experience of a community of law.*⁶²⁴ Иако у уводном делу чланка Franck и Prows врше јасно разграничење пресумпција и инференција, у делу у коме се износи критика становишта Суда говори се о „здраворазумској пресумпцији“ дакле пресумпцији која нема утемељење у правној норми. Стога је и сам појам пресумпције, у значењу здраворазумеске пресумпције, у најмању руку, проблематичан.

795. Синтагма „the common experience of a community of law“ је нејасана, нарочито у контексту питања да ли се уговорима о територијалном разграничењу редовно врши потпуна делимитација. У међународној судској и арбитражној пракси управо највећи број спорова су територијални и гранични спорови, и ако се може говорити о „заједничком искуству правне заједнице,“ јесте да су ови уговори често непотпуни, нејасни и да се често, из различитих разлога (било због намерно, било услед недовољног познавања територије, било из других разлога) њима не врши потпуно територијално разграничење.⁶²⁵ И поред огромног броја пресуда о решавању територијалних и граничних спорова, које доминирају у међународној јуриспруденцији, нисмо могли да нађемо упориште у Франковој тези да је намера држава да изврше комплетно територијално разграничење може претпоставити осим уколико није изричито поменута уговором или се тумачењем уговора (у складу са правилима тумачења констатованих Бечком конвенцијом о уговорном праву) може извести такав закључак.

796. Чини се да и поред иницијалног коректног одређења појма пресумпција и инференција у међународном правосуђу (на самом почетку чланка), Френкова разрада појма правних пресумпција се чини да представља један од узрока неадекватности његове тезе.

⁶²⁴ Thomas Franck and Peter Prows, *op. cit.*, 200

⁶²⁵ О проблемима решавања територијалних спорова пред међународним судовима и трибуналима види Amerachinghe, *Evidence in International Litigation*, стр. 279

797. Пресумпције, правне пресумпције, отклањају потребу да Суд оцењује „вероватноћу.“ Код правих пресумпција проблем вероватноће или степена извесности се не поставља, будући да правна норма регулише - уколико је доказан основ пресумпције Суд ће извести закључак о пресумираној чињеници. Правном нормом је Суд везан без обзира на евентуално становиште о степену вероватноће основаности чињеничне тврдње. На овај начин пресумпције и испољавају своју улогу у судском поступку ослобађајући Суд дужности, па и забрањујући му, да оцењује да ли је оно што је прописано правном нормом добољан основ за доношење чињеничних закључака. Код инференција обична вероватноћа, а камоли интуиција, није довољна, неопходно је да Суд изведе закључак који је *једино могућ* на основу изведених доказа, односно који не оставља простора за разумну сумњу. Поред тога, ови аутори занемарују саму сврху због ког је Суд формиран на начин који обезбеђује да у његовом саставу буду присутни припадници различитих држава и заступљени сви главни правни системи. Искуство на коме судије међународног суда заснивају или треба да заснивају своја становишта није само искуство које стичу у својим унутрашњим правних системима, већ искуство које се базира првенствено на међународној пракси, пракси која уважава различитости које су својствене различитим правним системима. Поред тога, правне пресумпције се неминовно и безизузетно заснивају на одговарајућој норми међународног права, а не на интуитивној предодби о вероватноћи која би оправдала креирање пресумпције.

798. Правне претпоставке могу настати само као резултат легислативног процеса, док се од Суда као органа коме је поверена примена права не очекује да врши његов прогресивни развој. „*The common intuition as to probability that would justify the making of a presumption at law*“ је концепт који је стран не само међународном праву већ и унутрашњим правним системима. Овај концепт може послужити као полазна основа у току легислативног процеса, одн. процеса стварања права, али не и његове примене. Међутим, није на Суду да ствара право већ да га примењује. Једном речју, правне пресумпције (*presumption at law*) не могу се заснивати на заједничној интуицији о вероватноћи која би оправдала стварање правног правила (правне пресумпције), будући да међународно право за

такву „интуицију“ не везује, а тешко да ће икада и везивати, настанак правне норме.

4. ОЦЕНА ДОКАЗА - ДОКАЗНА СНАГА ПОЈЕДИНИХ ДОКАЗА

799. Сагласно начелу слободне оцене доказа, Суд није везан посебним правилима о оцени доказа. Међутим, у пракси Суда су се искристалисала извесна правила или, можда боље речено, смернице о оцени појединих врста доказа.

800. Правила или смернице о којима је реч се тешко могу квалификовати као правна правила или као крута правна правила. Примеренија би била њихова квалификација као смерница, односно руководних начела чија примена или непримена може умногоме зависити од околности конкретног случаја.

801. У неколицини скорашњих пресуда Суд је сумирао разматрања из пређашњих предмета, указујући на правила или смернице којих се држао приликом оцене изведених доказа. Тако је у случају *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Суд је за потребе решавања конкретног спора, сумирао своју пређашњу праксу истакавши:

Оцена коју врши суд одређујући тежину коју ће дати појединим доказима може да наведе Суд да конкретан доказ одбаци као непоузан, или да неће да има доказну снагу како следи из праксе коју је следио, на пример у следећим случајевима- *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, pp. 9-10, paras. 11-13; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 39-41, paras. 59-73; and *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pp. 200-201, paras. 57-61. У наскоријем случају Суд је истако:

“Суд ће третирати са опрезом доказни материјал који је посебно припремљен за овај случај и такође материјале који произилазе из једног извора. Суд ће дати предности доказима насталим у време спорних догађаја (*contemporaneous evidence*) који потичу од лица која имају директна сазнања. Посебну пажњу ће посветити поузданим доказима

којима се признаје чињеница или понашање које је неповољно за државу коју представља особа која га износи (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 41, para. 64). Суд ће такође дати тежину доказима који нису, чак и пре покретања поступка пред Судом, били оспоравани од стране независних особа у погледу исправности онога што је у њима садржано. Суд, штавише, примећује да докази који су прибављени испитивањем особа које су биле директн укључне, и које су након тога биле подвргнуте унакрсном испитивању од стране судија које су веште у испитивању и имају искуства приликом оцене велике количине чињеничних информација, од којих су неке техничке природе, завређују посебну пажњу. Суд ће стога на одговарајући начин размотрити Извештај Портерове комисије, који је прикупљао доказе на тај начин. Суд даље примећује да, од његовог публиковања, није било оспоравања кредибилитета овог Извештаја, и ког су обе странке прихватиле.” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 35, para. 61. See also paras. 78-79, 114 and 237-242.)⁶²⁶

⁶²⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment of 26 February 2007, ICJ Reports 2007*. Paragraph 231. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, para. 64, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 35, para. 61. See also paras. 78-79, 114 and 237-242.),

4. 1. НАПОМЕНЕ О ПОДЕЛИ ДОКАЗА И ДОКАЗНОЈ СНАЗИ ПОЈЕДИНИХ ДОКАЗА

802. У претходним деловима ове студије већ смо указали на поделу доказа на посредне и непосредне и усмене и документарне доказе, тако да нећемо понављати оно што је напред речено о овим поделама. У овом одељку настојаћемо да изнесемо праксу Суда и наше коментаре у вези са питањем доказне снаге појединих категорија доказа које су се искристалисале у пракси Суда (с обзиром на њихове особености).

803. Један део доктрине заступа тезу да је подела доказа од ограниченог значаја, с обзиром на непостојање формалних правила о оцени доказа. Тако, на пример, Божидар Марковић истиче да је: „подела доказа изгубила је сваки правни значај јер теорија слободног судијског уверења не поставља никаква правила о снази доказа, већ све оставља уверењу судије, те је стога и потреба сасвим непотребна,⁶²⁷ и додаје да је ово још јасније из излагања о појединим врстама доказа.

804. Уместо о подели доказа, чини се да је примереније говорити о поједним категоријама доказа, с обзиром на неке од њихових специфичности, на пример с обзиром на њихову форму или природу информације коју садрже. У овом одељку нећемо се бавити свим могућим «категоријама доказа» будући да то није нужно за сврхе наше расправе, већ ћемо се осврнути само на оне категорије доказа које су се у пракси Суда показале било као проблематичне, или у погледу којих је Суд формулисао, мање или више, јасне смернице. Разматрања у вези са доказном снагом појединих врста доказа (на пример, пресуда и других материјала међународних кривичних трибунала) ради избегавања непотребних понављања, размотрићемо у делу ове студије који је посвећен проблемима доказивања у контексту пролиферације међународних судова и трибунала.

⁶²⁷ Др. Божидар Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Издавачка књижара Геце Кона, Београд, Стр.100

4.1.1. Појам, класификација и преодминантност документарних доказа

805. Статутом и Правилником Суда није дата дефиниција документарних доказа, што вероватно указује на општи став да странкама не треба наметати рестрикције у погледу врсте материјала које могу предочити Суду као доказе. Прецизно дефинисање документарних доказа са собом би могло да повуче потребу да се поред поделе доказа на писмене и усмене уведу и друге поделе (за које нема основа с обзиром на начин извођења доказа), или би могла да доведе до тога да буде сувише неодређена, па тиме и бескорисна, или превише рестриktivна, што би имало потенцијал да неоправдано ограничи странке у погледу врсте материјала који могу предочити Суду. И доктрина међународног права се ретко бави иоле прецизнијим дефинисањем документарних доказа.

806. Документарне доказе, како се схватају у пракси Суда, одликује богатство форми које је тешко класификовати. Практика Суда пружа основ за закључак да се под појмом документа или документарних доказа подразумевају сви они предмети (за разлику од лица која свој исказ дају усмено у судници) који могу да послуже као доказно средство у поступку пред Судом, без обзира на њихову форму. Тако се појам документарних доказа обухвата најразличитија јавна и приватна документа, новинске чланке, књиге или одломке из књига, а која су обично у папирном облику, затим релативно новије форме документарних доказа као што су на пример фотографије (фото документација), електронски записи, аудио и видео материјали (аудио и видео документација), писмене изјаве, сателитски снимци итд.

807. Извршити исцрпну поделу документарних доказа је свакако сизифов посао од малог практичног значаја. И у пракси Суда се пробава навођењу документарних доказа не према неком унапред дефинисаном класификационом критеријуму већ према потребама конкретног случаја.⁶²⁸

⁶²⁸ Примера ради у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 2007 Суд је једноставно изнео: "The Parties submitted a vast array of material, from different sources, to the Court. It included reports, resolutions and findings by various United Nations organs, including the Secretary-General, the General Assembly the Security Council and its Commission of Experts, and the Commission on Human

808. Као пример непотпуне класификације документарних доказа можемо навести класификацију коју врше Riddel и Plant, који истичу (мада напомињу да је реч о грубој таксономији) да у поступку пред Међународним судом правде „документарни докази генерално подпадају под следеће основне категорије: уговори и конвенције, документи и извештаји међународних организација, записници, инструменти и изјаве националних институција, мапе и картографски материјали, новински извештаји, афидавит, фотографије, филмови и аудио визуелни докази, историјска и колонијална документа.“⁶²⁹

809. Већ је на први поглед приметно да је класификација извршена без неког јасног критеријума, мада аутори тврде да је реч о „основним категоријама“ документарних доказа. Примера ради записници су такође и документа међународних организација. „Историјска и колонијална документа“ лако могу да се сврстају у неку од других класификационих група, филмови свакако спадају у аудио-визуелне материјале, док су из класификације изостављена приватна документа (на пример ратни дневници или личне белешке државних званичника), документа најразличитијих државних органа итд.

810. Пред судовима и трибуналима који решавају међудржавне спорове преобладају документарни докази, док се извођењу усмених доказа ретко прибегава. Преобладајућа позиција документарних доказа (у односу на усмене доказе) је одлика природе поступка, као и природе предмета спора и странака. Наиме, документарни докази се изводе у току писмене фазе поступка, као анекси поднесака странака, и аутоматски су саставни део списка предмета. Усмена фаза се по правилу ограничава на изношење аргументације странака, и у највећем броју случајева добија форму изношења «завршне речи». У току писмене фазе поступка, која је дизајнирана на начин да се идентификују спорна питања и кључни докази, често прибегавање усменим доказима чини сувишним.

Rights, the Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and the Special Rapporteur on Human Rights in the former Yugoslavia; documents from other intergovernmental organizations such as the Conference for Security and Cooperation in Europe; documents, evidence and decisions from the ICTY; publications from governments; documents from non-governmental organizations; media reports, articles and books. They also called witnesses, experts and witness-experts.” *Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports* Параграф 211

⁶²⁹ Riddel-Plant, op. cit., стр. 234.

4.1.2. Доказна снага новинских, телевизијских и сличних извештаја

811. Суд је у више предмета имао прилике да се бави оценом новинских и других случних извештаја (чланци објављени у дневним или периодичним публикацијама, књигама, билтенима, радио и телевизијским емисијама итд) ради утврђивања њихове доказне вредности. Јуриспруденција Суда је изградила одговарајуће критеријуме за оцену њихове доказне вредности, који их, у начелу, сврставају не у доказе који су подесни да се на основу њих стекне уверење у основаност чињеничне тврдње, већ као материјала приликом чије оцене треба изразити посебну пажњу и опрезност; материјала који, у највећем броју случајева могу да допринесу утврђивању чињенице у смислу поткрепљујућег доказа. Став је први пут формулисан у предмету *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*:

„Велики број докумената поднет је облику извештаја у новинским чланцима, а неки и у облику одломака из књига. Без обзира на то да ли их је поднела држава тужилац или одсутна страна у спору пре него што се повукла из поступка, Суд је водио рачуна о томе да их третира с великом дозом опреза; чак и када се учини да задовољавају високе стандарде објективности, Суд их не сматра доказима који су подесни да се посредством њих докажу чињенице, већ већ као материјале које ипак могу допринети, у неким околностима, поткрепити постојање неке чињенице, односно као илустративни материјал поред других извора доказа.“⁶³⁰

812. У даљем разматрању природе ових извора информација Суд је стао следеће на становиште:

Међутим, мада је сасвим прикладно да се новинске информације не сматрају као такве доказима за сврху судског поступка, *public knowledge* о некој чињеници се ипак може установити из ових извора информација. и суд им може придати одређену тежину таквом *public knowledge*. У предмету *United*

⁶³⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 62.*

States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Суд се позвао на чињенице које су „у свом највећем делу, биле познате јавности и које је широко пикривала светска штампа и радио и телевизијски извештаји из Ирана и других земаља. (I.C.J. Reports 1980, p. 9, para. 12). На основу ових информација, укључујући ту новински и емитовани материјал, који је био „потпуно конзистентан и сагласан са главним чињеницама и околностима случаја“ Суд је био у могућности да констатује да је уверен да су чињеничне тврдње основане. (ibid., p. 10, para. 13). Суд међутим треба да испољи изузетан опрез на овом подручју. Широко распрострањени извештаји о чињеницама могу се показати након ближе анализе да потичу из само једног извора, и такви извештаји, ма колико били бројни, у таквом случају неће имати већу вредност од оригиналног извора. Уз ову значајну резерву ови новински извештаји који су достављени Суду треба да буду испитани у циљу утврђивања чињеница у овом случају, а посебно да установи да ли су те чињенице биле општепознате. (public knowledge.)⁶³¹

813. Наведено разматрање указује на висок степен обазривости Суда приликом испитивања новинских и других сличних извештаја. Међутим, новинске и сличне извештаје одликује богатство форми. Телевизијски или новински извештај у коме се преноси конференција за штампу државног званичника или седница неког државног органа, у којој се дословно преноси садржина изјава не може се третирати на исти начин као, на пример, новински или ТВ извештај у коме се износе запажања и/или коментари новинара или репортера. Поред тога, ови извештаји могу послужити као доказ оних чињеница које државни органи, или лица која иступају у име државе, не скривају.⁶³²

⁶³¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 63.*

⁶³² Примера ради, у предмету *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Никарагва се позвала на новинске извештаје у циљу доказивања тврдње да су Сједињене Америчке Државе изводиле војне маневре зајено са оружаним снагама Хондураса на територијски Хондураса у близини границе са Никарагвом. Суд је закључио:

„As evidence of these maneuvers having taken place, Nicaragua has offered newspaper reports; since there was no secrecy about the holding of the maneuvers, the Court considers that it may treat the matter as one of public knowledge, and as such, sufficiently established.“ *Military and Paramilitary Activities*

814. Посебну опрезност приликом оцене ових доказа треба испољити приликом утврђивања да ли је информација која је у њима садржава широко распрострањена па и општепозната, и исправност те информације. Велики број новинских извештаја може пре да поткрепи чињеницу да је нека информација била широко распорстрањена, него њену исправност. (истинитост, утемељеност)

815. Приликом оцене конкретног извештаја или чланка, пракса Суда указује да Суд посебно обраћа пажњу на то да ли се у извештају у ком се износи нека чињеница наводи извор информација.⁶³³

816. Новински и други извештаји ипак могу бити и кључан доказ у поступку, уколико преносе изјаву државног званичника којом се износи информација која је неповољна за државу коју представља /на пример интервју или извештај са конференције за штампу и сл/.

in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 92

⁶³³ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para 136-137*

4.1.3 Изјаве државних званичника

817. Јуриспруденција Суда је јединствена у оцени доказне снаге изјава државних званичника којима се износе информације које су неповољне за државу коју тај званичник представља. У предмету *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, Суд је по први пут формулисао правило од ког није одступио у наредним предметима:

„Материјал који је изнет пред Суд обухвата и изјаве представника држава, понекад на највишем политичком нивоу. Неке од тих изјава дате су пред званичним органима државе или неке међународне или регионалне организације, а док се неке од њих појављују у званичним записницима тих тела. О другима, датим на конференцијама за штампу или у интервјуима, извештавала је локална или међународна штампа. Суд је мишљења да изјаве ове врсте, које потичу од високих политичких званичника, понекад и оних највишег ранга, имају посебну доказну вредност када потврђују чињенице или понашање, који су неповољни за државу коју представља особа која даје изјаву. Оне се тада могу сматрати једним обликом признања чињенице...⁶³⁴

⁶³⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 65*

У предмету *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Суд је разматрао доказну снагу изјава виших војних званичника и истакао: *The Court finds that most evidence of events in this period is indirect and less reliable than that which emerges from statements made under oath before the Porter Commission. The Court has already noted that statements “emanating from high-ranking official political figures, sometimes indeed of the highest rank, are of particular probative value when they acknowledge facts or conduct unfavourable to the State represented by the person who made them” (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 41, para. 64).* The Court believes the same to be the case when such statements against interest are made by senior military officers given the objective circumstances in which those statements were taken. Accordingly, the Court finds it relevant that before the Porter Commission, Brigadier General Kazini, who was commander of the Ugandan forces in the DRC, referred to “the capture of Beni, that was on 7 August 1998” *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para. 78*

818. Поред овог општег става о доказној снази изјава државних званичника, Суд је указао и на опрезност коју треба испољити приликом њихове оцене:

„мора узети у обзир на који су начин дате изјаве доспеле у јавност; очигледно је да их не може третирати тако да имају исту доказну вредност независно од тога да ли је текст објављен у званичној националној или међународној штампи, или у књизи или дневном листу. Такође мора се обратити пажња на то да ли је текст дате изјаве објављен на језику који је користио њен аутор или је реч о њеном преводу (cf. I.C.J. Reports 1980, str. 10, пара. 13)... Надаље, понекад је било неизбежно да Суд тумачи такве изјаве како би се прецизно уврдио у ком степену оне представљају потврду неке чињенице.“⁶³⁵

819. Основ за придавање доказне снаге изјавама државних званичника којима се износе чињенице која је за државу неповољне лежи у разматрању да високи војни и државни званичници имају дужност да штите интересе државе и да је неће олако довести у неповољну позивију или изложити међународној одговорности. У случају *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Суд је своје становиште о доказној снази изјава државних званичника које нису у складу са интересима државе коју тај званичник представља образложио на следећи начин:

„Члан владе дате државе која је ангажована, не само у међународном судском поступку, већ и у судском поступку који се односи на оружани сукоб, вероватно ће тежити да се идентификује са интересима своје државе, и биће анксиозан када даје исказе којима се не износи ништа што би могло да се покаже као противно њеном циљу. Суд стога сматра да, сасвим извесно, може да прихвати као доказе оне делове изјава које дају министри, усмено или писмено, а за које се може сматрати да су противни интересима или тврдњама државе којој он дугује верност, или се односе на питања која нису предмет оспоравања. У погледу осталих изјава, док се ни на који начин не доводи у

⁶³⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 64.*

питање част и искреност министара ма које странке, а који се појављује као сведок, Суд самтра да посебне околности овог случаја захтевају да се ови докази третирају уз велику дозу резерве.⁶³⁶

820. Изјава државног званичника којом се признаје чињеница која је за његову државу поповољна може да буде предмет оспоравања. Приликом оцене оваквих доказа, као показује скорашња пракса, Суд узима у обзир и да ли је странка којој та изјава не иде у прилог оспоравала њену аутентичност или тачност. Тако је Суд, у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, испитујући да ли је Србија испунила своју обавезу сарадње са Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију резонано на следећи начин:

... питање на које Суд мора да одговори је да ли је тужена странка испунила у потпуности своју дужност сарадње са Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију, посебно дужност да ухапси и преда Трибуналу ма које особе које су оптужене за геноцид због геноцида у Сребреници и њиховог проналажења на њеној територији. С тим у вези, Суд примећује, прво, да је током усмене фазе поступка, тужена држава изнела да је испуњена обавеза сарадње након промене режима у Београду 2000. године, што имплицира признање да то није био случај пре тог периода. Понашање органа Савезне Републике Југославије пре промене режима ангажује одговорност државе у истој мери као и државних власти од тог датума. Даље, Суд не може да поступи другачије но да прида извесну тежину, многим и узајамно поткрепљујућим, информацијама које сугеришу да се генерал Младић, који је оптужен од стране Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију за геноцид као један од оних особа које су главни одговорни за сребреничке масакре, налазио на територији тужене државе најмање у неколико наврата и у значајном временском периоду током последњих неколико година и да се и даље тамо налази, а да српске власти нису учиниле ништа од онога што су разумно могле да учине да би утврдиле да ли се он тамо и даље налази и да га

⁶³⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, para. 70,

ухапсе. Посебно, заступник тужиоца позвао се током усмене расправе на изјаву коју је дао министар иностраних послова тужене државе, а која је објављена у националној штампи априла 2006., према којој обавештајне службе државе знају где Младић живи у Србији, али не информишу власти које су надлежне за његово хапшење због тога што су извесни припадници тих служби наводно остали лојални том бегунцу. Аутентичност и тачност ове изјаве тужена држава у то време није оспоравала. Ово се Суду чини довољним да установи да тужена држава није испунила своју дужност сарадње са Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију.⁶³⁷

821. Управо наведено разматрање Суда је само потврда да је држава субјект међународног права и да на питање њене међународне одговорности не утиче евентуална промена носилаца власти, њеног правног или политичког система. Изјаве државних званичника, њеног војног и политичког руководства, приписују се држави чији су они службеници, при томе, ако је реч о информацијама које се тичу аката државе, од малог је значаја да ли ју је државни званичник дао у склопу вршења државне функције. Уколико држава којој изјава њеног (актуелног или бившег) званичника не иде у прилог, истиче чињничну тврдњу која није у сагласности са датом изјавом, треба да изнесе пред Суд адекватне доказе којима је барем доводи у сумњу или да пружи одговарајуће објашњење.

4.1.4 Извештаји званичних или независних тела, комисија, органа међународних организација, невладиних организација, државних органа и сл.

822. У поступцима пред Међународним судом правде, државе као доказе предочавају најразличитије извештаје међународних организација, комисија, и

⁶³⁷ *Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 448-449.*

других „тела.“ Њихова поузданост и доказна снага варира у зависности од низа фактора, међу којима и становиште странака о њиховој доказној снази.

823. У недавној јуриспруденцији Суд је указао на критеријуме којима се руководи приликом оцене ових доказа. Тако је у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Суд истакао:

Суду се такође ослонио на бројне изештаје званичних и независних тела у којима је дат преглед релевантних догађаја. Њихова /доказна/ вредност зависи, између осталог, (1) извора елемента доказа (на пример, да ли је следбенички или неутралан), (2) процеса његовог настанка (на пример, да ли је реч о анонимном новинском извештају или продукт анониман извештај у штампи или производ темељног судског поступка или поступка који је сличан судском поступку) и (3) квалитета или природе одређене ставке (као што је изјава која је дата противно сопственим интересима, да ли је реч о чињеницама у погледу којих постоји сагласност или које нису оспораване).⁶³⁸

824. У више предмета, Суд је посебно истакао да

“Суд ће ... дати одређену тежину /доказну снагу/ доказима који нису били, чак би пре овог судског поступка, оспоравани од стране непристрасних особа у погледу тачности онога што они садрже. Штавише, Суд сматра да посебну пажњу завређују докази који су прибављени испитивањем особа које су биле директни учесници /у спорним догађајима/, а које су биле подвргнуте унакрсном испитивању, пред судијама који су веште у испитивању и које имају искуство у погледу оцене велике количине информација, од којих су неке техничке природе. Суд ће тако посветити одговарајућу пажњу Извештају Портерове комисије, који садржи доказе који су прибављени на тај начин. Суд даље констатује да од његовог објављивања, његов кредибилитет није оспораван, и да га прихватају обе странке..“⁶³⁹

⁶³⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2000, para 227

⁶³⁹ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para. 61.

825. Међутим, приликом оцене поузданости и доказне снаге оваквих извештаја, ваља напоменути да се елементе који указују на њихову доказну вредност Суд оцењује на основу изведених доказа. Другим речима, на странкама је да износе аргументацију и доказе којима поткрепљују своје тезе којима настоје да оспоре веродостојност одређеног извештаја.

826. Посебну пажњу у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* је поклоњена Извештају генералног секретара УН, под називом «Пад Сребренице», који је поднесен Генералној скупштини УН новембра 1999 године.⁶⁴⁰ Приликом оцене доказне вредности овог извештаја Суд је разматрао мноштво елемента, почевши од обухватности извештаја (квалификујући га као свеобухватан извештај), преко извора који су коришћени за његово сачињавање и методологије настанка, као и да ли је тај извештај оспораван од стране независних ауторитета. Поузданост извештаја Генералног секретара „Пад Сребренице“ Суд је прокоментрисао, између остлог, екстензивно цитирајући делове извештаја у којима је приказана методологија његовог настанка, извори на које се ослањао,⁶⁴¹ али без упоређивања његове садржине са

⁶⁴⁰ UN Doc. No. A/54/549.

⁶⁴¹ 228. Member States and others concerned had been encouraged to provide relevant information. The Secretary-General was in a very good position to prepare a comprehensive report, some years after the events, as appears in part from this description of the method of preparation:

“This report has been prepared on the basis of archival research within the United Nations system, as well as on the basis of interviews with individuals who, in one capacity or another, participated in or had knowledge of the events in question. In the interest of gaining a clearer understanding of these events, I have taken the exceptional step of entering into the public record information from the classified files of the United Nations. In addition, I would like to record my thanks to those Member States, organizations and individuals who provided information for this report. A list of persons interviewed in this connection is attached as annex 1. While that list is fairly extensive, time, as well as budgetary and other constraints, precluded interviewing many other individuals who would be in a position to offer important perspectives on the subject at hand. In most cases, the interviews were conducted on a non-attribution basis to encourage as candid a disclosure as possible. I have also honoured the request of those individuals who provided information for this report on the condition that they not be identified.” (A/54/549, para. 8.)

229. The chapter, "Fall of Srebrenica: 6-11 July 1995", is preceded by this note:

"The United Nations has hitherto not publicly disclosed the full details of the attack carried out on Srebrenica from 6 to 11 July 1995. The account which follows has now been reconstructed mainly from reports filed at that time by Dutchbat and the United Nations military observers. The accounts provided have also been supplemented with information contained in the Netherlands report on the debriefing of Dutchbat, completed in October 1995, and by information provided by Bosniac, Bosnian Serb and international sources. In order to independently examine the information contained in various secondary sources published over the past four years, as well to corroborate key information contained in the Netherlands debriefing report, interviews were conducted during the preparation of this report with a number of key personnel who were either in Srebrenica at the time, or who were involved in decision-making at higher levels in the United Nations chain of command." (A/54/549, Chap. VII, p. 57.)

The introductory note to the next chapter, "The Aftermath of the fall of Srebrenica: 12-20 July 1995", contains this description of the sources:

"The following section attempts to describe in a coherent narrative how thousands of men and boys were summarily executed and buried in mass graves within a matter of days while the international community attempted to negotiate access to them. It details how evidence of atrocities taking place gradually came to light, but too late to prevent the tragedy which was unfolding. In 1995, the details of the tragedy were told in piecemeal fashion, as survivors of the mass executions began to provide accounts of the horrors they had witnessed; satellite photos later gave credence to their accounts.

The first official United Nations report which signalled the possibility of mass executions having taken place was the report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, dated 22 August 1995 (E/CN.4/1996/9). It was followed by the Secretary-General's reports to the Security Council, pursuant to resolution 1010 (1995), of 30 August (S/1995/755) and 27 November 1995 (S/1995/988). Those reports included information obtained from governmental and non-governmental organizations, as well as information that had appeared in the international and local press. By the end of 1995, however, the International Tribunal for the Former Yugoslavia had still not been granted access to the area to corroborate the allegations of mass executions with forensic evidence.

The Tribunal first gained access to the crime scenes in January 1996. The details of many of their findings were made public in July 1996, during testimony under rule 60 of the Tribunal's rules of procedure, in the case against Ratko [sic: Ratko] Mladić and Radovan Karadžić. Between that time and the present, the Tribunal has been able to conduct further investigations in the areas where the executions were reported to have taken place and where the primary and secondary mass graves were reported to have been located. On the basis of the forensic evidence obtained during those investigations, the Tribunal has now been able to further corroborate much of the

доказима који су изведени у поступку пред Судом, и без критичког осврата на природу закључака и друге елементе извештаја.

827. Исто као и када је реч о извештају Портерове комисије, на који се Суд ослонио у предмету *Armed Activities on the Territory of the Congo*, и у погледу извештаја „Пад Сребренице“ Суд је констатовао да „није оспораван његов кредибилитет.“ Међутим, и у овом делу питање оспоравања кредибилитета или тачности података садржаних у извештају је деликатно питање, које Суд цени на основу изведених доказа. Пресуда Суда не пружа основа за закључак да је Суд истраживао, примера ради да ли се чињенични налази из извештаја „Пад Сребренице“ подударају са чињеничним налазима пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (донесеним у предметима Тужилац против Крстића, Тужилац против Благојевића и Јокића) или са доказима који су нашли своје место у спису предмета.

828. Придавање изузетне доказне снаге извештају Портерове комисије у предмету *Armed Activities on the Territory of the Congo* и извештају генералног секретара под називом „Пад Сребренице“ у предмету, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, битно је детерминисамо становиштима странака у погледу њихове доказне снаге, те да ни један од њих није оспоравала ове извештаје као такве, указујући, на пример на евентуалне мањкавости методологије њиховог настанка, коришћених извора, начина оцене или тумачења појединих докумената и сл.

testimony of the survivors of the massacres. On 30 October 1998, the Tribunal indicted Radislav Krstić, Commander of the BSA's Drina Corps, for his alleged involvement in those massacres. The text of the indictment provides a succinct summary of the information obtained to date on where and when the mass executions took place.

The aforementioned sources of information, coupled with certain additional confidential information that was obtained during the preparation of this report, form the basis of the account which follows. Sources are purposely not cited in those instances where such disclosure could potentially compromise the Tribunal's ongoing work." (*Ibid.*, Chap. VIII, p. 77.)

The care taken in preparing the report, its comprehensive sources and the independence of those responsible for its preparation all lend considerable authority to it. As will appear later in this Judgment, the Court has gained substantial assistance from this report.

829. Смернице које је Суд формулисао у овим случајевима се, међутим, морају разматрати са изузетном дозом резерве, будући да ни једна од странака није осправала извештаје на које се Суд ослонио приликом доношења коначне пресуде. Поставља се питање, да ли би странци која би осправала кредибилитет или доказну снагу сличних извештаја требало омогућити, да, уколико затражи, на пример да јој буду достављена сва документа која су коришћена приликом њиховог настанка, као и да се пруже одговарајући докази о околностима њиховог настанка, њиховим ауторима и сл. Посебно, уколико би се једна од странака позивала на случне извештаје, поставља се питање да ли би странци која тај извештај оспорава требало омогућити да унакрсно испита ауторе тог извештаја.

830. Можемо само шпекулисати, како би Суд поступио, у хипотетичкој ситуацији, да је Србија, након што се Босна и Херцеговина позвала на извештај „Пад Сребренице,“ захтевала да се обелодане имена аутора и лица која су учествовала у прикупљању доказа, на пример која су интервјуисала особе чија се имена наводе у у Пирлогу II Извештаја,⁶⁴² као и све изјаве ових особа које су прикупљене у датом временском периоду, као и да изнесе аргумент да оне нису подвргнуте унакрсном испитивању, указујући на пример на потенцијалну пристраност, њихову умешаност у извесне спорне догађаје, дужност лојалности одређеној држави или пристрасност коју су испољавали за време оружаног сукоба фаворизући одређену ратујућу страну, итд.

831. У предмету *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* поставило се питање и других извештаја чија релевантност и доказна снага је била спорна. Посебну пажњу Суд је посветио разматрању извештаја невладиних организација. По својој форми, методу настанка и другим елементима можемо говорити о богатству форми ових извештаја и различитом степену њихове потенцијалне доказне снаге.

⁶⁴² Особе са којима је обављен разговор у периоду од априла до октобра 1999.

832. Питање доказне снаге извештаја невладиних организација се поствило у предмету *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, у вези са извештајем невладине организације Међународна кризна група (International Crisis Group)⁶⁴³ под насловом „How Kabala Lost his Way” на који се позвала Уганда у циљу доказивања тврдње да се председник Конга, г. Кабила, састајао са суданским званичницима током 1998 године, и да је Судан учествовао или давао подршку Демократској Републици Конго.

833. Суд је размотрио извештај и донео следећи закључак:

„Суд примећује да му нису поднесени докази *на које би се могло ослонити* пред ради утврђивања да је постојао споразум између ДР Конга и Судана да учествују или да подржавају војне акције против Уганде; или да је ма која радња Судана (која је по себи чињенично неизвесна) била такве природе да оправдава тврдњу Уганде да је деловала у самоодбрани.”⁶⁴⁴

834. Посебан проблем у вези са извештајима невладиних организација је да ли се они, уколико су објављени (а по правилу јесу било у штампаном облику било на веб сајтовима невладиних организација) могу сматрати, за потребе доказивања пред Судом, лако доступним публикацијама. Другим речима, да ли је неопходно да они буду приложени као анекси поднесака странака, и да ли је неопходно да буду уврштени у спис предмета пре него се заинтересована странка на њих позове у току усмене расправе. Сматрамо да на постављено питање треба дати потврдан одговор, иако је пракса Суда склона да их третира као „лако доступне публикације“ у смислу члана 54 Правилника Суда. Наиме, с обзиром на број и активност међународних невладиних организација, те да су у питању организације чијем раду државни органи не морају да поклањају посебну пажњу, предочавање ових извештаја у касним фазама поступка би могло да се третира и као „доказ изненађења,” или да послужи као елемент за тактизирање у току поступка. Поред тога, само разматрање ових извештаја, који често могу бити веома обимни, захтева да се испитају околности које се везују за ауторство

⁶⁴³„How Kabala Lost His Way”; August 1998, “North Kivu, into the Quagmire” 1999

⁶⁴⁴Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, 19 December 2005, para. 130.

извештаја, већ и методологија којом је извештај израђен, документација која се користила приликом његове израде, и други елементи.

835. Посебан проблем са извештајима невладиних организација може да буде и сврха израде извештаја, да ли је израђен управо ради коришћења пред Судом, у пропагандне сврхе, као подршка одређеној групацији или спровођењу одређене политике и сл., а што може да буде од великог утицаја приликом оцене њихове поузданости и доказне снаге.

836. Уколико се као доказ користи извештај међународне невладине организације, поставља се питање потребе да се аутор(и) извештаја позову ради давања исказа, било ради аутентификације извештаја, било ради пружања других информација везаних за његов настанак, а свакако би странци која износи тезе које нису у сагласности са извештајем невладине организације требало омогућити да унакрсно испита аутора извештаја (било ради добијања одговарајућих појашњења било ради побијања извештаја) на исти или сличан начин на који се унакрсно испитују експерти. Наведени проблем за собом повлачи и низ других проблема. Наиме, невладине организације нису обавезне да се повинују наредбама Суда (на пример уколико је упућен позив невладиној организацији да се идентификује аутор извештаја, доставе додатна објашњења или да аутори извештаја дају свој исказ пред Судом), нити би било примерено да Суд издаје наредбе странкама да обезбеде присуство представника невладине организације у циљу давања исказа пред Судом.

4.1.5 Mane

837. У пракси Суда и арбитражних трибунала питању поузданости и доказне снаге мапа (и другог картографског материјала) посвећена је знатна пажња⁶⁴⁵, као доказа који се, за различите сврхе, користе претежно у територијалним и граничним споровима.

⁶⁴⁵ У доктрини је овом питању такође посвећена велика пажња, и становишта су углавном заснована на пресудама и разматрањима Суда. У погледу доказне снаге мапа можемо уочити

838. Доказна снага мапа зависи од низа околности, почевши од њихове техничке поузданости и прецизности, начина настанка, да ли је реч о званичним или приватним мапама, у зависности од њеног извора итд. Богату јуриспруденцију не само Суда већ и арбитражних трибунала по питању доказне снаге мапа, Суд је сумирао у пресуди коју је донео у предмету *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*:

Сваки пут када се користе приликом делимитације границе или у међународном територијалном спору, мапе представљају само информације чија тачност варира од случаја до случаја; саме по себи, и на основу самог постојања, оне не могу да конститую територијални основ, то јест, документом међународно право даје суштинску правну снагу за сврху утврђивања територијалних права. Наравно, у неким случајевима мапе могу стећи такву правну снагу, али тамо где је то случај правна снага не проистиче само из њихових интринстичких особина: то је због тога што такве мапе спадају у ону категорију физичког изражавања воље односне државе или држава. То је случај, на пример, када се мапе приложе уз званичан текст уговора чији су интегрални део. Сем у овом јасно дефинисаном случају, мапе представљају само спољни доказ / *extrinsic evidence*/ чија поузданост или непоузданост варира и који се може користити, заједно са другим посредним доказима, ради утврђивања или реконструкције стварних чињеница.⁶⁴⁶

потпуну сагласност између становишта која су изражена у доктрини и јуриспруденцији. Види на пример: Hyd, Charles Cheny: *Maps as Evidence in Boundary Disputes*, *American Journal of International Law*, Vol. 27, No2, 1933., Amerashinghe, *Evidence in International Litigation*, Leiden, 2005, стр. 225-279., Sandifer, *Evidence before International courts and Tribunals*, 1975, стр. 229 , Chuwrah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, 1967, стр. 224-226. *Island of Palmas*, *Award of the Tribunal, Permanent Court of Arbitration, The Hague, 4 April 1928*, стр. 10., *Case Concerning The Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962*, стр. 21. *Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali). Judgment* , 22. December 1986, *ICJ Reports 1986* , параграф 64-65, *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Judgment, Merits, ICJ Reports 2001*,

⁶⁴⁶ *Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali) ICJ Reports 1986*, стр. 582

839. Посебну доказну вредност мапе имају уколико чине саставни део (одн анекс) уговора. Међутим, у случају несагласности између текста уговора и информација које садржи мапа, предност се даје тексту уговора. Мапе такође, иако не представљају уверљив доказ, могу да послуже као поткрепљујући доказ од значаја за тумачење међународног уговора, посебно уколико информације које садрже нису у супротности са другим изведеним доказима. Примера ради, у предмету *Delimitation of the Polish-Czechoslovakian Frontier (Question of Javorzina)* Суд је обраложио због чега се одлањао на извесне мапе приликом утврђивања релевантних чињеница, на следећи начин:

„Истина је да мапе и њихове легенде /попис и објашњење знакова који се користе на мапи/ се не могу сматрати уверљивим доказом, независно од текста уговора или одлуке, али у овом случају оне потврђују на посебно уверљив начин закључке који се изводе из документа и из њихове правне анализе, и оне свакако нису у супротности са ма којим од тих докумената.“⁶⁴⁷

4.1.6 Affidavit, писмене изјаве сведока

840. Афидавт су писмене изјаве сведока, које су, по правилу, оверене од стране нотара или надлежног државног органа и често су дате под заклетвом. Реч је о документарним доказима који представљају један од облика изјаве сведока. Суд сматра са affidavit не представља „функционални еквивалент усменог сведочења пред Судом.“⁶⁴⁸ У досадашњој пракси Суда и арбитражној пракси овим доказима је придаван мали доказни значај, између осталог (али не и искључиво), због тога што сведок није подвргнут унакрсном испитивању.⁶⁴⁹ Тако је Anglo-

⁶⁴⁷ Advisory Opinion, PCIJ Reports 1933, PCIJ Ser. B, No. 8, стр. 33

⁶⁴⁸ Riddel-Plant, op. cit., стр. 280.

⁶⁴⁹ „... regarding the affidavits, the Court considered them as a form of witness evidence, but one not tested by cross-examination. Its value as testimony is therefore minimal.“ *Dissenting Opinion of Judge Torres Bernárdez, Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment of March 16, 2001*, para 36.

Mexican Tribunal (1926) istакао да „непоткрепљени affidavit-и подносиоца захтева имају... веома дефектну природу...и да само у најређим изузетним случајевима могу бити прихваћени као довољан доказ.“⁶⁵⁰

841. Није искључиво форма у којој је дат исказ сведока фактор од значаја за оцену њене доказне снаге. Други елементи, који се тичу садржине изјаве, такође могу бити од значаја приликом оцене њихове доказне вредности.⁶⁵¹ У скорашњој јуриспруденцији Суд је формулисао критеријуме оцене доказне вредности писмених изјава сведока. Формулација ових критеријума дата је у пресуди коју је Суд донео у случају *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*) и представља сумирање јединствене јуриспруденције Суда по овом питању.⁶⁵² Наиме, Суд је резонувао на следећи начин:

...Суд сматра да изјаве сведока које су дате у форми affidavit-а треба разматрати са опрезом. Приликом оцене... affidavit-а Суд мора да узме у обзир бројне факторе. Они укључују, да ли су ове изјаве дали државни званичници или приватне особе које нису заинтересоване за исход поступка, као и да ли

⁶⁵⁰ Hackworth, *International Law*, vol.VI, стр. 104.

⁶⁵¹ Чињеница да писмена изјава сведока који није позван да сведочи пред Судом или трибуналом има, по правилу, малу доказну вредност, посебно због тога што није подвргнута унакрсном испитивању, није апсолутна. Као и када је реч о осталим доказима, на Суду је, да ценећи све околности датог случаја установи колику ће доказну снагу приписати писменој изјави сведока. Hackworth, *op.cit.*, стр. 105.

⁶⁵² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, I.C.J. Reports 1986, para. 68): Dissenting Opinion of Judge Torres Bernárdez, Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (*Qatar v. Bahrain*), Merits, Judgment of March 16, 2001, para 36. The Vice-Minister of the Interior was also the author of one of the two declarations annexed to the Nicaraguan Memorial on the merits, the author of the other being the Minister for Foreign Affairs. On the United States side, an affidavit was filed sworn by the Secretary of State. These declarations at ministerial level on each side were irreconcilable as to their statement of certain facts. In the view of the Court, this evidence is of such a nature as to be placed in a special category. In the general practice of courts, two forms of testimony which are regarded as prima facie of superior credibility are, first the evidence of a disinterested witness - one who is not a party to the proceedings and stands to gain or lose nothing from its outcome - and secondly so much of the evidence of a party as is against its own interest.: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, I.C.J. Reports 1986, para. 69

конкретан affidavit потврђује постојање неке чињенице или представља само мишљење о извесним догађајима. Суд констатује да у извесним случајевима докази настали у периоду у ком су настале и релевантне чињенице (contemporaneous evidence) могу имати посебну тежину /доказну снагу/. Affidavit који је дат под заклетвом пред државним органом у каснијем временском периоду имаће мању тежину /доказну снагу/ него affidavit који је дат у време настанка релевантне чињенице. Под неким другим околностима, уколико није било разлога да приватна особа да свој исказ раније, affidavit који је припремљен за сврху коришћења у судском поступку Суд ће детаљно размотрити- да ли је оно што је у њима садржано дато под утицајем онога ко је узимао изјаву, као и да ли је дата ради постизања наведене користи. Стога, Суд неће наћи да је, као такво, непримерено да да прихвати affidavit који је дат ради коришћења у поступку пред Судом уколико се у њима износи лично знање одређеног појединца. Суд ће такође узети у обзир својство или могућност сведока да сведочи о одређеној чињеници, на пример, изјава надлежног државног званичника која се тиче граничних линија може имати већу снагу него изјава коју је под заклетвом дала приватна особа.⁶⁵³

4.1.7 Декларације, предлози и признања која су странке учиниле током преговора као докази пред Судом

842. У пракси Суда је неспорно, како је истакао још Стални суд међунаорне правде у предмету *Factory at Schorzow*:

”Суд не може узети у обзир изјаве, признања или предлоге које су стране можда дале за време директних преговора, уколико ти преговори нису довели до потпуног споразума.”⁶⁵⁴

⁶⁵³ Jugement ,ICJ Reports 2007, para 244.

⁶⁵⁴ Judgment, Merits, PCIJ Reports, Ser. A, No. 17, para. 51.

У предмету Frontier Dispute (Burkina Fasso/Mali) Суд је резонувао на следећи начин

843. Поједини аутори наведено становиште Суда наводе као пример недопуштености доказа.⁶⁵⁵ Међутим, сматрамо да овде није реч о питању допуштености доказа (о допуштености доказа у праву и пракси Суда било је речи раније) већ о њиховој релевантности или тежини која им се може придати приликом одлучивање у меритуму. Наиме, износећи предлог, декларацију или признање у току преговора који није резултирао закључењем споразума, странка није преклудирана да у судском поступку (или другим преговорима) износи другачија становишта. Природа преговора као начина решавања спорова (или постизања споразума) се знатно разликује од судског начина решавања спорова, и не ретко подразумева, не установљавање кокретних чињеница, већ трагање за солуцијом која је прихватљива за све учеснике у преговорима. Стога и изјаве које би се могле квалификовати као признање, предлог, тврдња и сл. се не могу са потребним степеном сигурности користити као докази ради установљавања чињеница.⁶⁵⁶

„In its Memorial Mali emphasized that the only authority with jurisdiction at the time to make a definitive settlement of frontier problems was the Standing Joint Commission, on which sat the Ministers of the Interior of both countries. From this it argues that all the agreements concluded at the level of commandants de cercle which were not confirmed subsequently by that Commission must be treated as ineffectual. The Chamber agrees that such agreements, not approved by the competent authorities of each Party, do not have the binding force of a convention. Moreover, the Chamber has no intention of departing from the firmly established rule that

"The Court cannot take into account declarations, admissions or proposals which the Parties may have made during direct negotiations between themselves, when such negotiations have not led to a complete agreement." (Factory at Chorzów, Merits, P.C. 1. J., Series A, No. 17, p. 51.)

The Chamber however considers that it is entitled to take note of certain facts which emerge from a document submitted to the Chamber by each Party as an annex to a written pleading, that is, as one of the "relevant documents adduced in support of the contentions contained in the pleading" (Art. 50, para. 1, of the Rules of Court). Thus the Chamber observes that the commandants of the adjacent cercles of Douentza and Djibo each took a certain view; above all, they agreed that the pool of Soum was a "frontier pool", which had to be divided between the two *cercles*." ICJ Reports 1986, para. 147

⁶⁵⁵ Riddel, Plant, op. cit., стр.154, Ameraschinghe, op. cit., стр. 174.

⁶⁵⁶ У специјалним споразумом чијом нотификацијом је покренут поступак у предмету *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)* посебно је предвиђено да „Neither party shall introduce into evidence or argument, or publicly disclose in any manner, the nature or content of the proposals directed to a maritime boundaries settlement, or responses

844. Поред тога, јуриспруденција Суда је јединствена у погледу тога да да вођење преговора у доброј вери подразумева уважавање позиције других страна у преговорима, те код обавезе да се преговори воде у доброј вери наглашава се да «овај захтев није испуњен, на пример, када једна од странака „инсистира на својој позицији без разматрања могућности да је измени.“⁶⁵⁷ Стога, предлози, признања и декларације које су учињене током преговора, ради постизања споразума, било ради удовољавања интересима друге странке или из било ког другог разлога, не могу се сматрати релеватним у поступку судског начина решавања спорова који се заснива на сасвим другачијим потулатима.

845. Горе наведено резонување Суда, да се не може ослонити на изјаве странака које су дате у току преговора који није довео до закључења споразума не треба схватити као апсолутно правило, које би произвело ефекат идентичан оном које производи квалификација неког доказа као недопуштеног. Примера ради, сам спор се може тичати тога да ли су преговори вођени у доброј вери, и у том случају, изјаве, предлози и признања странака могу представљати не само доказе већ и сам предмет доказивања. Другим речима, иако се њима не могу доказивати чињенице на које се изјаве, предлози и признања односе, ови предлози, признања и изјаве могу бити релевантне чињенице од значаја за решавање спора. Поред тога, у околностима конкретног случаја, овако дате изјаве или признања могу бити од значаја за установљавање разлога (који могу бити релевантни у неком случају) због којих је, на пример, једна од страна и преговорима деловала на одређен начин, да ли су одређене околности обухваћене њеним знањем и сл. Примера ради, може се поставити питање да ли држава приликом доношења одређених одлука који се не тичу преговора може да се ослони на признање или

thereto, in the course of negotiations or discussions between the parties undertaken since 1969”Article V (1) Special agreement of 25 November 1981.

⁶⁵⁷ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 47, para. 85; see also *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010*, para. 146, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment, 05. December 2012*, para. 132

чињеницу која је садржана у изјави коју је дао овлашћени представник државе у току преговора.

846. Једном речју, наведено разматрање Суда да се ради утврђивања чињеница не може ослонити на изјаве, признања и предлоге који су дати у току преговора који није резултирао закључењем споразума, иако садржи коректну смерницу, није апсолутно, и њена примена је условљена околностима конкретног случаја, а пре свега, природом чињенице која је предмет доказивања.

4. 2. ЗАКЉУЧАК

847. На претходним странама настојали смо да изнесемо нека од кључних становишта Суда у погледу доказне снаге поједних доказа. Иако је већина становишта пажљиво формулисана, и свој ослонац налазе у јединственој пракси Суда, она се не могу сматрати правним правилима. Она представљају само добре смернице, али ни у ком случају апсолутна правила од којих нису допуштени никакви изузеци. Међутим, будући да су становишта Суда утемељена у јединственој јуриспруденцији, свако одступање од њих би морало да буде праћено адекватним образложењем.

848. Разматрања Суда у вези са доказном снагом појединих доказних средстава с обзиром на неки од његових елемената или комбинацију елемената њихове форме и/или садржине, као и околности њиховог настанка, могуће је сагледати и у контексту захтеваног стандарда доказивања, односно ради давања одговора на питање који стандард доказивања Суд примењује приликом оцене појединих доказа ради установљавања чињеница. Начин на који Суд приступа оцени појединих „врста доказа“, по природи ствари мора бити у сагласности са захтеваним стандардом доказивања. Са друге стране, управо начин оцене појединих категорија доказа може представљати поуздан индикатор захтеваног стандарда доказивања уколико овај претходно није јасно дефинисан. У том контексту, ваља напоменути да правила или смернице о оцени појединих категорија доказа које су се искристалисале у пракси Суда не зависе од врсте

спора (без обзира да ли је реч о споровима који укључују изузетно тешке оптужбе, територијалним споровима, или другим врстама спорова),⁶⁵⁸ и ова околност поткрепљује тезу да Суд примењује јединствен стандард доказивања.

849. Одлуке и становишта Суда која су изнета на претходним страницама појашњавају садржину стандарда „уверљивог доказа.“ Као добар пример који указује на захтевани стандард доказивања можемо навести начин на који Суд третира мапе као доказе, или изјаве дате током преговора који нису резултирале закључењем споразума. Наиме, нека службена мапа, која није саставни део уговора, може да буде веома сугестивна, или да учини вероватним да одређена територија припада једној држави али не другој, али она по правилу није довољан доказ на који се суд може ослонити приликом утврђивања те чињенице. Само постојање одређене мапе, или више различитих мапа, може дати основа закључку да је тврдња једне странке вероватнија од тврдње друге странке, али уколико је њена природа таква да није саставни део конкретног уговора с којим је у потпуности сагласа, или није у потпуној хармонији са другим изведеним доказима, она не може да послужи као довољан доказ. Изјава или признање које је дато у току преговора могу учинити вероватним постојање неке чињенице, без обзира на друге околности, и у одсуству других доказа се може говорити о тези да је тврдња странке која се на њих ослања, вероватнија од тврдње друге странке која није понудила доказе у прилог своје тезе, али њихову природу Суд квалификује на начин који онемогућава да се, у највећем броју случајева, на такве изјаве ослони приликом утврђивања релевантних чињеница. Другим речима, начин на који Суд третира ове доказе указује да Суд примењује веома висок стандард доказивања, и поткрепљује тезу о стандарду „уверљивог доказа,“ односно захтеву за високим степеном извесности.

850. Како смо напред већ изнели, неразумевање стандарда доказивања који примењује Суд, вероватно је последица настојања да се он сагледа према англоамеричком моделу. Наиме, у англоамеричком моделу судског поступка

⁶⁵⁸ Стога ова околност поткрепљује тезу да Суд примењује јединствен стандард доказивања. Примера ради, носвински извештаји и писмене изјаве сведока ће се једнако третирати (применом истих правила о оцени доказа) вез обзира да ли се изводе као докази у поступку судског решавања територијалног спора или спора који се тиче повреде, на пример обавеза државе да се уздржавају од употребе оружане силе.

правила која се тучу поједних категорија доказа своде се на доказне забране, односно на питање да ли се конкретан доказ може проследити лаичкој пороти. У поступку какав је поступак пред Међународним судом правде, таквим доказним забранама нема места, и професионалне судије су компетентне да утврде не само да ли се могу ослонити на одређени доказ приликом утврђивања релевантних чињеница, већ и да одреде какву доказну вредност он има. У ангоамеричком систему, уколико је доказ усвојен у спис колики ће му значај придати порота приликом доношења одлуке није предмет разматрања доказног права, већ ствар лаичке пороте. Суд мора да буде уверен не само у основаност захтева као таквог, већ и сваке од чињеница која је неопходна да би се усвојио захтев странке. Другим речима, Суд не може да образложи своју одлуку речима, ова чињеница установљена тако што је вероватнија теза државе А од тезе државе Б, ова друга такође, те је уверен да је довољан чињенични основ захтева доказан, и стога је Суд уверен у основаност захтева. Напротив, Суд мора да установи да постоји висок степен извесности у погледу сваке од релевантних чињеница које су неопходне ради усвајања захтева странке.

VIII

ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

851. „Терет доказивања“ (*burden of proof, la charge de la preuve, onus probandi*) је, свакако, један од централних института „доказног парава“ ког познају сви правни системи. Међународни суд правде је правило о расподели терета доказивања, по формули да странка која истиче чињеничну тврдњу у прилог свог захтева та која сноси и терет њеног доказивања, квалификовао као опште правно начело.⁶⁵⁹

852. Одређивање појма, природе и домашаја „терета доказивања“ је један од основних задатака приликом формулисања једне теорије о доказивању у међународном правосуђу. Иако је појам терета доказивања на приви поглед саморазумљив, контроверзе у вези са „теретом доказивања“ су такве природе да се с правом констатује да „у правном универзуму не постоји чак ни елементарна сагласност око прелиминарних питања као што су питање о концептуалном и месту овог појма, његовој проблематичности и коришћењу у пракси,⁶⁶⁰ док се једновремено истиче да да „од свих јуристичких мисаоних фигура које је изградио правнички разум /терет доказивања је/ међу онима које највише обилују смислом.“⁶⁶¹ Кроз призму терета доказивања, у расправама се често преламају разматрања суштинских особености кључних института доказног права (предмет доказивања, стандард доказивања, расподела улога између странака у

⁶⁵⁹ „It is a general principle of law, confirmed by the jurisprudence of this Court, that a party which advances a point of fact in support of its claim must establish that fact (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 75, para. 204, citing *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 437, para. 101). *Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment of 23 May 2008, ICJ Reports 2008, para. 45

⁶⁶⁰ Алан Узелац, Терет доказивања, Загреб 2003, стр 4.

⁶⁶¹ Englich, Einführung in das juristische Denken, 1983, стр. 60. Наведено према Alan Uyelac, op.cit., стр. 3

поступку, као и расподела улога између странака и суда у поступку извођења доказа, овлашћења суда приликом утврђивања чињеница итд.)⁶⁶²

853. А. Узелац, бавећи се историјском алализом терета доказивања, истиче:

„историјска анализа показала је на више места да сами темељни појмови који су за нашу савремену правну свест саморазумљиви могу у другим временима и у другим контекстима имати сасвим различиту улогу и значење. У неким раздобљима био је сам концепт терета доказивања или ирелевантан или чак незамислив. Доказивање је тако за нас данас практична нужда у поступку, терет који оптерећује странке, у старогерманском процесном саставу доказивање међутим није било терет већ привилегија. Док се данас доказивањем долази до закључака о праву, у раздобљима примитивних друштава читав је поступак вођен око права странке на доказ (доказивање); другим речима док је данас доказивање активност која треба придонијети утврђивања садржају доње премисе у правном силогизму, у старогерманском је поступку доказ – и право на њега, био само конклузија поступка.... У цијелини, овај појам интерпретира се у римско-канонском (али и у римском и старогерманском поступку) као субјективан; данашња концепција терета доказивања као објективног ризика недоказаности претходним је повјесним раздобљима још страна.“⁶⁶³

854. Иако се не може тврдити да је у развоју међународног права терет доказивања претрпео било какве модификације, његово појмовно одређење и улога у међународном судском поступку су предмет различитих контроверзи, контровези којима је свакако допринело различито поимање терета доказивања у англоамеричком и европскоконтиненталном правном систему. Иако циљ ове студије није компаративна анализа института доказног права, она је у контексту расправе о терету доказивања нужна, будући да се у доктрини међународног права

⁶⁶² Добар пример за овакав приступ расправи о терету доказивања представља студија Moitaba Kazazi, *Burden of Proof and related Issues-A Study on Evidence Before International Tribunals*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1996.

⁶⁶³ Uzelac, Teret dokazivanja, стр. 331

терет доказивања често разматра с обзиром на начин на који се схвата у англо-америчком или европскоконтиненталном правном систему. Без утврђивања на који начин се терет доказивања схвата у различитим правним системима, практично је немогуће разумети добар број доктринарних расправа као и расправа које су изнете у издвојеним мишљењима једног броја судија Суд (поготово судија из земаља англосаксонске правне традиције)

855. Тешкоће које се појављују у вези са теретом доказивања чини се да су често последица различитог схватања *улоге* терета доказивања у поступку пред Судом. Да ли је правило о терету доказивања правило о извођењу доказа, правило које се тиче оцене доказа или примене резултата (закључака) оцене доказа, или оно прожима све фазе поступка.⁶⁶⁴

856. Чини нам се да је кључно питање приликом одређења појма и природе терета доказивања питање - да ли је терет доказивања засебно правно правило, које своју улогу остварује у садејству са другим институтима процесног и материјалног права (на пример са правилом о стандарду доказивања) или је у питању резултанта, мисаона конструкција, чије постојање деривира из више института материјалног и процесног права; резултанта која пре објашњава дејство других правила него што самостално производи било какав ефекат.

⁶⁶⁴ *Separate Opinion of Judge Lauterpacht, Certain Norwegian Loans, ICJ Reports 1957, p.39*

2. ТЕРМИНОЛОШКА ПРОБЛЕМАТИКА

857. Појам „терета доказивања“ познају сви правни системи, па и међународно правни систем.⁶⁶⁵ У већини правних система термин је настао превођењем латинског израза „*onus probandi*“ (en. *burden of proof*, fr. *charge de la preuve*, it. *l'onere della prova*, nem. *Beweislast*).“ Ма како преведен, у свим правним системима терет доказивања (или можда исправнији превод термина *onus probandi* -терет доказа)⁶⁶⁶ је технички правни терми. Његово не само појмовно одређење већ и употреба у различитим контекстима чији се да је оптерећена, не само вишезначношћу термина доказ и доказивање, већ и другим разматрањима.⁶⁶⁷ За сврху овог рада определили смо се за термин „терет доказивања“ будући да је општеприхваћен у српској правној литератури.⁶⁶⁸ Доследан превод из већине

⁶⁶⁵ За приказ схватања и примене правила о терету доказивања у унутрашњим правним системима, посебно употреби и домаћају правила *actori incumbit probatio*, види Алан Узелац, *Терет доказивања*, Загреб, 2003.; Moitaba Kazazi, *Burden of Proof and related Issues-A Study on Evidence Before International Tribunals*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1996. стр. 53-66. Боривоје Познић истиче да „за поступак у коме влада истражно начело терет доказивања има исти смисао као и за поступак утврђен по расправној максими“ Грађанско процесно право, четрнаесто издање, Београд 1995, стр. 211.

⁶⁶⁶ О овом проблему види Алан Узелац, Терет доказивања, стр. 6

Термин терет доказа би био и буквални превод енглеског термина „*burden of proof*“ (ne *burden of proving*), међутим, како ћемо касније видети под овим појмом се у земљама *common law*-а подразумевају два међусобно различита института.

⁶⁶⁷ “Реџу доказ се у нашем али и другим језицима може означити најмање четри или пет у суштини различитих појмова (*dokazno sredstvo*, *aktivnost izvođenja dokaza*, *rezultat dokazivanja*, *dokazni razlog* i sl .” Алан Узелац, *Teret dokazivanja...*, стр. 5, Види и: Triva –Belajec-Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб 1986, стр. 395 Такође, и под *dokazivanjem* се често не shvata samo *aktivnost izvođenja dokaza*, već је *domašaj* овог израза често знатно шири.

Proof means any effort that attempts to establish the truth or fact, something serving as evidence, a convincing token or argument; the effect of evidence, the establishment of a fact by evidence; proof is the result or effect of evidence, while „evidence“ is a medium or means by which a fact is proved or disapproved. (FJ Ludes and HJ Gilbert eds. *Coorpus juris Secundum: A complete restatement of the Entire American Law, Vol 31A Evidence*)West Publishing, St Paul, 1964) 820)“ Riddel-Plant, *op.cit.*, p.79.

⁶⁶⁸ Види, на пример, Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, четрнаесто издање, Савремена Администрација, Београд, 1995, стр. 210-215.

језика би био „терет доказа,“ међутим, ова термилошка замена не би ни мало допринела појашњењу значења овог института.

858. Ваља посебно напоменути да термин „терет доказивања“ његово језичко значење може да проузрокује бројне проблеме, те се јавља као нужно да се одрди његово значење као техничког термина међународног правосуђа. У текстовима на званичним језицима Суда, користе се термими *burden of proof*, на енглеском језику, и *charge de la preuve*, на француском. Ма који термин користили, да ли терет доказивања или терет доказа, или неки еквивалент (на пример терет уверавања), неопходно је нагласи да појам „терета доказивања“ треба схватити у правнотехничком значењу.

3. ТЕРЕТУ ДОКАЗИВАЊА У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ, ДОМАШАЈ И РАСПОДЕЛА ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА (ACORI INCUMBIT PROBATIO)

859. Уобичајено је, како у јуриспрденцији тако и у доктрини међународног правосуђа да се питање расподеле терета доказивања разматра у контексту максиме *actori incumbit probatio*. Међутим, под actor-ом не подразумева се тужилац у формалном смислу речи, већ странка која истиче чињеничну тврдњу, без обзира да ли је у питању држава тужилац или тужена држава.⁶⁶⁹ У недавној пресуди коју је Суд донео у случају *Pulp Mills on the River Uruguay*, упућујући на богату јуриспруденцију по овом питању, Суд је истакао:

⁶⁶⁹ Sandifer, *op. cit.*, стр. 127-128., Прим,ера ради, и Жалбено тело (Appellate Body) Светске трговинске организације је, у једној од своји првих одлука, бавећи се питањем терета доказивања изнело „various international tribunals, including International Court of Justice, have generally and consistently accepted and applied the rule that the party who asserts the facts, whether claimant or respondent, is responsible for providing proof thereof“ *US-Shirts and Bolouses Caswe*, DSR 1997-I. стр. 335. Navedeno prema Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007, стр. 95

У предмету *The Minquiers and Ecrehos Case* суд је правило изразио на следећи начин: In Article II the Parties have stated their agreement as to the presentation of the Pleadings 'without prejudice to any question as to the burden of proof', a question which it is for the Court to decide. Having regard to the position of the Parties, both claiming sovereignty over the same territory, and in view of the formulation of the task of the Court in Article I, and the terms of Article II, the Court is of opinion that each Party has to prove its alleged title and the facts upon which it relies.“ *The Minquiers and Ecrehos Case, (France / United Kingdom), Judgment of November 17, 1953, ICJ Reports 1953., cmp. 52*

„As concerns the burden of proof, it must be pointed out that though, from the formal standpoint, Cambodia is the plaintiff, *16 having instituted the proceedings, Thailand also is a claimant because of the claim which was presented by her in the second Submission of the Counter-Memorial and which relates to the sovereignty over the same piece of territory. Both Cambodia and Thailand base their respective claims on a series of facts and contentions which are asserted or put forward by one Party or the other. The burden of proof in respect of these will of course lie on the Party asserting or putting them forward.“ *Case Concerning The Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, стр.15-16.*

„[T]he Court considers that, in accordance with the well-established principle of *onus probandi incumbit actori*, it is the duty of the party which asserts certain facts to establish the existence of such facts. This principle which has been consistently upheld by the Court (...⁶⁷⁰), applies to the assertions of fact both by the Applicant and the Respondent.“⁶⁷¹

860. Питање raspodjele tereta dokazivanja i posljedica primene pravila o teretu dokazivanja u jurisprudenciji Suda se postavlja tek kada je reč o onim sporним чињеничним tvrdњама koje na kraju dana ostanu nedokazane. Kako je Суд istakao u više navrata :

"странка у поступку која тежи да се установи чињеница је та која носи и терет њеног доказивања; и у случајевима у којима се докази можда неће наћи (недостају), пресудом се захтев може одбити као недокazan.“⁶⁷².

861. Наведено правило о raspodjeli tereta dokazivanja Суд је у скорашњој jurisprudenciji први пут изричито квалификовао као опште правно начело. У предмту *Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*

„Опте правно начело, које је потрђено у jurisprudenciji овог Суда, је да странка која која износи неку чињеницу ради поткрепљивања свог захтева мора да је и установи /докаже/. (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment*

⁶⁷⁰ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment of 3 February 2009, para. 68; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/ Singapore)*, Judgment of 23 May 2008, para. 45; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 128, para. 204; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 437, para. 101

⁶⁷¹ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, paragraf 162.

⁶⁷² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 437, para. 101. *Case Concerning Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria Equatorial Guinea intervening)* Judgment of 10 October 2002, ICJ Reports 2002, para.321

*of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 75, para. 204, citing Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 437, para. 101).*⁶⁷³

862. Клавификацијим правила о расподели терета доказивања као општег правног начела, указује се на његову природу правила које је инхерентно судском начину репавања спорова. Међутим, тешко се може стати на становиште да је формална позиција странке која истиче тврдњу основни критеријум расподеле терета доказивања. Наиме, приликом одлучивања о захтеву странке мало је битно која странка је понудила доказе у прилог дате чињеничне тврдње. Стога, може да буде проблематично да ли је критеријум странке која износи чињеницу у прилог захтева критеријум расподеле терета доказивања (на шта сугерише и максима *actori incumbit probatio*) или се расподела терета доказивања врши према неком другом критеријуму, на пример критеријуму који произилази из (материјално) правне норме коју треба применити приликом одлучивања о захтеву. Ово питање је дотакнуто, на посредан начин, тек у скорашњој јуриспруденцији Суда. Наиме, за разлику од раније јуриспруденције у којој није било одступања од формуле да странка која износи тврдњу у прилог свог захтева има и терет њеног доказивања,⁶⁷⁴ Суд је у пресуди донесеној 2010 године у предмету *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, указао на могућност одступања од овог правила и на друге могуће критеријуме расподеле терета доказивања. Суд је резонувао на следећи начин:

⁶⁷³ *Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment of 23 May 2008, ICJ Reports 2008, para. 45* У пресудама на које упућује ова дикта међутим, не садржи одредницу о томе да је наведено правило опште правно начело.

⁶⁷⁴ Очигледно уз ослонац на јединствену праксу суда формулирана су и Факултативн правила Сталног арбитражног суда. Према члану 24 (1.) Факултативних правила Сталног арбитражног суда за арбитражни начин решавања спорова између две државе (Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States) „Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence.“

„Суочен са неслагањем странака о постојању чињеница које су релевантне за доношење докује у овом случају, Суд мора прво да размотри питање терета доказивања.

Опште је шравил, да је на странци која износи чињеницу у прилог свог захтева да докаже постојање те чињенице (види, најскорије, пресуду коју је Суд донео у предмету *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, para. 162). Међутим, било би погрешно сматрати ово правило, које се заснива на максими *onus probandi incumbit actori*, као апсолутно, које се примењује у свим околностима. Одређивање терета доказивања у својој реалности зависи од предмета и природе сваког од спорова који се износе пред Суд; оно варира сходно типу чињеница које су нужне да се установе за сврху доношења одлуке у конкретном случају.⁶⁷⁵

.....⁶⁷⁶

56. На Суду је да оцени све диказе које су извеле две странке и који су прописмо подвргнуте адверсаријалном надзору, ради формирања својих закључака. Укратко, када дође до установљавања чињеница какве су спорне у овом случају, ни једна станка није сама у подношењу терета доказивања.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment, 30 November 2010., параграфи 53 и 54.

⁶⁷⁶ У изостављеном делу стоји следећи текст, „In particular, where, as in these proceedings, it is alleged that a person has not been afforded, by a public authority, certain procedural guarantees to which he was entitled, it cannot as a general rule be demanded of the Applicant that it prove the negative fact which it is asserting. A public authority is generally able to demonstrate that it has followed the appropriate procedures and applied the guarantees required by law – if such was the case – by producing documentary evidence of the actions that were carried out. However, it cannot be inferred in every case where the Respondent is unable to prove the performance of a procedural obligation that it has disregarded it: that depends to a large extent on the precise nature of the obligation in question; some obligations normally imply that written documents are drawn up, while others do not. The time which has elapsed since the events must also be taken into account.

⁶⁷⁷ In short, when it comes to establishing facts such as those which are at issue in the present case, neither party is alone in bearing the burden of proof.

863. У свим претходним пресудама, питање терета доказивања се постављало на начин који идентификује носиоца терета доказивања с обзиром на његову позицију странке која износи тврдњу. Међутим, чињеница да странка која износи тврдњу носи и терет њеног доказивања, не мора да значи да је терет доказивања на тој странци, она је пре одрез праксе да странке редовно истичу тврдње које им заиста и иду у прилог.

864. Суд с правом констатује да би било погрешно да се ово правило сматра апсолутним, односно да се примењује у свим околностима, указујући да „у стварности“ одређивање терета доказивања зависи од предмета и природе спора који је изнет пред суд, те да варира у зависности од врсте чињеница које суд треба да установи за сврху доношења коначне одлуке.“ Другим речима, акценат се са странке која истиче тврдњу пребацује на суштинска разматрања која се везују за предмет и природу спора и врсту чињеница које треба да се установе.

865. Природа чињенице као основ за расподелу терета доказивања је спорна. Наиме, уколико нека чињеница иде у прилог затева једне странке она сноси терет доказивања те чињенице, у смислу ризика недоказаности, без обзира на тешкоће у вези са доказивањем те чињенице, и без обзира да ли је чињеница

57. It is on the basis of the considerations set out above that the Court will now pronounce on the facts which remain in dispute between the Parties. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment, 30 November 2010., параграф 56.

59. Accordingly, the Court concludes that Mr. Diallo remained in continuous detention for 66 days, from 5 November 1995 to 10 January 1996.

60. On the other hand, the Court does not accept the Applicant's assertion that Mr. Diallo was rearrested on 14 January 1996 and remained in detention until he was expelled on 31 January. This claim, which is contested by the Respondent, is not supported by any evidence at all; the Court also observes that, in the written proceedings, Guinea stated the date of this alleged arrest to be 17 and not 14 January. The Court therefore cannot regard the second period of detention claimed by the Applicant, lasting 17 days, as having been established. However, since the DRC has acknowledged that Mr. Diallo was detained, at the latest, on 25 January 1996, the Court will take it as established that he was in detention between 25 and 31 January 1996.

61. Nor can the Court accept the allegations of death threats said to have been made against Mr. Diallo by his guards, in the absence of any evidence in support of these allegations.

позитивна или негативна, односно да ли треба да се докаже посојање или одсуство неке чињнице.

866. У конкретном случају, Суд је резонаовао на следећи начин:

55. Посебно, када се, као у овом постуоку, износи тврдња да бекој особи нису биле омогућено, од стране јавних власти, извесне процесне гаранције на које је овлашћена, не може се као опте правило сматрати да се од тужиоца захтева да докаже негативну чињеницу о којој износи тврдњу. Јавне власти су обично у могућности да демонстрирају да су следиле одговарајућу процедуру и примениле гаранције које захтева право – уколико је то био случај – извођењем документарних доказа о спроведеним радњама. Међутим, не може се у сваком конкретном случају када је тужена страна је у немогућности да докаже извршење процесних облигација извести закључак да их је она занемарила: то зависи у великој мери од прецизне природе обавезе; неке обавезе обично имплицирају састављање писаног документа, док са другима то није случај. Време које је протекло од тих догађаја се такође мора узети у обзир.⁶⁷⁸

867. Уствари, Суд је, у контексту расправе о терету доказивања водио расправу о доступности доказа, и начину на долази до закључка о релевантним

⁶⁷⁸ 57. It is on the basis of the considerations set out above that the Court will now pronounce on the facts which remain in dispute between the Parties.

59. Accordingly, the Court concludes that Mr. Diallo remained in continuous detention for 66 days, from 5 November 1995 to 10 January 1996.

60. On the other hand, the Court does not accept the Applicant's assertion that Mr. Diallo was rearrested on 14 January 1996 and remained in detention until he was expelled on 31 January. This claim, which is contested by the Respondent, is not supported by any evidence at all; the Court also observes that, in the written proceedings, Guinea stated the date of this alleged arrest to be 17 and not 14 January. The Court therefore cannot regard the second period of detention claimed by the Applicant, lasting 17 days, as having been established. However, since the DRC has acknowledged that Mr. Diallo was detained, at the latest, on 25 January 1996, the Court will take it as established that he was in detention between 25 and 31 January 1996.

61. Nor can the Court accept the allegations of death threats said to have been made against Mr. Diallo by his guards, in the absence of any evidence in support of these allegations.

чињеницама. Овај закључак је одраз правила о дужности Суда да оцени све изведене доказе, узимајући у обзир аргументацију и доказе које изведу и једна и друга странка.

868. Терет доказивања се често разматра у контексту дужности странака да докажу своје чињеничне тврдње. Међутим, у скорашњој јуриспруденцији је учињено јасним, о чему ће и касније бити више рећи, да се расправа о терету доказивања може водити само у контексту питања од које се странке очекује да понуди доказе ради поткрепљивања чињеничних тврдњи. У предмету *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay* Суд је дефинисао оно што можемо квалификовати као субјективни терет доказивања:

„Наравно да се од тужиоца очекује да, на првом месту, поднесе релевантне доказе ради потврђивања свог захтева. Овом међутим, не значи да тужена држава не треба да сарађује приликом пружања таквих доказа који би могли да буду у њеном поседу а који могу помоћи Суду приликом решавања спора који је пред њега изнет.“⁶⁷⁹

*

869. Терет доказивања се односи само на чињенична али не и на правна питања. Међутим, како смо напоменули у делу о домашају начела *iura novit curia*, у поступку може да буде спорно и само постојање одређеног извора права, примера ради локалног обичаја или међунродног уговора. У предмету *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)* Суд је резонувао на следећи начин:

„Прелиминарно питање се тиче терета доказивања. Како је суд изнео у бројним приликама, странка која износи чињеницу као основ свог захтева мора је и установити /доказати/(*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 31, para. 45; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia*

⁶⁷⁹ (*Argentina v. Uruguay*), *Judgment of 20 April 2010*, paragraf 163.

and Montenegro), *Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 128, para. 204, citing *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 437, para. 101). Украјима је посебно нагласила дикту Суда из предмета *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)* у којој се каже да “установљавање сталне поморске границе је ствар од великог значаја и споразум странака се не може лако пресумирати” (*Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 735, para. 253). Ова диката, међутим, није директно релевантна будући да се не поставља питање постојања писменог споразума и имплицитног споразума који би морао да буде установљен као чињенична ствар, у погледу ког би терет доказивања лежао на држави коју тврди да такав споразум постоји. У овом случају, насупротив томе, Суд има пред собом споразум из 1949. године и касније закључене споразуме. Задатак суда је да тумачи ове споразуме, а не да утврђује чињенице, у погледу којих би једна или друга страна имала терет доказивања. Приликом остваривања овог задатка, Суд мора прво да фокусира своју пажњу да изразе који су употребљени у овим документима укључујући ту и приложену скичу-мапу..⁶⁸⁰

870. У већини предмета Суд је у позицији да донесе одлуку, у случају да чињенично стање није у довољној мери разрешено, систематском применом правила о расподели терета доказивања, по формули да странка која износи тврдњу (односно којој та тврдња иде у прилог) носи и терет доказивања те тврдње. При томе, када Суд одређену чињеницу сматра утврђеном одговор даје правило о стандарду доказивања. Међутим, дужност је Суда да пресуди, односно донесе мериторну одлуку и у ситуацији у којој систематска примена правила о расподели терета и стандарду доказивања не може да се примени.

⁶⁸⁰ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)* Judgment of 3 February 2009, ICJ Reports 2009, параграф 68

871. Илустративан је пример пресуде коју је Суд донео у предмету *Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Fasso/Mali)*. У релевантном делу пресуде Суд је резонувао на следећи начин:

“У овој фази резонувања, Веће мора да нагласи да је овај случај несумњиво необичан кад су у питању чињенице које треба доказати и докази који су поднети или су могли бити поднети у ту сврху. Веће мора да утврди где је 1932. године била граница у региону Африке који био готово непознат у то време и углавном насељен номадима, у којем су саобраћај и комуникације били веома нередовни. Да би то утврдило Веће треба да се ослони на законодавне и регулативне текстове, од којих неки нису ни објављени; мапе и скице мапа које су израђене у то време, мапе које су понекад сумњиве тачности и поузданости и које су међусобно контрадикторне, као и административне документе који су, будући да су били сачињени за потребе државне управе која је престала да постоји пре готово 30 година, морали да буду прибављени из разних збирки и архива. Иако су их странке доставиле што је могуће комплетиранији спис предмета, Веће не може бити сигурно у то да о овом случају одлучује на основу потпуног познавања чињеница. Из досијеа се може видети да постоје недоследности и мањкавости. Стране су обавестиле Веће да нису могле да лоцирају неке документе као што су, на пример, картографски документи поменути горе у тачки 57. Али чак и да су ти документи били лоцирани, Веће не може искључити могућност да велики део архиве француске администрације у Западној Африци, која је сада расута у више земаља, можда садржи још докумената знатне важности.

Под оваквим околностима, јасно је да веће не може да реши проблем уз помоћ било којег од овлашћења које има када је реч о доказивању а која су предвиђена члановима 48, 49 и 50 Статута Суда. Исто тако, не може се очекивати да се ситуација реши систематском применом правила које се тиче терет доказивања. На пример, у односу на извесна села у погледу којих је неопходно утврдити каква је била административна ситуација у периоду од 1927. до 1935. године Мали тврди да је на Буркини Фасо да докаже да су припадала Волти током тог периода. Мада је тачно да „у крајњој анализи, ... страна у спору која настоји да утврди неку чињеницу носи и терет њеног доказивања”. (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, ICJ Reports 1984, str. 437, тачка 101), исто тако је на Малију да утврди чињенице које леже у основи њеног захтева, то јест да докаже да су та села у том временском периоду припадала Судану. ...У сваком случају, међутим, у

случају какав је овај, одбијањем било којег конкретног аргумента на основу тога што чињенична тврдња на којој је заснована није доказана није довољно да оправда прихватање супротног аргумента. Суд мора да укаже на граничну линију на основу докумената и других доказа које су му поднеле стране у спору. Његов задатак даље компликују сумње које је изразио горе у овом тексту у погледу довољности ових доказа.””⁶⁸¹

872. У конкретном предмету поставило се, дакле, низ питања која се везују за оцену доказа и примену правила о терету доказивања. Прво питање тиче се довољности доказа и доступности доказа и његов утицај на терет доказивања, затим, да у извесним случајевима Суд не може да реши спор „систематском применом правила коа се тилу терета доказивања,“ те да примена правила о терету доказивања не значи аутоматски да у случају да тврдња једне странке остане недоказана аутоматски се прихвата тврдња друге странке. Извесни спорови, какав је био и *Burkina Faso/Mali* су такве природе да Суд мора да одлучи иако је ситуација *non liquet*, односно иако докази који су предочени Суду нису подесни да се на основу њих установе све чињенице са потребним степеном извесности, већ да на основу распложивих доказа разреши спор, и у конкретном случају утврди граничну линију између две државе. Разматрања у вези са овим и сличним случајевима не доводе до одступања у примени правила о терту доказивања, већ је реч о тешкоћама да којима се суочава Суд приликом идентификације релевантних чињеница и закључака које треба да изведе из доказаних чињница.

873. Наша је теза да у досадашњој јуриспруденцији, ослањајући се на класично одређење тетета доказивања о коме се поставља питање тек на крају поступка, иако без *јасне* теоријске основе, формирана пракса која служи као добар путоказ за дефинисање појма, природе, домашаја и начина расподеле терета доказивања. Приликом расправе о терету доказивања, нужно морамо да се ослањамо на јуриспруденцију Суда, поготово у делу у коме је јединствена, али и

⁶⁸¹ *Case Concerning the Fronter Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment*, 22. Deember 1986, *ICJ Reports 1986*, параграфи 64 и 65.

да покушмо да установимо која се заправо концепција терета доказивања примењује /или треба да се примњује/ у праву и пракси Међунароног суда правде.

4. ОСНОВ ПРАВИЛА О ТЕРЕТУ ДОКАЗИВАЊА (ЗАСЕБНО ПРАВНО ПРАВИЛО ИЛИ РЕЗУЛТАНТА)

874. Чини нам се да је кључно питање приликом одређења појма и природе терета доказивања да ли је терет доказивања (правила која се везују за терет доказивања) самостално правно правило, које своју улогу остварује у садејству са другим институтима процесног и материјалног права (на пример са правилом о стандарду доказивања) или је у питању резултанта, мисаона конструкција чије постојање деривира из више института материјалног и процесног права; резултанта која на сажет начин објашњава дејство других правила, пре него што самостално производи било какав ефекат.

875. Природу правила о терету доказивања битно детерминише сам основ, односно *reason d'etre*, овог централног појма сваког „доказног права.“ Указивањем на основне елементе који леже у основи „терета доказивања“ даје се одговор на низ питања. Прво, да ли је терет доказивања засебно правило, или је резултанта дејства других правила. Друго, на основу те анализе могу се извући одговарајући закључци о различитом поимању правила о терету доказивања у контексту различитих правосудних система. Треће, да ли се правило о терету доказивања односи на извођење доказа (као обавеза, дужност или терет странака у толу поступка) или је реч о правилу које се тиче оцене доказа или резултата оцене доказа.

876. Наше је становиште да се терет доказивања у међународном правосуђу, као и у другим правним системима, темељи се на следећим фундаменталним правилима судског поступка- правилу да суд може да заснује своју одлуку само на утврђеним чињеницама, дужности суда да пресуди, и начеку непристрасности суда и равноправности странака.

*

877. Прво, Суд може да заснује своју одлуку само на утврђеним чињеницама (*idem est non probari non esse*)⁶⁸² Како је јасно нагласио Међународни суд правде у својој пресуди у предмету *Asylum*, „the only important question to be considered here is the objective existence of the facts, and it is this which must determine by the decision of the Court“⁶⁸³ Како је истакао судија Moreno Quintana „it is the facts, clear facts, which must be taken into account.“⁶⁸⁴ У предмету *Military*

⁶⁸² Чак и у ситуацији у којој једна од странака не узима учешћа у поступку, суд је дужан да се придржава одвог правила, како је јасно прописано Статутом суда, мора да се увери да је захтев странке и чињенично и правно основан.

⁶⁸³ *Asylum case, Judgment, ICJ Reports 1950, p.287.*

⁶⁸⁴ *Dissenting Opinion of Judge Moreno Quintana, Temple of Preah Viheir, Judgment, ICJ Reports 1962, p.67*

Пракса коју ћемо овде навести је дата само примера ради:

У предмету *Corfu Channel* Суд је резонувао на следећи начин: „Although the United Kingdom government never abandoned its contention that Albania herself laid the mines, very little attempt was made by British Government to demonstrate this point. Although the suggestion that the minefield was laid by Albania was repeated in the United Kingdom statement in Court on January 18, 1949, and in the final submission read in Court at the same day, this suggestion was in fact hardly put forward at the that time except *pro memoria, and no evidence in support was furnished*. In these circumstances, the Court need pay no further attention to this matter.

...The Court need not to dwell n the assertion of one of the counsel for the Albanian Government that the minefield might have been laid by the Greek Government. It is enough to say that this was mere conjecture which, as counsel himself admitted, was based on no proof.“ (*Corfu Channel case, ICJ Reports 1949, p.15,17*)

Добу илустрацију представља и разоновање Суда у предмету *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* .

106. Costa Rica submits that more frequent Nicaraguan patrolling of the river would be reasonable, lawful and sufficiently effective. However, it provides no evidence to demonstrate that such patrolling would achieve the purposes for which the requirement in question was introduced, nor any specific evidence to show that this requirement actually interferes with tourist traffic, in particular through the delays allegedly resulting from its application. The Court recalls that it has been established that the number of tourists on the river has increased over the years the requirement has been in force. In the Court’s opinion, Costa Rica has failed to show that the regulation is unreasonable. *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) 13 July 2009 Judgment, para 106*

and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua Суд је резонувао на следећи начин:

„Суд се сматра обавезним да констатује да ма која мериторна пресуда у овом случају ће бити ограничена на усвајање оних мериторних захтева странака који у поткрешљени са довољно доказа о релевантним чињеницама, и за које Суд сматра да су правно утемељени.“

878. У вези са утврђивањем чињеница једно од кључних питања је када се једна чињеница може сматрати утврђеном, или другим речима који услови треба да се испуне да би суд стао на становиште да је чињенична тврдња основана. Када се чињеница сматра утврђеном одговор дају правила која се тичу оцене доказа (међу којима и стандарда доказивања) и правила која регулишу питање које чињенице се могу сматрати утврђеним без извођења доказа (неспорне чињенице и општепознате чињенице).

879. Већ само правило да се пресуда може заснивати само на утврђеним чињеницама, има за природну последицу да ће Суд одбити захтев уколико одлучна чињеница није утврђена.⁶⁸⁵

107. Accordingly, the Court concludes that Costa Rica’s challenge to the requirement that vessels stop and their crew members and passengers register and carry identity documents fails.

116. The Court observes that in fact the number of tourists travelling on the river in Costa Rican vessels has increased in the period these requirements have been in force (see paragraph 99 above). Further, Costa Rica has provided no evidence of arbitrary refusals of visas to tourists and Nicaragua points out that it does not require nationals from countries which are the source of most of the tourists visiting the San Juan to obtain visas. Furthermore, it makes exceptions for residents of Costa Rican riparian communities and Costa Rican merchants who regularly use the river. None of this, however, affects the legal situation just stated. *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* 13 July 2009 Judgment, para.116.

⁶⁸⁵ Илустрације ради у предмету „142...The Respondent has presented no convincing evidence to suggest that the Applicant has interpreted its Constitution as providing a right to interfere in the Respondent’s internal affairs on behalf of persons not citizens of the Applicant. The Court therefore does not find that the Applicant breached Article 6, paragraph 2, prior to the Bucharest Summit. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011., пара 142.

*

880. Друго правило које лежи у основи правила о терету доказивања је *дужност Суда да донесе одлуку*. Наиме, Суд није овлашћен да одбије да реши спор (одлучи о мериторним захтевима странака) уз изговор да ситуација није јасна – *non liquet*.⁶⁸⁶⁶⁸⁷ Сама сврха изношења спора пред Суд је да буде решен, и

⁶⁸⁶Ретки су аутори који износе супротну тврдњу види Veryijl, J.H.W., *The Jurisprudence of the World Court*, Vol. II (1947-1965), p. 99 Са друге стране, велики број аутора истиче обавеза суда да реши спор. Примера ради Мојтаба Казази истиче: “Like municipal Courts, international tribunals are neither expected nor allowed to refrain from adjudicating a case before then by resorting to a *non liquet*.” Мојтаба Казази, *Burden of Proof and Related Issues...*, стр.28

Можда је најбољи пример случаја у којој је суд био суочен са *non liquet* ситуацијом и потребом да реши конкретан спор који се састојао у разграничењу двају територија, *Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*. У пресуди Суд је истакао: “At this stage of reasoning, the Chamber must emphasize that the present case is decidedly unusual one as concerns the facts which have to be proven and the evidence which has been, or might have been, produced for this purpose. The Chamber has to ascertain where the frontier lay in 1932 in a region of Africa little known at that time and largely inhabited by nomads, in which transport and communications were very sketchy. In order to identify this the Chamber has to refer to the legislative and regulative texts, not all of which were even published; to the maps and sketch-maps compiled at the time, maps which are sometimes of doubtful accuracy and reliability and which contradict one another; and to administrative documents which having been drawn for the purposes of system of government which ceased to exist nearly 30 years ago, have had to be obtained from various collections and archives. Although the Parties have provided it with a case file as complete as possible, the Chamber cannot be certain of deciding the case on the basis of full knowledge of the facts. The case file shows inconsistencies and shortcomings. The Parties have informed the Chamber that they were unable to locate certain documents such as for example, the cartographic documents mentioned in paragraph 57 above. But even if these documents had been located, the Chamber cannot preclude the possibility that ht large body of archives from the French West Africa Administration, now dispersed among several countries, may contain further documents of considerable relevance. In these circumstances, it is clear that the Chamber cannot resolve the problem by means of any of the powers in the matter of evidence under Articles 48, 49 and 50 of the statute of the Court. Nor can the situation be looked for in a systematic application of the rule concerning burden of proof. For example, in respect of certain villages of which it is necessary to determine the administrative situation between 1927 and 1935, Mali claims that this is for Burkina Faso to demonstrate the Voltan character of the villages during the period. While it is true that “ultimately ... it is a litigant seeking to establish a fact who bears the burden of proving it” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, ICJ Reports 1984, p. 437, para 101), it is also for Mali to establish the facts underlying its claims, that is to

стога Суд не може да одбије да врши своју основну функцију позивајући се да ситуација није јасна, односно да нема довољно доказа на основу којих би формирао јасну представу о чињеницама које леже у основи спора. Циљ вршења судске функције је да реши спор, ма колико он био компликован и без обзира на доступност доказа или становишта странака о релевантним чињеницама, и без обзира да ли треба да реши спор који произилази из „флуидних ситуација“ и без обзира да ли су и у којој мери странкама и суду доступне релевантне информације.⁶⁸⁸ У предмету *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* Суд је резонувао на следећи начин:

„У коначној анализи, на странци у судском поступку која тражи да се нека чињеница установи је и терет њеног доказивања; и у случају када се може догодити да нема доказа, захтев се пресудо може одбити као недоказан, али он

demonstrate that the villages were Sudanese at the time. ... In any event, however, in a case such as this, the rejection of any particular argument on the ground that the factual allegations on which it is based have not been proved is not sufficient to warrant upholding the contrary argument, The Chamber has to indicate the line of frontier on the basis of the documents and other evidence presented to it by the Parties. Its task is further complicated by the doubts it has expressed above regarding the sufficiency of this evidence” *Judgment*, 22. December 1986, *ICJ Reports 1986*, параграф 64-65.

⁶⁸⁷ Mojtaba Kazazi полази од независности трибунала као основа на коме се „углавном заснива терет доказивања“ „Burden of proof, as a fundamental obligation of the parties in judicial and arbitral proceedings is mainly based on the principle of impartiality of the adjudicative body and its duty to arrive at a decision“ Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1996, стр.27. На исти начин резонује и Amerasinghe: „In international proceedings the rules relating to the burden of proof before arbitral, ad hoc and standing tribunals of whatever kind are based on the simple assumption that the adjudicating body is impartial and has a duty to arrive at a decision“ *Evidence in international Litigation*, Leiden 2005, стр. 34.

⁶⁸⁸ „Kada je reč o činjenicama, cilj sudskog postupka nije isti kao cilj naučnog istraživanja ili umetničke delatnosti: primarni zadatak sudije nije traganje za istinom, smislom i lepotom, već pronalaženje zakonitog i pravilnog rešenja konkretnog spora. Zato je i sudska delatnost utvrđivanja činjenica na više načina ograničena. U građanskom sudskom postupku ... pravo postavlja više granica koje sud, bez obzira na svoju želju i potrebu za informacijama, ne sme preći“ Uzelac, *Tetet dokazivanja*, 78

неће бити одбачен као недопуштен in limine на основу антиципираног недостатка доказа.⁶⁸⁹

881. Такође илустративан је и пример резоновања Суда у предмету *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* у ком се Суд суочио са типичном non liquet ситуацијом:

„У овом предмету, како је Суд већ поменуо у горе изнетом Наређењу да није у могућности да формира ма какву „јасну и прецизну“ слику о догађајима који су се збили у Бакасију у фебруару 1996 (ICJ Reports 1996, p.22, para 38). Исто је истинито и у погледу догађаја на овом полуострву након доношења наредбе од 15 марта 1996. Камерун није установио/доказао/ чињенице у погледу којих има терет доказивања, и захтеви који се тичу овог пирања се сходно томе морају одбити.“⁶⁹⁰

882. Треће, терет доказивања се заснивају на начелу *непристрасности суда и равноправности странака* као фундаменталним начелима судског поступка. Правило о равноправности странака је, како смо напред већ образложили, природна последица не само начела равноправности држава као општег начела међународног права примењеног у судском поступку, већ и као корелат правила о непристрасности Суда. Уколико су странке у поступку равноправне, њихове релевантне чињеничне тврдње се морају третирати на једнак начин, без давања било какве предности било којој од њих, без обзира на природу захтева. Начело равноправности странака за собом повлачи и последицу да Суд не може у току поступка да преузима улогу која је намењена странкама, и стога је недопуштено „to undertake to prove the prarties allegations on their behalf“⁶⁹¹

⁶⁸⁹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of November 26, 1984, ICJ Reports 1984.*, параграф 1010.

⁶⁹⁰ *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v., Nigeria: Equatorial Guinea Intervening) Judgment of 10 October 2002, ICJ Reports 2002*, para.322

⁶⁹¹ Kazazi, *op.cit.*, p. 27

У циљу поткрепљивања ове тезе можемо навести и резинавање суда, у контексту примене правила о расподели терета доказивања у предмету *Avena and Other Mexican Nationals*, у коме је Суд

883. Казази је резматрајући питање овлашћења и дужности трибунала у односу на терет доказивања истакао са „опште говорећи, судије и арбитри, било унутрашњег било међународног суда, треба да донесу одлуку на основу доказа које су поднеле странке. Они у основи не треба сами да изводе доказе, у прилог или против било које од страна, будући да је то противно захтеву да очувају висок степен независности. ... Ово начело пружа солодан основ а поткрепљује основно правило терета доказивања у односу на дужност онога ко истиче захтев да докаже своје тврдње, као и обезбеђењу независности и неутралности судија и арбитра.⁶⁹²

884. Начело непристрасности Суда и равноправности странака обавезује Суд да примени материјалноправну норму на чињенице за које је нашао да су утврђене (доказане или међу странкама нису спорне), без обзира која је странка изнела чињеничну тврдњу или понудила доказе на које се суд ослонио да би дошао до закључка о основаности чињеничне тврдње.

885. Напред је већ било речи о томе да се процесна правила темеље на начелу равноправности странака. Сагласно том начелу, у једном адверсаријалном моделу судског поступка решавања спора који су странке изнеле пред Суд, природно је очекивати да ће свака од странака изнети оне чињеничне тврдње и доказе који јој иду у прилог (за које верује да њен захтев чине основаним), и да ће

истакоа „The Court takes the view that it was for the United States to demonstrate that this was so and to furnish the Court with all information on the matter in its possession. In so far as relevant data on that matter are said by the United States to lie within the knowledge of Mexico, it was for the United States to have sought that information from the Mexican authorities. The Court cannot accept that, because such information may have been in part in the hands of Mexico, it was for Mexico to produce such information. It was for the United States to seek such information, with sufficient specificity, and to demonstrate both that this was done and that the Mexican authorities declined or failed to respond to such specific requests. At no stage, however, has the United States shown the Court that it made specific enquiries of those authorities about particular cases and that responses were not forthcoming. The Court accordingly concludes that the United States has not met its burden of proof in its attempt to show that persons of Mexican nationality were also United States nationals.“

⁶⁹² Kazazi, op.cit., стр.154.

јој бити омогућено да се користи правима која произлазе из начела *audi altera partem* о чему смо раније говорили.

886. Ова три фундаментална начела судског поступка одређују садржину и природу правила о расподели терета доказивања, правила које је рефлекс или резултанта основних захтева који се постављају пред Суд – да своју пресуду заснује само на утврђеним чињеницама, а да при томе има дужност да реши спор-донесе одлуку о мериторном захтеву сагласно начелу равноправности странака. Резултанта ова три правила је правило према коме ризик недоказаности чињеничне тврдње сноси она странка којој та чињеница иде у прилог, односно која је неопходна ради усвајања захтева странке. У пракси Суда то је редовно странка која истиче чињеничну тврдњу.

887. Разматрање саме основе правила о терету доказивања сугерише да је терет доказивања мисаона конструкција, закључак који логички (готово као из математичке формуле) следи из фундаменталних правила судског поступка. Управо ово преламање фундаменталних института доказног права кроз појам терета доказивања, правило о терету доказивања чини једном од централних тема у расправама о доказивању.

888. Целокупан поступак усмерен је ка једном циљу – доношењу одлуке о постављеним захтевима странака (решавање спора који је изнет пред Суд). Ни један појам не сажима боље ефекат ових фундаменталних правила до терета доказивања. Као мисаона конструкција која је резултанта фундаменталних правила о вршењу судске функције, терет доказивања је централни појам који у себи сажима све особености једног судске функције, повезујући материјалноправну норму са процесним захтевима. Наиме, правило о терету доказивања, односно правила која леже у основи терета доказивања, није правило које регулише поступак извођења доказа, већ правило које се тиче судијског одлучивања, а чије се дејство по природи стври рефлектује на расподели улога странака и суда у поступку доказивања. Странке немају обавезу извођења доказа

(оне се могу понашати и потпуно пасивно свесне могућих последица те пасивности), али се од њих очекује да понуде доказе који иду у прилог њихових тврдњи. Основна правила судијског одлучивања, по природи ствари, имају утицај на сам ток поступка и понашање странака у току поступка. Стога оно што се везује за процесни или субјективни појам терета доказивања јесте уствари рефлекс правила о судијском одлучивању.

889. Претходна расправа такође даје одговор на питање зашто терет доказивања није институт саветодавног поступка. Наиме, у саветодавном поступку је онемогућено само постојање правила о терету доказивања будући да Суд може да одбије да врши саветодавну функцију уколико је чињенично стање *non liquet*. Дугим речима, само у ситуацији у којој је Суд обавезан да пресуди, односно заузме становиште по неком питању, може да буде говора и о тетету доказивања.

890. Домашај овог правила се односи само на оне одлучне спорне чињенице које на крају поступка остају недоказане, односно које суд не може да утврди на основу изведених доказа . Уколико је одлучна чињеница утврђена, до примене правила о тетету доказивања и не долази. Докази на којима се заснива закључак суда о основаности чињеничне тврдње не морају да долазе од странке која је ту тврдњу истакла, већ Суд, на основу оцене сваког доказа посебно, и свих заједно, и на основу резултата целокупног доказног поступка, узимајући у обзир аргументаију странака, доноси закључак о томе да ли нека чињенична тврдња основана или не.

5. ТЕРЕТ ИЛИ ДУЖНОСТ

891. У формулацији правила о расподели терета доказивања Суд је истакао да је „the duty of the party which asserts certain facts to establish the existence of such facts.“ У другим предметима користио је и друге формулације које не говоре о дућности већ, једном о „морању“ или једноставно је користио формулацију „на страни која износи тврдњу .. лежи и терет њеног доказивања“

892. Нису ретки аутори који правило о терету доказивања одређују као „дужности странке“ да докаже чињеничну тврдњу⁶⁹³. Међутим, не може се говорити о дужности или обавези у правом смислу те речи већ о терету. Странка нема обавезу да суду предочи доказе којима поткрепљује своју тврдњу, већ се од ње то очекује.

893. Појам терета („onus“, «бурден») не коиндицира, ни садржински, ни према својим консеквенцама са појмом обавезе. Уколико би терет доказивања посматрали као обавезу, у том случају би последица неиспуњења обавезе морала да се разматра у координатама одговорности за неиспуњење прописане дужности. Са друге стране, ако би терет странке квалификовали као обавезу, Суд би морао да одбије захтев уколико странка није предочила доказе којима поткрепљује своје чињеничне тврдње, без обзира на остале изведене доказе. Ни једна странка нема обавезу такве природе, нити може да има такву обавезу, већ се од ње разумно очекује да изводи доказе којима настоји да поткрепи своју чињеничну тврдњу. Како је истакао Суд у скорашњој пресуди;

„Наравно да се од тужиоца очекује да, на првом месту, поднесе релевантне доказе ради потврђивања свог захтева. Овом међутим, не

⁶⁹³Примера ради, Kazazi, op.cit., на више места, примера ради стр. 85. Riddel and Plant, op.cit. стр. 80 i dalje „Burden of proof- indicates which of the parties to a dispute must furnish the Court with evidence on a certain matter“, op. cit., стр. 80 Amerachinghe definiše termin tereta dokazivanja na sledeći način „the phrase „burden of proof“ ... generally mean obligation to prove“ op. cit., стр. 34.

значи да тужена држава не треба да сарађује приликом пружања таквих доказа који би могли да буду у њеном поседу а који могу помоћи Суду приликом решавања спора који је пред њега изнет.⁶⁹⁴

894. Једном речју, одбијање захтева странке због тога што је спорна чињична тврдња недоказана није резултат неиспуњења било које обавезе странке, већ резултат непристрансе оцене изведених доказа.

⁶⁹⁴ (*Argentina v. Uruguay*), *Judgment of 20 April 2010*, paragraf 163.

6. МЕТОДИЧКО МЕСТО ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА О ТЕТЕТУ ДОКАЗИВАЊА

895. О месту терета доказивања у аруктури судијског одлучивања можемо закључити из структуре резонавања Суда приликом доношења одлук. У предмету *Pulp Mills*, Суд изнео стандардан начин одлучивања:

Суд треба да буде свестан чињенице да, упркос обиму и комплексности информација о чињеницама који су пред њега изнете, одговорност је Суда, након што пажљиво размотри све доказе који су му предочени, да утврди које чињенице треба сматрати за релевантне, да оцени њихову доказну снагу, и да из њих изведе одговарајуће закључке. Стога, држећи се своје праксе, Суд ће сам утврдити чињенице, на основу доказа који су му предочени, и након тога ће применити релевантна правила међународног права на оне чињенице за које нађе да су утврђене (постојеће).“⁶⁹⁵

896. Дакле, прва фаза је пажљиво разматрање свих изведених доказа, затим утврђивање које се чињенице могу сматрати релевантним, затим оцена њихове доказне снаге, и извлачење прикладних закључака и тек након тога примена материјалног права на утврђено чињенично стање. У приказаној структури резонавања суда концепт терета доказивања није нашао своје место.

⁶⁹⁵ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20. April 2010, para.168.* У преводу на српски језик: „Суд треба да буде свестан чињенице да, упркос обиму и комплексности информација о чињеницама који су пред њега изнете, одговорност је Суда, након што пажљиво размотри све доказе који су му предочени, да утврди које чињенице треба сматрати за релевантне, да оцени њихову доказну снагу, и да из њих изведе одговарајуће закључке. Стога, држећи се своје праксе, Суд ће сам утврдити чињенице, на основу доказа који су му предочени, и након тога ће применити релевантна правила међународног права на оне чињенице за које нађе да су утврђене (постојеће).“

897. Како смо горе изнели, предмет доказивања су само спорне чињеничне тврдње (спорне чињенице) које су релевантне за доношење коначне одлуке.⁶⁹⁶ Стога чињенице око којих се странке не споре нису обухваћене правилом о терету доказивања. Са друге стране, не морају све чињенице које су спорне да буду релевантне или потребне ради доношења пресуде. Уколико Суд нађе да нека од чињеница није релевантна (одлучна) Суд се неће ни упуштати у испитивање да ли је доказана (односно да ли је тврдња о ирелевантној чињеници основана).

898. По природи ствари, тек по установљавању које су тврдње релевантне Суд приступа утврђивању да ли су и доказане. Практично до примене правила о терету доказивања долази тек након што се утврди која је од доказаних тврдња релевантна, и оно служи као основ судијског одлучивања у случају да тврдња остане недоказана. Она је својеврсно образложење због чега Суд није у прилици да усвоји захтев странке.

899. Различите концепције терета доказивања у различитим правним системима доводе до поделе терета доказивања на субјективни и објективни терет доказивања, па тиме и до различитог методичког места примене терета доказивања. Према субјективном поимању терета доказивања, он терети странке од самог почетка поступка, и сврха доказивања се у бити састоји да се тај терет пребаци на другу страну и да се тај терет врати назад странци која га се ослободила.⁶⁹⁷ Ово је у основи концепција англоамеричког доказног права које је неприменљива у поступку пред Судом. Према објективистичком концепту, не долази до примене терета доказивања „све док сва доказна средства не буду исцрпљена, он ступа на сцену онда када је све речено и утврђено, и када упркос томе суд није могао доћи до одређеног става о спорним чињеницама.“⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ “Clearly where facts are agreed upon by the parties or are undisputed, the question of burden of proof does not arise.” Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, стр. 88

⁶⁹⁷ Алан Узелац, *Терет доказивања...*, стр.339

⁶⁹⁸ *Ibidem*,

7. РАЗЛИЧИТА СХВАТАЊА ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА (АНГЛОСАКСОНСКА И ЕВРОПСКОКОНТИНЕНТАЛНА КОНЦЕПЦИЈА ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА, И КОНЕПЦИЈА ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА ПРЕД МЕЂУНРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ)

900. Доктрина међународног права није остала имуна на различита схватања о концепцији терета доказивања, а посебно је једну велику дозу забуне унело поређење или схватање концепције терета доказивања у англосаксонским правосудним системима у којима терет доказивања има двоструку природу, односно, где се под овим појмом разумеју два различита института – терет доказивања или уверавања (*burden of proof, burden of persuasion*) и терет изношења доказа (*burden on evidence, burden on going forward*)

901. Терет доказивања у расправама многих аутора који потичу из земаља англосаксонске правне традиције оптерећен је двоструким значењем терета доказивања у правосудним системима *common law*-а, те настојањем да се кроз концепт „двоструког терета доказивања“ сагледају и правила о терету доказивања пред међународним судовима и трибуналима. Како истиче Kazazi: „правни писци који потичу из земаља *common law system* покушавају, на основу сопствених националних система, да трасирају ефекте ових техничких правила англо-америчког права на доказивање у међународном поступку.“⁶⁹⁹

902. У земљама *common law*-а прави се разлика између терета доказивања, или терета уверавања (*burden of proof, burden of persuasion*) који је истоветан или барем близак концепту терета доказивања у земљама европскоконтиненталне правне традиције, и терета изношења доказа, (*burden on evidence, burden on going forward with the proof*) који је специфичност доказног права англосаксонског правног круга. Терет изношења доказа се у најкраћем може описати као „*the duty of passing a judge*“ – односно, односи се на терет странке која покреће поступак да пружи довољно доказа „*to raise an issue as to the existence or non-existence of a fact*

⁶⁹⁹ Kazazi, *op.cit.*, стр. 31

in issue“ како би случај могао да буде изнет пред пороту која одлучује о чињеничним питањима.⁷⁰⁰

903. Управо је расподела улога између судије и пороте у земаљама common law-a један од узрока двоструке природе терета доказивања у земаљама англосаксонске правне традиције.⁷⁰¹ Правосудни системи европскоконтиненталне правне традиције, као ни поступци пред међународним судовима и трибуналима не познају ову разлику.

904. Питање доказивања, па и терета доказивања у америчкој и британској правној теротији знатно заостаје за европскоконтиненталном правном школом. Како констатује Узелац:

„У односу прама европском (посебно германском) правном кругу, у којем је писање радова на тему терета доказивања постала готово мода, у америчком се академском животу могу наћи релативно малобројни чланци који се изравно односе на терет доказивања, књига и монографија о овој теми готово да нема ..“⁷⁰² У англосаксонској правној литератури преовладава прагматички усмерен приступ и ослањање на интуитивно концептуално одређење.⁷⁰³

905. Поред тога примена терета доказивања у САД-у, како истиче Казази „is considered to be 'primarily a matter of policy based on experience,' and it is accepted by some courts that the state had practically unrestricted power to make uniform and impartial changes in the ruled of evidence as to the burden of proof. Ass to the practice of courts, some legal writers, on the strength of reported decisions involving problems of allocation of the burden of proof, have concluded

⁷⁰⁰ Colin Tapper, Cross and Tapper *On Evidence*, jedanaesto izdanje, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007.109-10

⁷⁰¹ Види. Riddel and Plant, op.cit., стр. 82

Wigmore „Ва\на разлика између ова два појма терета доказивања је следећа : ризик неуверљивости делује када случај дође у руке пороте, док терет изношења доказа имплицира завосност од одлуке судије да се одређено питање реши а да се питање не остави отвореним за већање пороте“

⁷⁰² Alan Uzelac, Teret dokazivanja, стр, 271

⁷⁰³ Alan Uzelac, op.cit., стр, 272

that the considerations of policy, fairness and probability has been used as benchmarks for the allocation of particular material elements in the case.^{704c}

906. У земљама европско-континенталне правне традиције, и поред разлика у одређењу терета доказивања, терет доказивања се схвата на начин који је ако не идентичан онда сличан концепцији Међународног суда правде. Иако познаје и субјективни и објективни појам терета доказивања (о чему ће речи бити касније) проблем терета доказивања за већи део европске доктрине открива се тек по окончању главне расправе, у моменту када се суд повукао да донесе одлуку, и даје одговор на пријаве на који ће начин суд поступити у *non liquet* ситуацији. У случају да одлучна чињеница није доказана, односно када суд не може са сигурношћу да утврди постојање одлучне чињенице, парницу губи она странка на којој лежи терет доказивања.⁷⁰⁵ На расподелу терета доказивања нема утицаја процесна позиција странке, већ су критеријуми расподеле терета доказивања одређени материјалноправном нормом, односно свака странка сноси терет доказивања оних чињеница које су за њу повољне према критеријуму који прописује или који произилази из правне норме.

907. У појмовном каталогу тзв. „различитих врста“ терета доказивања, кључно место заузима подела терета доказивања на објективни (материјални) и субјективни (процесни), које је развијено у теорији европскоконтиненталног процесног права. Према субјективном схватању терета доказивања, оно терети странке од самог почетка поступка, док према објективном схватању терета доказивања, до примене правила о терету доказивања долази тек на самом крају поступка, када су изведени сви докази и изнесена целокупна аргументација. Међутим, ово разликовање, иако га аутори из области међународног права готово и не спомињу, може допринети бољем разумевању терета доказивања у међународном правосуђу.

908. Не улазећи дубље у расправе о историјату појмова објективни и субјективни терет доказивања, у контексту права које примењује и праксе Међународног суда правде (али и већине других правних међународних судова и

⁷⁰⁴ Kazazi, *op.cit.* стр.59

⁷⁰⁵ Јакшић, *op.cit.*, стр. 400.

трибунала) ово разграничење се може другачије означити као терет доказивања *stricto sensu*, или само терет доказивања, и терет за који странке сматрају да треба да поднесу како би успеле у спору. Наиме, под објективним теретом доказивања, који је у литератури познат и под називима „терет утврђења“ или „материјални терет доказивања“ или „ризик недоказаности,“ и до примене правила о објективном терету доказивања долази без обзира на активности ма које од странака у поступку. Објективни терет доказивања односи се на одлучивање суда, односно временски моменат његове проимене резервисан је за фазу доношење коначне одлуке о захтевима странака.

909. Субјективни терет доказивања, како истиче Узелац, „ближи је интуитивној предодби коју са собом носи израз „терет доказивања““ и дефинише се као „процесни терет који лежи на странкама (у смислу да их мотивише) да својом активношћу у извођењу доказа избегну губитак спора или практична нужност за странку да докаже постојање одређеног чињеничног стања или чињенице не би ли избегла нежељену одлуку“⁷⁰⁶ Познић, одређујући појам субјективног терета доказивања, под овим подразумева процесни терет односно „дужност странке да пружи суду доказе, што ће рећи да означи доказна средства која треба да код суда створе уверење о истинитости. Овај појам представља доследно спровођење мисли која чини суштину терета тврдње.“⁷⁰⁷

910. Однос објективног и субјективног терета доказивања, ако се схвати у овом значењу, се разликује зависности од модела поступка. Уствари, до примене правила о објективном терету доказивања долази пред сам крај судског поступка, док се субјективни терет доказивања-у напред описаном значњз, реализује у току (доказног) поступка.⁷⁰⁸ Доктрина међународног права често је недоређена у погледу природе правила о терету доказивања, и у расправама о овом институту често се мешају елементи концепције објективног и субјективног терета доказивања. Другим речима, често се у расправама о различитим питањима једноставно користи термин „терет доказивања“ у прилично неодређеном

⁷⁰⁶ Alan Uzelac, *Teret dokazivanja*, стр. 97

⁷⁰⁷ Боровоје Познић, *Грађанско процесно право*, 1995, стр. 211.

⁷⁰⁸ Sandifer, *Evidence before international Tribunals...*, стр.134.

значењу, или значењу које се може разумети само у контексту. Овакав приступ, иако поборнике европскоконтиненталне правне школе може да зачуди, могао би се приписати настојању да се преко института терета доказивања осветле многобројна питања која се постављају у доктрини и пракси у вези са извођењем доказа и утврђивања чињеница, као и чињеници да теорија међународног процесног права није развијена као доктрина грађанског и кривичног процесног права. Примера ради, у Сандиферовим разматрањима о терету доказивања, провлачи се нит која даје повода закључку да се пракса Међународног суда правде, када је реч о терету доказивања, базира на оноше што смо одредили као објективни терет доказивања, али се видокриг „терета доказивања“ проширује, мада у често не тако јасним формулацијама. Тако, Сандифер о терету доказивања предм Међународним судом правде каже:

„the International Court of Justice has been sparring with its pronouncements concerning the burden of proof, as well as eclectic in its approach to the subject. In other words, the Court appears to be more concerned with “establishing facts” and “assessing the weight of the evidence produced insofar as is necessary for the determination of the concrete issue which it finds to be one on which it has to decide. Consequently, as the Rosenne puts it “there is a little to be found in the way of rules of evidence and a striking feature of the jurisprudence is the ability of the Court frequently to base its decisions on undisputed facts, and in reducing voluminous evidence to manageable portions.“

911. Расправа о терету доказивања, нарочито у ранијим радовима, оптерећена је разматрањима на које утиче двострука природа терета доказивања у правосудним системима common law-а. Тако, примера ради, у једном од водећих радова о праву и јуриспруденцију Сталног суда међународне правде, Manley O. Hudson истиче „The Court has referred to the burden of proof falling on particular party, but without distinguishing it from the burden on going forward.“⁷⁰⁹

⁷⁰⁹ М. О Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, 1943, стр. 565.

912. Из излагања појединих аутора често је нејасно на који начин схватају терет доказивања, да ли у субјективном или објективном смислу или комбинују елементе и једног и другог. Тако, примера ради, Hersh Lauterpacht каже :

“The actual distribution of the *onus probandi* may occasionally confer a tactical advantage upon one of the parties, but it is not easy to concede that that advantage can, in the long run, be decisive. ... the burden of proof – are somewhat narrowly circumscribed in the international sphere in which flexibility is a guiding principle.”

⁷¹⁰ У свом издвојеном мишљењу у предмету *Norwegian Loans*, Лаутерпахт је закључио следеће „There is, in general, a degree of unhelpfulness in the argument concerning burden of proof. Yet some *prima facie* distribution of the burden of proof there must be“⁷¹¹ Из наведеног недвосмислено произилази да Лаутерпахт, приликом реарправе о терету доказивања комбинује елементе и објективног и субјективног терета доказивања, стратегије странака у наступу пред Судом и судијског одлучивања.

913. Сандифер излагање о терету доказивања, у структури своје расправе о доказивању пред међународним трибуналом, свртава у одељак о извођењу доказа.⁷¹² У расправи о примени терета доказивања у пракси Међународног суда правде и Сталног суда међународне правде, Сандифер прво истиче да „The Permanent Court of International Justice showed little inclination to concern itself with

⁷¹⁰ Hersh Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London 1958, стр. 365.

⁷¹¹ *Separate Opinion of Judge Lauterpacht, Certain Norwegian Loans, ICJ Reports 1957*, p.39

⁷¹² Тако примера ради Duward Sandifer, „Burden of proof, in the strictly technical sense of the term, is a concomitant of a maturely developed system of pleadings and of a well-defined body of rules of evidence allocating the duty of bringing forward the evidence to substantiate the contentions developed by the pleadings and prescribing the quantum of evidence required to fulfill this duty, both during the pleadings and upon the submission of the case to the court for decision. As international judicial procedure has not developed a technically complete system of either of these features, it is natural that detailed rules have not been developed specifically determining the location of the burden of proof in given situations. A further factor in preventing the growth of technical rules concerning the burden of proof is that in international adjudication between the states in their own right there has in many cases been no distinction in the position of parties as plaintiff and defendant.“ Duward Sandifer, *op.cit.*, p.123.

the technical aspects of the question of burden of proof.⁷¹³“ објашњавајући тиме да „as with matters of evidence generally, the Court’s preoccupation was to refrain freedom of action to receive and evaluate freely evidence or information of any kind that might assist it in getting at the merits and the truth of matters at issue before it“⁷¹⁴

914. Ових неколико примера немају за циљ да дају исцрпну слику о различитим расправама о самом поимању терета доказивања, већ да укажу на проблеме у доктрини међународног права приликом одређења природе и домашаја правила о терету доказивања, и са друге стране на потребу појмовно разликовање између субјективног и објективног појма терета доказивања, на начин на који се то чини и у доктрини која се бави процесним питањима правосудних система заснованих на европскоконтиненталној правној традицији. Поред тога, и у доктрини међународног права заступљена је теза да је терет доказивања ако не идентичан, онда веома близак концепту који се примењује у земљама европскоконтиненталне правне традиције.⁷¹⁵

915. Међутим, иако је концепт терета доказивања близак земљама европскоконтиненталне правне традиције, не треба сметнути са ума да и у англосаксонском праву такође постоји концепт терета доказивања (у смислу терета уверавања) који кореспондира са теретом доказивања који постоји у земљама европскоконтиненталне правне традиције. Међутим, за разлику од терета извођења доказа (*burden on going forward*) о коме одкуку доноси судија, терет доказивања у смислу терета уверавања примењује лаичка порота која не образлаже своју одлуку.

916. Поступак пред Судом не познаје техничка правила о доказивању својствена англосаксонским правосудним системима. Поступак пред Судом се не састоји од две фазе чији би међусобни однос био такав да на основу недостатка доказа у једној фази поступка (уколико није показан *prima facie* случај, односно

⁷¹³ Sandifer, *op.cit.*, p. 132

⁷¹⁴ *Ibidem*, p.133

⁷¹⁵ Alford, " Fact-Finding by the World Court", *Vill. Law Review.*, Vol.4, 1958,

уколико докази који су изнесени пред суд не дају повода другој страни да одговори) Суд може да одбије захтев.⁷¹⁶

917. Субјективни терет доказивања у поступку пред Међународним судом правде не базира се на обавезама странака, већ представља рефлекс правила о терету доказивања (објективном терету доказивања- или правила о судијском одлучивању), који се изражава кроз настојање странака да постигну успех у поступку, рачунајући да ће Суд, пошто се повуче на већање и глесање применити правило о терету доказивања. Иако је поступак заснован на расправном начелу, и да се Суд веома ретко користи „инквизиторним овлашћењима“ одсуство тенничких правила о извођењу доказа и њиховој оцени у интеримним фазама поступка доводи до тога да се субјективни терет доказивања у смислу „*prima facie* распеделе терета доказивања,“ или „тактичкој предности“ једне или друге странке која се базира на расподели терета доказивања, разматрања која немају своје правно утемељење. Како смо видели у делу о извођењу доказа, у току писмене фазе поступка Суд је потпуно пасиван, а управо је та фаза намењена кристализацији спора и извођењу доказа, док након окончања писмене фазе поступка, у погледу доказивања улога суда се огледа само у „ванредним“ ситуацијама у којима странке нису сагласне у погледу уврштавања у спис доказа који се подне „по истеку за то предвиђених рокова.“

918. Стога је субјективни терет доказивања, како га схватају аутори са англоамеричког подручја, неприменљив, и о њему се може полемисати само у контексту поступања странака, које своје иступање пред Судом моделирају не према обавези поступања на један или други начин, већ према разумевању сопствене позиције и изгледа за успех у поступку, и стратегије наступа у једном адверсаријалном поступку који је лишен техничких правила о извођењу доказа. За разлику од англосаксонског модела, у коме терет доказивања актуелна тема током целог поступка у поступцима пред међународним судовима и трибуналима који решавају међудржавне спорове, питање терета доказивања се поставља тек на крају дана. У том смислу резонује и Amerashughe:

⁷¹⁶ Amerachinghe, *op.cit.*, стр. 38

The practice of international tribunals, both „civil“ and „non-civil,“ shows that they followed the civil law in which there is technically no place for the duty to go forward with the evidence (burden of evidence), as understood in the common law, in contrast to the burden of proof in its true sense. The tribunal simply decides at the end of the proceedings whether or not the burden of proof, whatever it may lay, has been discharge⁷¹⁷

*

919. У скорашњој јуриспруденцији Суда, САД је настојала да позивајући се на концепт терета изношења доказа оспори захтев Мексика у предмету *Avena and Other Mexican Nationals*. Наиме, у спору који се тичао остваривања права на конзуларну заштиту, било је спорно да ли су извесна лица државњани САД. Суд је аргументацију САД сажео на следећи начин:

„САД прихвата да је у таквим случајевима на њој терет доказивања држављанства САДа, али истиче и тврдњу да је на Мексику остао „терет изношења доказа“ /"burden of evidence"/. САД је пружио образложење да ова разлика произилази из чињенице да особе мексичког држављанства можда нису стекле држављанство САДа по сили закона, у зависности од датума и места рођења њихових родитеља, брачног статуса у време њиховог рођења и томе слично. Становиште је САДа да су „практично све те информације о 52 особе које заступа у рукама Мексика.“ САД тврде да Мексико има одговорност да достави такве информације, и да нису испуниле ову одговорност⁷¹⁸

920. Разматрајући тврдњу САД-а Суд је резонаовао на следећи начин:

Суд налази да је на Мексику да покаже да су 52 особе ... имале мексичко држављанство у време њиховог хапшења. Суд примећује да је је Мексико у том циљу доставио потврде из матичних књига рођених /*birth certificates*/ и потврде о држављанству /*declarations of nationality*/, чију садржину САД

⁷¹⁷ Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, стр. 40.

⁷¹⁸ *Avena and Other Mexican Nationals*, Judgement, paragraph. 56

није оспоравао. Суд даље примећује да су САД, ипак, поставиле питање да ли су неки од тих поједнаца такође били и држављани САДа...

Суд заузима становиште да је на САДу било да то демонстрира /да су неки од мексичких држављана такође били и држављани САД у моменту хапшења-прим А. Гајић/ и да предочи Суду све информације о тој ствари које су у њеном поседу. У погледу тврдње САДа да су релевантни подаци обухваћени знањем Мексика, на САД је било да да те информације затражи од мексичких власти. Суд не може да прихвати да због тога што су такве информације делом можда биле у рукама Мексика, да је на Мексику да изнесе те информације. На САД је било да тражи те податке, са довољно прецизности, и да демонстрира и да је то учињено и да су Мексичке власти одбиле или порпустиле да одговоре на такве конкретне захтеве. Ни у једној од фаза, међутим, САД нису показале Суду да су учиниле специфичне захтеве од тих власти о конкретном случају и да су захтеви остали без одговора. Суд стога закључује да САД нису поднеле свој терет доказивања у настојању да прикажу да су ове особе мексичког држављанства биле такође и држављани САД.“

921. Ово резонавање Суда открива, са једне стране, да је Суд одбио да прихвати сугестију да се примени концепт „burden on evidence“ док је, са друге стране, у детаљном образложењу, указао и на елементе које је вероватно био спреман да узме у разматрање приликом утврђивања чињеница, односно оцене доказа. Аргументација Суда је неуобичајена за његову јуриспруденцију, бући да је Суд изашао из оквира оцене доказа- да ли су „birth certificates“ и „declarations of nationality“ поуздан и довољан доказ у конкретном случају, већ је одговарајући на аргумент САД о терету изношења доказа разматрао и питање шта је САД могла да учини а није учинила у конкретном случају.⁷¹⁹ Међутим, конкретно резонавање Суда се може схватити и на други начин. Резонавање Суда је дато у координатама правила о расподели терета доказивања према формули да странка која износи

⁷¹⁹ Сматрамо да би чак и пред америчким судовима приговор САД био неоснован, будући да извођењем поузданих доказа којима се доказује држављанство лица, терет изношења доказа у ствари био преваљен на другу страну.

тврдњу сноси и терет њеног доказивања, и даје довољно основа за закључак да га суд Схвата у смислу да се од стране која истиче тврдњу очекује да износи доказе којима своју тврдњу поткрепљује, а не од странке којој те информације можда не би ишле у прилог.

922. Коментаришући наведено резонавање суда, судија Рањева је својој Декларацији изнео:

„The Judgment declines to adopt the distinction proposed by the United States, between the burden of proof and the burden of evidence (para. 56), retaining solely the classic concept of burden of proof. Whilst that decision merits approval, the Judgment fails to give an appropriate explanation on this point. The distinction proposed by the Respondent is somewhat subtle and perhaps arises from specific concepts of United States law; the fact remains that those are institutions of domestic law, whereas the Court is bound to apply international law and its categories. It is sufficient to recall a basic truth, namely that the categories of domestic law have their inherent limitations; they are too directly dependent on the legal and institutional history of a given system to have universal value and to be directly valid in international law.

The reasoning of the Judgment in paragraph 57 is well fashioned, consisting simply in a factual review of the Parties' propositions and conduct, and producing a conclusion which is thus self-evident. The demonstration would have been more convincing had the factual analysis been linked with the issue of the production of evidence in cases before the Court.⁷²⁰

923. Непименљивост концепата англосаксонског доказног права у вези са извођењем доказа је очигледна, не само због тога што је Суд овлашћен да примењује само међунатодно право, и да није везан процесним правилима ма ког другог правног поретка, већ немогуће применити и било какву аналогију или чак и *de lege ferenda* заговарати тезу о потреби примене концепта тетета изношења доказа.

⁷²⁰ *Declaration of vice-president Ranjeva, Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment of March 31, 2004, paragraphi 2 i 3.*

924. Ridel и Plant указују да наведена одлука Суда, да је вероватно окончана свака расправа“ по питању примене концепта *burden on evidence*.⁷²¹ Међутим, чини се да је разумевање овог концепта од стране ових аутора проблематично. Наиме они истичу „The burden of evidence as a procedural obligation to demonstrate that sufficient evidence has been produced to put a matter in issue does not appear in the ICJ, either as a formal test or even informally.“⁷²² Коментаришући декларацију судије Рањева-е они истичу:

„He notes that in domestic law concept and therefore it is not necessarily appropriate for application in international law, but does not specifically say why this particular concept is ill-fitting in the context of the ICJ.“⁷²³

925. Наведено разматрање је типичан пример неразумевања концепција које су стране англо-америчком доказном праву. Не само разумевање концепта „довољности доказа“ (о коме је било речи у расправама о стандарду доказивања), већ се чини да је расправа структурирана на начин који одражава резоновање о проблемима доказивања у интеримним фазама поступка (у току извођења доказа), без разумевања фундаменталне карактеристике судског начина решавања међудржавних спорова међу којима је и та да се одлука о свим чињеничним питањима доноси тек на крају дана.

*

⁷²¹ Riddel и Plant, *op.cit.*, стр. 85

⁷²² The burden of evidence as a procedural obligation to demonstrate that sufficient evidence has been produced to put a matter in issue does not appear in the ICJ, either as a formal test or even informally. Riddel and Plant, *op. cit.*, стр. 85

⁷²³ *Ibidem*, стр.85-85.

8. ПРЕВАЉИВАЊЕ ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА

926. Питање превањивања терета доказивања (reversal of the burden of proof) је једно од актуелних питања међународног правосуђа. Поставља се питање да ли основно правило да странка која истиче чињеничну тврдњу (односно којој дата чињеница иде у прилог) може да превали терет доказивања на супротстављену странку.

927. У предмету *Pulp Mills* поставило питање преваљивања терета доказивања. Одговарајући на аргумент Аргентине о преваљивању терета доказивања Суд је резонаовао на следећи начин

„To begin with, the Court considers that, in accordance with the well-established principle of *onus probandi incumbit actori*, it is the duty of the party which asserts certain facts to establish the existence of such facts. This principle which has been consistently upheld by the Court...applies to the assertions of fact both by the Applicant and the Respondent.

It is of course to be expected that the Applicant should, in the first instance, submit the relevant evidence to substantiate its claims. This does not, however, mean that the Respondent should not co-operate in the provision of such evidence as may be in its possession that could assist the Court in resolving the dispute submitted to it. Regarding the arguments put forward by Argentina on the reversal of the burden of proof and on the existence, vis-à-vis each Party, of an equal onus to prove under the 1975 Statute, the Court considers that while a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute, it does not follow that it operates as a reversal of the burden of proof. The Court is also of the view that there is nothing in the 1975 Statute itself to indicate that it places the burden of proof equally on both Parties.⁷²⁴

⁷²⁴ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, 20. April 2010., para 162-163

928. Дакле, у конкретном предмету једна од странака се позвала на „принцип предострожности“ као начело заштите животне средине које је инкорпорисано у уговор који је суд требало да примени, и нашао да оно није такве природе да доводи до обрта терета доказивања.

929. Поставља се питање шта се подразумева под преваљивањем или обртом терета доказивања. Наиме, терет доказивања се увек везује за конкретну чињеничну тврдњу, и терет доказивања те чињеничне тврдње се не може превалити на другу странку. Он се не преваљује на другу страну чак ни у случају да је оно што се тврди пресумирано. Како је истакао и Mc Kelvey, у својој студији о доказима и доказивању, „терет доказивања се никада не мења. Он остаје до краја поступка на страни која га је имала и на самом почетку.“⁷²⁵

930. Већина аутора преваљивање терета доказивања схвата у значењу оспоравања пресумиране чињенице. У овом случају није реч о обрту или преваљивању терета доказивања, будући да је тврдња којом се истиче нешто што је другачије од пресумираног, нова тврдња, у погледу које важи правило да онај ко је истиче подноси и терет њеног доказивања, само што се у овом случају потребно оспорити пресумпцију. Будући да у поступку пред Судом не долази до установљавања чињеница у току извођења доказа, већ на самом крају поступка, не можемо говорити ни о преваљивању или обрту терета доказивања. Другим речима, ако се терет доказивања схвати у објективном смислу, као терет уверавања који се расподељује сходно захтевима материјалноправне норме, нелогично је уопште и говорити о његовом преваљивању. Ако се терет доказивања схвати као субјективан, у том случају можемо говорити само о интуитивној предоцби странке којој пресумирана чињеница не иде у прилог да износи доказе подесне да код Суда створе уверење о њеној неоснованости.

⁷²⁵ John McKelvey, *Handbook on Evidence*, 5th ed., St. Paul, West Publishing Co., Minnesota, 1944, 96. Са друге стране, уалитет терета доказивања у англосаксонском праву чини да се преваљује терет извођења доказа. Тако —, „The burden of proceedings/burden on going forward with the evidence/ with the evidence shifts from one party to other“ (Ibid. стр. 101)

IX

ДОКАЗИВАЊЕ У САВЕТОДАВНОМ ПОСТУПКУ

1. САВЕТОДАВНА ФУНКЦИЈА МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ – ЧИЊЕНИЧНО И ПРАВНО ПИТАЊЕ

931. Међународном суду правде, као главном судском органу Уједињених нација, поред функције судског начина решавања спорова, Повељом и Статутом је поверена и функција давања саветодавних мишљења по правним питањима. Према члану 96 Повеље Уједињених нација, право да захтевају саветодавно мишљење имају Генерална скупштина и Савет безбедности, које могу тражити саветодавно мишљење „по сваком правном питању“ док остали органи Уједињених нација (како главни тако и помоћни органи) као и специјализоване агенције Уједињених нација, могу, по претходном овлашћењу Генералне скупштине, да затраже од Суда саветодавно мишљење „по правним питањима која би се поставила у оквиру њихове надлежности.“⁷²⁶ Будући да нису државе те које од Суда захтевају саветодавно мишљење, „оно се и не даје државама, већ органима који су овлашћени да га траже; одговор Суда, који је „орган Уједињених нација“ представља његово учешће у активностима Организације, и, у начелу, не може бити одбачено.“⁷²⁷

932. У међународној пракси, прво судско тело коме је поверена саветодавна функција био је Стални суд међународне правде. Ова функција је била предвиђена и Пактом Друштва народа, којим је предвиђен план формирања Сталног суда међународне правде, који би, поред судског начина решавања

⁷²⁶За расправу о саветодавној функцији Међународног суда правде види Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Chapter 5 i Chapter 15.; Keith, Kenneth James: *The extent of the advisory jurisdiction of the International Court of Justice*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1971; Schwebel, Stephen M.: „Widening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice without Amending Its Statute“ *Catholic University Law Review*, Vol 33, (1983-1984); 91. Ago, Roberto: „Binding Advisory Opinions of the International Court of Justice“, *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, стр.439

⁷²⁷ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, II.243, стр. 989 *Peace Treaties, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950*, стр. 71 *Reservations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951*, стр. 19., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, para. 14./

спорова, био овлашћен да „даје саветодавна мишљења о сваком спору или питању које пред њега изнесу Савет или Скупштина“⁷²⁸ Ослањајући се на Статут и јуриспруденцију Сталног суда међународне правде, Статут Међународног суда правде предвиђа да „Суд може давати саветодавна мишљења по сваком правном питању на тражење тела која су овлашћена Повељом“^{729/30}

933. Саветодавна мишљења Суда не треба посматрати као пороста правно необавезујућа мишљења. Како је истако један аутор, „although an advisory opinion cannot create legal obligations, it nevertheless can be said to enjoy „legal value and

⁷²⁸ “The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice, The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or questions referred to it by the Council or by the Assembly.“ Члан 14 Пакта Друштва народа.

It seems likely that the drafters of the Covenant intended to equip the new Court with the means to deal with certain kinds of dispute which might be resolved – in the absence of compulsory jurisdiction – by a decision of an advisory character without binding force“ Anna Riddell and Bernard Plant, *Evidence before International Court of Justice*, BIICL, London, 2009, стр. 361.

⁷²⁹ Чл. 65(1) Статута Међународног суда правде. Генерална скупштина УН је резолуцијом бр. 957 (X), од 8 Новембра 1995 године амандирала Статут Административног трибунала УН предвиђајући улогу суда у поступку ревизије коначних одлука Административног трибунала. Међутим, нова реформа система решавања административних спорова унутар система Уједињених нација, која је довела до укидања Административног трибунала (2009 године), и формирања два судска тела United Nations Dispute Tribunal, и као жалбено судско тело United Nations Appeals Tribunal. Резолуцијама Генералне скупштине 61/261 од 4 априла 2007, 62/228 од 22. децембра 2007 и 63/253 од 24. децембра 2008. није предвиђено овлашћење новоформираних судских тела да могу да затраже од Међународног суда правде саветодавно мишљење, нити његова улога у ревизији одлука Жалбеног трибунала.

Сходно новоустановљеном систему, питања која се везују за доказивање у овим поступцима су од историјског значаја, дакле нису више актуелна и неће бити предмет расправе у овом раду.

⁷³⁰ The practice of of the UN organs, and more specifically of political organs, sometimes reveals a caution attitude towards the Court. One cannot but notice that the political organs are, for various reasons, reluctant to seek an advisory opinion from the Court when it might be needed. This attitude of the Political organs is partly reflected in the matters that did not come before the Court for advisory opinions. Many different reasons might explain limited recourse to the advisory jurisdiction.” Aljaghub, Mahasen, *The Advisory Function of the International Court of Justice, 1946-2005*, Springer, Heidelberg-Berlin, 2006, Str.2

authority⁷³¹, другим речима, она су „an authoritative but non binding explanations of a question in issue.”⁷³²

934. Решавање правних питања у конкретним случајевима, не ретко, подразумева и решавање чињеничних питања, односно укључује и утврђивање чињеница које су неопходне да би Суд био у позицији да саветодавно мишљење. Како је истакао Суд у саветодавном мишљењу донесеном у предмету *Western Sahara*:

“ It is true that, in order to reply to the questions, the Court will have to determine certain facts, before being able to assess their legal significance. However, a mixed question of law and fact is none the less a legal question within the meaning of Article 96, paragraph 1, of the Charter and Article 65, paragraph 1, of the Statute. As the Court observed in its *Opinion concerning the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*:

'In the view of the Court, the contingency that there may be factual issues underlying the question posed does not alter its character as a 'legal question' as envisaged in Article 96 of the Charter. The reference in this provision to legal questions cannot be interpreted as opposing legal to factual issues. Normally, to enable a court to pronounce on legal questions, it must also be acquainted with, take into account and, if necessary, make findings as to the relevant factual issues.' (I.C.J. Reports 1971, p.27)⁷³³

935. За разлику од контенциозног поступка, у коме као захтев може самостално фигурирати утврђивање конкретне чињенице, „која би, ако се утврди

⁷³¹ Mahasen Aljaghub, op.cit., стр.12.

⁷³² Pascalucci, Jo M. *The Practice and Procedure of Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. стр.29.

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Rumania Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, стр. 71. Navedeno prema: Mahasen Aljaghub, op.cit., стр.12.

⁷³³ *Western Sahara, Advisory Opinion of 16 October 1975, ICJ Reports 1975*, para. 17.

Sudija Gros је у предмету *Western Sahara* између осталог истакао, „it is the duty of the Court to establish facts, that is to say to make findings as to their existence, and it confers a legal meaning upon them by its decision; a Court may neither suppose the existence of facts nor deduce them from hypotheses unsupported by the evidence” *Dissenting Opinion of Judge Gros, Western Sahara Advisory Opinion, ICJ Reports 1975*, p. 76, para. 11.

представљала кршење неке међународне обавезе,“ природа саветодавне функције је таква да се чињенично питање не би могло изнети пред Суд са захтевом за саветодавним мишљењем. Другим речима, чињенична питања се могу поставити само у у склопу правног питања које се предочава Суду захтевом за саветодавним мишљењем. Будући да је саветодавно мишљење Суда необавезујуће правне природе, не види се никаква сврха изношења пред суд чињеничног питања, без обзира на тежину /значај/ која би био приписан таквој одлуци. Поред тога, саветодавни поступак, као и овлашћења Суда у току саветодавног поступка, су такве природе да он једноставно није дизајниран на начин који би омогућио да се саветодавна функција суда користи као инструмент утврђивања чињеница о чијем постојању постоји висок степен неизвесности (спора међу потенцијално заинтересованим учесницима у саветодавном поступку).

936. Не улазећи дубље у расправу о природи и начину на који се врши саветодавна функција Суда, на наредним странама концентрисаћемо се само на питања од значаја за извођења доказа и утврђивања чињеница у саветодавном поступку.

2. САВЕТОДАВНИ ПОСТУПАК

937. Статут и Правилника Суда садрже веома мали број одредби о саветодавној функцији Суда и саветодавном поступку.⁷³⁴ Чланом 102 Правилника Суда је предвиђено да ће се Суд, поред одредаба чл. 102-109 Правилника Суда, неопходне смернице моћи да тражи и у одредбама Статута и Правилника којима се регулише контенциозни поступк, у мери у којој их сматра применљивим у саветодавном поступку.⁷³⁵ Другим речима, Суд неће аналогно примењивати одредбе Статута и Правилника Суда којима је регулисан контенциозни поступак, већ ће из њих црпети потебне смернице, прилагођавајући их природи и потребама саветодавног поступка.⁷³⁶

⁷³⁴ Саветодавни поступак и саветодавна надлежност Суда регулисани су чл. 65-68 Статута Суда и чл. 102-109 Правилника Суда.

⁷³⁵ Члан 102 Статута Суда.

1. In the exercise of its advisory functions under Article 65 of the Statute, the Court shall apply, in addition to the provisions of Article 96 of the Charter and Chapter IV of the Statute, the provisions of the present Part of the Rules.

2. The Court shall also be guided by the provisions of the Statute and of these Rules which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable. For this purpose, it shall above all consider whether the request for the advisory opinion relates to a legal question actually pending between two or more States.

3. When an advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States, Article 31 of the Statute shall apply, as also the provisions of these Rules concerning the application of that Article.

⁷³⁶ Розен има нешто другачије становиште сугерише да израз „The Court shall also be guided“ се можетумачити тако да ће суд примењивати одређене одредбе Правилника и Статута којима је регулисан контенциозни поступак.

„The expression „The Court shall also be guided“ has always appeared awkward, the more so since the Court has explained that the Rules are intended to set forth detailed means of application of the Statute furnishing the Court with certain rules concerning its internal functioning and even more by supplying parties with information which is indispensable for them to questions of procedure. It is suggested that it would now be correct to interpret the words „shall be guided“ as „shall be applied.“ Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court-*

938. У одсуству подробније писане регулативе, овакво решење се чини једно логичним, будући да Суд и приликом вршења саветодавне функције, поступа као суд. Како је истакао још Стални суд међународне правде:

„The Court, being Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding their activity as a Court.“⁷³⁷

939. Захтев за саветодавним мишљењем подноси се у писменом облику, и треба да садржи на прецизан начин формулисано питање по ком се тражи саветодавно мишљење, као и пратећу документацију којом се постављено питање може расветлити.⁷³⁸ Пратећа документација подноси се једновремено са подношењем захтева за саветодавним мишљењем, или у кратком временском периоду након подношења захтева.⁷³⁹ Дакле, већ захтев за саветодавним мишљењем у свом прилогу садржи документацију за коју је „likely to throw light upon the question.“

940. У досадашњој пракси, поред сажетог чињеничног описа ситуације која даје повода саветодавном мишљењу уз захтев се, када је год то било неопходно, прилагала и релевантна документација, посебно записници са седница различитих органа Уједињених нација или организације која захтева саветодавно мишљење, извештаји комитета и специјалних известиоца, копије резолуција и других одлука.⁷⁴⁰ Уколико саветодавно мишљење захтева Генерална скупштина или друго тело Уједињених нација, резолуција којом се захтева саветодавно мишљење редовно садржи и инструкцију за Генералног секретара да изнесе пред Суд, у форми анекса захтева, релевантну документацију.

A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1983, стр. 214.

Међутим, уистину суд не може да примени одредбе о контенициозном поступку као такве, већ из њих може да црпи одговарајуће смернице, и при томе није обавезан да примењује одредбе Правилника Суда или Статута онако како оне гласе, већ да, уочавајући основну идеју која је у њима садржана, примени и у саветодавном поступку.

⁷³⁷ *Status of Eastern Carelia*, Advisory Opinion of 23 July 1923 PCIJ Reports Series B, стр. 28 и 29.

⁷³⁸ Члан 65 (2) Статута : Questions upon which the advisory opinion of the Court is asked shall be laid before the Court by means of a written request containing an exact statement of the question upon which an opinion is required, and accompanied by all documents likely to throw light upon the question.

⁷³⁹ Члан 104 Правилника Суда.

⁷⁴⁰ Riddell i Plant, *op. cit.*, стр. 384.

941. Према члану 66 Статута Суда, Секретар Суда, о захтеву за издавање саветодавног мишљења одмах обавештава све државе које су овлашћене да иступају пред Судом, а путем „посебног и непосредног саопштења, обавештава сваку државу и међународну организацију за коју Суд, или председник Суда уколико Суд није у заседању, сматра да је у могућности да пружи податке о траженом питању, као и да је Суд спреман да у року који одреди председник Суда прими писмене изјаве, или да саслуша, на јавној седници која се у ту сврху може одржати, усмене изјаве у вези са постављеним питањем.

942. Чињенични материјал који је неопходан ради расветљавања питања које је постављено захтевом за саветодавно мишљење пред Суд износе подносилац захтева и државе и међународне организације које узимају учешћа у поступку пред Судом.

943. Сам поступак је једноставан и састоји од писмене и/или усмене фазе.

944. Riddel i Plant заговарају тезу да:

„теоријски, Суд је у могућности да изда саветодавно мишљење и без сровођења било писмене било усмене фазе поступка, уколико сматра да има довољно информација да одговори на питање које му је постављено“⁷⁴¹

945. Ово становиште није у складу са Статутом Суда. Иако је Суд овлашћен да посебно регулише које ће фазе у конкретном случају спровести, посебно имајући у виду чињеницу да ли је поступак хитан,⁷⁴² он мора да омогући државама које су овлашћене и желе да узму учешћа у поступку да изнесу своја становишта (и ако сматрају потребним релевантну документацију) било у писменом обраћању Суду, било у току усмене фазе поступка. Наиме, флексибилност која је инхерентна поступку по захтеву за саветодавним мишљењем овлашћује Суд да, с обзиром на околности конкретног случаја, спроведе било писмену било усмену фазу поступка, или обе фазе, али га не овлашћује да ускрати право државама које имају право иступања пред Судом да

⁷⁴¹ Riddel i Plant, *op. cit.*, стр. 388.

⁷⁴² Према члану 103 Правилника Суда: „When the body authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to request an advisory opinion informs the Court that its request necessitates an urgent answer, or the Court finds that an early answer would be desirable, the Court shall take all necessary steps to accelerate the procedure, and it shall convene as early as possible for the purpose of proceeding to a hearing and deliberation on the request.“

ово право искористе под изговором да је документација приложена уз захтев довољна ради давања саветодавног мишљења. Овакав закључак недвосмислено произилази из формулација члана 66 став 2 Статута Суда који предвиђа обавезу Суда да овлашћеним државама и организацијама достави посебно обавештење чији је обавезан елемент изражавање спремности Суда да прими те информације било усмено било писмено.⁷⁴³

946. Суд би био у могућности да донесе саветодавно мишљење без спровођења било писмене било усмене фазе поступка једино у случају уколико за спровођење таквог поступка нису заинтересовани ни подносилац захтева ни други субјекти који су овлашћени да узму учешћа у саветодавном поступку.

*

947. У складу са основним начелима сваког судског поступка, према члану 66 (4) Статута Суда, државама и међународним организацијама које су поднеле писмене или усмене изјаве, или и једне и друге, допуштено је да стављају пимедбе на изјаве које су учиниле друге државе или организације у облику, обиму и у роковима које у сваком конкретном случају одређује Суд, или, ако он не заседа, председник Суда. У ту сврху Секретар све изјаве благовремено доставља државама и организацијама које су поднеле такве изјаве.“

948. У пракси Суда уобичајено је да се одржава и писмена и усмена фаза поступка, мада у поступцима ревизије одлиука Административног трибунала УН, пракса је да се спроведе само писмена фаза поступка.⁷⁴⁴

⁷⁴³ „The Registrar shall also, by means of a special and direct communication, notify any state entitled to appear before the Court or international organization considered by the Court, or, should it not be sitting, by the President, as likely to be able to furnish information on the question, that the Court will be prepared to receive, within a time-limit to be fixed by the President, written statements, or to hear, at a public sitting to be held for the purpose, oral statements relating to the question.“ Члан 66 став 2 Статута Суда.

⁷⁴⁴ *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Application for Review of Judgment No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal,*

949. Питање вршења саветодавне функције у поступцији који се покрећу поводом ревизије одлука Административног трибунала данас је изгубило на значају, будући да је реформом правосудног система који функционише унутар Уједињених нација, Административни трибунал укинут, и формирана су два судска тела Трибунал УН за спорове (UN Dispute Tribunal) и Жалбени трибунал УН (UN Appeals Tribunal). Конститутивним актима ових тела није предвиђено овлашћење за тражње саветодавног мишљења од Међународног суда правде.

Anna Riddell i Bernard Plant наводе да усмена расправа није спроведена у предмету *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, наводећи као разлог да што ни једна од држава које су узеле учешћа у писменој фази поступка није затражила (најавила да жели да изнесе усмену аргументацију. *op. cit.*, стр. 388. Међутим, Sir Reginald Manningham Buller је 22 марта 1956 године изнео аргументацију као представник владе Велике Британије. *Vidi Annex to the Minutes Oral Statement by Sir Reginald Manningham-Buller*, ICJ Reports -1956, стр. 43-54.

3. ОВЛАШЋЕНИ УЧЕСНИЦИ САВЕТОДАВНОГ ПОСТУПКА, НЕДРЖАВНИ ЕНТИТЕТИ И НЕВЛАДИНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

950. Сходно Статуту Суда овлашћени учесници саветодавног поступка су државе и међународне организације.⁷⁴⁵

951. Статут Суда прави разлику између држава које су овлашћене да иступају пред Судом⁷⁴⁶ и држава које могу пружити информације о питању које је овлашћена организација или орган УН изнела пред Суд. Члан 66 (1) и (2) круг држава овлашћених да узму учешћа у поступку ограничава на «државе овлашћене да се појављују пред Судом» што се може тумачити као «државе које су прихватиле Статут суда.» док се критеријум „државе за које је вероватно да могу пружити информације о питању које изнето пред Суд“ тумачи доста флексибилно. У досадашњој пракси није забечележен пример да је Суд одбио да прихвати учешће неке државе у саветодавном поступку.⁷⁴⁷

952. Поред међународне организације или органа УН који је поднео захтев за саветодавним мишљењем, у поступку могу узети учешћа и „организаације које

⁷⁴⁵ Организација америчких држава је узела учешћа у писменој фази у предмету *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Међународна организација рада у предмету *Effect of Awards of Compensation Made by the UNAT*, Лига арапских држава и Организација исламске конференције у предмету *Legal consequences of the Construction of Wall in the Occupied Palestinian Territory*.

⁷⁴⁶ Члан 66(1) Статута Суда

⁷⁴⁷ У предмету *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Суд није ограничио круг потенцијалних учесника на чланице УН и државе које су прихватиле Статут Суда, већ је посебно саопштење упутио свим државама које су овлашћене да постану чланице Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, сматрајући да свака од њих може суду пружити информације од значаја за решавање питања постављеног у захтеву за саветодавним мишљењем „Whereas under the provision of its Article II, the said Convention is open for signature not only by any Member of the United Nations, but also by any non-member State to which an invitation to sign has been addressed by the General Assembly, and whereas the States so invited are likely to be able to give information on the question referred to the Court by the Resolution of the General Assembly“ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *ICJ Reports 1950, Order of December 1st, 1950, cmp.407*.

могу пружити информације о питању које је изнето пред Суд.“ Пракса Суда је флексибилна и када су међународне организације у питању, без обзира да ли су у систему Уједињених нација (специјализоване агенције УН).⁷⁴⁸ Статутом Суда је право учешћа у саветодавном поступку ограничено на међународне организације, односно међудржавне /међувладине/ организације (intergovernmental organizations).

953. У извесним случајевима, на позив Суда, у поступку су узели учешћа и представници ентитета који нису конституисани као државе. Тако је у случају *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, у поступку узела учешће и Палестина,⁷⁴⁹ док је у поступку *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence In Respect Of Kosovo* узела учешће и тзв. Привремена влада Косова.⁷⁵⁰

⁷⁴⁸ За праксу суда види Rosenne, op.cit., III.407.

⁷⁴⁹ *Advisory Opinion of 9 July 2004, para.9. Виду Written Statement submitted by Palestine, od 29. January 2004.*

⁷⁵⁰ Посебно проблематичан случај је *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence In Respect Of Kosovo*

„The Court also decided that, taking account of the fact that the unilateral declaration of independence of 17 February 2008 is the subject of the question submitted to the Court for an advisory opinion, the authors of the above declaration were considered likely to be able to furnish information on the question. It therefore further decided to invite them to make written contributions to the Court within the same time-limits.“ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration Of Independence In Respect Of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2003*, параграф 3

Под ауторима „декларације независности Косова“ појавила се дама тзв. Република Косово, а акт је поднело у име Републике Косова Министарство спољних послова. (Види –У Суду под насловом *Written Contribution of the authors of the Unilateral Declaration of independence regarding the Written Statements*, наводна Република Косово је поднела 17 јула 2009 године документ под насловом „Further written contribution of the Republic of Kosovo.“ Које је поднело тзв. Министарство правде Републике Косово.

У параграфу 109 Саветодавног мишљења Суд је утврдио „The Court thus arrives at the conclusion that, taking all factors together, the authors of the declaration of independence of 17 February 2008 did not act as one of the Provisional Institutions of Self-Government within the Constitutional Framework, but rather as persons who acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration.“

954. Оваква пракса Суда се тешко може сматрати сагласном са Статутом Суда, будући да је овим конститутивним актом круг учесника ограничен на државе и међународне организације. Признавање права учешћа у саветодавном поступку ентитетима који нису конституисани као државе, већ по првилиу егзиститају на територији државе чији би интереси могли да буду погођени саветодавним мишљењем (као што је учешће представника Палестине у поступку у предмету *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, и представника тзв. Привремене владе Косова у предмету *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration Of Independence In Respect Of Kosovo*) врло лако се може тумачити као својеврсно признање државности или барем степена организованости и самосталности који може да доведе до стварања државе.

955. Овлашћени учесници у саветодавном поступку предочавају Суду своје изјаве, односно становишта о постављеном питању, као и документацију коју сматрају релевантом. Другим речима, овлашћени учесници у поступку, у крајњој, анализи пред Суд износе своју аргументацију и доказе на које би Суд могао да се ослони приликом утврђивања чињеница релевантних за давање саветодавног мишљења. Целокупна документација коју пред Суд изнесу подносилац захтева, државе и међународне организације у прописаној форми и у за то одређеним роковима, представљају спис предмета.

956. Улога држава и међународних организација – учесника саветодавног поступка се често квалификује као улога *amicus curiae*-а,⁷⁵¹ будући да оне нису странке у значењу које се том појму придаје у контенциозном поступку, већ се њихова улога ограничава на предочавање суду правних и чињеничних информација и становишта.⁷⁵² Међутим, сама квалификација улоге учесника поступка као *amicus curiae*-е, тешко да на адекватан начин одражава улогу држава у саветодавном поступку, будући да се од *amicus curiae*-е, ако се израз схвати у свом правом значењу, очекује да делује непристрасно. Државе често, или готово редовно, износе аргументацију и документацију која је одраз њихових специфичних интереса. Ово посебно уколико се као учесник у поступку појављује

⁷⁵¹ Rosenne, III.407, стр. 1733., Riddel and Plant, op.cit., стр. 365

⁷⁵² Ibid.

„заинтересована странка“ као што је, примера ради у предмету *Accordance with International Law ff the Unilateral Declaration Of Independence In Respect Of Kosovo*, Република Србија, тзв. привремена влада Косова и државе које су признале независност Косова, или на пример Палестина у предмету *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.

957. Скоро идентичан проблем је дошао до изражаја и у предмету *Western Sahara*, у коме су се поставила и сложена чињенична питања учесници су се поставили као заинтересоване странке, скоро на идентичан начин као у контенциозном поступку. У свом издвојеном мишљењу, судија De Castro је посебно истакао:

„The General Assembly called upon the interested parties to submit to the Court all such information and documents as might be needed to clarify the questions posed. But the way in which those parties proceeded was not that of *amici curiae*. Throughout the proceedings, the attitude of the interested parties was that of parties in contentious proceedings; which is what makes one think that it would have been appropriate to apply the rules of evidence (*question of law*). Morocco and Mauritania have endeavoured to prove the existence of titles in their favour showing that it was to them that the territory of Western Sahara belonged at the time of colonization by Spain. To that end they have referred to historical facts. Spain has also submitted information and documents, but with a view to disputing the assertions of Morocco and Mauritania“⁷⁵³

⁷⁵³ *Separate Opinion of Judge de Castro, Western Sahara, Advisory Opinion of 16 October 1975, ICJ Reports 1975, стр.142.*

4. СТАТУС ИЗЈАВА И ДОКУМЕНТАЦИЈЕ КОЈУ САМОИНИЦИЈАТИВНО ПОДНЕСУ МЕЂУАРОДНЕ НЕВЛАДИНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

958. Саверремена пракса, због све активнијег, и не ретко веома агресивног, учешћа међународних невладиних организација на многим пољима међународних односа, створила је потребу да се посебно регулише питање материјала који Суду у току саветодавног поступка поднесу невладине организације. Посебан проблем представља статус изјава и документације коју самоиницијативно подносе невладине организације у току саветодавног поступка.

959. У Статуту и Правилнику Суда нема ни помена о улози међународних невладиних организација. Стога, поднесци и документација коју би поднеле невладине организације не могу представљати део списка предмета, будући да нису овлашћени учесници саветодавног поступка, односно неспорно је да немају прво иступања пред Судом.

960. У предмету *Opinion concerning the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*, Међународно друштво за права човека се обратило Суду са захтевом да поднесе писмену изјаву у саветодавном поступку. Суд је изразио спремност да прими такву изјаву али под условом да њена садржина буде ограничена на разматрање искључиво правних питања. Међутим, ова неваљидна организација није поднела такав поднесак.⁷⁵⁴ У предметима *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* и *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* Суд је примио од невладиних организација, професионалних организација и других тела, обимна писмена и документацију. Запримљена документа нису представљала саставни део списка предмета, већ су депонована у библиотеку Суда у којој су била доступна судијама Суда и државама које су узеле учешћа у поступку.⁷⁵⁵

⁷⁵⁴ Anna Riddell and Bernard Plant, op. cit. стр. 366.

⁷⁵⁵ Anna Riddell and Bernard Plant, op. cit., стр 367, позивајући се на E. Valencia Ospina, Letter to Editor, 15. November 1995, *International Herald Tribune*, стр. 11.

961. На основу ових искуства Суд је формулисао упутство XII Упутстава којим је регулисао статус поднесака и документације коју подносе међународне невладине организације у току саветодавног поступка.

962. У првом ставу упутства XII предвиђено је:

„Када међународна невладина организација на сопствену иницијативу поднесе писмену изјаву и/или документ у саветодавном поступку, таква изјава и/или документ се не може сматрати саставним делом списка предмета“

963. Наведено упутство је резултат коректне интерпретације Статута и Правилника Суда, који, с обзиром на природу и улогу Суда нису предвидели икакву улогу за невладине организације. Будући да међународне невладине организације нису овлашћени учесници у поступку пред Судом, њихови поднесци се не могу сматрати делом списка предмета. Међутим, изненађује да је Суд употребио формулацију која ограничава домашај ове одредбе на ситуацију када међународна невладина организација поднесе изјаву и/или документ „на сопствену иницијативу.“ Сматрамо да нема утемељења у Статуту Суда да невладине организације иступају пред Судом било на позив било по одобрењу Суда. Да би Суд имао овлашћење да позове или одобри неком ентитету који није држава или међународна организација право да иступа пред Судом, било би неопходно да се измени Статут Суда.

964. Међутим, иако се не могу сматрати делом списка предмета, такве изјаве и документација није у потпуности занемарена већ им је дат сататус „лако доступних публикација.“ Изјаве (поднесци) и документа која би невладине организације поднеле Суду, ходно упутству XII (2) Упутстава „сматраће се лако доступним публикацијама и на њих се могу позивати државе и међународне организације приликом презентирања својих писмених и усмених изјава у предмеу као на публикације које су у јавном домену.“⁷⁵⁶ Како би се обезбедила доступност изјава и докумената које подносе међунаронде невладине организације упутством XII (2) је предвиђено да ће се „налазити на посебно

⁷⁵⁶ Such statements and/or documents shall be treated as publications readily available and may accordingly be referred to by States and intergovernmental organizations presenting written and oral statements in the case in the same manner as publications in the public domain.

одређеној локацији у Палати мира,⁷⁵⁷ као и да ће „све државе међународне организације које презентују писмене и усмене изјаве у складу са чланом 66 Статута бити информисане о локацији на којој могу консултовати изјаве и/или документацију међународних невладиних организација“⁷⁵⁷

965. Мишљења смо да су решења формулисана у упутству XII (2-3) Упутстава такве природе да су у оштрој супротности са Статутом Суда. Наиме, изјаве и документација међународних невладиних организација је неоправдано добила статус „лако доступних публикација“ само на основу чињенице да је поднесена од стране међународне невладине организације. Не видимо ни један основ, да материјали невладиних тела аутоматски добијају „привилегован статус“ пред Судом у коме је право иступања резервисано искључиво за државе и међународне организације.

966. Посебно је проблематична ситуација у којој саветодавно мишљење треба да се бави питањима од виталног значаја за интересе одређене државе или групе држава, и у суштини представља изношење спора у форми захтева за саветодавним мишљењем.⁷⁵⁸

967. Одричући значај материјала који подносе невладине организације као материјала који је „део лако доступних публикација“ отколнула би се и потенцијална опасност политичких притисака на Суд. Питање политичких притисака на Суд, може да се актуелизује управо кроз делатност невладиних организација у прилично агресивним кампањама иза којих редовно стоје политички интереси.⁷⁵⁹

⁷⁵⁷ 3. Written statements and/or documents submitted by international non governmental organizations will be placed in a designated location in the Peace Palace. All States as well as intergovernmental organizations presenting written or oral statements under Article 66 of the Statute will be informed as to the location where statements and/or documents submitted by international non governmental organizations may be consulted.

⁷⁵⁸ Такви су примера ради били зуахтеви за саветодавним мишљењем у предметима *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Western Sahara*, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence In Respect Of Kosovo*.

⁷⁵⁹ Овај проблем је био посебно био изтражен у току поступка у предмету *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.) У мору примера, овде ћемо навести само само један илустративан пример:

968. Судаћи искључиво по садржини саветодавних мишљења, изјаве и документација невладиних организација није имала значајнију улогу, будући да се Суд у образложњеу својих одлука није позивао на ове материјале. Међутим, упутство XII отвара широк простор да се документација која није у спису предмета може узети у разматрање приликом доношења саветодавног мишљења (дакле од самог Суда), а да овлашћеним државама и међународним организацијама није пружена реална прилика да изразе примедбе на изјаве и докумената које би поднеле невладине организације. Наиме, будући да нису саставни део списка предмета, не постоји потреба да учесници у поступку коментаришу, подржавају или оспоравају изјаве и документацију коју би поднеле невладине организације, док, са друге стране, постоји могућност Суда да је узме у разматрање приликом доношења саветодавног мишљења.

„A number of prominent human-rights NGOs have been centrally involved in the campaign to delegitimize Israel's defensive security barrier designed to thwart Palestinian terror attacks. These NGOs, including HRW, Amnesty International, Christian Aid, Oxfam, etc., were central players in the public relations effort linked to the UN General Assembly vote to request an "advisory opinion" on the barrier from the International Court of Justice. When the Court met in The Hague in February 2004, these NGOs issued one-sided and highly politicized press statements and reports.“ Special Report: *Political NGOS and the ICJ Advisory Opinion on Israel's Separation Barrier: Background and Analysis, NGO Monitor* од 09 Јула 2004

5. УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У САВЕТОДАВНОМ ПОСТУПКУ

969. Природа саветодавног поступка се знатно разликује од конвенциозног поступка, те се и питања која се везују за доказивање и утврђивање чињеница постављају у потпуно другачијем контексту. Сам смисао саветодавне надлежности Суда, као и структура поступка, су такви да нема места класичним расправама које се тичу, примера ради, расподеле терета доказивања, што не значи да чињенична питања у саветодавном поступку не могу да буду спорна или „проблематична.“

970. Саветодавна мишљења Суда по правилу садрже само чињеничне закључке, без образложења о релевантности и доказној снази материјала на основу ког су изведени. У појединим случајевима Суд се и позива на извор информације која најбоље поткрепљује конкретан чињенични закључак, али без детаљнијег образложења.⁷⁶⁰

971. У конвенциозном поступку, вршећи надлежност решавања спорова, Суд не може да одбије да реши спор уколико сматра да чињенично стање није довољно расветљено. У саветодавном поступку ситуација је дијаментрално супротна. Примера ради, у предмету *Satus of Eastern Crelia*, Суд одбио да да саветодавно мишљење управо из разлога што није имао довољно информација о чињеницама које су биле нужне ради давања саветодавног мишљења. У поменутом саветодавном мишљењу Стални суд је, између осталог, истакао:

„The question whether Finland and Russia contracted on the terms of the Delrataion as to the nature of the autonomy of Eastern Carelia is really one of the fact. The answer it would involve the duty to ascertain what evidence might throw light upon the contentions which have been put forward on this subject by Finland and Russia respectively, and of securing the attendence of such witnesses as might be necessaty. The Court would, of course, be at a very great diusadvantage in such an enquiry,

⁷⁶⁰ Примера ради, у предмету *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, многа дикумента су цитирана алио без укјазивања на њихов извор, што, како примећује Rosenne „чини тешким да се верификују чињенични наводи на којима је зансовано саветодавно мишљење“ Rosenne, III, стр. 1661

owing to the fact that Russia refuses to take part in it. It appears now to be very doubtful whether there would be available to the Court materials sufficient to enable it to arrive at any judicial conclusion upon the question of fact: What did the parties agree to? The Court does not say that there is an absolute rule that the request for an advisory opinion may not involve some enquiry of facts, but, under ordinary circumstances, it is certainly expedient that the facts upon which the opinion of the Court is desired should not be in controversy, and it should not be left to the Court itself to ascertain what they are.

The Court is aware of the fact that it is not requested to decide a dispute, but to give an advisory opinion. This circumstance, however, does not essentially modify the above considerations. The question put to the Court is not one of abstract law, but concerns directly the main point of the controversy between Finland and Russia, and can only be decided by an investigation into the facts underlying the case. Answering the question would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties. The Court, being Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rule guiding their activity as a Court.⁷⁶¹

972. За разлику од ситуације која је постојала у предмету *Status of Eastern Carelia*, у коме је Русија одбила да узме учешћа у поступку, у предмету *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, и поред тога што Израел није узео учешћа у поступку, Суд је нашао да има довољно информација које му омогућавају да врши своју саветодавну функцију.

„The Court finds that it has before it sufficient information and evidence to enable it to give the advisory opinion requested by the General Assembly. Moreover, the circumstance that others may evaluate and interpret these facts in a subjective and political manner can be no argument for a court of law to abdicate its jurisdiction. There is therefore in the present case no lack of information such as to constitute a compelling reason for the Court to decline to give the requested opinion.⁷⁶²

⁷⁶¹ *Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion of 23 July 1923 PCIJ Reports Series B*, , стр. 28 i 29.

⁷⁶² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, para. 58.*

973. Јуриспруденција Суда је, дакле, јединствена у томе да нису испуњени услови за вршење саветодавне функције уколико Суд, након оцене расположивих доказа, нађе да је релевантно чињенично стање *non liquet*.⁷⁶³

974. Суд је у више наврата имао прилику да се бави утврђивањем чињеница неопходних ради давања саветодавног мишљења. Тако је Суд у предмету *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* истакао:

„The Court observes that the question whether the evidence available to it sufficient to give an advisory opinion must be decided in each particular instance. In its Opinion concerning *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (I. C. J. Reports 1950, .p. 72)* and again in its Opinion on the Western Sahara, the Court made it clear that what is decisive in these circumstances is

„whether the Court has before it sufficient information and evidence to enable it to arrive at a judicial conclusion upon any disputed questions of fact the determination of which is necessary for it to give an opinion in conditions compatible with its judicial character“ (*Western Sahara, I. C. J. Reports 1975, pp. 28'29, para 46.*)

975. Позиција заинтересоване државе, или заинтересованих држава, у саветодавном поступку је битно другачија него у контенциозном поступку. Саветодави поступак не познаје странке у поступку, и како показује пракса Сталног суда међународне правде и Међународног суда правде, држава чији интереси могу да буду погођени саветодавним мишљењем, нема обавезу учешћа у поступку, нити било какву обавезу да Суду доставља релевантне информације и доказе. Другим речима, свако учешће у саветодавном поступку се заснива на апсолутној добровољности. Ова околност може утицати на могућност Суда да врши саветодавну функцију⁷⁶⁴ (као на пример у предмету *Status of Eastern*

⁷⁶³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, para. 56. Види такође у Status of Eastern Carelia, PCIJ Reports Ser. B., No. 5, p. 28, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, ICJ Reports 1950, p. 72, Western Sahara Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, p. 29, para. 47.*

⁷⁶⁴ Поједини аутори износе тврдњу да је у овом случају неопходан пристанак држава чији је спор фактички износи пред Суд. Види Grieg, D.W., „The Advisory Jurisdiction and the International Court of Justice and the Settlement of Disputes between States, *International and Comparative Law Quarterly*,

Carelia), али није одлучујућа приликом доношња закључка да ли ће да да саветодавно мишљење или ће се уздржати од вршења саветодавне функције. Тако је судија Бургентал у свом издвојеном мишљењу у предмету *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, исталкао:

„ Once the Court recognized that Israel’s consent to these proceedings was not necessary since the case was not brought against it and Israel was not a party to it, Israel had no legal obligation to participate in these proceedings or to adduce evidence supporting its claim regarding the legality of the wall. While I have my own views on whether it was wise for Israel not to produce the requisite information, this is not an issue for me to decide. The fact remains that it did not have the obligation. The Court may therefore not draw any adverse evidentiary conclusions from Israel’s failure to supply it or assume, without itself fully enquiring into the matter, that the information and evidence before it is sufficient to support each and every one of its sweeping conclusions”⁷⁶⁵

976. Један од централних института контенциозног поступка – терет доказивања је неприменљив у саветодавном поступку.⁷⁶⁶ Правила о терету доказивања, подразумевају постојање странака међу којима би терет доказивања био распоређен у складу са захтевима материјалноправне норме, и у основи се своди на ризик губитка спора. У саветодавном поступку, не постоји ризик „губитка спора“, нити се поставља питање да ли ће бити усвојен захтев једне или друге странке, већ да ли ће суд бити у позицији да да саветодавно мишљење. Другим речима ситуација *non liquet* у поступку решавања спорова резултира тиме да држава на којој је терет доказивања губи спор, док у саветодавном поступку

vol. 15, 1966, стр. 325-368. Јуриспруденција Суда се противи оваквим становиштима. Види Mahasen Aljaghub, оп.цит., стр.

⁷⁶⁵ *Dissenting Opinion of Judge Buergental, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004., para. 10*

⁷⁶⁶ Судија Грос је у свом издвојеном мишљењу у предмету *Western Sahara* истакао „in advisory proceedings there are properly speaking no parties to furnish evidence, and the ordinary rules concerning burden of proof can hardly be applied.“ *Dissenting Opinion of Judge Gros, Western Sahara Advisory Opinion, ICJ Reports* ,, p. 28, para. 11

ако Суд нађе да је чињенична ситуација *non liquet* одбија да врши саветодавну функцију.⁷⁶⁷

977. Једнако као у другим врстама поступака, Суд може да заснује своје саветодавно мишљење само на утврђеним чињеницама, чињеницама за које постоји висок степен извесности да су исправне (тачне или истините).

978. Изразе које је Суд употребавао у образложењу својих чињеничних налаза тешко се могу квалификовати као довољно јадни да би указали на основ сваког конкретног закључка или примењени стандард доказивања. Наиме, изразе које Суд најчешће користи приликом указивања на извор информација су „the information furnished to the Court shows..⁷⁶⁸, “ the material before the court appears to support the view....“⁷⁶⁹, „the Court, from the material available to it, is not convinced ...“⁷⁷⁰ Са друге стране, чак и у ситуацији у којој се позива на конкретан извор⁷⁷¹ Суд не образлаже да ли се приликом извођења закључка ослањао и на друге доказе или због чега није прихватио друге доказе који се налазе у спису предмета.⁷⁷²

979. Међитим, и поред недостатака у образложњима чињеничних закључака неопходних ради вршења саветодавне функције, има довољно основа за закључак да Суд приликом утврђивања чињеница у саветодавном поступку

⁷⁶⁷ „The question of the burden of proof, which appertains to contentious proceedings, does not arise in advisory proceedings. In the latter form of proceedings, however, it is necessary at least to apply the rules of evidence. Whoever puts forward a point must prove it. The verification of facts was even more necessary in a case like the present one, which assumed a quasi-contentious form ', and was not very clearly delineated, and was, from the outset, of a hybrid character. A critical examination of the assertions of the parties concerned reveals that there were statements without sufficient evidence and others contrary to the most authoritative testimony ², that challenges to the evidence were left unanswered, and that there were baseless generalizations and quite obviously arbitrary conclusions.“ *Separate Opinion of Judge De Castro, op. cit.*, стр.142

⁷⁶⁸ Western Sahara, para. 81

⁷⁶⁹ Western Sahara, , para. 103

⁷⁷⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, op.cit.*, para.137

⁷⁷¹ примера ради на Извештај који је Генерални секретар поднео у предмету *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*

⁷⁷² Види посебно *Dissenting Opinion of Judge Buergental, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004., para. 10*

поступа у основи на исти начин као у контенциозном поступку.⁷⁷³ Како је Суд истако у предмету *Status of Eastern Carelia*:

„The question put to the Court is not one of abstract law, but concerns directly the main point of the controversy between Finland and Russia, and can only be decided by an investigation into the facts underlying the case. Answering the question would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties. The Court, being Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rule guiding their activity as a Court.“⁷⁷⁴

980. Било би противно функцији Суда као органа међународног правосуђа да своја саветодавна мишљења темељи на чињеницама које нису јасно утврђене.

⁷⁷³ „With these uncertainties and idiosyncrasies in mind, within the particular constraints of the advisory procedure explained above, a similar evaluative methodology to the assessment of evidence as it does in contentious proceedings.“ Anna Riddell и Bernard Plant, *Evidence Before International Court of Justice*, стр. 398

⁷⁷⁴ *Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion of 23 July 1923 PCIJ Reports Series B*, , стр. 28 и 29.

X

ОСВРТ НА ПРОБЛЕМЕ ДОКАЗИВАЊА У КОНТЕКСТУ ПРОЛИФЕРАЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА. ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ И МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ТРИБУНАЛА.

1. ПРОЛИФЕРАЦИЈА МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА

*

981. Под пролиферацијом међународних судова и трибунала подразумева се феномен пораста броја међународних судова и трибунала.⁷⁷⁵ У досадашњим доктринарним расправама указано је на неколико потенцијалних проблема које за собом повлачи, или може да проузрокује, пролиферација међународних судова и трибунала, међу којима и потенцијални проблем „фрагментације међународног права“, као и могућност доношења конфликтних чињеничних закључака. Посебно је формирање међународних кривичних трибунала (Међународног кривичног трибунала за Руанду, Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, Сталног кривичног суда, Специјалног трибунала за Лебанон, и разних „хибридних кривичних судова“) ⁷⁷⁶ отворило нове теме међународног правосуђа које до пре само двадесетак година нису биле ни у видокругу доктрине међународног права.

982. У савременом систему међународног правосуђа сваки је суд или трибунал засебна, аутономна, институција. Како је истакло Жалбено веће Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију: „In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided).“⁷⁷⁷

983. Једном формиран, међународни суд или трибунал постаје аутономна институција, и ако делује као суд у правом смислу те речи (уколико се ради о независном и непристрасном телу), одваја се од својих креатора, и тешко ју је контролисати „споља“. Као аутономне институције међународног правосуђа међународни судови и трибунали примењују сопствена правила о врштењу судских функција, укључујући ту правила о извођењу доказа и утврђивању

⁷⁷⁵ За податке о различитим међународним судовима и трибуналима види R. Mackenzie, C. Romano and Y. Shany, with P. Sands, *Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010.;

⁷⁷⁶ Примера ради: Crimes Panels of the District Court of Dili Crimes Panels of the District Court of Dili, Court for Sierra Leone, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, “Regulation 64” Panels in the Courts of Kosovo.

⁷⁷⁷ *Decision on the Prosecution’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, Appeals Chamber, Prosecutor v. Duško Tadić, 1996.*

чињеница. Уважавање становишта других судова и трибунала се не одражава на равни правне обавезности, већ се заснива на снази суштинског ауторитета, мада не треба занемарити и прагматично концепције које не морају увек да буду јасно видљиве.

984. Питање „фрагментације“ међународног права се не поставља само када је реч о материјалноправним правилима међународног права (о чњму ће више речи би и касније), већ и правилима о поступку и доказима. Нашта је теза да основна начела о поступку и доказивању творе део општег међународног јавног права, и да у том смислу можемо говорити о „општем праву међународног правосуђа“ (common law of international adjudication). Међутим, опште међународно јавно право, када је реч о правилима о поступку и доказивању, не садржи ништа друго до начела која се могу операционализовати на различите начине, у складу са околностима који се везују за сваку од институција међународног правосуђа. Наиме, неспрно је да су општа правна начела један од главних извора „доказног права“ у међународном правосуђу. Међутим, реч је о начелима не о конкретним правним правилима, или другим речима, да би општа правна начела била примењена неопходно је да прођу кроз поступак конкретизације. Тако се једно исто опште правно начело може операционализовати на различите начине, односно бити извориште различитих правила о доказивању.

985. Општа правна начела, као један од основних (можда и доминантан) извори међународног процесног права, на којима се темеље и правила која се порписују конститутивним актима, као и правилницима о поступку и доказивању, јесу начела која су заједничка свим (цивилизованим) правним системима. М. Benzing у својој студији о доказивању закључује:

„Општа правна начела се традиционално сматрају једним од главних извора доказног права... Међутим, она се суочавају са значајним критицизмом. На пример, тврди се да различити приступи унутрашњих правних породака у

третману доказних начела спречавају установљавање јасног скупа заједничких правила. Пракса међунродних судова је, међутим, доста користила општа правна начела у овом подручју.“

986. Иако се опште правна начела /призната од стране просвећених народа/ често излучују из унутрашњих правних поредака, она не могу да послуже као основ за утврђивање „јасног сета заједничких правила“ којима се рагулише поступак извођења доказа и утврђивања чињеница. То и није њихова сврха као извора права. Ова начела су она која већ постоје у међународном правном поретку, као општа начела, а не као конкретна правна прадила. Она су једноставно начела која једном систему правила дају карактер правног система. Како истиче Chang:

„This part of international law does not consist... in specific rules formulated for practical purposes, but in general propositions underlying the various rules law which express the essential qualities of judicial truth itself, in short of the Law.⁷⁷⁸“

987. Међународни правни систем је засебан правни систем, чије се правосуђе заснива на истим општим правним начелима као и правосудни системи европскоконтиненталне или англо-америчке правне традиције. Иако су општа правна начела и једне и друге породице правних система идентична, сам системи који су на њима изграђени и конкретна правна правила се у знатној мери разликују. У општим правним начелима не треба тражити конкретна правна правила, већ је на основу њих изграђен систем правних правила за која је тешко чак и износити тврдњу да су настала са ослонцем на правила унутрашњих правних поредака. Како истиче Thirlway: „Не постоје теријски разлози због којих право или пракса не треба да постоји на међународном нивоу, и само на међународном нивоу, без извора или паралеле у било ком унутрашњем правном систему.“⁷⁷⁹

⁷⁷⁸ Bin Chang, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, New York, 1953 (поново штампано 2006), стр.24.

⁷⁷⁹ Hugh W. A Thirlway, „Dillema or Chimera? – Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication“, *American Journal of International Law*, Vol. 78 No. 3, стр. 626.

988. На данашњем степену развоја међународне заједнице пролиферација међународних судова и трибунала се јавља као нужност која је заснована на вољи (политичкој одлуци) основних субјеката међународног права.⁷⁸⁰ С једне стране, развој међународних односа и међународног права захтева успостављање механизма решавања међудржавних спорова и утврђивања кривичне одговорности појединаца, док, са друге стране, ова потреба се манифестује политичком одлуком о формирању суда или трибунала. Мишљења смо да се у расправама о пролиферацији међународних судова и трибунала релативно мало пажње полкања чињеници да је формирање неког међународног суда или трибунала увек ствар одлуке политичке природе.⁷⁸¹ Да су основни субјекти међунаодног права – државе – хтеле да створе један хијерархијски устројен међународни правосудни систем, или да успоставе формалне фезе између различитих судова и трибунала, или да се установи систем правила којима би се решио проблем могућности доношења конфликтних правних и чињеничних закључака, оне би то и учиниле. Систем какав данас постоји је изграђен не на основу неког савршеног теоријског модела, већ вољом основних субјеката међународног правног поректа, које „са пуним правом, инсистирају на усклађивању својих важних интереса.“⁷⁸² Начин на који су судови основани и на који функционишу је често плод компромиса, уз неизбежно поверавање међународном судском телу улоге очувања судског интегритета.

⁷⁸⁰ За образложење ове тезе када је реч о међународним кривичним трибуналима види. Fausto Pocar, *The Proliferation of International Courts and Tribunals, A Necessity in the Current International Community*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004 (str. 304-308)

⁷⁸¹ Интересантну расправу износи David Caron, *Framing Political Theory of International Courts and Tribunals: Reflections at Centennial*, *ASSILS Proceedings 2006*, str. 55 i dalje.

⁷⁸² Да државе нису имале намеру да буду обвезане одређеним процедурама, оне су могле једноставно да дозволе водећим стручњацима да формулишу савршен и елегантан систем решавања спорова [...]. Али због тога што све државе преговарају ради израде Конвенције коју ће моћи да ратификују, оне инсистирају, са пуним правом, на усклађивању својих важних интереса.” В. Охман, “*The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea*”, *European Journal of International Law*, Vol. VII, 1996, стр. 367.

989. У доктрини је изнета читава лепеза становишта о пролиферацији међународних судова и трибунала. У студијама које сумирју гледишта различитих аутора наводи се да, овај феномен „има своје и позитивне и негативне стране.“⁷⁸³ Док једни пораст броја међународних судова и трибунала означавају као „одлучујући корак у еволуцији међународног правног система будући да се тиме развија стварна судска функција,⁷⁸⁴ други упозоравају на ризик фрагментације међународног права и могућост да различити судови и трибунали заступају конфликтна правна становишта. Међутим, и једно и друго становиште чини се да недовољно пажње посвећују чињеници да становишта једног суда или трибунала не обавезују други суд или трибунал, те да само снага суштинског ауторитета може да има утицај на развој међународне јуриспруденције.

⁷⁸³ M. Koskenniemi, 'Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law', Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalised by M. Koskenniemi, A/CN.4/L.682 (hereinafter ILC Report or Report). О овом проблему види . Pierre-Marie Dupuy, 'The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice' International Law and Politics, Vol. 31 (pp. 791-807)

⁷⁸⁴ This amounts to saying that the growing number of international jurisdictions and international institutions of control should be seen, from a technical point of view at least, as a decisive step in the evolution of the international legal system as it develops a real judicial function. Pierre-Marie Dupuy, 'The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice' International Law and Politics, Vol. 31 (pp. 791-807), p.796.

2. РИЗИК ФРАГМЕНТАЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И ИДЕЈА О ЦЕНТРАЛНОЈ УЛОЗИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ

990. Као основни проблем пролиферације међународних судова и трибунала идентификује се могућност „фрагментације међународног права.“ При томе се под фрагментацијом подразумевају могућност заступања конфликтних правних становишта или настанак специјалних режима који не би били међусобно усклађени.

991. Постојање великог броја судова и трибунала, само по себи, не доводи до фрагментације међународног права, будући да су сви они везани истим општим међународним правом. Радна група Комисије УН за међународно право која се бавила проблемима диверсификације и експанзије међународног права, у својим закључцима је изнела следеће:

“Међународно право је правни систем. Његова правила и начела (тј. његове норме) налазе се у међусобном односу и треба да буду тумачене с обзиром на друга правила и начела. Као правни систем, међународно право није насумичан скуп таквих норми. Између њих постоји смислен однос. Норме могу постојати на вишем или нижем хијерархијском нивоу, њихова формулација може бити на вишем или нижем нивоу општости или конкретности а њихово важење може да датира од неког ранијег или каснијег временског момента.”⁷⁸⁵

992. Иако је ова констатација сматрамо не само неспорна, већ треба да буде смерница за јуриспруденцију свих међународних судова и трибунала, проблем фрагментације и конфликтних одлука се често наглашава, а не ретко и преувеличава. Примера ради, М. Shahabudden, бивши судија и Међународног

⁷⁸⁵ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law’, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalised by M. Koskenniemi, A/CN.4/L.682, параграф 1.

суда правде и Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију је указао да:

Правосудни систем на међународном плану састоји се од великог броја трибунала, од којих су неки основани на билатералној основи, други на мултилатералној основи, али међу њима нема ничега што би их обухватило у један кохерентан систем. Сви они доносе одлуке које могу да утичу на развој међународног права. Уколико тај утицај може да доведе до стварања права у случају сваког од њих, одсуство хијерархијског устројства је је рецепт за конфликтних становишта.⁷⁸⁶

993. Природа међународних односа онемогућава формирање једног хијерархијски устројеног правосудног система, у коме би пракса једног суда (макар он био и Међународни суд правде) била формално обавезујући ауторитет за друге судове и трибунале, и који би могао да поништава, мења или на други формално обавезујући начин утиче на развој јуриспруденције најразличитијих судова и трибунала формираних на различитим нивоима. Са друге стране, у једном децентрализованом систему међународних односа, који нужно за собом повлачи и децентрализовани систем међународног правосуђа, формирање засебног суда или давање овлашћења само једном централном судском ауторитету овакве надлежности би имало потенцијал да се у рукама таквог тела концентрише велика количина моћи која није у складу са природом међународних односа ни међународног права. Поред тога, иако се често заговара теза да међународни судови и трибунале имају значајну улогу у развоју међународног права, не треба сметнути са ума да је њихова надлежност ограничена само на примену постојећег међународног права. Другим речима, функција међународних судова и трибунала исцрпљује се у примени права и њиховом делатношћу се не може изменити структура и садржина постојећег, важећег међународног права. С обзиром на ограничења у погледу обавезности пресуда судова и трибунала, уколико би у њима било изражено „неприхватљиво правно становиште,“ оно само из разлога што је садржано у пресуди неког међународног суда или трибунала, не би могло да доведе до модификације међународног права.

⁷⁸⁶ Shahabuddeen, Mohamed: Precedent in the World Court, Cambridge, 1996, стр. 67.

994. Озбиљни проблеми везани за конфликтне одлуке по питањима општег међународног права су се јавиле једино с обзиром на праксу Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију,⁷⁸⁷ и сем овог „озбиљног изузетка“ у

⁷⁸⁷ Као пример можемо навести елаборацију правила о приписивању као елементу међународно противправног акта државе у пракси Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Становиште жалбеног већа трибунала се знатно разликовало од оног који је прихваћен правилима међународног обичајног права израженог у пресуди Међународног суда правде у предмету *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* и Нацрту правила о одговорности државе за међународно противправни акт. Како је истакао Међународни суд правде у својој пресуди у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*,

402. The Court notes however that the Applicant has further questioned the validity of applying, in the present case, the criterion adopted in the *Military and Paramilitary Activities Judgment*. It has drawn attention to the Judgment of the ICTY Appeals Chamber in the *Tadic* case (IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999). In that case the Chamber did not follow the jurisprudence of the Court in the *Military and Paramilitary Activities* case: it held that the appropriate criterion, applicable in its view both to the characterization of the armed conflict in Bosnia and Herzegovina as international, and to imputing the acts committed by Bosnian Serbs to the FRY under the law of State responsibility, was that of the “overall control” exercised over the Bosnian Serbs by the FRY; and further that that criterion was satisfied in the case (on this point, *ibid.*, para. 145). In other words, the Appeals Chamber took the view that acts committed by Bosnian Serbs could give rise to international responsibility of the FRY on the basis of the overall control exercised by the FRY over the Republika Srpska and the VRS, without there being any need to prove that each operation during which acts were committed in breach of international law was carried out on the FRY’s instructions, or under its effective control.

403. The Court has given careful consideration to the Appeals Chamber’s reasoning in support of the foregoing conclusion, but finds itself unable to subscribe to the Chamber’s view. First, the Court observes that the ICTY was not called upon in the *Tadic* case, nor is it in general called upon, to rule on questions of State responsibility, since its jurisdiction is criminal and extends over persons only. Thus, in that Judgment the Tribunal addressed an issue which was not indispensable for the exercise of its jurisdiction. As stated above, the Court attaches the utmost importance to the factual and legal findings made by the ICTY in ruling on the criminal liability of the accused before it and, in the present case, the Court takes fullest account of the ICTY’s trial and appellate judgments dealing with the events underlying the dispute. The situation is not the same for positions adopted by the ICTY on issues of general international law which do not lie within the specific purview of its jurisdiction and, moreover, the resolution of which is not always necessary for deciding the criminal cases before it.” *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., para. 402-403.

доктрини и пракси није дошло до нарушавања јединства општег међународног права.⁷⁸⁸

995. При томе, јединство општег међународног права треба посматрати и с обзиром на чињеницу да међународно права обилује партикуларизмима. Изградња једног *ширег* корпуса правила која везују све његове субјекте је процес за који се не може рећи да тече без суштинских и озбиљних проблема, а може се полемисати о томе да ли је пожељан. Другим речима, ваља имати на уму не само јединство општег међународног права (чије нарушавање потенцијалним конфликтним јуриспруденцијама би свакако била веома негативна појава), већ и поделу међународног права на опште и партикуларно, при чему ови партикуларизми имају своје упориште управо у нормама општег међународног права.

996. Како истиче В. Simma:

Чини ми се да су многе забринутости које се тичу фрагментације међународног права пренаглашене. Ни један „посебан режим“ никада није био замишљен тако да буде независан од општег права. И никакав мастер план *divide et impera* не лежи иза таквог развоја. Уместо да буде формулисан као ‘опасности’ од фрагментације, овај феномен би требало да буде оцењен на много позитивнији начин: повећао се значај међународног права; оно регулише све више и више области које су раније биле препуштене искључиво спољној политици или унутрашњој надлежности, као што су заштита појединца, заштита животне средине или међународна трговина. Међународно право је динамично, а глобализација захтева глобална правна решења. Што се тиче ‘пролиферације’ међународних судова и трибунала, рекао бих да је расправа о фрагментацији учинила међународне судије још свеснијим одговорности коју носе за кохерентно тумачење међународног права. Могућност појављивања разлика у јуриспруденцији међународних судова заиста постоји. На крају крајва, са веома практичног становишта, због “структуралних особености”

⁷⁸⁸ О проблему фрагментације Међународног права види, примера ради: Oellers-Frahm, Karin: Multiplication of International Courts and tribunals and Conflicting Jurisdictions-Problems and Possible Solutions, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vo. 5, 2001, стр. 67-104.

специјализованих области међународног права и одговарајућих међународних институција и судова, стварно питање фрагментације могло би бити у томе ком међународном суду треба прибећи ради решавања конкретног спора.⁷⁸⁹

997. У доктринарним расправама указује се на потребу постојања централног ауторитета, који би имао последњу реч по питањим општег међународног права.⁷⁹⁰ Међутим, ова сугестија, иако није лишена смисла, чини се проблематичном, посебно с обзиром да није релано очекивати да би она (на данашњем степену развоја међународних односа) могла да буде реализована. Наиме, одлука о формирању неког суда или трибунала је увек одлука политичке природе. Одступања од општег међународног права у пракси једног или неколицине судова или трибунала, иако представља свакако негативну појаву, нема снажан потенцијал да наруши јединство међународног права. Становишта која судови и трибунали изразе у својим одлукама немају обавезујућу снагу прецедента, и њихова уверљивост не зависи само од снаге ауторитета који иза њих стоји, већ пре свега од њихових суштинских особености. Судови немају мандат да врше прогресивни развој међунаордог права, који је на садашњем степену развоја међународне заједнице, још увек у рукама држава као оснвних субјеката и креатора међународног права. Државама стоји на располагању одговарајући механизам којим могу да каналишу прогресивни развој међународног права, и веома је извесно да нису, нити ће бити, склоне да га препусте међународним судовима и трибуналима.

998. У једној децентрализованог међународној заједници, у коме је систем судова такав да међу њима не постоје никакве формалне везе које би установиле било какву хијерархију и формални ауторитет одлука једног суда у односу на друге судове, јавила се, као природна, и идеја о централној улози Међународног суда правде.⁷⁹¹ Наиме, Међународни суд правде се често квалификује као највиши

⁷⁸⁹ Bruno Simma, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009 (265-279), стр. 289.

⁷⁹⁰ Tulio Treves, *Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice on Question Raised by Other International Tribunals*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, стр. 215231.

⁷⁹¹ The international community is well aware of the necessity of a central role for the ICJ, as evidenced by the Agenda of the 1999 Centennial of the First International Peace Conference, organized within the

судски ауторитет у међународној заједници, утемељена у највишем правном акту у међународној заједници –Повељи Уједињених нација. Међународни суд правде је, како истиче Dupuy:

„дуги временски период постојао као једини међународни суд. Он је још увек судско тело, које на универзалном плану, поседује најширу надлежност. Његов настанак, након Првог светског рата, под именом Стални суд међународне правде, се исправно сматрао одлучујућим кораком ка подвргавању активности суверених држава владавини међународног права.“⁷⁹²⁷⁹³

999. Становишта о централној улози Међународног суда правде још увек нису добила своју манифестацију у пракси. Извесно је да поред предлога да се ојача улога Међународног суда правде, други судови и трибунали функционишу као аутономни механизми, дакле, независно од Међународног суда правде. Ауторитет Међународног суда правде, као врховног суда, у децентрализованом систему међународног правосуђа је одржив онолико колико су његова становишта прихватљива за државе и друге судове и трибунале. Са друге стране, од становишта које формулише Међународни суд правде други судови и трибунали не могу лако одступити, и уколико би то хтели или сматрали да је нужно да тако поступе, било би неопходно да пруже одговарајуће образложење, образложење које представља брану њиховом сврставању у категорију институција које својим

U.N. Decade of International Law, pursuant to U.N. General Assembly Resolution 52/154. The preliminary report prepared by two eminent scholars, professors Francisco Orrego Vicuña and Christofer Pinto, called *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century*, 20 reviewed the history of efforts made to ensure the peaceful settlement of international disputes and focused on what it called “a central role for the International Court of Justice in the new structure of international law.” Pierre-Marie Dupuy, *op.cit.*, стр.

⁷⁹² Pierre-Marie Dupuy, „The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and The International Court Of Justice“ *International Law and Politics*, Vol. 31 (pp. 791-807) Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in The International Community*, 1933, стр. 430-431.

⁷⁹³ Међутим, Међународни суд правде, као усталом ни један други суд, треба да дође у прилику да се бави одређеним питањем како би имао могућност да расветли акутна правна питања. Судови нису академске заједнице нити законодавци, али њихов значај у развоју међународног права је неспоран поготово с обзиром на природу међународног права.

деловањем желе да измене међународно право и тиме прекораче инхерентна ограничења своје надлежности.

1000. Један од заговорника идеје да се други трибунали, на различите начине обрађају Међународном суду правде са захтевима за саветодавним мишљењем је бивши судија Међународног суда правде Stephen Schwebel, који је обрађајући се Генералној скупштини УН у својству председника Суда, 26. Октобра 1999, изнео следећи предлог:

„A greater range of international legal fora is likely to mean that more disputes are submitted to international judicial settlement. The more international adjudication there is, the more there is likely to be, the „judicial habit“ may stimulate healthy imitation... in order to minimize such possibility as may occur significant conflicting interpretations of international law, there might be virtue in enabling other international tribunals to request advisory opinions of the International Court of Justice on issues of international law that arise in cases before those tribunals that are of importance for the unity of international law“⁷⁹⁴

1001. Предлози да један, централни, ауторитет, макар он био и Међународни суд правде, има улогу суда коме би други судови могли да се обрате захтевима за саветодавним мишљењем или обавезујућим правним становиштем није извештан. Његова имплементација захтевала би измену конститутивних аката не само Међународног суда правде већ и многих постојећих судова и трибунала, будући да у одсуству изричите одредбе у конститутивном инструменту, обраћање другом суду како би издао саветодавно мишљење, смерница или обавезујуће становиште не само да је ван надлежности суда или трибунала, већ би се лако могао проумачити као урушавање ауторитета суда или трибунала који тражи саветодавно мишљење, или би могло да укаже на недостатке у квалификацијама судија тог суда. Формирањем било ког међународног суда или трибунала државе очекују не само да он „зна право,“ већ и да делује као потпуно независан и компетентан судски ауторитет.

⁷⁹⁴ www.icj-cij.org. Види такође и Tulio Treves, Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice on Question Raised by Other International Tribunals, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, стр. 215-231.

1002. У једној децентрализованој заједници тешко је (можемо слободно рећи и потпуно нереално) очекивати формирање система хијерархијски устројених судова, будући да ови функционишу на „различитим нивоима“, и често је њихова надлежност ограничења било територијално, било *ratione personae* и *ratione materiae*. Различити међународни судови и трибунали не ретко примењују партикуларне режиме формиране посебним међунаодном уговором (као добар пример могу да послуже регионални судови за заштиту људских права као што су Европски суд за људска права или Интерамерички суд за људска права, као и примера ради Суд правде ЕУ). Такође, када је реч о привременим судским институцијама, немогућност (па и непостојање потребе) да се уклопе у неку унапред дефинисану хијерархијску структуру је још израженија. Поред тога, пружање могућности обраћања неком другом међународном суду (на пример Међународном суду правде) могло би да утиче не само на ефикасност поступка (даље продужење трајања већ ионако дуготрајних поступака), већ и на кредибилитет тог трибунала.

1003. У пракси, чини се да сваки суд или трибунал развија сопствену јуриспруденцију уз мањи или већи степен уважавања становишта других трибунала. Наиме одређени суд или трибунал, становишта других судова и трибунала прихвата само у оној мери у којој то сматра прихватљивим, развијајући сопствену јуриспруденцију у складу са својом надлежношћу и повереним мандатом.⁷⁹⁵ Међутим, иако међу судовима и трибуналима не постоје формалне везе, можемо уочити да ипак Међународни суд правде, има централну позицију, будући да се судови и трибунали основани ради решавања међудржаних спорова у доброј мери ослањају на искуства из јуриспруденције Међународног суда правде. Наиме, формирање судова и трибунала се не врши у вакуму, већ у окружењу у коме су темељи међународног правосуђа изграђени управо на искуствима Међународног суда правде. Међутим, јуриспруденција Међународног

⁷⁹⁵ Овај закључак чини се да поткрепљује и студија Nathan Miller, *An International Jurisprudence? The Operation of "Precedent" Across International Tribunals*, *Leiden Journal of International Law*, вол. 15, 2002, (стр. 483–526) у којој се указује, између осталог, да различити судови и трибунали се релативно ретко позивају на пресуде других судова и трибунала.

суда правде није таква да покрива целокупно међународно право, о чему сведочи и релативно мали број мериторних пресуда Суда.

1004. У расправи о пролиферацији међународних судова и трибунала Дируа је истакао да је:

„међународна заједница свесна нужности централне улоге Међународног суда правде, што потврђује и агенда Прве међународне мировне конференције, која је организована у оквиру Декаде међународног права, према резолуцији Генералне скупштине Уједињених нација 52/154. Прелиминарни извештај кој су припремила два еминентна научника, професори Francisco Orrego Vicuña и Christopher Pinto, под називом „Мирно решавање спорова: перспективе за 21 век, дали су преглед напора коју су уложени ради обезбеђења мирног решавања међународних спорова фокусирајући се на „централну улогу Међународног суда правде у новој структури међународног права.“⁷⁹⁶

1005. Vicuña и Pinto су указали на нужност „ревитализације“ Међународног суда правде као централног судског тела у међународној заједници „чија улога надилази само решавање спорова и ставља Суд у позицију да допринесе развоју начела међународног права који регулишу међународно друштво.“⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ The international community is well aware of the necessity of a central role for the ICJ, as evidenced by the Agenda of the 1999 Centennial of the First International Peace Conference, organized within the U.N. Decade of International Law, pursuant to U.N. General Assembly Resolution 52/154. The preliminary report prepared by two eminent scholars, professors Francisco Orrego Vicuña and Christopher Pinto, called *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century*, reviewed the history of efforts made to ensure the peaceful settlement of international disputes and focused on what it called “a central role for the International Court of Justice in the new structure of international law.” Pierre-Marie Dupuy, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice* International Law and Politics, Vol. 31 (pp. 791-807), p. 791. Francisco Orrego Vicuña and Christopher Pinto, *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century*, Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First International Peace Conference, C.E. Doc. CAHDI(98)

⁷⁹⁷ it is necessary to revitalize the ICJ’s role as the central judicial body of the international community, “a role that reaches beyond mere dispute settlement and puts the Court in a position to contribute to the

1006. Централна улога Међународног суда правде у више наврата је истакнута и у званичним документима. Један од таквих документа је и Декларација из Маниле која је одобрена резолуцијом Генералне скупштине 37/10- под називом „Мирно решавање спорова између држава.“ 15 новембра 1982. Како истиче Reuconoas:

„Декларација... наглашава да државе „треба да буду потпуно свесне“ улоге Међународног суда правде у решавању међусобних правних спорова, суда који је главни судски орган Уједињених нација, (Part II, para. 5). Наравно, ово наглашавање не утиче на могућност страна у спору, да изаберу други судски орган за решавање њиховог спора, у складу са фундаменталним начелом слободног избора средстава за решавање спорова. Штавише, како би се ојачала улога Међународног суда правде, Декларација позива државе да прихвате обавезујућу надлежност Међународног суда правде, у складу са чланом 36 Статута, и/или да у уговорима предвиде, кадгод је то примерено, одредбе које омогућавају да се спорови који би могли настати у погледу њиховог тумачења и примене износе пред Међународни суд правде.“⁷⁹⁸

1007. Међутим, наведена становишта треба разматрати са извесном дозом опреза, будући да је природно очекивати да и резолуције органа Уједињених нација афирмишу улогу Међународног суда правде који је главни судски орган те међународне организације. При томе, овим декларацијама, иако се изражава „општи став“ ни на који начин се не сугерише да државе треба да одустану било од формирања нових судова и трибунала, било да своје спорове не износе пред друге судове и трибунале. Другим речима, иако се афирмише и настоји да се ојача улога Међународног суда правде, начело слободног избора средстава за мирног решавања спорова остаје и даље неокрњено фундаментално начело међународног права.

development of the principles of international law governing the international society generally.”
Оп.цит., пара 110.

⁷⁹⁸ Manuel Reuconoas, Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes (New York 15 November 1982), UN Audiovisual Library of International Law (www.un.org/law/avl)

1008. Иако је улога Међународног суда правде као централног судског ауторитета несумњива, он није виши суд, или ауторитет који контролише или испитује ваљаност рада других судова и трибунала. Предлози да се уведу нове процедуре којима би се ојачала улога Међународног суда правде у контексту пролиферације међународних судова и трибунала (на пример проширењем саветодавне надлежности Суда) остају готово искључиво у оквирима доктринарних расправа. Посебно нагли развој међународног кривичног права се одиграва ван икаквог утицаја Међународног суда правде.

1009. Када је реч о делатности судова, трибунала и разних квазисудских тела (којима се поверава надзор над спровођењем неког међународног уговора), посебно у сфери заштите људских права (као што су Европски суд за људска права, Интерамерички суд за људска права и за људска права, Комитет за људска права итд.) мора се имати у виду да је реч о специјализованим телима чија је примарна функција обухвата управо тумачење међународних уговора који су једновремено и њихови конститутивни инструменти.

1010. Резоновање Суда у предметима *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* и *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* пружају поуздане и значајне смернице за разматрање односа односа Суда према јуриспруденцији других специјализованих судова и квазисудских тела (укључујући ту и кривичне судове и трибунале) и правца даљег развоја праксе органа међународног правосуђа. Међународни суд правде је у предмету *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* резновао на следећи начин:

Иако Суд ни на који начин није обвезан да, вршећи своју судску функцију моделира сопствено тумачење Пакта (Пакта о грађанским и политичким правима-прим А. Гајић) по узору на Комитет (Комитет за људска права-прим А. Гајић), он верује да треба да прида изузетну тежину тумачењу које је усвојило ово независно тело које је установљено управо у циљу надзора над применом овог уговора. Поента је у томе да треба да се постигне неопходна јасноћа и суштинска конзистентност међународног права, као и правна

сигурност, на коју имају право како појединци којима се гарантују права тако и државе које су обавезне да извршавају своје уговорне обавезе.⁷⁹⁹

1011. У предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, разматрајући значај чињеничних и правних закључака Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, Међународни суд правде је истакао:

„Суд придаје изузетан значај чињеничним и правним закључцима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију који су изнети у одлукама о кривичној одговорности особа које су пред њима оптужене, и у овом случају, Суд потуно узима у обзир пресуде претресних и жалбених већа које се баве догађајима који леже у основи овог спора. Ситуација није иста у погледу становишта које је заузео Међународни кривични трибунал за бившу Југославију по питањима општег међународног права које се не налазе унутар специфичног делокруга његове надлежности, и штавише, чије решавање није увек неопходно ради доношења одлуке у кривичној ствари која је пред њега изнета.“⁸⁰⁰

1012. Правним становиштима специјализованих судова (и других квазисудских тела) Суд придаје одговарајући значај. Међутим, придавање „великог значаја“ се не може тумачити као аутоматско прихватање њихових становишта. Са друге стране, Суд изгледа да од њих неће одступити уколико не постоји „добар и снажан разлог.“ Управо цитирана становишта Међународног суда правде поткрепљују тезу да се односи између судова по питању међународног права заснивају не на формалном, већ на суштинском ауторитету и основним детерминантама надлежности сваког од ових судских или квазисудских тела.

⁷⁹⁹ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment, 30 November 2010., para 66

⁸⁰⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, ICJ Reports 2007..., пара.403.

1013. У дискусији о улози Међународног суда правде у контексту пролиферације међународних судова и трибунала, чини се да посебно треба имати на уму неколико елемента.

1014. Прво, Међународни суд правде је суд коме је поверено решавање искључиво међудржавних спорова. У домену решавања међудржавних спорова његова надлежност није ограничена на поједине области међународног права. Пред Међународни суд правде се могу износити спорови за које би био надлежан суд или трибунал чија је надлежност *ratione materiae* ограничена на посебну област међународног права, као што је, примера ради Међународни трибунал за право мора.

1015. Друго, специјализовани судови или механизми за решавање спорова судским путем (примера ради Међународни трибунал за право мора, Европски суд за људска права, Интерамерички суд за људска права, или механизам решавања спорова који је формиран под окриљем Светсек трговинсек организације итд.), формиран су као специјализовани судови, не да би се избегло изношење спорова пред Међународни суд правде, нити да би се растеретила његова надлежност. Поједине правне области захтевају специјализацију, а често и потребу да се омоући и недржавним субкетима да на „међународном нивоу“ заштите своја права или узму учешћа у решавању спорова у које су укључени. Међународно право, као јединствен правни систем, регулише мноштво области, тако да је специјализација или формирање специјализованих судова јавља као нужност, како ради обезбеђења ефикасности поступака (један од аргумета је свакако и недовољан капацитет Међународног суда правде да се једновремено бави великим бројем предмета), тако и ради формирања јуриспруденције од стране судских већа за које се предпоставља да располажу са специјализованим знањима.

1016. Треће, међународно право, иако јединствен правни систем, у свом највећем делу садржи норме које су партикуларне природе. Регионално формираним судовима као што је Европски суд за људска права, поверава се како одлучивање по захтевима појединаца, тако и решавање међудржавних спорова који настану поводом тумачења и примене регионалних међународних уговора којима се штите људска права. Регионални суд, попут Суда правде ЕУ, има своју

посебну функцију која знатно надилази решавање међудржавних спорова.⁸⁰¹ Један од елемената за разумевање структуре органа међународног правосуђа је и тај да је за регионалне судове, партикуларно право које треба да примене обухваћено њиховим знањем, док примена начела *iura novit curia* у поступцима пред Међуодним судом правде у погледу партикуларног права није апсолутна.⁸⁰²

1017. Поједине правне области, као што је на пример право Европске уније, или право које се развија тумачењем неког међународног уговора, на пример Европске конвенције за заштиту људских права, за Међународни суд правде представљају право у погледу ког он није слободан да субституише својим тумачењем тумачење које је утемељено у пракси Суда правде Европске Уније као „ауторитативног тумача европских конститутивних уговора и секундарног европског права“⁸⁰³ односно Европског суда за људска права коме је поверенп решавање спорова у вези са његовим тумачењем и применом.⁸⁰⁴

⁸⁰¹ Види:Будимир Кошутих, Бранко Ракић, Бојан Милисављевић: Увод у право европских интеграција, Београд 2012, стр. 209 и даље.

⁸⁰² Види горе III (3) „Домашај начела *iura novit curia*”

⁸⁰³ Кошутих и др., стр. 212.

⁸⁰⁴ „Исто правило важи и када Међународни суд правде треба да утврди или примени правила унутрашњег права неке државе. Суд подсећа да је на свакој од држава, на првом месту, да тумачи своје унутрашње право. Суд неће, у начелу, имати овлашћење да субституише својим тумачењем тумачење које потиче од националних власти, нарочито када такво тумачење дају највиши национални судови. (види, за овај други случај, *Serbian Loans, Judgment No. 14, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 20, p. 46 and Brazilian Loans, Judgment No. 15, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 21, p. 124*). Изузетно, када држава износи очигледно неисправно тумачење свог домаћег права, посебно за сврху постизања предности у спору који тече пред Судом, на Суду је да усвоји оно за шта нађе да исправно тумачење.“ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment, 30 November 2010.*, параграф 70,

3. ОДНОС МЕЂУНАРОНОГ СУДА ПРАВДЕ И МЕЂУНАРДНИХ КРИВИЧНИХ ТРИБУНАЛА

1018. Између Међународног суда правде и Међунаодног кривичног суда и привремених међународних кривичних трибунала (Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, Међународног кривичног трибунала за Руанду и Специјалног трибунала за Лебанон) не постоје формалне везе. Њихова природа је потпуно другачија. Међунаордни суд правде је надлежан за решавање међудржавних спорова, међународни кривични трибунали имају надлежност за кривично гоњење и суђење лицима оптуженим за међународна кривичних дела обухваћених њиховом надлежношћу. Међутим, сви ови судови су део јединственог међународног правног система, и у позицији су да примењују иста правила општег међународног права. При томе, сврха њихове примене – ради решавања спора или питања у вези са утврђивањем кривичне одговорности појединаца – не доводи до измене ових правила, нити може да оправда различито тумачење или поимање правила општег међународног права (на пример правила међународног хуманитарног права, правила о приписивању аката држави и сл.)

1019. Будући да је предмет ове студије доказивање пред међународним судовима и трибуналима, то ћемо пажњу сконцентрисати на на питања која се тичу извођења доказа и утврђивања чињеница, а друге аспекте односа између Суда и међународних кривичних трибунала размотрићемо само у мери коју сматрамо неопходном за потребе ове студије.

1020. Питање односа између различитих међународних судова и трибунала, будући да између њих не постоје везе формалне природе, активира се поводом конкретног случаја. У досадашњој пракси Суда, једини случај који је поктенуо питање односа ове две врсте судова је *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. У пресуди Суда покренута су два фундаментална питања, питање могућности коришћења пресуда и других одлука Међународног

кривичног трибунала као доказног материјала у поступцима пред Судом, и друго, питање решавања конфликтних правних становишта једног и другог суда. Међутим, овим се не исцрпљује списак области које треба размотрити у контексту (деликатног) односа између Међународног суда правде (па и других међународних судова и трибунала који решавају међудржавне спорове) и међународних кривичних судова и трибунала. Независно од тога да ли у конкретном предмету пресуде једног суда могу да се користе као доказ пред другим судом, поставља се и питање значаја (или дејства) утврђивања кривичне одговорности једног лица пресудом међународног кривичног трибунала пред Међународним судом правде, као и питање значаја утврђивања одговорности државе пресудом Међународним судом правде у поступцима пред међународним кривичним трибуналима. Поред тога, у доктрини су се поставила питања тзв. преклапања надлежности судова који решавају међудржавне спорове и међународних кривичних трибунала, и ризик доношења конфликтних чињеничних закључака.

**

1021. Добру полазну основу за расправу о односу међународних кривичних трибунала и Међународног суда правде може да послужи становиште судије Christine Van Den Wyngaert (која је поступала као судија и пред Међународним судом правде и пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију). Она је у чланку „Evidentiary Rules before International Courts and Tribunals“ истакла:

„Јано је да међународни кривични судови имају мисију која је различита од оне коју имају судови за људска права или традиционални међународни судови који решавају међудржавне спорове. Ипак, постоји извесно преклапање њихових надлежности, и мултипликацијом међународних судова свих врста (кривичних судова, судова за људска права и традиционалних међународних судова), постоји ризик развоја дивергентних па и конфликтних јуриспруденција. Разлог томе је не само тај да ови судови примењују различите изворе права, већ и због тога што се ослањају на различита правила о доказивању. Стога не треба искључити могућност да иста чињеница

/чињенична тврдња/, која се износи пред различите врсте судова, може резултирати потпуно различитим одлукама.⁸⁰⁵

1022. Теза о извесном преклапању надлежности између различитих судова и трибунала не значи уствари, преклапање надлежности *stricto sensu*, већ могућност да се различити судови и трибунали баве истим правним и чињеничним питањима. Преклапање надлежности *stricto sensu* може довести до искључења надлежности једног од надлежних судова, одн. подразумева да се поступак о истој ствари (одговорности државе, кривичној одговорности и сл) може покренути пред једним од конкурентних судова. Међутим, и поред великог броја судова и трибунала могућности за покретање поступка између истих странака о истој ствари су веома ограничене.⁸⁰⁶ У сваком случају, уколико би један суд решио спор или ствар између истих странака, исти тај спор између истих странака не би могао да буде изнесен пред други међународни суд или трибунал. Другим речима, уколико је спор решен пресудом једног суда, спор бива решен /приговор пресуђене ствари/ спречава да се он изнесе пред други суд или трибунал. Једновремено, решавањем спора пред једним судом или трибуналом, сваки захтев који се на основу пресуде надлежног суда или трибунала сматра решеним, овај чини беспредметним.

1023. Може се сматрати да постоји преклапање надлежности једнио у случају уколико се може успешно истаћи приговор литиспенценције или пресуђене ствари. О преклапању надлежности можемо говорити само уколико су исте странке у поступку и уколико је реч о судовима који располажу идентичном надлежношћу. Тако је још Стални суд међународне правде у случају *Certain German Interests in Polish Upper Silesia /Preliminary Objections/* одбијајући приговор литиспенцијe, чији је циљ, како га је одредио Суд, да се избегне могућност доношења конфликтних одлука о истој ствари, своју одлуку образложио тиме да :

⁸⁰⁵ Christine Van Den Wyngaert , Disparities between Evidentiary Rules before International Courts and Tribunals: Can a Clash Be Avoided?, International Commentary on Evidence, Volume 4, Issue 1,2006,

⁸⁰⁶ Можемо говорити, примера ради о преклапању надлежности између Међународног суда правде и Међународног трибунала за право мора.

„није реч о истим странкама, и коначно Мешовити арбитражни трибунал и Стални суд међународне правде нису судови исте врсте, и, , *a fortiori*, исто се може рећи у погледу Суда и пољског грађанског трибунала у Katowitz-у“.⁸⁰⁷

1024. Једном речју, сама чињеница да се различити судови и трибунали могу бавити истим чињеничним и правним питањима не доводи само по себи до преклапања надлежности. С обзиром на различиту природу судова, странака у поступку и мандат Међународног суда правде и међународних кривичних трибунала, између њих не постоји никакво преклапање надлежности. Као што Међународни суд правде (или други суд или трибунал коме се поверава решавање међудржавних спорова) није овлашће да утврђује кривичну одговорности појединаца, тако ни међународни кривични трибуналим немају надлежност утврђивања одговорности државе. Странке у поступку пред међународним кривичним трибуналим су оптужени појединци (физичка лица) и тужилаштво суда или трибунала, док су странке у поступку пред Међународним судом правде суверене државе.

1025. Уколико се питање могућности да се различити судови баве истим чињеничним или правним питањима подводи под појам „преклапања надлежности“ у расправу се уноси непотребна конфузија, или прећутна сугестија о потреби прихватања правног становишта или чињеничног закључка једног суда или трибунала. На овај начин сугерише се примат једног међународног суда или трибунала у односу на други, за шта нема никаквог нити правног нити суштинског ванправног основа.

1026. Теза о примени различитих извора права такође је подложна критици и захтева додатна појашњења која бацају потпуно другачије светло на потенцијални развој конфликтних јуриспруденција. Наиме, и међународни кривични трибунали и Међународни суд правде (као и други судови и трибунали који примењују међународно право) примењују међународне уговоре, међународна обичајна правна правила и општа правна начела, као и оне изворе који снагу извора права заснивају на неком од наведених основних извора.⁸⁰⁸

⁸⁰⁷ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ reports, A. 06, стр. 20

⁸⁰⁸ О овоме више види: Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Београд 2012, стр.651-655.

Међународно право је правни систем, који је као такав непротивуречан, одн. у коме се норме (као и у другим правним системима) налазе у хармоничном односу.⁸⁰⁹ И норме међународног права о кривичној одговорности појединаца, и норме о одговорности државе су део истог, хармоничног, правног система, и оне се не налазе ни у каквом сукобу. Стога је теза о примени различитих извора права као потенцијалном узроку формирања конфликтних јуриспруденција неутемељена (о овоме ће више речи бити касније). Разлике које се могу испољити исцрпљују се у различитом разумевању (тумачењу) поједних норми међународног права.

1027. И међународни кривични трибунали и Међународни суд правде, као и други трибунали који решавају међудржавне спрове, могу примењивати исте правне норме. Примера ради, иста правила оружаних сукоба (на пример Женевске конвенције из 1949 и Протокола I и II, норме садржане у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида) примењују и Међународни суд правде и међународни кривични трибунали, иако је сврха њихове примене различита (установљавање одговорности државе, односно установљавање кривичне одговорности оптуженог). Другим речима, не може се тврдити да Међународни суд правде и међународни кривични трибунали могу примењивати различита правила на пример, међународног хуманитарног права.

1028. Начела и правила о одговорности државе и индивидуалној кривичној одговорности су правила секундарне природе.⁸¹⁰ Будући да Међународни суд правде нема надлежност да суди поједницима за извршење међународних кривичних дела нити да утврђује њихову кривичну одговорност, као и што међународни кривични трибунали немају надлежност да утврђују одговорност државе, под претпоставком да примењују иста примарна правила међународног права (на пример правила и начела права оружаног сукоба) не постоји озбиљан ризик конфликтних јуриспруденција, нити фрагментације међународног права.

⁸⁰⁹ Неколико општих правних начела посебно обезбеђују да норме не буду у сукобу, као што су , примера ради, *lex posterior derogate legi priori*, *lex specialis derogate legi generali*.

⁸¹⁰ *Vidi*:Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, str. 31 I *dalje*. Миленко Крећа, *op.cit.* str. 650 (Однос међународног кривичног права и права оружаних сукоба)

1029. Коначно, теза о могућности развоја конфликтних јуриспруденција због примене различитих правила о поступку и доказима има свог основа. Међутим, како ћемо касније детаљније образложити, чак и примена истих правила о поступку и доказима може довести до различитих чињеничних налаза. Таква могућност постоји чак и пред истим судом. Међутим, иако се могу бавити истим чињеничним и правним питањима, сваки од њих има обавезу да самостално утврђује релевантне чињенице, посебно због тога што странке у поступцима нису исте.

1030. У досадашњој пракси нема озбиљних примера „несаласних јуриспруденција.“

1031. Посебно деликатно питање је питање дејства пресуде међународног кривичног суда или трибунала у поступку пред Међународним судом правде или другим трибуналом пред којим се поставља питање одговорности државе. За разлику од пресуда Међународног суда правде које делује *inter partes*, пресуде међународних кривичних судова делују *erga omnes*, у смислу да су све државе дужне да признају правно дејство пресуда међународних кривичних судова. Примера ради лице које је правноснажно осудио или ослободио надлежан међународни кривични трибунал биће сматрано осуђеним/ослобођеним за одређено дело од стране свих држава, и протв њега се нигде више не може водити кривични поступак за исто дело (*ne bis in idem*).⁸¹¹

⁸¹¹ „Ниједној особи којој је већ суђено пред Међународним судом за дјела која према овом Статуту представљају тешка кршења међународног хуманитарног права не може се за иста дјела судити пред националним

судом.“ Члан 10 Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.

“Нитко не може пред другим судом бити поновно суђен за дјело описано у чланку 5. овога Статута, за које га је Суд већ осудио или ослободио.” Члан 20 (2) Сталног кривичног суда.

1032. Међународни суд правде (или било који други суд или трибунал) нема надлежност укидања, измене или поништавања пресуда међународних кривичних судова. Питање које се поставља јесте, да ли су они дужни да, уколико је релевантна, чињеницу да је неко лице осуђено за конкретан дело пред међународним кривичним трибуналом сматрају за утврђену (што не подразумева само апстрактну чињеницу да је неко лице осуђено, већ и дело за које је осуђено), или су овлашћени да, без обзира на осуду, утврђују целокупно чињенично стање које је неопходно ради разрешења спора.⁸¹² Другим речима, поставља се питање да ли је Међународни суд правде везан одлуком међународног кривичног суда или трибунала којом је правноснажно пресуђено о постојању кривичног дела и о одговорности одређеног лица (било да је та одлука ослобађајућа или осуђујућа).

1033. Питање које се поставља има своју и материјалноправну и процесноправну димензију.

1034. У погледу материјалног права, утврђивање кривичне одговорности појединаца нема прејудисијелни ефекат у погледу утврђивања одговорности државе.⁸¹³ Чињеница да одређено лице осуђено за дело у погледу ког се поставља и питање одговорности државе не може да доведе до ослобађања државе од одговорности уколико су испуњени услови одговорности државе за међународно противправан акт. Са друге стране, утврђивање одговорности државе за неки акт, такође, не прејудисира ма које питање индивидуалне кривичне одговорности.

⁸¹² Размотримо једну хипотетичку ситуацију. Уколико је међународни кривични трибунал осудио председника државе за злочин против човечности због тога што је утврдио да је он издао наређење да се гранатирају цивилни циљеви, уколико би Суд (или други трибунал који реша међудржавни спор) био обавезан да ову чињеницу прихвати, будући да се акти председника државе које учини у име државе приписују држави (а то је свакако издавање наредбе припадницима оружаних снага), он би практично морао да донесе одлуку којом се установљава одговорност државе за међународно противправни акт.

⁸¹³ Види *Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind with commentaries, 1996, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II, Part II – чл. 4 и његово коментар*. „*The fact that the present Code provides for the responsibility of individuals for crimes against the peace and security of mankind is without prejudice to any question of the responsibility of States under international law.*“

1035. Међутим, питање одговорности државе и индивидуалне кривичне одговорности је далеко од једноставног. Наиме, извршење истог акта може да повуче за собом и одговорност државе и индивидуалну кривичну одговорност. Уколико је неко лице приликом извршења међународно противправног акта за који сноси кривичну одговорност деловало као „агент државе“, „у име или за рачун државе државе,“ или под њеном руководством или контролом, само утврђивање кривичне одговорности неминовно повлачи за собом и питање одговорности државе за тај акт.⁸¹⁴ Међутим, богатство облика (видова) индивидуалне кривичне одговорности, може основано да постави питање да ли и под којим условима утврђивање кривичне одговорности појединца за собом повлачи и одговорност државе за међународно противправни акт.⁸¹⁵

1036. У погледу процесноправне димензије овог проблема, поставља се питање да ли и у међународном правном поретку важи правило које важи у поједним унутрашњим правним системима да је грађански суд везан пресудом кривичног суда.⁸¹⁶ Док је у унутрашњим правним системима грађански суд по правилу везан кривичном пресудом која је обавезјућа за тачно одређеног појединца у погледу ког се једновремено поставља питање његове грађанске одговорности или неког грађанскоправног односа, и који је странка и у кривичном и у грађанском поступку, у међународном правосуђу (пред Међународним судом правде или другим судом или трибуналом) не поставља питање грађанске одговорности појединца на ког се односи пресуда кривичног трибунала, већ одговорност државе која није странка у кривичном поступку. Стога је правило о чињеничном дејству пресуде кривичног суда није применљиво у међународном правосуђу.

1037. Phipson је указао да је:

„Оптше правило да у сваком случају суд мора одлучивати на основу сопствених доказа /доказа изведених у том предмету/, а не на основу оних који

⁸¹⁴ Ibidem, str.23. параграф 1 коментара чл. 4.

⁸¹⁵ Ова тема излази из оквира ове студије и биће посебно разматрана у засебном чланку аутора ових редова.

⁸¹⁶ Види на пример, Јакшић, Грађанско процесно право, Београд 2008, стр. 72.

су изведени у било ком другом предмету,;... нити се може позивати на чињенице из другог предмета.“⁸¹⁷

1038. У међународном праву нема норми које предвиђају изузетке од ових правила, а однос између различитих судова и трибунала је такав да чињенице утврђене пред једним судом или трибуналом не везују други суд или трибунал. Чак и у оквиру истог суда, на пример пред Међународним судом правде, чињенице које Суд утврди у једном предмету не обавезују га у другом предмету. Примера ради, у предмету *Border and Transborder Armed Actions Case* Међународни суд правде је закључио да је „на странкама да доказују чињенице у овом случају ослањајући се на уобичајена правила о доказивању, и при томе није могуће да се ослоне на оно што је пресуђено у неком другом случају у коме нису узеле учешћа управо те странке.“⁸¹⁸

1039. Пресуда међународног кривичног суда или трибунала у поступцима пред другим трибуналима може бити доказ (доказно средство), коме Суд може придати одговарајућу доказну снагу, у зависности од низа околности. Другим речима, Међународни суд правде (као и било који други међународни суд или трибунал) није везан чињеничним и правним налазима међународног кривичног трибунала, већ може да их узме у разматрање и да се према њима опходи као према посебној врсти доказа, доказа у погледу ког се примењује опште правило о слободној оцени доказа. О пресудама кривичних судова као доказима пред Међународним судом правде биће бише речи касније, а на овом месту сматрамо потребним да подсетимо на становиште Суда да:

⁸¹⁷ Sidnay L.Phipson, *The Law of Evidence*, London, 1942, стр.26

⁸¹⁸ “... it is for the Parties to establish the facts in the present case taking account of the usual rules of evidence, without it being possible to rely on considerations of *res judicata* in another case not involving the same parties (see Article 59 of the Statute).” *Border and Transborder Armed Actions Case (Nicaragua v Honduras)*, *Judgment, ICJ Reports 1988, para.54.*

“Оцена коју изврши суд у погледу тежине коју треба придати посебном доказу може да наведе Суд да га сматра непоузданим, или да нађе да има одређену доказну вредност,⁸¹⁹ те да је,

“без обзира на обимност и комплексност информација о чињеницама које су изнете пред Суд, одговорност је Суда, да након што је пажљиво размотрио све доказе који су пред њега изнеле странке у поступку, да утврди која се чињеница мора сматрати релевантном, оцени њену доказну снагу, и извуче одговарајуће закључке. Стога, држећи се те праксе, Суд ће сам утврдити чињенице, на основу доказа који су пред њега изети, и затим ће применити релевантна правила међународног права на оне чије постојање је утврдио.“⁸²⁰

1040. Једнако као када је реч о другим доказима, релевантност или доказна снага кривичне пресуде у поступку пред Међународним судом правде (или другим судом или трибуналом који решава међудржавне спорове) може зависити од низа различитих околности, међу којима је и становиште странака о основаности чињеничних тврдњи /чињеница/ које су биле основ доношења осуђујуће пресуде. Сама чињеница да држава није била странка у поступку пред Међународним кривичним судом, има за последицу неопходност да се држави омогући да оспорава чињенице које на којима је међународни кривични трибунал засновао своју пресуду.

⁸¹⁹ Међународни суд правде је у пресуди донесеној у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* истакао да:

„The assessment made by the Court of the weight to be given to a particular item of evidence may lead to the Court rejecting the item as unreliable, or finding it probative, as appears from the practice followed for instance in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, pp. 9-10, paras. 11- 13; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 39-41, paras. 59-73; and *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pp. 200-201, paras. 57-61. „Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, параграф 213

⁸²⁰ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20. April 2010*, para.168.

1041. Међунаодни суд правде нема обавезу да узме у разматрање ма коју пресуду ма ког међународном кривичног суда или трибунала, већ ће то учинити, по правилу, уколико се на њу позову странке у поступку пред Судом. Са друге стране, иако пресуда међународног кривичног суда не обавезује суд или трибунал коме је поверено решавање међудржавних спорова, чињница да је поводом истог догађаја правноснажно осуђен државни званичник се не може једноставно игнорисати, већ се пресуда кривичног трибунала може ценити на начин на који се врши оцена доказа.

3. ПРЕСУДЕ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА КАО ДОКАЗИ У ПОСТУПКУ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ.

1042. Резоновање Међународног суда правде у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* пружа добру полазну основу за дискусију о доказној снази пресуда међународних кривичних трибунала. Једно од кључних питања је да ли се закључци Суда о пресудама Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију могу сматрати општим закључцима, или их треба сагледати искључиво у контексту конкретног предмета, односно да ли су изведени с обзиром на нарочите околности конкретног случаја.

*

1043. Становиште Суда о доказној снази пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију Суд је засновао, у доброј мери, на сагласним становиштима странака. У релевантном делу пресуде Суд је нагласио:

“При крају усменог поступка странке су постигле широку сагласност о значају материјала Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Тужилац је током целог поступка придавао и сада придаје велику тежину /доказну вредност/ овом материјалу. У току писмене фазе поступка тужена држава је оспоравала поузданост налаза Трибунала, адекватност правног оквира у коме делује, адекватност његових поступака и његову неутралност. У усменој фази поступка, став тужене странке се знатно изменио. По речима њеног заступника, тужена странка сада заснива своја становишта на јуриспруденији Трибунала и „у ствари“ дистанцира се од мишљења о Трибуналу који су изнесени у њеном Rejoinder-у. Њен заступник је ипак пажљиво правио разлику између различитих категорија овог материјала:

“Ми не сматрамо да је целокупан материјал Трибунала за бившу Југославију једнако релеватан или да има исту доказну снагу. Ми смо првенствено засновали наша становишта на пресудама претресних и

жалбених већа Трибунала, сматрајући да се може ослонити само на пресуде ради установљавања чињеница о злочинима на кредибилан начин..”

Он је затим истакао да Трибунал до сада, са изузетком Сребренице, држао да геноцид није извршен ни у једној од ситуација коју наводи тужилац. Он је такође скренуо пажњу на оно што је заступник тужене странке изнео у погледу генерала Крстића који је оглашен кривим за помагање и подржавање геноцида у Сребреници.⁸²¹

1044. Критика пресуде која је донесена у предмету Крстић махом се тичала правне аргументације, док тужена држава, ограђујући се од аргументације која је изнесена у току писмене фазе поступка, није учинила иоле озбиљан напор да оспорава чињеничне закључке до којих је Међународни кривични трибунал за бившу Југославију дошао у предметима *Тужилац против Радислава Крстића и Тужилац против Благојевића и Јокића*. Примера ради, у свим „сребреничким предметима“ пред Међународним кривичним трибуналом поставило се питање броја особа које су убијене на противправан начин. Исто се питање поставило и у поступку пред Међународним судом правде, који је констатовао:

„Тужена држава је поставила питање броја убијених, али суштински она није довела у питање тај обрачун.“⁸²²

1045. Једном речју, током изношења усмених аргумента, тужена држава је изнела становиште о кредибилитету пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, а у делу у ком их је изложила критици, то није учинила на начин који би довео у питање чињеничне закључке до којих су дошла претресна већа и жалбено веће у «сребреничким предметима». Позиција Суда у погледу установљавања чињеница је била знатно релаксирана будући да су се обе странке у знатној мери ослањале управо на пресуде Трибунала.

1046. Ови разлози иду у прилог тезе да становишта Суда по питању доказне снаге пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију треба

⁸²¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., пара 215.

⁸²² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para 278.

сагледати уз велику дозу опреза приликом разматрања општих питања у вези са доказном снагом пресуда и чињеничних налаза међународних кривичних судова и трибунала. Став Суда по овом питању битно је детерминисан сагласним или барем не битно супротстављеним становиштима странака по питању њихове доказне снаге.

1047. У погледу доказне снаге пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, Суд је резонувао на следећи начин:

220. Поступак пред Трибуналом у петој фази /о прве „четири фазе“ биће речи касније-прим А. Гајић/, који резултира доношењем пресуде претресног већа након свеобухватне расправе, треба разликовати од одлука које се доносе у ранијим фазама поступка. Поступак пред Трибуналом који резултира коначним налазима је ригорозан. Оптужени се сматрају невиним све док се њихова кривица не докаже ван разумне сумње. Они имају одређене минималне гаранције (које су предузете из Међународног пакта о грађанским и политичком правима), укључујући ту и право на браниоца, да испитују сведоке који се против њега изводе, да се испитају сведоци одбране, те да не могу да буду приморани да сведоче против себе или да признају кривицу. Трибунал има овлашћење да захтева од држава чланица Уједињених нација да са њим сарађују, између осталог, по питању обезбеђења сведочења и извођења доказа. Оптуженом се у току претпретресног поступка врши екстензивно обелодањивање материјала који је прикупило тужилаштво и материјал којим се подупиरे оптужница, релевантне изјаве сведока и претпретресни поднесак којим се сумирају докази који се против њега износе. На тужиоцу је такође да обелодани оптуженом екскулпирајући материјал и да учини доступним у електронској форми колекције релевантних материјала који се налазе у поседу тужилаштва.

221. У пракси, која је сада већ дужа од десет година, суђења многим значајним војним или полиичким особама за наводне злочине који су извршени током дугих периода и која се тичу комплексних тврдњи, обично трају месецима, чак и годинама, и обухватају на хиљде докумената и велики број сведока.

Претресно веће може да прихвати било који доказ који има доказну вредност. Веће треба да изнесе разлоге своје пресуде у писаном облику, којој се могу придодати издвојена и различита мишљења.

222. Свака странка има право да уложи жалбу на пресуду претресног већа жалбеном већу, на основу грешке у примени права којом се обеснажује одлука или због грешке при утврђивању чињеничног стања због које је дошло до неостваривања правде. Жалбено веће у саставу од пет судија не врши поновну расправу о доказима, али има овлашћење да саслуша додатне доказе уколико нађе да нису били доступни за време суђења, уколико су релевантни и кредибилни и уколико би могли да представљају одлучујући фактор током суђења. Оно такође треба да донесе образложену пресуду у писаном облику којој се могу придодати издвојена и различита мишљења.

223.С обзиром на оно што је горе наведено, Суд закључује да, у начелу, треба да прихвати као веома уверљиве релевантне чињеничне налазе до којих је Трибунал дошао за време суђења, осим наравно уколико су оспорене у жалбеном поступку. Из истог разлога, било која оцена Трибунала која је заснована на чињеницама као што је примера ради о постојању захтеване намере, такође завређује дужну тежину /доказну снагу/.

1048. Извенсе околности нису поменуте ни током изношења аргуменације странака током усмене фазе поступка, нити их је Суд узео у разматрање по сопственој иницијативи. Међутим, чињеница да Суд није узео у разматрање и друге околности се не може поритисати немарности Суда или неадекватном вршењу судске функције, будући да је међу странкама постојала велика мера сагласности у погледу доказне снаге пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.

1049. Прво ћемо размотрити неке од околности које је Суд поменуо у прилог своје тезе о високом степену уверљивости чињеничних закљача Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, а затим ћемо скренути пажњу на неке друге околности које би могле да буду од значаја за доношење општих закљача о потенцијалној доказној снази пресуда и чињеничних налаза међународних кривичних трибунала.

1050. У образложењу закључка о доканој снази чињеничних налаза претресних и жалбених већа Трибунала можемо уочити извесна неслагања или непрецизности приликом описа процесног или материјалног права које примењује Суд. Примера ради, Суд (у параграфу 220 Пресуде) говори о минималним гаранцијама које се пружају оптуженом а које су преузете из Пакта о грађанским и политичким правима. Међутим, приступ Трибунала питањима која се везују за права оптуженог је особен. У предмету *Тужилац против Тадића* претресно веће је дефинисало сопствени приступ правилима о заштити људских права и стало на становиште да није везано универзалним начелима о заштити људских права на начин на који их тумаче друга тела која се баве заштитом људска права, због јединствене структуре Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију и природе предмета којима се бави. Посебно, Веће је нагласило да су чл. 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима и чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода:

„предвиђени да се примењују у уобичајеним кривичним поступцима. Насупрот томе, Међународни трибунал се бави злочинима за које се сматра да су тако ужасни да захтевају да буду обухваћени универзалном судском надлежношћу. Међународни трибунал, на неки начин, може да се упореди са војним судовима чије су могућности за правичан поступак (*due process*) често ограничене, а правила доказног поступка мање стриктна...“

и поред тога истакао:

„...као таква, тумачења других судских тела, члана 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима и члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права, имају ограничену релевантност приликом примене одредаба Статута и Правилника о поступку и доказима МКТЈ, јер ова тела тумаче те одредбе у контексту сопственог правног оквира.“⁸²³

1051. Постоје снажни разлози и за покретање расправе о томе да ли се начело легалитета примењује у пракси Трибунала на начин који је у складу са

⁸²³ *Prosecutor v. Tadić*, Decision on Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures For Victims and Witnesses, Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 10 August 1995.

О овој проблематици види: Александар Гајић, „International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – Human Rights Perspective, u *Human Rights Today-60 Years of the Universal Declaration*, (ed. Jovanovic and Krstic), Eleven International Publishing, Utrecht, 2010, str. 127142.

оптим правним начелом о неретроактивној примени закона и начелом *nulla culpa sine iure*. Примера ради у великом броју предмета Суд је применио облик кривичне одговорности који је до тада, барем на начин на који га је Трибунал формулисао, био практично непознат- «удружени злочиначки подухват». ⁸²⁴ Овај облик одговорности је изложен критици, не само због тога што није изричито предвиђен Статутом Трибунала, већ и због својих инхерентних недостатака. ⁸²⁵ Овај аспект јуриспруденције Трибунала који се тиче примене начела законитости и фундаменталног начела кривичног права *lex retro non agit* нажалост није нашао своје место у расправама пред Судом.

1052. Право на жалбу у поступку пред Трибуналом је знатно ограничено, и стандард жалбеног преиспитивања је уско дефинисан, и веома је сличан моделу који је својствен англосаксонском правосудном систему у коме је «пресудитељ о чињеницама» лаичка порота. Како би странка успела приликом оспоравања чињеничних закључака претресног већа жалбено веће мора да увери не да ли је претресно веће исправно утврдило одређену чињеницу, већ, како се истиче у пресудама Жалбеног већа :

„У складу с јуриспруденцијом Међународног суда, задатак саслушања, одмеравања тежине доказа који се изводе на суђењу припада првенствено претресном већу. Стога се Жалбено веће, према чињеничном стању које је

⁸²⁴ Види, на пример, пресуде жалбеног већа донесене у предметима Тужилац против Тадића, Тужилац против Брђанина (пара.363-364), Тужилац против Васиљевића (пара. 25), тужилац против Мартића. Одлука по жалби у предмету Милутиновић и остали, мај 2003. Као и пресуде претресних већа у, примера ради, Тужилац против Поповића и осталих, Тужилац против Милутиновића и осталих, Тужилац против Ђорђевића, Тужилац против Перишића.

⁸²⁵ Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), ECCC/Pre-Trial Chamber, 20 May 2010. Decision on Confirmation of Charges (Public Redacted Version), *Situation in Democratic Republic of Congo in case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, International Criminal Court, Pre Trial Chamber I, 29 January 2007, str. 109-124 (paragrafi 317-366)*

Види на пример: Wolfgang Schomburg, Jurisprudence on JCE /Joint Criminal Enterprise/ - revisiting never ending story,

http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/ctm_blog_6_1_2010.pdf, Allison Marston Danner, Jenny S. Martinez: Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command responsibility, and the Development of International Criminal Law, *California Law Review*, January, 2005, 75-169

утврдило претресно веће, мора односити с одређеном дозом уважавања. Жалбено веће може налаз претресног већа заменити сопственим само ако доказе на које се позвало претресно веће не би прихватио ни један разуман пресудитељ о чињеницама или ако су докази оцењени „потпуно погрешно.“⁸²⁶

1053. Поред тога, Жалбено веће ће приступити испитивању не свих оних чињеница за које се износи тврдња да су погрешно утврђене, већ само оне које су од утицаја на осуђујућу пресуду или на пресуду о казни. У јуриспруденцији трибунала увршежен је критеријум да:

«Уколико чињенични закључци који говоре у прилог осуђујућој пресуди и пресуди у казни почивају на здравим основама, грешке у другим чињеничним закључцима немају никакав утицај на првостепену пресуду. Сходно теоме, Жалбено веће начелно одбија да расправља о тим наводним чињеничним грешкама које не утичу на осуђујућу пресуду или пресуду о казни»⁸²⁷

1054. Чињенице од значаја за одговорност државе и одговорност поједница се не морају поклапати, и управо оне које је жалбено веће одбило да о њима расправља се могу показати као кључне за утврђивање одговорности државе.

1055. Поред тога, критеријуми за преиспитивање оспораваних чињеничних закључака су стриктни, и жалбени основи, да би уопште могли да буду узети у разматрање морају да буду темељно образложени.⁸²⁸ Другим речима, иако се странкама пружа могућности изјављивања жалбе, поступак по жалби не зависи

⁸²⁶ Види на пример *Купреškić et al.*, *Appeal Chamber, Judgment*, para. 30.

⁸²⁷ Стругар 19, Брђанин 21, ИСТУ, *Judgment, Appeals Chamber, The Prosecutor v. Milan Martić*, 08. октобар 2008, Мартић 17.

⁸²⁸ „Када жалилац само оспорава ослањање претресног већа на један или више доказа у сврху потврђивања неке чињенице, али не објашњава зашто је, с обзиром на друге доказе, осуђујућа пресуда неутемељена, такви наводи ће бити одбачени без детаљног образложења. Жалбено веће ће по кратком поступку одбацили пуне тврдње да је закључак претресног већа противречан сведочењу неког конкретног сведока, или да претресно веће јесте или није требало да се ослони на сведочење неког конкретног сведока, осим ако жалилац не покаже да је почињена наведена грешка у утврђивању чињеничног стања која је резултирала неостварењем правде. Исто тако, када жалилац само наводи да је сведочење неког сведока непоткрепљено, такве тврдње биће одбачене без детаљног образлагања.⁴⁵ Уколико Жалбено веће оцени да је жалилац изнео такав навод а да га није поткрепио, оно ће по кратком поступку одбацили тај навод о грешци или аргумент.“ *Тужилац против Милана Мартића, Пресуда, Жалбено веће, 08. октобар 2008, параграф.21*

само од расположивих доказа, већ и од снаге аргумената које наведе странка која износи конкретан жалбени основ.

1056. Међународни суд правде је у прилог става о доказној снази пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију истакао и чињеницу да се оптуженом обелодањује велика количина материјала у току претпретресне фазе поступка. Међутим, ова чињеница не би требало да буде од великог значаја за оцену доказне снаге пресуда Трибунала (или било ког другог Суда). Иако се у пракси трибунала обелодањују огромне (енормне) количине материјала, и то не само у току претпретресне фазе поступка већ током целокупног суђења, па и по његовом окончању, од значаја је искључиво материјал на који се Трибунал ослонио приликом доношења пресуде, а не количина материјала која је потенцијално странкама стајала на располагању, а који су могле да користе у току извођења доказа.

**

1057. Из образложења Суда о доказној снази пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију било би погрешно извести закључак да пресуде међународних кривичних судова и трибунала, као докази пред Судом, имају «привилеговани статус». У поступку пред Судом чињенични налази из пресуда међународних кривичних судова нису пресумпције, односно Суд не претпоставља исправност (истинитост) чињеничних налаза међународних кривичних судова. Пресуде кривичних трибунала могу бити један од доказних предмета, чија доказна снага зависи од низа околности, међу којима и становиште странака о њиховој доказној снази.

1058. Сматрамо да неколико околности ваља посебно имати у виду приликом оцене доказне снаге пресуда међународних кривичних трибунала, и конкретних чињеничних налаза.

1059. Поступак пред Међународним судом правде, као и поступак пред међународним кривичним трибуналима, је у основи адверсаријалне природе, и Суд приликом оцене доказа, односно утврђивања чињеница узима у обзир

аргументацију странака. Закључке о томе коју чињеницу ће сматрати за утврђену кривични трибунал доноси „у светлости целокупног судског списка.“ И пред Међународним судом правде и међународним кривичним трибуналима, расподела улога странака и суда приликом прибављања и извођења доказа, и поред извесних инквизиторних овлашћења, је таква да је примарна одговорност на странкама да врше истрагу и предочавају доказе Суду, док је на суду или трибуналу да узимајући у обзир аргументацију странака, а посебно сагласну аргументацију странака, врши оцену доказа и на основу тога утврђује чињенице неопходне ради доношења коначне пресуде.

1060. И међународни кривични трибунали и Међународни суд правде мотивишу странке да, у складу са начелом ефикасности поступка, постигну споразум о што је могуће већем броју чињеница⁸²⁹. У скоро свим предметима пред Међународним кривичним трибуналом⁸³⁰ странке су постигле сагласност о неким од кључних чињеница. Чињенице о којима странке постигну сагласност трибунал формално прима на знање.⁸³¹ Овај споразум се по правилу закључује још у претпретресној фази поступка, управо са циљем да се избегне извођење доказа о чињеницама које међу странкама нису спорне, док није редак случај да се у току извођења доказа постигну додатни споразуми о чињеницама, или да

⁸²⁹ Примера ради, у предмету *Тужилац против Поповића*, у пресуди је констатовано да је „Претресно веће улагало напоре да олакша постизање споразума измеу страна у поступку по питању правно релевантних чињеница везаних за *Опужницу*“ *Пресуда, Том I, 10 јуни 2010., пара. 68*.

⁸³⁰ Изузетак је случај *Тужилац против Толимира, ИТ-05-88/2* у коме тужилаштво и одбрана нису постигле ни споразум о чињеницама у току претпретресне фазе поступка нити је у току суђења закључена ма и једна стипулација.

⁸³¹ A standard issue on the agenda of a pre-trial meeting is whether parties are in a position to arrive at a set of agreed facts that need not be proven at trial. The most common form of agreed facts concerns the "crime base" facts; in other words, those facts which establish that a crime occurred, as opposed to facts which establish criminal responsibility for the crime. In most cases, the number of agreed facts will be minimal and will do little to narrow the issues in dispute.

65. An accused may be motivated to agree to certain underlying "crime base" facts in order to demonstrate a general level of cooperativeness, as well as because he desires to narrow the issues at trial to those which are relevant to his or her individual responsibility and most in dispute. On the other hand, an accused may choose to dispute the underlying facts for quite legitimate and genuine reasons. ICTY Manuel on Developed Practices, ICTY - UNICRI 2009, p.67

странке прибегавају закључивању „стипулација“ којима се избегава потреба извођења доказа или се врши њихово тумачње, утврђује значај или смисао.⁸³²

1061. Формални споразум међу странакама (било у форми споразума који суд формално прима на знање или стипулације која се уврштава у доказе) није једини споразум који се може постићи у току поступка а који је од значаја за доношење коначне пресуде. Сагласност странака може на различите начине да утиче на одлучивање кривичног суда или трибунала који чињеничне закључке доноси на основу резултата целокупне расправе. Примера ради, осим о чињеницама странке могу износити садласне тврдње о аутентичности, поузданости и доказној вредности неког доказног предмета или исказа сведока, да ли један доказ подупире други и сл. При томе, странке, у поступку извођења доказа, настоје да поткрепе своје тезе, а не нужно да установе истину.

1062. Адверсаријални модел који је примењен у поступку пред Међународним кривичним трибуналом обавезује тужилаштво да одбрани обелодани све материјале који би могли да послуже за доказивање тврдњи које су за оштуженог ослобађајуће или олакшавајуће околности, али га не обавезује да те доказе предочава Трибуналу у току поступка (то је улога Одбране не Тужилаштва). Одбрана, са друге стране, врши селекцију материјала сходно сопственој концепцији и тезама које заговара.

1063. Примера ради, странке у једном поступку могу заузети исти став у погледу одређене чињенице, и не морају нужно да изводе доказе (или све расположиве доказе) како би настојале да докажу дату чињеничну тврдњу. Мотив може да буде различит, од уштеде времена до тога да дату чињеницу не сматрају кључном за централно питање, или због тога што процењују да се она уклапа у њихову концепцију. Једнако како заузимају исти став, тако њихови ставови у погледу неке чињенице могу да буду оштро супротстављени, у ком случају странка која сматра да јој дата чињеница иде у прилог, по природи ствари настоји да је докаже, изводећи доказе које иначе не би изводила да међу странакама

⁸³² За предмет *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* битно је напоменути да је тужилаштво и одбрана скопили споразум о великом броју чињеница као у предмету *Тужилац против Крстића*, тако и у предмету *Тужилац против Благојевића и Јокића*.

постоји сагласност. У првој ситуацији, сасвим је извесно да ће суд, ослањајући се на аргументацију странака, утврдити дату чињеницу – чак и релативно слабији доказ поткрепљен сагласном или барем непротивуречном аргументацијом странака може довести до уверења суда које је „ван разумне сумње.“ У другој ситуацији, врло је извесно да ће се суд посветити више пажње оцени доказа будући да не може да се ослони на сагласну аргументацију странака. Уколико је изведен исти доказ као у првој ситуацији, може се догодити да суд не стекне уверење ван разумне сумње о основаности чињеничне тврдње.

1064. У обе варијанте, суд је применио исти стандард доказивања, стим да је у првом случају установио дату чињеницу, али не и у другом случају. Уколико би ова чињеница била обухваћена пресудом суда, као утврђена чињеница, не постоји оправдање да се она сматра утврђеном у другом поступку пред истим или другим судом или трибуналом. Ово поготово што су у поступку пред Судом странке државе, а у поступку пред међународним кривичним трибунаlima странке нису везане становиштима држава и немају никаква ограничења у погледу формулисања својих становишта чак и по питањима која су од виталног значаја за државе.

1065. Користећи се истим доказним средствима, странке могу да „каналашу“ извођење доказа у правцу који сматрају да је у њиховом интересу. Пример ради, поступак испитивања сведока пред кривичним трибунаlima се одвија по узору на англосаксонски модел (али не и на идентичан начин), и сконцентрисан је на питања која су од значаја за доказивање тезе тужилаштва или оспоравање тезе тужилаштва или доказивање тезе одбране. Странка која врши испитивање сведока није у обавези да сведока испита о целокупном његовом знању о спорном догађају или чињеници. У другом поступку пред истим или другим судом или трибуналом, странка која врши испитивање истог сведока може да проступа на другачији начин, обухватајући испитивањем све или само неке околности о којима је сведок дао исказ у претходном поступку, или да спроведе опсежно испитивање. Са друге стране, странка која врши унакрсно испитивање, може настојати да побија кредибилитет сведока или истинитост његовог исказа или настојати да сведок да исказ о чињеницама које су од значај за поткрепљивање његове тезе. Међутим, она то није дужна да учини, примера ради, она може

сматрати да је такав начин поступања у конкретном случају непотребан, на пример, због тога што намерава да исказ побија посредством другог сведока, или због тога што његово сведочење сматра ирелевантним или маргинално релевантним. Наравно у процени може и да погрешити.

1066. Ова расправа нам се чини довољном (иако није исцрпна) да покаже да примењујући исти стандард доказивања, два већа истог суда или различити судови, могу доћи до различитих резултата. Иако се може бранити теза да судска већа настоје да утврде „историјску истину,“ она могу утврђивати чињенице само на основу расположивих доказа који су изведени у конкретном случају, ослањајући се при томе и на аргументацију странака и сагласне тврдње странака. Другим речима, као резултат оцене доказа, утврђене чињенице представљају основ за доношење закључака о главном питању (кривичној одговорности оптуженог) и не представљају нужно „историјску истину,“ у значењу да је утврђено оно што се заиста (тако) и догодило.

1067. Међународни суд правде је својом пресудом придао већи значај чињеничним налазима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију него већа која поступају у другим предметима пред Трибуналом. Наиме, у поступцима пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију (али не и пред другим судовима и трибуналима), у циљу ефикасности поступка и ради уједначавања јуриспруденције Трибунала, извесне чињенице које су утврђене у једном предмету могу да буду прихваћене као „пресуђене чињенице“ (adjudicated facts) у другом предмету.⁸³³ Правило 94 (Б) Правилника о поступку и доказима, предвиђа:

⁸³³ “Сврха правила 94(Б) је да се постигне економичност судског поступка и ускладе пресуде Међународног суда давањем дискреционог овлаштења претресном већу да формално прими на знање чињенице или документе из других поступака. Међутим, како је Жалбено вијеће приметило, претресно веће мора приликом примјене правила 94(Б) успоставити равнотежу измену остваривања те сврхе и очувања темељног права оптуженог на правично сунење.” Тужилац против Здравка Толимира, Одлука по захтеву Тужилаштва за формално примање на знање чињеница о којима је пресуђено, на основу правила 94(Б), Претресно веће, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет бр. ИТ-05-88/2, 17. децембар 2009. године, параграф 6. (Види и тамо наведену јуриспруденцију Трибунала)

На захтев једне од страна или *proprio motu* претресно веће може, након што саслуша стране, одлучити да формално прими на знање чињенице о којима је пресуђено или документарне доказе из других поступака пред Међународним судом који се односе на питања о којима је реч у текућем суђењу.“

1068. У јуриспруденцији Трибунала изграђени су бројни критеријуми прихватљивости ових чињеница, међу коима и да «чињеница не сме садржавати квалификације које су суштински правне природе», да «се не сме заснивати на договору страна у ранијем поступку», да се не сме односити на дела, понашање или стање свести оптуженог, нити чињенице које би могле да га инкриминишу, да не смеју бити предмет још нерешеног жалбеног поступка или поступка преиспитивања, те да прихватање те чињенице не би било у интересу правде, на примр, због тога што би оптужени у току поступка побијања утрошио превише времена и ресурса због чега би могло да буде угрожено начело судске економичности, да се предложене чињенице односе на срж предмета итд..⁸³⁴

Наведени критеријуми прихватљивости „пресуђених чињеница“ говоре у прилог тезе да је Међународни суд правде прихватио чињеницама које су утврђене пресудама Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, а које вероватно не би прихватио ни Међународни кривични трибунал за бившу Југославију у неком другом предмету. Наиме, Међународни суд правде је у пресуди изнео само оне које су биле од суштинског значаја. Да су примењени критеријуми које примењује Трибунал приликом формалног пријема на знање пресуђеним чињеницама, сасвим сигурно, Суд не би могао да се ослања ни на

⁸³⁴ За критеријуме прихватљивости и начину на који различита већа Међународног кривичног трибунала тумаче критеријум „у интересу правде“, види примера ради: *Tužilac protiv Popovića*, предмет бр. ИТ-05-88, Претресно вјеће, Одлука по захтеву туžилаштва за формално приманје на знање чињеница о којима је већ пресуђено, с додатком, 26. септембар 2006, *Tužilac protiv Kupreškića i drugih*, предмет бр. ИТ-95-16-А, Жалбено вјеће, Одлука по приједлозима Драге Јосиповића, Зорана Купрешкића и Влатка Купрешкића да се прихвате додатни докази у складу с правилом 115 и о формалном приманју на знање чињеница о којима је већ пресуђено у складу с правилом 94(б), 8. мај 2001., пар. 6; Тужилац против Здравка Толимира, Одлука по захтеву Тужилаштва за формално приманје на знање чињеница о којима је пресуђено, на основу правила 94(Б), Претресно веће, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет бр. ИТ-05-88/2, , 17. децембар 2009. године,

један од чињеничне закључака из пресуда Трибунала које изнео у образложењу своје коначне пресуде.

1069. Како смо горе већ изнели, могућност Суда да се ослони на пресуде међународних кривичних трибунала приликом утврђивања чињенца битно је детерминисана становиштима странака о њиховој доказној снази. У одсуству сагласних, или битно сагласних становишта странака, коришћење пресуда као «извора чињеничних закључака» би могло да буде скопчано са низом како процесних тако и суштинских проблема.

1070. Позивањем на пресуду неког међународног суда или трибунала не заснива се претпоставка исправности чињеничне тврдње, и у случају неслагања странака о њеној основаности, а с обзиром на већ формулисана становишта, Суд се може довести у веома неугодну позицију. С једне стране, уколико би се држао критеријима који су се искристалисали у пракси Суда у погледу извештаја различитих комисија, и критеријума оцене доказне снаге пресуда који су изражени у пресуди коју је донео у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Суд не би могао олако да закључи да се без ваљаног разлога не може ослонити на ову врсту доказа. Стога је странка која оспорава чињеничне закључке из пресуда међународних кривичних трибунала стављена у неповољан положај, или у позицију да мора да прибегава процесним механизмима који нису уобичајени у пракси Суда, ради отклањања ризика да се Суд приликом доношења коначних чињеничних закључака ослања на пресуде међународних кривичних трибунала.

1071. Примера ради, уколико би једна од странака износила чињеничну тврдњу коју поткрепљује једино пресудом међународног кривичног трибунала, друга странка би могла да захтева, на пример, да јој се доставе сви докази на којима је тај трибунал засновао своје закључке, а по потреби и да јој се омогући да испита сведока чији исказ лежи у основи чињеничног закључка. Ово би, барем када је реч о пресудама Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију било практично неизводиво, не због великог броја сведока, већ и због тога што је идентитет појединих сведока, а често и њихови искази, информација поверљиве

природе чије обелодањивање повлачи за собом одговорност због непоштовања суда. Идентитет појединих сведока на којима се заснивају многи чињенични налази, па често и њихови искази, вероватно нису познати ни држави која се ослања на пресуду приликом изношења својих чињеничних тврдњи.

1072. Становишта смо да се не може се оспоравати потреба или право државе која оспорава чињеничне закључке изнесене у пресуди неког суда или трибунала, да јој се омогући приступ свим доказима на којима је она заснована. Посебан проблем може да представља ситуација у којој се јави потреба да се у поступку пред Судом обелодане материјали на које се међународни кривични трибунал ослањао приликом доношења пресуде а који су његовом одлуком класификовани као поверљиви/под печатом/. Захтев за скидањем ознаке поверљивости, или за обелодањивање таквих материјала странкама у поступку пред Међународним судом правде би морао да буде упућен надлежном већу међународног кривичног суда или трибунала. Будући да међународни кривични судови и трибунали немају контролу над делатностима тимова који раде на припремама поднесака и усмене аргументације држава,⁸³⁵ те да у тај процес може да буде укључен шири круг особа над којима кривични трибунали не би имали надлежност кривичног гоњења због непоштовања суда, постојала би реална могућност компромитације поверљивости материјала.

1073. Као аргумент у прилог немогућности придавања велике доказне снаге пресудама међународних кривичних судова и трибунала странка која оспорава чињеничне налазе пресуде могла би да истакне да нема могућност да /унакрсно/ испита ауторе пресуде. Наиме, пресуду увек доноси веће у одређеном саставу, и они су «аутори пресуде». Тешко се може бранити теза да странка која се позива на неки извештај или настоји да оспори оно што је у извештају садржано нема овлашћење да позиве као свеока или вештака аутора тог извештаја. Међутим, у било ком судском поступку било би очигледно неоснован захтев да се као сведоци или вештаци позову чланови већа, како би њиховим испитивањем настојала да

⁸³⁵ У поступцима пред међунаодним кривичним трибуналима ова контрола је обезбеђена путем именовања чланова тима одбране или тужилаштва, који имају широке одговорности и подложни су поступцима за непоштовање суда или дисциплинким поступцима који би могли довести и до њиховог разрешења.

оспоре чињеничне налазе који су дати у пресуди, да доказује њихову пристрасност и сл., на сличан начин на који може да оспорава експертски налаз и мишљење.

1074. С једне стране, тешко би се могло тврдити да странка која побија чињенице које садржи један документ (извештај, пресуда, приватни запис) нема право да позове као сведока аутора тог документа, док са друге стране, такав поступак би лако могао да се схвати, сам по себи, као подривање ауторитета суда или трибунала чије судије не само да имају слободу судијског одлучивања /која укључује и слободну оцену доказа/, већ у контексту вршења своје судске функције уживају значајне привилегије и имунитете. Наиме, како је предвиђено, примера ради, чланом 48 Статута Сталног међународног кривичног суда, да у току и након истека свог мандата судије задржавају у односу на изговорену или писану реч или радње које су предузели у службеном својству «имунитет од правних поступака било које врсте» Тешко је и очекивати да би се иједан судија појавио као сведок, ради потребе да брани сопствене налазе или налазе већа који су изражени у пресуди, а о којима је одлука донесена након расправе која ни у једном суду није отворена за јавност.

1075. Пресуда међународног кривичног трибунала мора да буде образложена, и конкретан чињенични закључак и образложење на основу ког је изведен се може на адекватан начин испитати само уколико су доступни и докази на које се ослањао приликом његовог доношења. Уколико би ови докази били изведени и у поступку пред Међународним судом правде(или другим теибуналом који решава међудржавне спорове) било би противно основним постулатима вршења судске функције да Међународни суд правде испитује основаност чињеничних закључака другог суда на основу доказа који су изведени и пред једним и пред другим судом, уместо да ове доказе самостално оцељује и у складу са начелом слободне оцене доказа донесе сопствене чињеничне закључке.⁸³⁶

⁸³⁶ „The assessment made by the Court of the weight to be given to a particular item of evidence may lead to the Court rejecting the item as unreliable, or finding it probative, as appears from the practice followed for instance in the case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, pp. 9-10, paras. 11- 13; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 39-41, paras. 59-73; and Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v.

4. ДОКАЗНА ВРЕДНОСТ ДРУГИХ АКТА И ОДЛУКА МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА

1076. У предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* поставило се питање релевантности и доказне снаге не само пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, већ и других његових аката и одлука Трибунала. Док су странке биле у доброј мери сагласне у погледу питања релевантности и доказне вредности пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, спорна је била доказна снага осталих материјала.^{837,838} Наиме, Босна и Херцеговина је у току поступка

Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, pp. 200-201, paras. 57-61. „Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, параграф 213

⁸³⁷ 215. By the end of the oral proceedings the Parties were in a broad measure of agreement on the significance of the ICTY material. The Applicant throughout has given and gives major weight to that material. At the written stage the Respondent had challenged the reliability of the Tribunal’s findings, the adequacy of the legal framework under which it operates, the adequacy of its procedures and its neutrality. At the stage of the oral proceedings, its position had changed in a major way. In its Agent’s words, the Respondent now based itself on the jurisprudence of the Tribunal and had “in effect” distanced itself from the opinions about the Tribunal expressed in its Rejoinder. The Agent was however careful to distinguish between different categories of material:

“[W]e do not regard all the material of the Tribunal for the former Yugoslavia as having the same relevance or probative value. We have primarily based ourselves upon the judgments of the Tribunal’s Trial and Appeals Chambers, given that only the judgments can be regarded as establishing the facts about the crimes in a credible way.”

(Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., пара 215.)

⁸³⁸ Међународни кривични трибунал за бившу Југославију организовано се састоји од три главна „органа,“ Претресног и Жалбеног већа ког чине судије и *ad litem* судије, затим Тужилаштва које чине заступници тужилаштва на челу са главним Тужиоцем, и Секретарија. Одбрана није саставни део Трибунала, али је укључена у извесне активности које се тичу Трибунала посредством Удружења бранилаца који поступају пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију. Сам израз „материјали Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију“ треба користити уз велику дозу опреза, будући да се под тим могу подразумевати као регулаторни акти које усвајају судије трибунала, Секретаријат трибунала, затим акти Тужилаштва, као и

уврстила у спис оптужнице, налоге за хапшење, одлуке претресних већа донесене у интерлокуторним стадијумима поступка, споразуме о признању кривице и пресуде донесене у посебном поступку који следи након закључења ових споразума. Суд није сматрао да сви ови материјали имају једнак значај за мериторно одлучивање.

1077. Разматрања која ћемо изнети на наредним страницама у вези са поузданошћу и доказном снагом различитих „материјала Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију“ једнако се односе и на различите „материјале“ Сталног кривичног суда и других међународних кривичних трибунала.

3.1. Оптужнице међународних кривичних судова и трибунала

1078. Разматрајући питање поузданости и доказне снаге оптужница Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију Суд је изнео следеће:

„Тужилац је придао одређену тежину оптужницама тужиоца/Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију/. Међутим, захтеви тужилаштва који су изнесени у оптужници су само тврдње једне од странака. Оне тек треба да буду процесуиране кроз различите фазе /судског поступка/. Тужилаштво може да одлучи да повуче оптужбе за геноцид, или оне могу да буду одбијене у току суђења. Сходно томе, општи став је да се укључивању одређених оптужби у оптужницу се не може придати тежина. Оно што може да буде од значаја је одлука тужилаштва, било иницијално било приликом измене оптужнице, да се оптужницом обухвати или не обухвати оптужба за геноцид.“⁸³⁹

материјали који су изведени као докази пред судећим и жалбеним већима, или се налазе у архивама Тужилаштва трибунала, као и други веома разноврсни материјали који овде нису предмет нашег интересовања.

⁸³⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., пара 217.

1079. Општи став Суда да оптужнице немају доказну снагу будући да представљају само тврдњу једне од странака у поступку нам се чини потпуно исправном. Међутим, став Суда да може да буде од значаја да ли је тужилаштво одређене оптужбе обухватило оптужницом је проблематично. Одлука Тужилаштва да одређене оптужбе наведе у оптужници зависи од низа фактора, и не увек од доказа са којима тужилаштво располаже и правних разматрања. Реч је о акту једне од странака у кривичном поступку, те становиште тужилаштва, макар се оно тицало одлуке да оптужница обухвати или не обухвати одређена кривична дела је такве природе да му се не може придати доказна снага.

1080. Разлози који могу да мотивишу тужилаштво да оптужницом обухвати одређена кривична дела или да их из ње изостави могу се тицати, на пример, доступности доказа у моменту израде оптужнице, али и других разлога који се тичу спровођења политике тужилаштва. Поред тога, увек се оптужује конкретна особа, и његова радње су кључни елемент у разматрању да ли ће тужилаштво изнети оптужбе за једно али не и за друго дело, а не да ли одређена ситуација, као таква, даје повода разматрању да ли је то неко кривично дело заиста и извршено и ко га је извршио.

1081. Чини нам се непримереним да се Суд, као орган међународног праводуђа који је надлежан за решавање међудржавних спорова ослања на становишта тужилаштва да ли неко кривично дело није извршено, што се манифестује његовим неукључивањем у оптужницу или одустанком у току суђења. Одлука Суда се мора заснивати на изведеним доказима који су релевантни и који имају одговарајућу доказну снагу, а не на становиштима одређене особе или гупе особа, без обзира на њихову професију и позицију унутар неке међународне институције. Будући да је одлука о укључивању или необухватању оптужби за одређена кривична дела само становиште једне од странака у поступку који се не води пред Судом, већ пред другом институцијом, оно у поступку пред Судом не би требало да има било какав значај.

1082. Поред тог, питање да ли је извршено неко кривично дело је правно питање (правна квалификација чињеничног стања), односно квалификација која је суштински правне природе, и да као таква она не може да везује Суд. Суд није везан ни правним становиштима судских већа међународних кривичних

трибунала, и стога зачуђује придавање значаја (извесне доказне снаге) становиштима једне од странака у међународном кривичном поступку.

3.2. Одлуке о потврђивању оптужнице, издавању налога за хапшење и одлуке по захтевима одбране за доношење ослобађајуће пресуде по окончању извођења доказа тужилашва

1083. Разматрајући питање доказне вредности наведених одлука, Суд је истакао:

„Друга и трећа фаза /поступка пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију/ односи се на потврду оптужнице и издавње налога за хапшење, што је одговорност судија (судије поједница у другом стадијуму и већа тројице судија у трећем) а не тужиоца, и сведоци се такође могу позивати у трећем стадијуму, али оптужени по правилу није учесник овог поступка. Штавише, основ на темељу ког судија поступа, у другој фази, је да ли је установљен *prima facie* случај, а у трећем да ли постоји разуман основ за веровање да је оптужени извршио злочине за које се терти.“⁸⁴⁰

„Оптужени има одговарајућу улогу у четвртој фази — захтев за доношењем ослобађајуће пресуде који износи одбрана по окончању тужиоцевог случаја и након што је одбрани дата могућност да унакрсно испита сведоке тужилаштва, на основу тога што „нема доказа који би могли да поткрепе осуду“ /“there is no evidence capable of supporting a conviction.”/ Разуме се да ова фаза поступка захтева доношење одлуке, не да је веће уверено ван разумне сумње у доказе тужилаштва (ако је прихвати), већ да ли би могло да буде увеено (Jelisić, IT-95-10-A, Appeals Chamber Judgment, 5 July 2001, para. 37). Значај овог нижег стандарда доказивања за сврху овог случаја произилази из једног случаја на који се позвао тужилац. Судско веће је августа 2005 године у предмету Крајишник одбило захтев одбране да оптужени који је био оптужен за геноцид

⁸⁴⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., пара 218.

и друга кривична дела нема случај на који треба да одговори /had no case to answer / (IT-00-39-T, transcript of 19 August 2005, pp. 17112-17132). Међутим након потпуне расправе утврђено је да оптужени није крив за геноцид нити за саучесништво у геноциду. Док је *actus reus* геноцида установљен, посебна намера (*dolus specialis*) није (Trial Chamber Judgment, 27 September 2006, paras. 867-869). Због тога што већа не усвајају коначне закључке у било ком од горе поменутих четири стадијума поступка, Суд не сматра да треба да им прида тежину приликом доношења одлуке. Стандард доказивања који захтева Суд у овим случајевима није досегнут.⁸⁴¹

1084. Проблематично је шта се у пракси Суда сматра за *prima facie case*. Чини нам се да је критеријум знатно нижи него што то може да произађе из формулисано правилником Суда. Уверења смо да у поступку пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију он није виши од тога да ли су наводи оптужнице такве природе да завређују да буду предмет расправе. Оне су пре једн формални акт којим се спречава вођење очигледно безнадежних поступака.

1085. Суд је суштинки везао доказну снагу одлука које се доносе по захтевима за ослобађајућом пресудом након извођења доказа тужилаштва /захтеви по правилу 98бис Правилника о поступку и доказима/ за стандард доказивања који се примењује у тум случајевима и његовим поређењем са стандардом доказивања који Суд треба да примеи.

1086. Иако је Суд за основ свог закључка узео да се у овој фази не доносе дефинитивни закључци, чини се да је критеријум неконзистентан са критеријумом који је поставио када је реч о изменама оптужнице, будући да одлука којом се оптужени ослобађа неке оптужбе је дефинитивна, и може се сматрати да има већи значај него одустанак тужилаштва, или одлука тужилаштва да оптужницом обухвати или не обухвати одређене оптужбе. Међутим, у конкретном предмету није се поставило ово питање тако да би његово образлагање пресудом која је усмерена на решавање конкретног спора било сувишно.

⁸⁴¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., пара 219.

3.3. Пресуде које се доносе на основу закљученог споразума о изјашњавању о кривици

1087. У поступцима пред међународним кривичним трибуналима постоји могућност, коју оптужени не ретко и користе⁸⁴² да са тужилаштвом склопе споразум о чињеницама на којима треба да се заснива пресуда и споразум о изјашњавању о кривици. Након закључења споразума о кривици и на основу тог споразума, Претресно веће може да донесе пресуду. Приликом разматрања доказне снаге овакве пресуде, Суд је истакао да

«без обзира на споразум о кривици претресно веће мора да буде уверено да постоји довољан чињенични основ у погледу злочина и учешћу оптуженог. Оно (претресно веће) такође мора да буде уверено да је споразум о кривици закључен добровољно, да је оптужени довољно информисан и да споразум није двосмислен. Сходно томе споразуму и пресуди о казни, уколико су релевантни, може се придати извесна тежина.⁸⁴³

1088. Од свих разматрања Суда у вези са доказном снагом „материјала“ Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију наведено разматрање се чини најспорнијим.

1089. На самом почетку није згорег напоменути, да је примарни мотив, према нашем дубоком уверењу да оптужени закључују са тужилаштвом споразум о изјашњавању о кривици у очекивању мање казне од оне коју би добио уколико би му се судило на уобичајен начин, док не треба искључити ни могућност да се тужилаштво ангажује ради обезбеђења повољнијих услова за извршавање казне, привремено пуштање на слободу и сл.⁸⁴⁴ Закључење овог споразума по правилу је

⁸⁴² Види на пример предмете *Тужилац против Драгна Обреновића*, *Тужилац против Дражена Ердемовића*, *Тужилац против Момира Николића*.

⁸⁴³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., пара 224.

⁸⁴⁴ Материјали на основу којих се по овим питањима може водити расправа су поверљиве природе тако да се њима овде нећемо посебно бавити.

праћено и одустанком тужилаштва од одређених оптужби, што је додатни мотив за оптуженог да прибегава закључењу оваквог споразума. Добровољност закључивања споразума о кривици (који укључује и споразум о релевантним чињеницама) по правилу није спорна.

1090. Међутим, као кључан аргумент у прилог тезе да се пресудама које међународни кривични трибунали (или било који други судови) доносе на основу споразума о кривици не може придати никаква доказна снага лежи у чињеници да се ове пресуде доносе на основу споразума а не на основу чињеницама које су установљене на основу непристрасне и савесне оцене изведених доказа.⁸⁴⁵ Довољан чињенични основ у погледу злочина и учешћа оптуженог се установљава на основу навода у споразуму, који не подлеже провери кроз извођење других доказа, на пример сведочењу сведока оптужбе. Управо се споразум и закључује да би де избегло вођење дуготрајног судског поступка, али и да би се постигли неки други циљеви који умањују значај или доказну вредност пресуда које су донесене након његовог закључења.

1091. Споразум о кривици редовно подразумева и обавезу за оптуженог да сведочи у другим поступцима пред Трибуналом. Иако га прихвата и сам оптужени, формулацију споразума редовно врше заступници тужилаштва и браниоци. Између две стране се воде преговори за које се не може рећи да су транспарентни.

1092. Сви који су осуђени у поступку након закључења споразума о кривици су барем једном, неки и више пута, сведочили у различитим поступцима пред Трибуналом, и подвргавани унакрсном испитивању, управо о чињеницама које су изнесене у том споразуму. Стога би евентуални транскрипт са сведочења и повезани доказни предмети, могли да послуже као поузданији доказа него пресуда која се доноси на основу споразума о изјашњавању о кривици.

⁸⁴⁵ Као типичан пример споразума о кривици можемо навести *Joint Motion for Consideration of Plea Agreement between Momir Nikolic and the Office of the Prosecution, case No. IT-02-60-PT*, The Prosecutor v. Vidoje Blagojevic, Dragan Obrenovic, Dragan Jokic and Momir Nikolic, који у свом прилозима садржи *Заједнички предлог за разматрање споразума о кривици између Момира николића и Тужилаштва, који обихвата споразум о изјашњавању о кривици и Изјеву о чињеницама и прихватању кривице.* .

4. НЕКОЛИКО КРИТИЧКИХ НАПОМЕНА О ПРЕСУДИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ ДОНЕСЕНОЈ У ПРЕДМЕТУ *APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE*

1093. Како смо горе већ изнели, у контексту расправе о дејству пресуда међународног кривичног трибунала за бившу Југославију централну пажњу завређује пресуда коју је Суд донео у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*⁸⁴⁶ као једини пример из међунаодне јуриспруденције у коме се Суд приликом доношења мериторне пресуде у доброј мери ослањао на чињеничне налазе једног међународног кривичног трибунала. Посебно, када је реч о питању злочина који је извршен у јулу 1995 године (случај Сребренице), пресуда, када је реч о утврђивању чињеница, болује од низа недостатака. Пре свега, недостаци се тичу онога шта пресуда не садржи, а по нашем становишту је морала да садржи како би се сматрала образложеном пресудом. Није нам познато да ли се Суд, у току расправа које се воде *in camera*, бавио питањима која су назначена у наредним пасосима.

1094. Чињенице које је Суд сматрао релевантним изнео је у параграфима 278-297 пресуде, ослањајући се углавном на пресуде које је Међународни кривични трибунал за бившу Југославију донео у предметима *Тужилац против Радислава Крстића*⁸⁴⁷ и *Тужилац против Видоја Благојевића и Драгана Јокића*⁸⁴⁸, као и на Извештај Генералног секретара УН под називом *Пад Сребренице* из новембра 1999. Године.⁸⁴⁹ Из приказа чињеница тешко да се може склопити елементарна слика о дешавањима у јулу 1995 године која су послужила као основа за доношење закључка да је „у Сребреници“ извршен геноцид. Наиме,

⁸⁴⁶ *Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007.*)

⁸⁴⁷ Case No: IT-98-33-T, Trial Chamber Judgment, 2 August 2001, Case no. IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgment, 19 April 2004,

⁸⁴⁸ IT-02-60-T, Trial Chamber Judgment, 17 January 2005,

⁸⁴⁹ United Nations doc. A/54/549

највећи део образложења чињеничних налаза тицао се догађаја који су претходили убиствима, док се о убиствима, која су послужила као основ да се догађаји квалификују као геноцид, говори на сувуше уопштен начин, без изношења чињеница које леже у основи различитих инференција.

1095. Део пресуде у ком су изнесене чињенице на којима се темељи став да је у јулу 1995 године извршен геноцид, носи наслов „The massacre at Srebrenica“ (Масакр у Сребреници), иако ни Кривични трибунал за бившу Југославију није установио да се у самој Сребреници, или енклави Сребреница, десила масовна убиства. Додуше у параграфу 197 и 278 пресуде говори се о злочелима у и око Сребренице, мада се конкретне локације велике већине масовних погубљења тешко могу квалификовати као локације које се налазе „око Сребренице.“ Убиства која су дала повода разматрању да ли се догађаји који се везују за прад Сребренице могу квалификовати као геноцид, дешавала су се, у највећем броју случајева, на стратиштима која су знатно удаљена од Сребренице. Поред тога, у пресуди нема ни помена о убиствима, извршиоцима и околностима под којима су извршена убиства у Кравицама, на војној економији у Брањеву, Рочевећима, Кули код Зворника, Козлуку, Незуку, Лукама, Ораховцу, Петковцима, Снагову и Бишини, као и погубљењу муслимана из болнице у Милићима. У пресуди нема ни помена о убиствима која је Међународни кривични трибунал квалификовао као ситуационо условљена убиства у Поточарима, Братунцу, Кравици и Петковцима. Другим речима, приликом доношења конкретних чињеничних закључака Суд није демонстрирао да је разматрао чињенице неопходне ради установљавања „базе злочина,“ већ се текст пресуде пре може схватити као некритичко преузимање готових закључака из пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.

1096. Суд такође није нашао за потребно да у пресуди размотри чињенице које се везују за пробој⁸⁵⁰ колоне Муслимана из правца Шушњара и Јаглића (меаста која су се налазила у енклави Сребреница) ка Незуку (територији под контролом Армије БиХ), нити масовне губитке које је у борбама претрпела та колона.

⁸⁵⁰ Под пробојем подразумевамо војну операцију пробоја из окружења, која је, свакако најсложенија војна операција.

1097. Суд ни у једном параграфу није назначио које особе или које јединице су учествовале у погубљењима и на који начин су врштена погубљења, нити ко је донео одлуку о погубљењу (стрељању) великог броја Муслимана који су заробљени након пада Сребренице, нити на основу којих доказа и чињеница се изводе закључци о овим околностима.

1098. Начин на који је Суд образложио део пресуде под насловом „Масакр у Сребреници“ избегнута је расправа и заузимање становишта о низу питања која су, када је реч о «случају Сребреница», и данас актуелна и предмет спора⁸⁵¹.

1099. Једно од бројних питања које се поставља у свим «сребреничким предметима» је питање броја особа које су лишене живота на противправан начин (које су стрељане или на сличан начин погубљене). Суд ни у једном од параграфа пресуде не разматра питање броја погубљених на противправан начин, а камоли да разврстава ова убиства од људских губитака која су уследила као део правно допуштених активности (на пример број припадника Армије Босне и Херцеговине који су погинули у борбама, минским пољима или међусобним обрачунима итд.). Сматрамо да је Суд, будући да је питање броја убијених једно од најзначајнијих питања која се постављају у вези са догађајима који се везују за пад Сребренице из јула 1995 године (будући да се износи теза о масовним убиствима великих размера) морао детаљније да образложи, између осталог, број противправно убијених и разлоге због којих тај број сматра поузданим.

1100. Само у једном параграфу пресуде, и то приликом цитирања пресуде Претресног већа у предмету Крстић, наводи се:

„Више од 7000 особа никада више није виђена /„More than 7,000 people were never seen again.”/ (IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, para. 1.)

Док непосредно након тога следи констатација:

⁸⁵¹ У време када је донесена пресуда пред Међународним кривичним трибуналом је текао „сребренички предмет“ који по свом значају превазилази предмете Тужилац против Крстића и Тужилац против Јокића. У питањ је предмет Тужилац против Вујадина Поповића. У време окончања рада на тексту ове студије, у току је неколико „великих сребреничких предмета“ Тужилац против Толимира (судећа фаза), Тужилац против Карацића (судећа фаза) и Тужилац против Младића (претпретресна фаза поступка), док се предмет Тужилац против Вујадина Поповића и осталих налази у жалбеној фази.

Док је тужена странка покренула питање броја убијених, она суштински није доводила у питање тај обрачун/ „While the Respondent raises a question about the number of deaths, it does not essentially question that account.“⁸⁵²

1101. Наиме, иако се говори о хиљадама убијених, у пресуди нема ни помена о томе на који начин се дошло до тог броја. Закључак „да више од 7.000 људи никада више није виђено“ не говори ништа о томе да ли су у питању лица о чијој се судбини не зна ништа, да ли су у питању настрадали у борби или убијени на противправан начин (стрелјани), да ли су и колико је њих нађено у масовним гробницама које се везју за пад Сребренице.

1102. У поступцима пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију, докази који су разматрани приликом утврђивања ових чињеница су пре свега, спискови несталих Међународног комитета црвеног креста, Спискови које је сачинила организација Лекари за људска права, форензички докази (као и пратећи извештају особа које су руководиле процесом ексхумације и обдукције посмртних остатака пронађених у масовним гробницама (експертски извештаји патолога, антрополога итд.), и листе Међународне комисије за нестала лица. У поступцима пред Међународним кривичним трибуналом као неизоставан доказни предмет фигурира засебан списак несталих Тужилаштва трибунала, који су у досадашњим поступцима третиран као поверљив материјал.

1103. Суд се у пресуди није бавио ни демографским питањима, примера ради бројем становника Сребренице у периоду пре пада енклаве и број особа који је евакуисан из Сребренице и који се порбио из окружења, као ни који проценат становништва представља становништво Сребренице, а који лица која су на подручје Сребренице избегла током 1993 године из околних општина у Подрињу. Међутим, Суд је без разматрања овог, чини се веома значајног питања, и навео пресуду Жалбеног већа у предмету *Крстић*. У релевантном делу пресуде Суд је изнео:

„The Appeals Chamber also rejected the appeal by General Krstić against the finding that genocide occurred in Srebrenica. It held that the Trial Chamber was entitled to conclude that the destruction of such a sizeable number of men, *one fifth*

⁸⁵² *Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., para.278*

*of the overall Srebrenica community, “would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica”*⁸⁵³

Ослонац на овакве и сличне закључке, чини се да захтева, детаљније разматрање чињеница на основу којих су изведени, као и на јасно указивање на извор информација и методологију формирања закључка.

1104. Ван домашаја пресуде Суда остала је и расправа о доказној снази тзв. пресретнутих комуникација (извештаја о пресретнутим разговорима) на које су се већа Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију знатно ослањао приликом установљавања чињеница, сателитских и других фотографија на основу којих су извођени закључци о времену настанка гробница, поузданости извештаја о ексхумацијама Комисије за нестала лица формиране од стране Федерације БиХ, извештаја који могу да послуже као основ за установљавање начина и времена смрти особа чији су посмертни остаци пронађени у масовним гробницама и многим другим не тако једноставним питањима оцене доказа. При томе, главнина тих доказа је представљала саставни део списка предмета, и Суд је, сагласно пређашњој праски био дужан да их узме у разматрање.⁸⁵⁴ Да ли их је Суд и разматрао приликом доношења пресуде није познато, будући да се расправа Суда одвија *in camera*, али закључци такве расправе нису нашли своје место у образложењу пресуде.

1105. Предмет *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* спада у групу најсложенијих предмета којима је Међународног суда правде имао прилике да се бави. Наше је мишљење да је пресуда у суштинским деловима необразложена или недовољно образложена, и да поред коректних општих ставова о улози Суда приликом утврђивања чињеница, ови нису нашли своју операционализацију у образложењу пресуде. Иако се од Суда који одлучује у саставу од 15 па и више судија не може очекивати да сваки од доказних предмета буде подробно образложен, чињенице које су неопходне

⁸⁵³ *Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007., para.293. (подвукао А. Гајић)*

⁸⁵⁴ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20. April 2010, para.168.* У преводу на српски језик: „Он (Суд) треба да буде свестан чињенице да, упркос обиму и комплексности информација о чињеницама који су пред њега изнети, одговорност је Суда, након што пажљиво размотри све доказе који су му предочени, да утврди које чињенице треба сматрати релевантним, да оцени њихову доказну снагу, и да из њих изведе одговарајуће закључке”

ради доношења коначне одлуке би морале да буду јасно назначене. То нажалост није случај са пресудом донесеном у овом предмету, из које се готово не може ни наслутити који су конкретни догађаји довели до закључка да је у јулу 1995 године извршено најтеже кривично дело- геноцид.

5. ОВЛАШЋЕЊА СУДОВА И ТРИБУНАЛА- РАЗЛИКЕ У ОВЛАШЋЕЊИМА КОЈЕ РАЗЛИЧИТИ СУДОВИ И ТРИБУНАЛИ ИМАЈУ НА ОСНОВУ КОНСТИТУТИВНИХ АКТА И ИНХЕРЕНТНА ОВЛАШЋЕЊА

1106. Једна од битних разлика између међународних судова и трибунала је у овлашћењима којима располажу ради прибављања или обезбеђења доказа и начина на који схватају обим својих инхерентних овлашћења. Нису све надлежности и претпоставке вршења надлежности међународних судова и трибунала (било мериторне било инцидентне надлежности) изричито прописане њиховим конститутивним актима. Стога је често неопходно да утврдимо да ли суд или трибунал као орган међународног правосуђа, има одређену надлежност и под којим условима може да је врши.

1107. Појам инхерентних овлашћења и надлежности међународних судова и трибунала произлази из природе међународне судске функције.⁸⁵⁵ Инхерентна овлашћења и надлежности међународних судова и трибунала имају свој основ у чињеници да им је поверено вршење међународне судске функције⁸⁵⁶. Како истиче Тирвеј, од међународних судова и трибунала се очекује „да живе у складу са својим именом, што значи да морају да врше своју делатност недвосмислено према нормама које су општеприхваћене за применљиве од међународних судских тела.“⁸⁵⁷ Како је истакао Међународни суд правде у предмету *Nuclear Tests*:

855 Aleksander Orakhelashvili, "Questions of International Judicial Jurisdiction in the *LaGrand Case*," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15 No 2, 2002, стр. 107.

⁸⁵⁶ Како истиче Jakob, „an inherent power of the court might ... be thought to derive from its nature as a court of law“ I. H. Jakob „Inherent Jurisdiction of the Court“ 1970, CLP, стр. 23. Navedeno prema Brown, *Common Law of international adjudication*“

⁸⁵⁷ Thirlway, Hugh Thirlway, "Dilemma or Chimera? – Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication", *AJIL*, Vol. 78 No. 3, стр. 626.

„Треба да се нагласи да Суд поседује инхерентну надлежност која му омогућава да предузме такву радњу која је потребна, с једне стране, да обезбеди вршење своје надлежности у меритуму уколико и када буде установљена, неће бити осујећена, и са друге стране, да обезбеди исправно решавање свих питања у спору, да обезбеди придржавање „инхерентних ограничења вршења судске функције“ Суда, и да очува своју судску природу (*Northern Cameroons, ICJ Rep. 1963, p. 29*). Ова инхерентна надлежност, на основу које је Суд у потпуности овлашћен да доноси ма какве одлуке може бити нужна за сврхе на које смо управо указали, деривира из самог постојања Суда као судског органа установљеног пристанком држава, и дата су му да би те основне судске функције могле да буду обезбеђене“.⁸⁵⁸

1108. На сличан начин инхерентна овлашћења се дефинишу и у пракси међунаордних кривичних трибунала.⁸⁵⁹ Тако је жалбено веће Међународног кривичног трибунала за вившу Југославију истакло:

„Међународни трибунал мора да има овлашћења да доноси судске одлуке које су нужне ради вршења његове примарне надлежности. Та инхерентна овлашћења су дата Међународном трибуналу како би могао да у потпуности испуни своју правосудну функцију као и ради заштите његове правосудне улоге.“⁸⁶⁰

858 ICJ Reports 1974, стр. 259, пара 23; стр. 463, пара 23.

Наведено није карактеристично само за Суд, већ и за друга судска тела у међународној заједници. Тако је на пример Интер–Амерички суд за људска права у својој пресуди у случају *Хондуран Диссапeаренце* изричито признао постојање инхерентних овлашћења, и то у контексту његовог овлашћења да указује привремене мере. Своју надлежност да указује привремене мере овај суд је засновао на релевантним одредбама Америчке конвенције о људским правима, свог Статута и Правила Суда као и "судске природе Суда и овлашћења која одатле произилазе). *Наведено према – Thomas Buergental, op. cit. стр. 83.*

⁸⁵⁹ О инхерентним овлашћењима међународних кривичних трибунала види, William Schabas, *The UN Criminal Tribunals, The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006, стр. 112-115.

⁸⁶⁰ *The Prosecutor v. Blaškić, Judgmen on the request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of the Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997, para 33.*

1109. Међутим, исти или сличан начин дефинисања инхерентних овлашћења не значи једновремено да међународни кривични трибунали и међународни судови и трибунали који решавају међудржавне спорове имају иста инхерентна овлашћења, или да потребу за вршењем одређених овлашћења схватају на исти начин.

1110. Који услови треба да се испуне да би суд или трибунал могао да врши неку надлежност, или неко овлашћење или дужност, произилази из конститутивних аката суда или трибунала те њихових правилника о поступку и доказима и/или општих правних начела којима се регулише вршење судске функције. Уколико је нека надлежност предвиђена актом о оснивању судског тела, то чини неспорним да дато тело располаже извесним овлашћењима, али и тада је неопходно, ради исправног вршења дате надлежности, да се установе њене инхерентне карактеристике, како би одредбе акта о оснивању судског тела могле да буду исправно тумачене и примењене. Са друге стране, уколико неко овлашћење није инхерентно, и није посебно предвиђено конститутивним актом суда или трибунала, оно не би могло да буде прописано ни регулативним актима које усвајају сами судови и трибунали, на пример правилницима о поступку и доказима. Другим речима, није довољно да суд или трибунал сматра да је потребно или нужно (крајње неопходно) да располаже са неким овлашћењем, већ оно мора имати и свој адекватан међунароно-правни основ.

1111. Инхерентна овлашћења судава и трибунала имају свој основ у општим правним начелима признатиом од стране просвећених народа. Другим речима, реч је о начелима којима се регулише вршење судске функције, а не о конкретним правним правилима. Само начело иако основ неког овлашћења мора бити тумачено у контексту других правила међународног права и у складу са природом међународног правосуђа.

1112. Међународно правосуђе функционише у систему у ком су основни субјекти државе, и без обзира на врсту суда или трибунала (да ли му је поверено решавање међудржавних спорова или је реч о кривичном суду, суду за заштиту

људских права итд) државе се јављају или као странке, или као субјекти који сарађују са судом или трибуналом. Основна одлика држава-суверена власт- која, између осталог, подразумева да држава изнад себе нема никакву другу власт, и да она може бити ограничена једно међународним правом. Стога и свако овлашћење суда или трибунала које се врши у односу на државу мора имати свој међународноправни основ. Стога, овлашћења судова и трибунала, иако би произилазила из неког општег правног начела, и била својствена судовима, не морају нужно да постоје и у међународном правосуђу. Наиме, како истиче Ченг, „опште правно начело може да се примењује у једном правном систему али не и у другом, не због тога што га овај други одбацује, већ због тога што околности које оправдавају његову примену у једном систему не постоје у другом.“⁸⁶¹ Управо сувереност држава, као квалитет признат међународним правом, за свој нужни и природни корелат има факултативну надлежност међународних судова и трибунала, и ограничења вршења других (инцидентних) надлежности које би без одговарајућег правног основа задирале у суверенитет државне власти⁸⁶².

*

1113. У погледу врсте и садржине инхерентних овлашћења којима располажу међународни судови и трибунали могу се поставити две тезе. Прва, да су она иста за све судове и трибунале без обзира на врсту, и друга, да управо врста суда или трибунала детерминише и врсту и обим њихових инхерентних овлашћења.

1114. Питање инхерентних овлашћења судова и трибунала је питање општег међународног права. Стога, би било нелогично да судови исте врсте располажу различитим инхерентним овлашћењима. Међутим, уколико су судови

⁸⁶¹ Bin Chang, *op. cit.*, стр. 266.

⁸⁶² Као пример инхерентног и инцидентног овлашћења судова и трибунала можемо, илустрације ради, навести овлашћење да указују привремене мере, које може да буде нужно ради вршења основне функције суда или трибунала. Међутим, основ овог овлашћења не заснива се на пукој нужности, већ на обавези држава да очувају *status quo pendente lite*. О овоме *vidi*: Aleksandar Gajić, „Привремени правни режим *pendente lite*“, *Прилози пројекту 2006, Развој правног система Србије и Хармонизација са правом ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007. (стр. 319-337)

или трибунали различити по врсти, они могу располагати различитим инхерентним овлашћењима. Такође, потреба за постојањем одређене инцидентне надлежности или услова под којима је примерено њено вршење може зависити и од природе странака у поступку.

1115. Ова студија нема амбицију да се бави свим инхерентним овлашћењима, већ само неким од њих, која су од значаја за притање доказивања у пред међународним судовима и трибуналима. Од посебног значаја за питања која се везују за доказивање су овлашћења за издавање обавезујућих налога државама да доставе документацију или пруже образложење, затим издавање *subpoena ad testificandum*, *subpoena duces tecum*, и овлашћење за кажњавање због непоштовања суда или трибунала.

Subpoena ad testificandum

1116. *Subpoena ad testificandum* је обавезујући налог одређеном лицу да сведочи у поступку пред судом под претњом изрицања казне.

1117. Надлежност за издавање *subpoena ad testificandum* се сматра инхерентном надлежношћу међународних кривичних судова и трибунала, и посебно је предвиђена конститутивним инструментима, док је општеприхваћено становиште да ово овлашћење немају ни Међународни суд правде и други судови и трибунали који решавају међудржавне спорове.

1118. Није тешко наћи аргументацију да је издавање *subpoena ad testificandum* или само налога за сведочење (без претње кажњавањем због непоштовања налога) овлашћење које би се могло показати као нужно ради вршења судске функције без обзира на врсту суда. Међутим, вршење овог овлашћења је условљено постојањем овлашћења суда или трибунала да кажњава због његовог неизвршења. У доктрини је неспорно (иако се ово становиште посебно не образлаже) да Међународни суд правде нема овлашћење да издаје *subpoena ad testificandum* будући да не располаже овлашћењем да кажњава због непоштовања суда.

1119. Одредбом члана 48 Статута Суда предвиђено је:

„The Court shall make orders for the conduct of the case, shall decide the form and time in which each party must conclude its arguments, and make all arrangements connected with the taking of evidence.“

Ова одреба се лако може протумачити тако да Суд располаже овлашћењем да издаје обавезујуће налоге којима налаже одређеном лицу да сведочи у поступку, будући да се овакав налог може схватити као „аранжман“ којим се обезбеђује извођење доказа. Међутим, остаје као спорно питање спровођења ових наредби, и санкција за њихово непоштовање, будући да Суд може издавати обавезујуће наредбе само странкама у поступку и да не располаже механизмом за њено спровођење. Наиме, издавање *subpoena ad testificandum* или обавезујућих налога, је по природи ствари резервисано за случајеве у којима сведок одбија да добровољно сведочи пред Судом, и постојање посебног механизма којим се обезбеђује спровођење овог налога је предуслов за његово издавање.

Subpoena duces tecum или издавање државама обавезујућих налога за достављањем документације. Документација од интереса за националну безбедност државе

1120. Међународни суд правде и други судови и трибунали који решавају међудржавне спорове могу издавати налоге за достављање документације или информација само странкама у поступку, и под условом да је ово овлашћење предвиђено конститутивним актом.⁸⁶³ Међународни кривични трибунали

⁸⁶³ „To appreciate the position of international tribunals with regard to obtaining discovery of evidence, it is interesting to recall that in the early disputes falling for decision by the mixed arbitral tribunals or mixed commissions, as they were called, constituted under the Jay Treaty of 1794, namely, the Spanish Spoliation Mixed Commission (constituted under Article 21 of the Treaty between Spain and the United States of October 27, 1795) and the Mixed Commission under the Ghent Treaty (1814) and others, the Commissioners, as a rule, were only authorized to admit in evidence the documentary and oral evidence presented by the parties themselves. As regards powers to call upon parties to produce evidence by disclosure of documents or by interrogatories, unless such powers were provided for in the compromise itself, the Commissioners had no authority to require the parties to comply with their directions in this

располажу знатно ширим овлашћењем и могу тражити, не само од странака, већ и од држава (које по природи ствари нису странке у поступку) да доставе документацију или предузму одређене радње у вези са прибављањем или обезбеђењем доказа. Међутим, обавеза сарадње није апсолутна, и државе јој приступају, пре свега, водећи рачуна о интересима своје националне безбедности.

1121. Иако је неспорно да, на пример, војна или друга документа која се редовно класификују као поверљива (као војна, службена или државна тајна и сл.) могу да буду од великог значаја за установљавање чињеница у поступцима пред различитим судовима и трибуналима, у свим националним правним системима као и у међународном правосуђу постоје одређена ограничења њихове употребе.⁸⁶⁴

1122. На другом месту у овом раду разматрали смо пресуду коју је Међународни суд правде донео у предмету *Corfu Channel*, а којом је констатовано да је влада Уједињеног Краљевства одбила да достави извесна документа иако је Суд издао одговарајућу наредбу. У предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Суд је одбио да изда налог Србији за достављање документације која је класификована као «државна тајна», али своју одлуку није темељио, или барем не примарно, на природи информација коју би могла та документа да садрже. Стога, ове одлуке се тешко могу цитирати као ауторитет или као елемент приликом поткрепљивања тезе да Суд не може издавати наредбе за достављањем овакве документације или да државе немају обавезу њиховог достављања Суду. Међутим, Међународни суд правде не располаже механизмом за принудно спровођење наредби за достављањем документације или пружањем обавештења, нити може, на основу саме чињенице да тражена документација није достављена да доноси чињеничне закључке неповољне за државу која је одбила да изврши налог Суда.

regard unless the agents of the parties themselves agreed to such a course.“ Nasim Hasan Shah, *Discovery by Intervention: The Right of a State to Seize Evidence Located within the Territory of the Respondent State*, *The American Journal of International Law*, Vol. 53, No. 3, 1959, 595-596

⁸⁶⁴ Види: Markel W. Asa, *The Future of State Secrets in War Crime Prosecutions*, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 16, 2007, стр.415-416

1123. У поступцима пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију водила се опсежна расправа о питању да ли је Међународни кривични трибунал овлашћен да издаје *subpoena* или обавезујуће налоге државама. Питање је било предмет расправе и приликом израде нацрта Статута Сталног кривичног суда.

1124. У премету *Тужилац против Тихомира Блашкића*, судија Gabrielle Kirk McDonald је издала *subpoena duces tecum* Хрватској и њеном миснистру одбране и Босни и Херцеговини и кустосу Средишњег архива бившег Минисарства одбране Хрватске заједнице Херцег Босна.⁸⁶⁵ Ове налоге судија McDonald је издала у својству судије која је потврдила оптужницу. У свом писму Трибуналу Хрватска се успротивила налогу, износећи тврдњу да Међународни кривични трибунал за бившу Југославију нема овлашћење да издаје *subpoena duces tecum* сувереним државама и да у својим захевима за правну помоћ именује високе државне званичнике. У поступку који је уследио пред Претресним већем трибунала (будући да је било речи о важном питању судија McDonald је изнела то питање пред претресно веће) поред представника Хрватске и Босне и Херцеговине, узело је учешћа и велики број особа које су се појавиле у својству *amicus curiae*, на основу позива које је упутило претресно веће.⁸⁶⁶ Суд је примио 12 поднесака појединаца и удружења, међу којима није био ни један поднесак државе.

1125. Претресно веће је 18 јула 1997. године донело одлуку којом је потврдио *subpoena duces tecum* и наложило Хрватској и њеном министру одбране да у року од 30 дана изврше налог који је издала судија McDonald. Ова одлука је значила да би министар одбране могао да буде изложен кажњавању због непоштовања суда, односно због неизвршења обавезујућег налога претресног већа. Претресно веће је своју одлуку образложило тиме да судије и расправна већа „имају и право и овлашћење да издају налог *subpoena duces tecum* државама,

⁸⁶⁵ За процесну историју види: Тужилац против Блашкића, Case No. IT-95-14, Пресуда по захтеву Републике Хрватске за преиспитивање одлуке претресног већа од 18 1997 године, 29. септембар 1997.

⁸⁶⁶ *Prosecutor v Blaškić*, Case No. IT-95-14, (), Order Inviting Defence to Participate in Hearing in Respect of the Issues Regarding *Subpoenae Duces Tecum*, 1 April 1997

високом државним званичницима и поједницима.“ Како је аргументавију претресног већа сумирало Жалбено веће трибунала:

„Веће је закључило да икао међународно право предвиђа да је на државама да одлуче како ће извршавати своје међународне обавезе, то не значи да оне могу доносити националне законе који намећу услове за испуњење тих обавеза, посебно у погледу обавеза држава сходно глави VII Повеље Уједињених нација. Резолуције Савета безбедности 827 и 1031 показују намеру Савета безбедности да државе треба да извршавају наоге Међународног суда, те да су обавезне да им у потпуности удовоље. И њихови су званичници обавезни да удовоље налозима *subpoena duces tecum* који су им упућени у њиховом службеном својству. Надаље је истакнуто да, с једне стране, ти службеници морају да удовоље налозима Међународног суда, с друге стране, државе такође имају одговорност за извршење налога, као и да захтевају извршење налога Међународног суда. За националну безбедност не важи апсолутна повластица, и она се не може ваљано користити као разлог за аутоматско спречавање удовољења налозима Међународног трибунала. Када се страна позове на разлоге националне безбедности, Претресно веће је надлежно да утврди ваљаност те тврдње тако што ће, примера ради, одржати рочиште *in camera* и *ex parte* на коме ће размотрити те доказе. Расправно веће одбило је да разматра питање расположивих правних лекова у случају неудољивања таквим налозима, будући да су судије сматрале да у том стадијуму још није зрело за разматрање“.⁸⁶⁷

1126. Ово резонување претресног већа је у оштрој супротности како са природом држава као суверених јединки, и да је опстало сигурно би представљало непремостиву препреку даљем развоју међународног кривичног правосуђа, посебно у моменту када је на прагу било оснивање Сталног кривичног суда. Могућност кажњавања државног званичника, као што је на пример министар одбране, због непоштовања налога суда за издавањем документације за коју та држава сматра од је интереса за националну безбедност, би било превише власти

⁸⁶⁷ Тужилац против Блашкића, Case No. IT-95-14, Пресуда по захтеву Републике Хрватске за преиспитивање одлуке претресног већа од 18 1997 године, 29. септембар 1997., пара. 13.

у рукама међународног кривичног трибунала, у чијим поступцима државе нису у могућности да узму учешћа, и за чије вршење се не може идентификовати никакав међународно- правни основ.

1127. Након доношења поменуте одлуке Претресног већа, Република Хрватска је упутила најаву жалбе Жалбеном већу Тринала, којом је захтевано преиспитивање и поништење одлуке Претресног већа. Жалбено веће је упутило, исто као и претресно веће, позив широком кругу субјеката, укључујући ту и државе да поднесу поднеске у својству *amicus curiae*.⁸⁶⁸

1128. Жалбено веће се у својој пресуди коју је донело по овом захтеву размотрило неколико питања од значаја за нашу студију.

1129. Прва група питања тичала се тога да ли Трибунал може да издаје обавезујуће налоге државама, и то, прво, може ли да издаје *subroena* државама, и друго, да ли Трибунал може да издаје обавезујуће налоге државама.

1130. Жалбено веће је стало на становиште да се термин “*subroena*,” у смислу налога који прати претња изрицањем казне у случају њеног неизвршења „не може применити на државе нити се њима може упути.“⁸⁶⁹ Као разлоге Жалбено веће је навело, да Трибунал «не поседује никаква овлашћења за предузимање извршних мера против држава,» истакавши, између осталог, да „према тренутно важећем међународном праву, против држава се могу применити само противмере од стране других држава или санкције које изриче организована међународна заједница, тј. Уједињене нације или друге међувладине организације“⁸⁷⁰ Друго, како је истакло Жалбено веће, „Претресно веће и Тужилаштво су истакли да што се тиче држава, „казна“ која прати *subroena*, не би

⁸⁶⁸ Поднеске су поднели НР Кина, Краљевина Холандија, Канада, Нови Зеланд, Норвешка, Ruth Wedgewood; Max Planck институт за страну и међународно кривично право, Juristes sans frontieres и Alain Pellet, Carol Elder Bruce и Herwig Roggeman.

⁸⁶⁹ Ibidem, para. 21

⁸⁷⁰ Тужилац против Блашкића, Case No. IT-95-14, Пресуда по захтеву Републике Хрватске за преиспитивање одлуке претресног већа од 18 1997 године, 29. септембар 1997., параграф 25.

била казнене природе“, те да је јасно да према „тренутно важећем међународном праву да државе по дефиницији не могу да буду подрвргнуте кривичним санкцијама сличном оним које су предвиђене у националном кривичном праву.“⁸⁷¹

1131. Ова два разлога Жалбено веће је навело као основу свог закључка да се “за државе не може применити термин "subroena", те да се њима могу упутити само обавезујући „налози“ или „захтеви.“⁸⁷² Једном речју, Жалбено веће је неприкладност термина “subroena” везало за немогућност изрицања кривичних санкција државама, не дирајући у питање да ли може да издаје обавезујуће налоге.

1132. У погледу другог притања, да ли Трибунал може издавати „обавезујуће налоге државама,“ Жалбено веће је стало на становиште располаже овим овлашћењем и образложило га износећи следећу аргументацију:

„Што се пак тиче овлашћења Међународног трибунала да издаје обавезујуће налоге државама, Жалбено веће примећује да је Хрватска оспорила постојање таквог овлашћења, те да тврди да у складу са Статом Међународни трибунал поседује надлежност само над појединцима и да нема никакве кривичне надлежности над државама. Тај је став заснован на очигледно погрешном схватању. Јасно је да према члану 1. Статута, Међународни суд има надлежност искључиво над физичким "особама одговорним за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територију бивше Југославије од 1991". Међународни суд може кривично гонити и судити само те особе. То је његова примарна надлежност. Међутим, очигледно је да се Међународни суд, да би могао судити особама које живе под јурисдикцијом суверених држава, а будући да нема своје сопствене полицијске снаге, мора ослонити на сарадњу држава. Међународни суд се мора ослонити на државе ако жели да делотворно истражује злочине, да прикупља доказе, позива свједоке пред суд и постићи да се оптужени ухапсе и предају Међународном трибуналу. Састављачи Статута су реалистично узели ово у обзир кад су свим државама наметнули обвезу да сарађују и дају судску помоћ Међународном суду. Та је

⁸⁷¹ Ibidem.

⁸⁷² Ibidem.

обвеза је предвиђена у члану 29 и понавља се у параграфу 4 Резолуције 827 (1993) Савета безбедности. Њена обвезујућа снага темељи се на одредбама главе VII и члана 25 Повеље Уједињених нација и резолуцији Савета безбедности која је усвојена на основу ових одредби. Правни основ члана 29 који представља изузетак објашњава ново, али јединствено овлашћење које је дато Међународном суду да издаје налоге сувереним државама (по обичајном међународном праву, државама из принципијелних разлога не могу ништа "налагати" ни друге државе ни међународна тела). Даље, обавеза наведена - и то крајње недвосмислено - у члану 29 је обвеза која важи за све државе-чланице Уједињених нација и то према свим другим државама-чланицама. Савет безбедности, тело коме је поверена примарна одговорност за одржавање међународног мира и безбедности, свечано је наложило свим државама-чланицама да испуне налоге и захтеве Међународног суда. Природа и садржај те обвезе, као и њено извориште, јасно показују да члан 29 не успоставља билатералне односе. Члан 29 намеће обвезу државама-чланицама према свим другим чланицама, то јест, "обвезу *erga omnes partes*." На исти начин, члан 29 поставља интерес заједнице да се то поштује. Другим речима, у правном је интересу сваке државе-чланице Уједињених нација да се испуни обвеза наведена у чланку 29.⁸⁷³

1133. Даље, Жалбено веће је разграничило основ обавезности за државе које су чланице УН (а који се налази у члану 29 Статута Трибунала, и Одредбе главе 7 Повеље и резолуције Савета безбедности бр. 827),⁸⁷⁴ и држава које нису чланице Уједињених нација. Сановиште Жалбеног већа је да државе које нису чланице УН, „могу се обавезати да ће испунити обавезу из члана 29“ тако што

⁸⁷³ Ibidem, para 26.

⁸⁷⁴ 1. Државе морају сарађивати с Међународним судом у истрази и кривичном гоњењу особа оптужених да су учиниле тешка кршења међународног хуманитарног права.
2. Државе морају без непотребног одгађања удовољити сваком захтеву за помоћ или налогу који је издало претресно веће, што, између осталог, укључује следеће: (а) утврђивање идентитета и проналажење особа; (б) узимање исказа и доставу доказа; (ц) уручење докумената; (д) хапшење или притварање особа; (е) предају или довођење оптужених пред Међународни суд.

ће, у складу са чланом 35 Бечке конвенције о уговорном праву „је изричито прихватити у писменом облику.“⁸⁷⁵

1134. У наведеним параграфима Жалбено веће је разматрало саму могућност да Трибунал издаје обавезујуће налоге државама, без прејудуцирања пирања домашаја тих овлашћења. Међутим, разумевање основа овлашћења Трибунала да издаје државама обавезујуће налоге је проблематично будући да је основан на начин који није у потпуној хармонији са међународним правом и праксом која се тиче оснивања међународних судских тела, већ одлуком политичког органа УН, Савета безбедности. Разматрања основа обавезности и правоваљаности се може посматрати и у ширем контексту, поготово контексту да Повељом УН Савету безбедности није дато овлашћење да оснива судове и трибунале.⁸⁷⁶ Будући да трибунал није основан међународним уговором, што би свакако био дуготрајан процес, питање овлашћења Трибунала се стално изнова поставља, и трага за адекватним основом његових овлашћења.

⁸⁷⁵ „То прихваћање може се iskazati на разне начине. Тако npr. у случају Шvicarsке усвајање закона за спровођење Statuta Међународног суда 1995. јасно implicira прихваћање чланка 29“ Тузилац против Блашкића, Case No. IT-95-14, Пресуда по захтеву Републике Хрватске за преиспитивање одлуке претресног већа од 18 1997 године, 29. септембар 1997., параграф 26.

⁸⁷⁶ Као један од разлога због којих је Трибунал основан одлуком Савета безбедности а не закључењем међународног уговора што би било у хармонији са савременим међународним правом Генерални секретар УН је, између осталог, навео: „Као што је истакнуто у многим припремним коментарима, приступ који се заснива на уговору има тај недостатак што захтева сувише времена како за стварање самог документа, тако и за потребан број ратификација које су предуслов за његово ступање на снагу. Но чак ни таде не би постојале гаранције да ће све оне државе које би требале постати уговорним странама ратификовати уговор како би он био доиста правоснажан Добијен је и велики број сугестија у којима се предлаже како би Генерална скупштина као најрепрезентативнији орган уједињених нација требало да одигра кључну улогу у оснивању Међународног суда, а не да буде ограничена саом на решавање његовог административног и буџетског аспекта. Но укључивање Генералне скупштине у израду нацрта или ревидирање Статута међународног суда косило би се са захтевом за хитност који је изразио Савет безбедности у резолуцији 808 (1993). Генерални секретар верује да се Генерална скупштина својим угледом и престижом може и на друге начине укључити у оснивање Међународног суда“ *Извештај генералног секретара у складу са тачком 2 Резолуције Савета безбедности 808 (1993), S/2574, 03 мај 1993, параграфи 20-21*

1135. Међутим, проблем није само у начину оснивања, већ и у домашају његових овлашћења, која се не могу црпети из неспорне чињенице да је за његов рад неопходна знатна сарадња држава, и из одредби Повеље УН, посебно одредбе члана 25 Повеље према којој „чланови УН су сагласни да прихвате и извршавају одлуке Савета безбедности у сагласности са овом Повељом,“ будући да упркос овој општој одредби надлежност и овлашћења совова и трибунала се регулишу засебним актима, и тешко да се могу подвести под принудне мере предвиђене чланом 41-43 Повеље. Међутим, одсуство приговора других чланица Савета безбедности и међу државама широко прихваћена легитимност и легалност Трибунала је фактички надоместила инхерентне правне недостатке који се везују на начин оснивања Трибунала.

1136. У разматрањима основа овлашћења Трибунала да издаје обавезујуће налоге државама постоји парадокс, да трибунали који су основани на редован начин, на начин предвиђен нормама међународног права, имају овлашћења само у погледу држава које су прихватиле његову надлежност (као што је случај код Сталног кривичног суда) без обзира да ли су оне једновремено чланице Уједињених нација, док Међународни кривични трибунал за бившу Југославију има знатно ширу надлежност која се односи на све државе чланице УН. Овлашћења која има Стални кривични суд, који је основан на начин који је у потпуној хармонији са начелима и правилима међународног права су практично идентична оним овлашћењима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију у односу на државе које нису чланице Уједињених нација.

1137. Уколико би следили логику која је уткана у резоновање Трибунала дошли би до закључка да би Савет безбедности могао, на пример, да усвоји резолуцију којом би наложио државама да сарађују са Сталним кривичним судом, односно да Стални кривични суд има овлашћење да издаје овабезујуће налоге и државама које нису уговорнице Статута овог суда. Ово решење је свакако неприхватљиво и коси се са самим циљем давања овлашћења Савету безбедности да предузима принудне мере ради одржања мира и безбедности.

1138. У својој пресуди Жалбено веће се бавило и питањем који су расположиви правни лекови у случају да држава не поступи по налогу Трибунала. Жалбено веће је закључило:

„Међународни суд нема никаквих овлашћења да државе присиљава на сарадњу или да им изриче санкције. Евентуално изрицање санкција против државе која одбија сарадњу надлежност је првенствено матичног тела Суда, Савета безбедности, у складу са условима наведеним у глави VII Повеље Уједињених нација. Међутим, Међународни суд има инхерентно овлашћење да донесе судску констатацију да је дошло до непоштивања одредби Статута или Правилника од стране поједине државе. Међународни суд такође има овлашћење да о таквој констатацији извијести Савет безбедности.“⁸⁷⁷

1139. При томе, Жалбено веће је стало на становиште да „констатација Међународног трибунала не сме да садржи никакве препоруке или сугестије Савету безбедности о мерама које би се могле предузети поводом такве судске констатације.“⁸⁷⁸

1140. Будући да Трибунал, као и остали меународни судови и трибунали, немају могућност принудног спровођења налога који су издати државама, механизам споровођења одлуке зависи од „политичке воље“ Савета безбедности. Иако је констатација Суда у основи исправна, иак не видимо који услови би морали да се испуне да би Савет безбедности прибегао изрицању санкција у складу са главом VII Повеље. Да би Савет безбедности применио санкције у односу на било коју државу, није довољно да установи да је она повредила неку своју обавезу, већ да је њено поступање такво да представља претњу миру, нарушавање мира или акт агресија. Ни један од наведних услова не би могао да буде задовољен самим непоштовањем обавезућих налога суда.

1141. Судија McDonald, како смо горе изнели, издала је налог *subpoena* не само држави већ и њеном службенику, министру одбране. Ово је јединствен

⁸⁷⁷ Тужилац против Блашкића, Case No. IT-95-14, Пресуда по захтеву Републике Хрватске за преиспитивање одлуке претресног већа од 18 1997 године, 29. септембар 1997., параграф. 33.

⁸⁷⁸ Ibidem., параграф. 36.

случај у историји међународног правосуђа које дубоко задире у саме темеље савременог међународног права. То је констатовало и Жалбено веће које је, разматрајући питање да ли Трибунал има овлашћење да издаје *subpoena* државним званичницима стало на следеће становиште:

„Жалбено веће одбацује могућност да би Међународни трибунал упућивао *subpoena* државним званичницима који делују у службеном својству. Такви службеници су пуки инструменти државе и њихово службено деловање се може приписати једино држави. Њима се не могу изрећи санкције или казне због поступака који нису приватни него су предузети у име државе. Другим речима, државни службеници не могу сносити последице противправних поступака који се не могу приписати њима лично него држави у чије име делују: они уживају такозвани функционални имунитет. То је већ увржено правило међународног права...”⁸⁷⁹

1142. У погледу обавеза држава да доставе документацију за коју износе тврдњу да је од интереса за националну безбедност, чини се да је кључни елемент резонувања Жалбеног већа следећи:

„Истина, међународна обичајна правила штите националну безбедност држава забрањујући свакој држави мешање или уплитање у унутрашњу надлежност других држава, укључујући ту и бојазни које се тичу националне безбедности. Ова правила одражавају се у члану 2, став 7 Повеље Уједињених нација у погледу односа између чланица УН и саме Организације. Међутим, члан 2, став 7 Повеље предвиђа значајан изузетак непорбојности домен националне надлежности у погледу извршних мера из главе VII. Будући да је Статут Међународног трибунала увојен у складу управо са тим поглављем, он може продрети у тај домен.

1143. Трибунал је даље изнео да се недостатак одредби у Статуту Трибунала којима би се ограничила примена одредбе члана 29 Статута, односно предвидели изузеци, не би могла сматрати случајношћу, јер да су „утемељитељи

⁸⁷⁹ Ibidem..

намеравали да ограниче ове обавезе они би то и учинили.“⁸⁸⁰ Поред тога, Жалбено веће је изнело:

„дати државама неограничено право да из разлога безбедности ускрате документе нужне за суђење, могло би угрозити саму сврху Међународног трибунала и "осујетити његов циљ и сврху". Међународни трибунал основан је да би кривично гонио особе одговорне за ратне злочине, злочине против човечности и геноцид; ти су злочини повезани с оружаном сукобом и војним операцијама. Према томе, очигледно је да војни документи или други доказни материјал повезан с војним операцијама може бити од суштинске важности, било за тужиоца било за одбрану, да би се доказала или оповргла наводна кривица оптуженика, посебно у случајевима када се ради о командној одговорности (у овом предмету документи могу бити потребни за утврђивање или оповргавање постојања ланца командовања, степена контроле војног старешине над јединицама, мере у којој је он био свестан потеза које су подузели његови подређени, итд.). Прихватити да се држава која поседује такве документе може једнострано позвати на бојазни у погледу националне безбедности и одбити да преда те документе, могло би довести до паралисања међународних кривичних поступака: ти документи могли би се показати кључнима за одлучивање да ли је оптужен невин или крив. Тада би се нарушио сам *raison d'être* Међународног трибунала.“⁸⁸¹

1144. Војна документација је свуда у свету поверљиве природе и не подлеже обелодањивању, поготово не олаком обелодањивању не-државним ентитетима, без обзира на њихову функцију. Теза да недостављање ове документације може паралисати поступак, будући да она могу да буду од значаја како за тужилаштво тако за одбрану нам се чини неутемељеном, посебно у фази у којој је оптужница ступила на правну снагу, односно уколико се износи тврдња да постоји разуман основ за веровање да је оптужени учинио кривично дело. Од тужилаштва се очекује да познаје свој случај када се подигне оптужница, и

⁸⁸⁰Ibidem, параграф. 64.

⁸⁸¹ Ibidem, para 65.

разлози да би нека документација коју захтева тужилаштво потенцијално могла да користи и одбрани је пре добар изговор, него утемељена тврдња.

1145. Жалбено веће је примењујући горе наведене критеријуме чак закључило да из њих следи „важна последица“:

„Они инструменти националног законодавства, попут закона донесених у Аустрији и Новом Зеланду, којим се националне власти овлашћују да одбију да удовоље захтевима Међународног суда ако би ти захтеви ишли на штету «суверенитета, безбедности или националног интереса» те државе, изгледа да нису сасвим у складу са Статутом.“⁸⁸²

1146. Резоновање жалбеног већа по питању обавезе достављања документације за коју се сматра да је од интереса за националну безбедност су вишеструко проблематични.

1147. Што се тиче тумачења одредбе члана 2 (7) Повеље уједињених нација, и домена строго унутрашње надлежности држава, чини се да је Жалбено веће Трибуналу приписало прекомерна овлашћења.

1148. Наиме, треба двојити овлашћење суда или трибунала да издаје налоге којима од државе захтева да доставе документацију, и обавезе државе да по таквом налогу поступе уколико сматрају да се извршење тог налога коси са интересима њене националне безбедности. У поступцима пред Трибуналом, држави пре издавања налога не мора бити потпуно позната његова садржина (будући да она није учесник у поступку издавања налога), и да тек по његовом пријему може да разматра питање да ли је тражена документација од интереса за националну безбедност. Стога, само вршење овлашћења Трибунала (или другог суда или трибунала) не рачуна унапред да одређена документација толико значајна да би њеним обелодањивањем или коришћењем у судици био погођен интерес националне безбедности.

⁸⁸² ⁸⁸² Тужилац против Блашкића, Case No. IT-95-14, Пресуда по захтеву Републике Хрватске за преиспитивање одлуке претресног већа од 18 1997 године, 29. септембар 1997., параграф. 66.

1149. Сама чињеница да је Трибунал формиран позивањем на главу VII Повеље (Акције у случају претње миру, повреде мира или акта агресије), не значи, само по себи, да је Статут „може продрети“ у домен унутрашње надлежности. Кључна одредба члана 2(7) Повеље је да «ништа у овој Повељи не овлашћује УН да се мешају у питања која се по суштини налазе у унутрашњој надлежности ма које државе» стога је претпоставка да се државма, без њеног изричитог пристанка не могу наметати обавезе које нису у складу са Повељом. Са друге стране, чињеница да је Повељом прописано да «ово начело неће утицати на примену принудних мера превиђених у глави VII Повеље» није основ овлашћења било Савета безбедности или било ког његовог помоћног органа (Међународни кривични трибунал је помоћни орган Савета безбедности) да задиру у сферу суштински унутрашње надлежности држава. Одступање од овог фундаменталног начела није формулисано као бланко овлашћење за Савет безбедности да задира у унутрашњу надлежност држава. Домен унутрашње надлежности не може да буде препрека примени мера које су предвиђене главом VII, а које и најеластичнијим тумачењем не могу да обухвате достављање информација за које држава сматра да су од интереса за њену националну безбедност, поготово ако се оне тичу прошлих догађаја. Оне не могу да представљају препреку за примену мера као што су прекид дипломатских или економских одоса, саобраћајних или других комуникационих веза (види члан 41), или за примену мера демонстрације или примене оружане силе (види члан 42 Повеље).

1150. Одлука Претресног а касније и Жалбеног већа је имала драматични ефекат на преговоре који су довели до усвајања Статута Сталног кривичног суда (Римски уговор или статут).⁸⁸³ Чланом 72 Статута Сталног кривичног суда је обимна одредба која се бави, како јој и наслов каже заштитом података од интереса за националну безбедност којом је осигурано да државе чланице Статута неће имати обавезу да достављају овом кривичном суду информације и документацију од интереса за националну безбедност.

⁸⁸³ A. W. Markel, op. cit., стр.419

1151. Наиме поменути чланом посебно је предвиђено је, поред права државе да се умеша у поступак,⁸⁸⁴ и механизам којим се успоставља баланс између права државе да не достави информације за које сматра да су штетне за њихову националну безбедност, с једне стране, и потребе да се осигура да Суд располаже са довољно података који су неопходни ради одлучивања о кривичној одговорности оптуженог, са друге стране.

1152. Међутим, држава страна Статута Сталног кривичног суда не може једноставно да одбије да достави документацију већ, како је предвиђено чланом 72 (5) „Уколико држава сматра да би откривање информација било штетно за интересе њене националне безбедности, предузеће све разумне кораке како би се спорно питање решило путем сарадње, зависно од случаја, са Тужиоцем, одбраном, претпретресним или расправним већем,“ указујући да такви кораци могу обухватити, примера ради, измену или појашњење захтева, или одлучивање Суда о важности информациј и доказа који се траже или одлучивање Суда о томе могу ли се ваћни докази прибавити из извора раличитод од државе од које су затражени или је то већ учињено“ (с) прибављање обавештења или доказа из другог извора или у другом облику, или закључење споразума о условима под којима би се у погледу тражених обавештења и доказа могла пружити помоћ укључујући, између осталог, достављање сажетка или редигованих верзија, одрђивање граница за обелодањивање, коришћења обавеђења и доказа in camera или у поступку само са једном странком као и друге мере заштите предвиђене Статутом и Правилником о поступку и доказима.

1153. Прво, чланом 72 (6) Посебно је предвиђено:

„(6) након што су предузети сви разумни кораци како би се спорно питање решило путем сарадње али држава и даље сматра да не постоје средства или

⁸⁸⁴ „Država koja sazna da se njena обавештења и сиправе чије би откривање биоли штетно за њене интересе националне безбедности износе или ће бити изнете у неком стадијуму поступка има право да се уммеђа у поступак како би постигла решење спорног питања у складу с а овим чланом обавијести и исправе чије би откривање било штетно за њезине интересе nacionalne sigurnosti износе или ће бити изнесени у неком стadiju поступка, има право умјешајати се у поступак како би постигла рјешење спорног питања суkladно овоме чланку.

услови под којима би се обавештења или исправе могле користити без штете за интересе њене националне безбедности, о томе ће известити Тужиоца и Суд уз навођење разлога. Навођење тих разлога међутим, није обавезно ако би њихово описивање само по себи нашкодило интересима националне безбедности те државе.

1154. Друго, и поред тога што држава класификује одређене информације и документацију као ставар од интереса за њену националну безбедност, Суд може, у складу са чланом 72(7) Статута, „уколико сматра да су спорна обавештења и докази важни и потребни за одлуку о кривици или невиности оптуженог“ предузети одговарајуће мере.

1155. Када је откривање обавештења или исправе од државе затражено на основу захтева за сарадњу“ или због тога што особа од које је затражено достављање обавештења или документације сматра да би се тиме повредили интереси националне безбедности и држава се позове на разлог да би откривање таквих података било штетно за интересе националне безбедности:

-да затражи даље консултације у сврху разматрања извештаја државе, што може обухватати и расправу *in camera* или само са једном странком

-ако сматра да се држава која се позива на разлоге за одбијање сарадње због заштите интереса националне безбедности (из члана 93. став 4.),“ под конкретним околностима не поступа у складу са обавезама које има на основу Статута) Суд може спорно питање да упути Скушштину држава чланица или Савету безбедности (уколико у одређеном поступку поступа по захтеву Савеза безбедности), и да при томе наведе разлоге обог обраћања.

-на суђењу оптуженом „из одлуке такве државе изведе закључак о постојању или непостојању чињница какав сматра прикладним под конкретним околностима“.

Друго, у другим случајевима, може наложити изношење обавештења или исправе или „у мери у којој не наложи достављање“ или „на суђењу оптуженом

може извести закључак о постојању или непостојању чињенице какав сматра прикладним под конкретним околностима.“

1156. Иако нису сви аспекти механизма за решавање проблема који се везују за недостављање документације која би могла да угрози интересе националне безбедности сасвим јасни, и остављају могућност за различита тумачења, ипак су постављена извесна, сматрамо примерена, ограничења делатности Суда у таквим ситуацијама.

1157. Посавља се питање тумачења критеријума «уколико сматра да су спорна обавештења и докази важни и потребни за одлуку о кривици или невиности оптуженог.“ Другим речима, само оно што је важно и потребно за одлуку о кривици или невиности може да буде предмет разматрања. Шта се подразумева под важним и потребним је унеколико спорно, будући да одлука о кривици или невиности оптуженог зависи од низа чињеница које не морају да буду једнако значајне. Оне се могу односити, на пример, на контекст оружаног сукоба, на базу злочина, положај оптуженог у војној или цивилној структури, о његовим актима, карактеру и сл. Није јасно да ли се постављени критеријум односи само на одлуку о кривици или невиности, или и о околностима од значаја за однемравање казне (на шта би могло да наведе еластично тумачење ове одредбе).

1158. Друго, обраћање Скупштини или Савету безбедности је крајња мера у случају да Суд сматра да држава није испунила своје обавезе сарадње. Будући да Суд не може да изриче санкције државама, нити да их примора да доставе конкретну документацију или пруже обавештења, механизам обезбеђења сарадње је нужно на «политичник телима.» Међутим, Савет безбедности или друга политичка тела немају надлежност преиспитивања или укидања одлука међународних судова и трибунала, а само обраћање Сталног кривичног суда или другог кривичног суда политичким телима има потенцијал да доведе до политизације кривичног поступка.

1159. Треће, може да буде проблематична могућност Суда да из чињенице да нису достављена обавештања или документација позивањем на заштиту

интереса националне безбедности извлачи „закључак о постојању или непостојању чињенице какав сматра прикладним под конкретним околностима.“ Реч је нужно о чињеницама које су од значаја за утврђивање кривичне одговорности оптуженог. Држава која је одбила да достави тражену документацију није странка у поступку, те оптужени не би требало да сноси било какве штетне последице због недостављања тражене документације.

1160. Удовољавање захтевима за помоћ, без обзира на овлашћења претресних већа, може умногоме зависити од политичког става те државе према оптуженом.⁸⁸⁵ Политички разлози могу бити доминантни приликом разматрања државе о начина остваривања сарадње са међународним кривичним трибуналима.

Непоштовање суда (contempt)

1161. Међународни суд правде, као ни други међународни судови и трибунали који решавају међудржавне спорове, не располажу овлашћењем за кажњавање појединаца због непоштовања суда (намерно вршење радњи или порпуста којима се осујећује циљ судског поступка, као што је неодрживање на позив суда, давање лажног исказа и сл.), док се заступа теза да се ова овлашћења сматрају инхерентним када је реч о међународним кривичним трибуналима.⁸⁸⁶

⁸⁸⁵ In national justice system that follows adversarial model, defence lawyers are on rather similar footing to prosecutors in terms of investigating and then compelling the presence of witnesses or the production of material evidence. Both sides can get their evidence to court by persuasion or, when that fails, by subpoena. But at the international level, everything works differently. States cooperate with defendants depending on how they relate to them politically. The alleged genocidaries who are before the International Criminal Tribunal for Rwanda don't have an easy time gathering evidence within Rwanda, for example. On the other hand, Croats who were accused before the Yugoslavia tribunal could count on a friendly government in Yagreb. It was the Prosecutor not the defence who had trouble gathering evidence.

William Schabas, Fair Trials and National Security Evidence, *International Commentary on Evidence*, vol4, issue 1, (*Fairness and Evidence in War Crimes Trials*), 2006, Article 9, str.1

⁸⁸⁶ Разлоге у прилог тезе о инхерентним овлашћењима међународних кривичних трибунала изнело је Жалбено веће Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију у предмету *Тужилац*

1162. У погледу права на кажњавање због непоштовања суда, правилом 77 Правилника Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, иако без изричитог статутарног основа посебно је регулисана надлежност Суда да кривично гони због непоштовања Суда, и ова овлашћења су квалификована као овлашћења инхерентне природе. Правилом 77 предвиђено је следеће:

„ (А) Вршећи своја инхерентна овлашћења, Међународни суд може прогласити кривим за непоштовање суда оне који свесно и хотимично ометају провођење правде, укључујући сваку особу: (и) која свједочи пред већем, а упорно одбија да одговори или не одговара на питање, (ии) која обелодани информације које се односе на тај поступак, свесно тиме кршећи налог већа, (иии) која се без оправданог разлога оглуши о налог да ступи пред веће или већу достави документе

(Б) Подстицање на извршење и покушај извршења било ког од дела кажњивих по ставу (А) овог правила кажњиви су као непоштовање Међународног суда и повлаче исте казне.

1163. Готово идентична овлашћења предвиђена су чланом 70 Статута Сталног кривичног суда (Римског статута).

1164. Иако је Међународни кривични трибунал овлашћења која се односе на кажњавање због непоштовања суда квалификовао као инхерентна, сматрамо да је велики пропуст тај што она нису посебно предвиђена Статутом Трибунала, као што су на пример предвиђена Статутом Сталног кривичног Суда. Разлози које је Суд навео у прилог тезе о инхерентној природи овог овлашћења нам се чине

против Душка Тадића, предмет број ИТ-94-1-А-Р77, у Пресуди и наводима против претходног правног заступника Милана Вујина, Милана Вијина, 31. јануар 2000, параграфи 12-29.

У параграфу 13 поменуте пресуде истиче се, између осталог са „Као међународни кривични суд, Међународни суд /кривични трибунал за бившу Југославију) мора ... располагати инхерентним овлашћима које му омогућавају да се позабави оним облицима понашања који ометају његово провођење правде. Садржај тих власти може се ишчитати из уобичајених извора међународног права. „

Види и Тужилац против Ивице Маријачића и Маркице Ребића, предмет бр. ИТ-95-14-Р77.2, Пресуда, 10. март 2006., параграф. 13.

недовољним да укажу да се, како је Суд навео у првој пресуди донесеној у подупку за непоштовање Суда, „садржај ових овлашћења може ишчитати из уобичајених извора међународног права.“⁸⁸⁷

1165. Иако се тешко може бранититеза да међународним кривичним судовима и трибуналима не би требало дати надлежност за кажњавање због непоштовања суда, ова надлежност пре оснивања Трибунала није имала своје упориште ни у међународној пракси, нити се унутрашња законодавства могу олако тумачити као ослонац за изналагање оних правних правила која би довела до формирања посебне категорије међународних кривичних дела (кривична дела против правосуђа или кривична дела непоштовања суда -contempt). Наиме, непоштовање Суда је засебно кривично дело, које као такво, мора да има свој јасан меународно-правни основ. Статутима кривичних судова и трибунала, иако се не прописују сва овлашћења која су им неопходна ради вршења судске функције, прописују се кривична дела која су обухваћена његовом надлежношћу *ratione materiae*, *ratione personae* i *ratione temporis* и стога дела која нису посебно предвиђена конститутивним актом излазе из оквира његове надлежности. Стога, да би се сматрало да суд располаже овлашћењем за утврђивање кривичне одговорности због непоштовања суда неопходно је да ова дела буду посебно предвиђена конститутивним актом Суда.

1166. Жалбено веће трибунала је посебно истакло да:

„не постоји специфично обичајно међународно право које би се изравно могло применити на ово питања. У оквиру међународног конвенционалног права постоји међунаодна аналогија садржана у Статуту међународног војног суда (анекс Лондонског споразума из 1945. године), који том Суду даје овлашћења да по кратком поступку решава „све облике непоштовања“ тако што ће „изрећи одговарајућу казну, укључујући и искључење било којег оптуженог или његовог браниоца издеала или целог даљег поступка, но без прејудицирања пресуђивања о оптужбама.“⁸⁸⁸

⁸⁸⁷ *Пресуди и наводима против претходног правног заступника Милана Вујина, ...* пара. 13

⁸⁸⁸ *Ibidem*

1167. Дакле, нити постоји обичајно правно правило, нити посебно правило неког међународног уговора. Када је реч о Статуту Међународног војног суда, он садржи посебну одредбу која је судијама тог суда дала овлашћење да кажњавају или предузимају друге мере којима решава питање непоштовања суда. Међутим, та одредба је говорила о решавању питања непоштовања Суда „по кратком поступку,“ које се пре односи на одржавање реда у судници него на изрицање кривичних санкција због извршења кривичног дела, док су поступци непоштовања суда пред Трибуналом кривични поступци, и општеприхваћено је да се за кривична дела, посебно међународна кривична дела, не може судити «по кратком поступку».

1168. Основ међународних кривичних дела могу да буду међународни уговори или обичајна правна правила. Општа правна начела, која су по својој природи веома уопштена, не могу служити као основ међународних кривичних дела. Другим речима, кривична дела из унутрашњих правних система нису једновремено и међународна кривична дела. Да би се једно кривично дело самтрало међународним кривичним делом оно мора да има своје јасно утемељење у нормама међународног права.

1169. Жалбено веће се приликом утврђивања инхерентне природе овлашћења за кажњавање због непоштовања Суда ослањало на праксу судова, посебно праксу судова у земљама *common law*-а, и разлоге због којих се овлашћења судва у вези са непоштовање суда сматрају инхерентним у Великој Британији.⁸⁸⁹ Међутим, без обзира на потребу да се неко понашање санкционише или третира као кривично дело, кривична дела у међународном праву не могу настајати применом аналогije са унутрашњим правним системима. Чињеница да је једно кривично дело предвиђено у већини, па чак и у свим правном системима, не чини то дело једновремено међународним кривичним делом у погледу ког би без посебне одредбе у конститутивном акту међународни кривични трибунал имао

⁸⁸⁹ Види параграфе 16 и 17.

надлежност. Њихова надлежност је нужно ограничена на дела која су изричито предвиђена конститутивним актом⁸⁹⁰.

1170. Жалбено веће је закључило да:

„Овлашћења Међународног трибунала, које му омогућују да казни због понашања које је усмерено на ометање, угрожавање или злоупотребу његовог провођења правде, нужне су да би се осигурало неометано вршење надлежности Суда, коју му изричито даје његов Статут, као и да се очувају његове темељне правосудне функције. Стога овлашћења да решава питање непоштивања јасно улазе у оквир инхерентних надлежности Суда. Тиме се не жели рећи да су овлашћења Међународног трибунала да се бави питањем непоштивања или понашања које омета провођење правде у свакој ситуацији једнаке овлашћењима којима располажу национални судови. Приликом дефинисања његове јурисдикције као међународног суда мора се, наиме, узети у обзир друкчији положај Трибунала унутар темељне структуре међународне заједнице.»⁸⁹¹

1171. Разлози који се наводе у прилог неопходности да међународни кривични трибунал располаже надлежношћу да кажњава због непоштовања суда су свакако уверљиви, али треба правити суштинску разлику између предузимања мера којима се обезбеђује вршење надлежности, а која су нужна ради вршења судске функције, и оних којима се кажњава због радњи или пропуста којима се вршило (у прошлом времену) њено ометање. Кажњавање због непоштовања суда, за разлику од на пример, мере удаљавања из суднице, принудног довођења сведока, представља акт који се врши након што је већ извршено дело непоштовања Суда и често је последица такве радње већ отклоњена или је већ проузроковала непоправљиву штету. Оно у већини случајева нема директан утицај на вођење кривичног поступка у главној ствари, те стога вршење ове надлежности није строго неопходно да би се осигурало неометано вршење

⁸⁹⁰ Данас се може заступати теза да о постојању кривичног дела агресије, које је било дефинисано и Статутом Међународног војног трибунала. Међутим, без изричите статутарне одредбе ни један међународни кривични суд или трибунал нема овлашћење да кривично гони за ово кривично дело.

⁸⁹¹ Ibidem

надлежности Суда, поготово не уколико се ови поступци воде по окончању кривичног поступка или уколико песуда која би се донела у поступку за непоштовање суда не би имала утицаја на пресуђивање у основном кривичном поступку. Превентивни ефекат који има надлежност кривичног суда да кажњава због непоштовања суда је свакако значајан, али не и довољан да би се ова надлежност сматрала инхерентном.

1172. У погледу евентуалног овлашћења Међународног суда правде да кривично гони ради непоштовања Суда (извршења кривичних дела против правосуђа), оно не само да није предвиђено Статутом, већ Суд не располаже механизмом путем ког би могао да врши ово овлашћење. Међутим, није тешко успоставити такав механизам, на пример тако што би се именовале судије којима би било поверено вршење ове надлежности, уколико би Суд стао на становиште да је таква надлежност инхерентне природе. Будући да Суду није поверена функција кривичног гоњења, иако би се кажњавање за непоштовање суда могло сматрати барем једнако неопходним као и када је реч о међународним кривичним трибуналима, тешко би се могла бранити теза да је таква надлежности инхерентне природе.

6. ОСОБЕНОСТИ ПОСТУПКА КОЈИ СЕ ВОДЕ ПРЕД ТЕЛИМА КОЈА РЕШАВАЈУ „МАСОВНЕ ЗАХТЕВЕ“

1173. У расправама о доказивању у међународном правосуђу често се наводе и примери рада комисија, трибунала или програма који решавају тзв. масовне захтеве. Разлози формирања ових тела, надлежност и правила о поступку и доказима их чине крајње специфичним. Наша је теза да се њихова пракса не може послужити за извођење општих закључака о бројним питањима међународног правосуђа, укључујући ту и питања терета доказивања и стандарда доказивања. Посебно, правила која примењују се не могу поредити, нити служити као извор идеја или ауторитет за критику, измеу или решавање проблема који се јављају у пракси Међународног суда правде и међународних кривичних трибунала.

1174. Трибунали, комисије и програми којима је дата надлежност да решавају тзв. „масовне захтеве“ није новијег датума.⁸⁹² Њихова пракса је од ограниченог значаја и утицаја, будући да су редовно привремене природе, те да се формирају под веома специфичним околностима ради решавања имовинских захтева појединаца. Трибунали за решавање „масовних захтева“ се формирају ради решавања имовинскоправних захтева већег броја појединаца, који настају као последица рата, терористичког напада, револуције, природне непогоде или

⁸⁹² Мешутим, прва студија из ове области појавила се тек 2007 године. Н. М. Holtzmann and E. Kristjánssdóttir (eds.), *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives* (Oxford, Oxford University Press, 2007),

Види такође и: R. P. Alford, 'The Claims Resolution Tribunal and Holocaust Claims Against Swiss Banks', in S. A. Riesenfeld 'Symposium 2001: Fifty Years in the Making: World War II Reparation and Restitution Claims', *Berkeley Journal of International Law*, vol 20(1), 2002, стр. 264-267., (P. Van der Auweraert, 'The Practicalities of Forced Labor Compensation. The Work of the International Organisation for Migration as One of the Partner Organisations under the German Foundation Law', in P. Zumbansen (ed.) *NSForced Labor: Remembrance and Responsibility: Legal and Historical Observations*, Nomos, Baden-Baden, 2002),

сличне трагедије.⁸⁹³ Трибунали који решавају ове врсте захтева (mass claims tribunals) одликује велики број захтева и велики број подносилаца захтева.⁸⁹⁴ Примарни циљ ових тела је да се обезбеди ефикасно средство за бројна физичка и/или правна лица која су претрпела штету, балансирајући елементе правичности, трошкова поступка и брзине наплате-односно спровођења одлука.

1175. У последњих двадесетак година формирано је на десетине тела за решавање масовних захтева, при чему се знатно разликују начин њиховог оснивања, поступак који примењују и овлашћења са којима располажу.

1176. Тренутно активна тела за решавање масовних захтева убрајају се *Iran-US Claims Tribunal*, *United Nations Compensation Commission* (UNCC), *Foreign Claims Settlement Commission of the United States*, *Kosovo Property Claims Commission* (KPCC), *Iraq Property Claims Commission*, *Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal*, *International Criminal Court Trust Fund for Victims*, *The International Oil Pollution Compensation Funds*. Велики број комисија је формиран ради решавања захтева који су последица холокауста и међу њих спадају, примера ради, *Austrian General Settlement Fund*, *the Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts* (CRT), *Austrian Fund for Reconciliation, Peace and Cooperation*, *Belgian Jewish Community Indemnification Commission*, *Claims Resolution Tribunal* (CRT II), *French Commission for the Compensation of Victims of Spoliation Resulting from the Anti-Semitic Legislation in force during the Occupation*, *German Forced Labour Compensation Programme (GFLCP)*, *German Foundation "Remembrance, Responsibility and Future"*, *Holocaust Victim Assets Programme* (HVAR), *The International Commission on Holocaust Era Insurance Claims* (ICHEIC), *The*

⁸⁹³ „Mass claims typically arise when a very large group or population--which may include individuals, companies, nongovernmental organizations, and even governments--suffer widespread losses from a singular and shared event, such as a war, revolution, terrorist attack, state- or corporate-caused environmental disaster, or other significant tragedy“

Book review, AJIL, Jan. 2009, p.193

⁸⁹⁴ Mass-claims tribunals are characterized by large numbers of claims, large numbers of claimants, and usually, special factual circumstances triggering the claims that led to the institution of the particular mass claims tribunals, van Hoof, Jacomijn. J van Haersolte, *Innovations in Mass Claims Dispute Resolution: Using new Standards of Proof*, *Dispute Resolution Journal*, August October 2003, стр. 70-78

Netherlands' Foundation for Individual Bank Claims Shoah , *The Netherlands' Holocaust Foundation for Individual Insurance Claims (Stichting Individuele Verzekeringsaanspraken Sjoa)* , *The Netherlands' Shoah Foundation for Individual Securities Claims* , *Conference on Jewish Material Claims Against Germany*. Међу комисије које су решавале масовне захтеве које су окончале свој рад убрајају се, примера ради, *Eritrea Ethiopia Claims Commission (EECC)*, *Commission for Real Property Claims for Bosnia Herzegovina (CRPC)*, *Housing and Property Claims Commission (HPCC)*.⁸⁹⁵

1177. Мноштво је начина на који долази до формирања ових институција. Примера ради Компензациона комисија УН (UNCC) формирана је као помоћно тело Савета безбедности Уједињених нација⁸⁹⁶ реди решавања имовинских захтева (накнаде штете) насталих поводом напада Ирака на Кувајт; Комисија за захтеве у вези са непокретном имовином избеглих и расељених лица у Босни и Херцеговини формирана је на основу анекса 7 Дејстонског мировног споразума; the Housing and Property Claims Commission in Kosovo (HPCC) је формирана од стране УНМИК-а (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo) 2000 године. На основу националних закона формиран је на пример, German Forced Labour Compensation Programm, док су неки од ових трибунала формиран одлукама или уговорима закљученим између недржавних ентитета као што су удружења или привредна друштва, као на пример *Foundation for Individual Insurance Claims*, који је формиран 1999, на основу споразума Холанског удружења оригуравајућих друштава (*Dutch Association of Insurers*) и Холандског централног јеврејског одбора (*Central Jewish Board*).

1178. Иако се баве захтевима који често превазилазе националне оквире, и укључују и примену правила међународног права, многа од ових тела се тешко могу назвати међународним, а у свом раду махом примењују правила грађанског

⁸⁹⁵ За податке о овим телима види http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1059 (посећен 04 октобра 2011)

⁸⁹⁶ За податке о овом помоћном органу Савета безбедности који је формиран 1991 године види <http://www.uncc.ch/>

или привредног и међународног приватног права, или једноставно правила правичности.

1179. Једна од основних особености ових поступака је да се подносиоци захтева третирају мање или више колективно, и нагласак није на остваривању начела судског поступка (као што су равноправност странака, или примена правила о расподели терета доказивања, начело контрадикторности), већ на ефикасном и брзом решавању великог броја захтева који су последица догађаја који су погодили велики број лица. Како истиче van Houte,

“Поступци по масовним захтевима, у којима се целе групе подносилаца захтева третирају, у мањој или већој мери, колективно имају за циљ да обезбеде ефикасно решавање питања у околностима када би појединачни поступци били превише гломазни, уколико би однели превише вренена и/или би били прескупи.”⁸⁹⁷

1180. Тела и програми за решавање масовних захтева се редовно формирају као привремена тела, и без обзира на основ и начин формирања и примењују поступак који се знатно разликује од судског поступка. Како истиче ван Хут:

„standards of due process applicable to individual justice cannot apply directly to mass claims handling.”⁸⁹⁸

1181. Поступак извођења доказа пред већином оваквих трибунала је поједностављен. За разлику од осталих међународних судских поступака, поступак пред овим телима је ретко адверсаријалне природе и доминирају инквизиторни елементи, док код неких је усмена фаза поступка одржава само изузетно (UNCC) или када је то нужно (HPCC). У једном броју ових поступака тело које решава захтеве и пре него странке изнесу аргументацију веши

⁸⁹⁷ Hans van Houte, Iasson Yi, Due Process in International Mass Claims, *Erasmus Law Review*, Volume 01 Issue 02, *cmp.* 63

⁸⁹⁸ Ibidem.

одговарајућу истрагу коју предузимају било лица која су именована да одлучују по захтевима било секретаријат тих тела.⁸⁹⁹

1182. За већину ових тела и поступака заједничко је да обично фаворизују подносиоце захтева, што представља значајно одступање од начела равноправности странака. Оправдање за ова одступања образлажу се тиме да се кривица за догађаје који су проузроковали штету за велики број лица приписује ентитету (држави) који се сматра примарно одговорним. Примера ради, Компензациона комисија УН која је формирана ради решавања имовинских захтева који су настали као последица напада Ирака на Кувајт. Савет безбедности је резолуцијом 687 од 03. априла 1993 године установио да је „Ирак ... одговоран према међународном праву за сваки директан губитак, штету, укључујући ту и штету нанесену животној средини и природним ресурсима, или штету нанесену страним владама, држављаним и корпорацијана, као резултат ирачке противправне инвазије и окупације Кувајта“⁹⁰⁰ Из самог пописа ових тела (горе дата листа није исцрпна) говори да је број трибунала или програма формиран ради решавања имовинских захтева који су настали као последица холокауста.

1183. Поступак пред овим телима је знатно једноставнији него што је то случај са класичним судским поступцима, и због слабе или неповољне позиције подносиоца захтева, многа правила су другачија, укључујући ту и правила о терету доказивања и стандарду доказивања.

1184. Како илуструју van Houte i Yi:

„како би омогућили подносиоцима захтева ефикасан приступ правди, поступци по овим захтевима су веома често ослобођени стандарда доказивања или се ослањају на пресумпције. На пример, ICHEIC је јасно обелоданио тешкоће са којима се суочава балансирајући између “протока времена и практичних тешкоћа са којима се суочавају преживели, њихови бенефицијари и the passage of time and the practical difficulties of the survivors, their beneficiaries and наследници приликом лоцирања релевантних документа, [и]

⁸⁹⁹ Van Hoof, *ibidem*.

⁹⁰⁰ Види: Резолуција Савета безбедности 687 (1991), S/RES/687 (1991)

пружању заштите осигуравајућим друштвима против неоснованих захтева.” Као резултат тока, ICNEIC је одлучио да једном када је доказан уговорни основ, терет доказивања се преваљује на осигуравајуће друштво. Слично томе, UNCC је снизио стандард доказивања за захтеве категоривре А (који се тичу расељавања) и В (који се тичу повреда /штете/). CRT је такође релаксирао стандард оцене захтева. Коначно правила о доказивању пред НРСС “су флексибилна и намењена остваривању правде без непотребних формалности.”⁹⁰¹

У погледу терета доказивања и стандарду доказивања, ова тела не прате захтеве традиционалних судских поступака. Правила о терету доказивања битно су обележена могућношћу преваљивања терета доказивања (уствари веома лаког фримирању пресумпција или инференција у корист подносиоца захтева), стандард доказивања је често веома низак, и често није виши од просте вероватноће. Примера ради, Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland, примењује „plausibility“ стандард, означава:

„that all documents and othe information regarding the relationship between the claimant and the published account holder have been submitted that can "reasonably be expected to be produced in view of the particular circumstances, including, without limitation, the history of the claimant's family and whether or not the published account holder was a victim of Nazi persecution." It also provides that no "reasonable basis exists to conclude that fraud or forgery affect the claim or evidence submitted; or that other persons may have an identical or better claim to a dormant account.”⁹⁰²

1185. Чини се да су изнети разлози довољни да поткрепе становиште да поступци пред телима која рашавају овакве масобне захтеве завређују да буду разматрани као засебне категорије поступака, и да њихова пракса, због специфичних околности формирања ових тела, поступка који примењују, укључујући ту и правила о терету доказивања и стандарду доказивања, не може да послужи као ослонац за установљавање правила која би важила ван оквира ових

⁹⁰¹ Houtte, Iasson Yi, op. cit., стр. 76.

⁹⁰² Van Houte, op. cit., стр. 73.

крајње специфичних поступака. У контексту расправе о пролиферацији међународних судова и трибунала, ова тела се морају разматрати одвојено од других судова и трибунала, с обзиром на крајње специфичне околности које доводе до њиховог формирања и специфичних разлога одступања од «класичног» модела судског или арбитражног поступка. Јуриспруденција ових трибунала може да буде од утицаја само на друга тела која решавају масовне захтеве. Сарадња у размени искустава у раду ових тела институционализована је под окриљем Сталног арбитражног суда.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

1186. Фелерова духовита опаска из 1935 године, којом је подручје међународног процесног права одредио као „Антарктик међународног права,⁹⁰³ ни данас није лишена смисла. И поред растућег броја доктринарних радова, и пресуда у којима се Међународни суд правде, али и други међународни трибунали који решавају међудржавне спорова, детаљније баве питањима доказивања, како истиче Joe Verhoeven:

„the law of evidence is still largely uncertain in international law and practice. Clear rules are exceptional and many evidentiary problems remain unresolved”⁹⁰⁴

1187. Један од разлога због којих се износе овакве тврдње је, сасвим сигурно, недовољна теоријска уобличеност међународног „доказног права“ с једне стране, као и очекивање да правила и начела о доказивању буду дефинисана на начин који је својствен унутрашњим правним порецима. Како је истакао Benzing, „даљи развој и појањење међународног доказног права је фундаментални задатак међународних судова и академских коментатора“⁹⁰⁵ Развој међународног доказног права, међунтим, није могућ без адекватне теоријске основе. Овај теоријски основ је, по природи ствари, у пресудама Суда видљив тек у фрагментима (будући да је

⁹⁰³ The realm of procedure of international tribunals is the Antarctica of international law. A few explorers have skirted about its shores; others have surveyed portions of it with more or less thoroughness. Not until its little known territory has been conquered, region by region, will it be possible for future scholars to draw a complete and revealing map of the entire continent” A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-1934*, New York, 1935, стр. vii., наведено према Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues – A Study on Evidence in International Tribunals*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1996, стр. 20.

У нашој (српској и бившој југословенској) литератури о питањима доказивања пред Међународним судом правде једва да је написан по који ред, иако је бивша Југославија /касније Србија и Црна Гора, па Република Србија/ била страна у више спорова који су изнети пред Међународни суд правде.

⁹⁰⁴ Joe Verhoeven, предговор студије Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues*, Kluwer Law International, The Hague 1996.

⁹⁰⁵ Benzing, *op. cit.*, стр. 755

улога Суда да пресуђује а не да у пресудама које се тичу конкретних случајева износи опсежне теоријске расправе), док је у доктрини још увек прилично уздржана, и често не иде даље од коментарисања становишта Суда.

1188. Ова студија има за циљ да да допринос формулисању једне терије о доказивању у међународном правосуђу, узимајући за узор најстарији судски ауторитет у међународној заједници – Међународни суд правде, и да размотри, кроз призму извесних правила о доказивању његов однос са међународним кривичним судовима и трибунаlima. Уз избегавање онога што је речено на претходним страницама, чини нам се примереним, да у закључним разматрањима укажемо само на неколико елемента /или смерница/ за које држимо да су од суштинског значаја за даљи развој терије о доказивању у међународном правосуђу.

1189. Теорија о доказивању пред Међународним судом правде (али и другим међународним судовима и трибунаlima којима је поверено решавање међудржаних спорова) нужно полази од природе странака у поступку пред Судом, (суверене државе), природе спорова који се могу изнети пред Суд, и природе надлежности Суда (факултативна надлежности). Ове основне детерминанте указују да Суд не може да врши своју надлежност на аутократски начин, да се надлежност ових судова не може наметати силом, већ само снагом суштинског ауторитета, уз обезбеђење потпуне равноправности странака (не само у формалном већ у суштинском смислу) и уз пружање могућности странкама да пред Суд изнесу оне доказе и аргументацију за коју сматрају да је потребна ради образлагања својих захтева. Стога је примерени модел судског поступка, какав је и изграђен Статутом Суда, Правилником Суда и у јуриспруденцији, доминантно адверсаријалне природе.

1190. Поступак пред Међународним судом правде је заснован на начелу *слободе доказивања*. Ова слобода доказивања је правно уређена у складу са начелом *равноправности странака* и начелом *правичности*, уз обезбеђење да коначан исход (одлука о мериторним захтевима) не зависи од решавања процесних питања.

1191. Централна тема сваког међудржавног судског поступка је «спор» који је изнесен пред Суд. Основна интенција правила о извођењу доказа је да се спор кристалише кроз сукцесивне стадијуме писмене и усмене фазе поступка, и да свака наредна фаза буде примарно сконцентрисана на питања која су међу странкама још увек спорна. При томе, формиран систем доказивања је такав да се документарни докази, у мери у кој је могуће, изведу и расправе још у току писмене фазе поступка (фазе поступка у којој је Суд веома пасиван). Овакав систем омогућава, између осталог, да се извођење «доказа изненађења» или елиминише или сведе на најмању могућу меру.

1192. Суд може да заснује своју коначну одлуку само на утврђеним чињеницама, односно чињеницама које међу странкама нису спорне, општепознатим чињеницама и чињеницама које утврди оценом изведених доказа. При томе, будући да се функција Суда исцрпљује у решавању спора који је пред њега изнет, Суд је дужан да се уздржи од утврђивања оних чињеница које нису неопходне ради доношења одлуке о мериторним захтевима странака.

1193. Дужи низ година Суд је изложен критици уз сугестију да треба «агресивније да трага за чињеницама».⁹⁰⁶ Међутим, са овом критиком се не можемо сложити, будући да је мандат Суда ограничен на решавање конкретног спора, и да би «трагање за чињеницама» о догађајима који леже у основи спора неминовно довело до прекорачења инхерентних ограничења надлежности Суда. Суд није истражни орган, нити му је поверен мандат «комисије за утврђивање истине», већ да на основу материјала који су пред њега изнеле странке реши *спор*, одлучујући по мериторним захтевима странака. Чињеница да Суд располаже и са инквизиторним овлашћењима не даје довољно основа за закључак да може један доминантно адверсаријални модел поступка преобразити у више инквизиторни модел. У једном адверсаријалном моделу поступка, какав је поступак пред Међународним судом правде, не може се очекивати од Суда да преузме улогу странака, и да се бави «трагањем за чињеницама» и прикупљањем доказа. Као један од постулата модела доказивања који је прихваћен пред Судом, и који је потпуно примерен решавању међудржавних спорова, је начелно правило о

⁹⁰⁶ Richard Lillich, *op. cit.*, стр. ix

расподели улога између странака и Суда. На странкама је да износе чињеничне тврдње и доказе којима их поткрепљују (осим уколико су чињенице на које се односе неспорне или толико ноторне да их не треба доказивати), док је на Суду да узимајући у обзир аргументацију странака, и придајући посебну пажњу сагласној аргументацији странака, утврди оне чињенице које су строго неопходне ради доношења коначне пресуде (односно одлуке о захтевима странака).

БИБЛИОГРАФИЈА

1. Abi-Saab, Georges: „The International Court as a world court,“ у *Fifty Years of the International Court of Justice* - Edited by V. Lowe and M. Fitzmaurice, Cambridge University Press, 1996
2. Ago, Roberto: „Binding Advisory Opinions of the International Court of Justice“, *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991,
3. Alford R. P.: ‘The Claims Resolution Tribunal and Holocaust Claims Against Swiss Banks’, in S. A. Riesenfeld ‘*Symposium 2001: Fifty Years in the Making: World War II Reparation and Restitution Claims*’, Berkeley Journal of International Law, vol 20(1), 2002, str. 264-267
4. Alford, Roger P., Bekker, Peter H.F.: “International Courts and Tribunals,” *International Lawyer*, Vol.33, Summer1999, American Bar Association, 537-547.
5. Aljaghub, Mahasen, *The Advisory Function of the International Court of Justice, 1946-2005*, Springer, Heidelberg-Berlin, 2006
6. Amerasinghe, C. F.: *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003
7. Amerasinghe, C. F.: The Bosnian Genocide Case, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, 2008 (411-428).
8. Amerasinghe, Chittharanjan F.: *Evidence in International Litigation*, Martinus Nijhoff Publishers, London/Boston, 2005.
9. Amerasinghe, Chittharanjan F.:”Presumptions and Inferences in Evidence in International Litigation,” *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol 3, 2004, str. 395-410
10. Amerasinghe, Chittharanjan F: Judges of the International Court of Justice – Election and Qualifications, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14 2001.
11. Asa, Markel W.: The Future of State Secrts in War Crime Prosecutions, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 16, 2007.
12. Aust, Anthony: Peaceful Settlement of Disputes: A proliferation Problem Thomas Malick Ndiaye, Rudiger Wolfrum – urednici *Law of the Sea*,

- Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensh*, Leiden, 2007,
13. Auweraert, P. Van der: 'The Practicalities of Forced Labor Compensation. The Work of the International Organisation for Migration as One of the Partner Organisations under the German Foundation Law', in P. Zumbansen (ed.) *NSForced Labor: Remembrance and Responsibility: Legal and Historical Observations*, Nomos, Baden-Baden, 2002),
 14. Avramov, Smilja, "Opšta pravna načela kao izvori međunarodnog prava", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1959, br.3
 15. В Бекяшев К. А., редактор- *Международное публичное право*, 4-е издание, группа аутора –, Москва, 2005.
 16. Benzing, Markus: *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten*, 'Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, *Vol 215, 2010 (Summary, str.739-755)*
 17. Berndhardt, Rudolf: –urednik –*Encyclopedia of Public International Law*, 1981.
 18. Bowett, "The Impact of Security Council Decisions on the Dispute Settlement Procedures," *European Journal of International Law*, 1984, No. 1
 19. Brower, Charles N., Evidence Before International tribunals: The Need for Some Standard Rules," *International Lawyer*, Spring 1994.
 20. Brown, Chester: *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007. .
 21. Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*, 5th ed., Clarendon Press, Oxford., 1998
 22. Bustamente, Antonio S. de, "The Permanent Court of International Justice", A lecture given at the Academy of International Law of the Hague on August, 1, 1923 (prevod sa francuskog), Reprinted from *Minnesota Law Review*, Vol. 9, 122-139, 240-268, Minneapolis, 1925.
 23. Carlston, Kenneth, S. , "Procedural Problems in International Arbitration, " *American Journal of International Law*, Vol. 39, No. 3, July, 1945, pp.426-429.
 24. Caron, David D.:Framing Political Theory of International Courts and Tribunals: Reflections at the Centennial, ASILS Proceedings 2006,

25. Carty, Anthony: The Corfu Channel case – and the Missing Admiralty Orders, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Вол. 3, 2004, стр. 1-35
26. Cassese, Antonio: The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, str. 144-171
27. Chang, Bin: *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953 (reprinted Cambridge University Press, 2006)
28. Chang, Yi-Ti: „Legal Presumptions and Admissibility of Evidence in International Adjudication,“ *The Annals of the Chinese Society of International Law*, 1966
29. Ciobanu, Dan, “Litispence between the International Court of Justice and the Political Organs of the United Nations”, *The Future of the International Court of Justice*, Edited by Leo Gross, Vol. I, Oceania Publications, Inc., Dobbs, Ferry, New York, 1976, pp.209-275
30. Clermont, M. Kevin and Sherwin, Emily: “A Comparative View of Standards of Proof,” *American Journal of Comparative Law*, Vol.50, 2002 (pp.243-275)
31. Collier, John and Lowe, Vaughan: *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 2000
32. Cryer, Robert - Friman, Haken - Robinson, Darryl - Wilmshurst Elizabeth: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2008, str. 405 i dalje.
33. Čukalović, Ivan: Izvođenje dokaza pred Međunarodnim sudom pravde, *Relevana pitanja međunarodnog krivičnog prava*, Tara, Septembar 2003.
34. Damaska, Mirijam: "Free Proof and Its Detractors," *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995
35. Danner, Allison Marston - Martinez, Jenny S.: Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command responsibility, and the Development of International Criminal Law, *California Law Review*, January, 2005, 75-169

36. Dapo, Akande: "The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice" *European Journal of International Law*, Vol 9, Issue 3, 1998.
37. Davies, G. L.: The exclusion of evidence illegally or improperly obtained: an unsatisfactory answer to an unstated question, *Journal of Financial Crime*, Vol. 9 Issue. 3, str. 244-248
38. Dupuy, Pierre-Marie: „The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court Of Justice“ *International Law and Politics*, Vol. 31 (pp. 791-807)
39. Evans, Malcolm –уредник, *International Law*, Oxford University Press, 2003.
40. Evensen, Jens: „Evidence Before International Courts,“ *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret.*, 1955
41. Favre, A. "Les principes généraux du Droit, fonds commun du Droit des gens", *Recueil d'études de Droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 369- 390
42. Feller, Abraham H.: *The Mexican Claims Commissions of 1923-1934*, N.Y, 1935
43. Fitzmaurice, Sir Gerald, "The General Principles of Law Considered from the standpoint of the Rule of Law", *Recueil des Cours*, 1957, II, Tome 92 de la collection, Academie de droit International, 1958., pp. 1-227.
44. Fitzmaurice, Sir Gerald, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and certain other Treaty Points", *The British Yearbook of International Law*, 1951, 28 year of issue, Issued under Royal Institute of International Affairs, Oxford University Press, 1952.
45. Fitzmaurice, Sir Gerald, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: International Organisations and Tribunals", *The British Yearbook of International Law*, 1952, 29 year of issue, Issued under Royal Institute of International Affairs, Oxford University Press, 1953
46. Fitzmaurice, Sir Gerald: "The General Principles of Law Considered from the standpoint of the Rule of Law", *Recueil des Cours*, 1957, II, Tome 92 de la Collection, Leyde (Bays-Bas), 1958

47. Fitzmaurice, Sir Gerald: *The Law and Procedure of the International Court of Justice*", Volume One, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1986
48. Fleming, James Jr., *Civil Procedure*, 1965, str. 248-266, репродуковано у John R. Waltz and Roger C. Park, *Evidence - Cases and Materials*, -Foundation Press, New York, 2004
49. Foster, Fact finding and the World Court, *Canadian Yearbook of International Law*, 1969
50. Franck, Thomas .M. *Fairness in International Law and Institutions*, 1995
51. Franck, Thomas and Prows, Peter: „The Role of Presumptions in International Tribunals,“ *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* , vol 4 (str.197–245), 2005
52. Franck, Thomas M. and Prows, Peter: “The Role of Presumptions in International Tribunals,“ *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4: 197–245, 2005
53. Franck, Thomas: “Fairness in the International Legal and Institutional System, Recueil des Cours, Academie de droit international,“ 1993.
54. Freitas, Jose Lebre de, *La Preuve dans l’Union Europeene: differences et similitudes*
55. Gajić, Aleksandar V.: Privremene mere Međunarodnog suda pravde, Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008.
56. Goldstone, Richard D. – Hamilton, Rebecca J.: “Bosnia v. Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Court of justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, 2008 (str.95-112)
57. Graefath, Bernhard: „Leave to the Court what Belongs to the Court: The Libyan Case“, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 2.
58. Grando, Michelle T.: *Evidence, Proof and fact-Finding in WTO Dispute Settlement*, Oxford University Press, New York 2009.
59. Grieg, D.W, „The Advisory Jurisdiction and the International Court of Justice and the Settlement od Disputes between States, *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 15, 1966

60. Gross, Leo „Limitations upon Judicial Function," *American Journal of International Law*, vol. 58, No. 2, str. 415–432.
61. Hafner, Donald. L и King, Elizabeth B. L.: “Beyond Traditional Notions of Translational Justice: How Trials, Truth Commissions, and Other Tools for Accountability can and should Work Together,” *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol.30, 2007 (pp.91-109).
62. Halinik, Simone: All things Considered: *How the International Court of Justice Delegated its Fact-Assessment to the United Nations in the Armed Activities case,*“ *International Law and Politics*, Vol. 40, 2008. (<http://www.iilj.org/courses/documents/JILP40SI.Halink.pdf>)
63. Harris, D. J., *Cases and Materials on International Law*, Fifth ed., Sweet and Maxwell, 1998.
64. Hart i McNaughton, Evidence and Inference in the Law,1988 (in *The Hayden Colloquium on Scientific Concept and Method*, ed. By Daniel Lerner, 1958, pp. 51-56) reprodukovano u Jon Waltz and Roger C Park, *Evidence, Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2004.
65. Higgins, Rosalyn, “Policy Considerations and the International Judicial Process”, *International and Comaparative Law Quarterly*, Vol. 17, Jan. 1968, pp. 58-84.
66. Higgins, Rosalyn: „Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, 2001
67. Higgins, Rosalyn: International Courts and Tribunals –The Challenges Ahead, *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, Vol. 7 (2008) 261–264 Str.263
68. Hight, Keith: “Evidence, The Court and Nicaragua Case,” *American Journal for International Law*, 1987, Vol. 81, No. 1.
69. Holtzmann, H. M. and Kristjánsdóttir, E. (eds.), *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2007
70. Hoof, Jacomijn van - Haersolte, J van: *Innovations in Mass Claims Dispute Resolution: Using new Standards of Proof*, *Dispute Resolution Journal*, August October 2003, str. 70-78

71. Houtte, van and Yi, Iasson: "Due Process in International Mass Claims," *Erasmus Law Review, Volume 01 Issue 02, 2008*
72. Hudson, Manley O., "The Ninth Year of the Permanent Court of International Justice", *American Journal of International Law*, Vol. 25, No. 1, January, 1931, pp. 1-26.
73. Hudson, Manley O., "The Twenty-Third Year of the Permanent Court of International Justice and its Future", *American Journal of International Law*, Vol. 39, No. 1, January, 1945, pp. 1-12
74. Hudson, Manley O., *The World Court 1922-1929*, revised edition, World Peace Foundation, Boston, 1929.
75. Hudson, Manley O.: *International Tribunals- Past and Future*, 1944
76. Hyd, Charles Cheny: *Maps as Evidence in Boundary Disputes*, *American Journal of International Law*, Vol. 27, No2, 1933.
77. Jakšić, Aleksandar: *Građansko procesno pravo*, drugo dopunjeno izdanje, Službeni Glasnik i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007.
78. Janks, Wilfred: *The Prospects of International Adjudication*, London, 1964
79. Jennings, Sir Robert Q.C. and Watts, Sir Arthur K.C.M.G., Q.C.,- urednici Oppenheim's International Law, 9th ed., Vol. 1, "Peace", Introduction and Part 1, 1996, p. 83
80. Jessup, Phillip C.: „The Palmas Island Arbitration,“ *American Journal of International Law*, vol.22, 1928, str.751
81. Jolowicz, J. A. : Practice Directions and the Civil Procedure Rules, *The Cambridge Law Journal*, March 200, str. 53-61
82. Jordash, Wayne: The Practice of 'Witness Proofing' in International Criminal Tribunals: Why the International Criminal Court Should Prohibit the Practice, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009,(str. 501–523)
83. Katsaris, W. Ken: *Evidence and Procedure in the Administration of Justice*, John and Willey & Sons, Inc., New York-London-Sydney-Toronto, 1975
84. Kazazi, Mojtaba and Shifman, Bette E.: "Evidence before International Tribunals – Introduction," *International Law FORUM du droit international* 1: 193–196, 1999

85. Kazazi, Mojtaba: *Burden of Proof and Related Issues – A Study on Evidence in International Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996
86. Keith, Kenneth James: *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1971
87. Kolb, Robert: “Principles and Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith), *Netherlands International Law Review*, 2006, str. 1-36
88. Kolb, Robert: “Selected Problems in the Theory of Customary International Law,” *Netherlands International Law Review*, 2003
89. Košutić, Будимир- Ракић, Бранко- Милисављевић, Бојан: *Увод у право европских интеграција*, Београд 2012,
90. Крећа, Миленко, *Jus Cogens u међународном јавном праву*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1977.
91. Крећа, Миленко: *Међународно јавно право*, Треће измењено и допуњено издање, Правни факултет универзитета у Београду и Службени Гласник, Београд 2009
92. Lalive, J. F.: Quelques remarques sur la preuve devant la cour permanente et la cour internationale de justice, u *Schweizerisches Jahrbuch fur Internationales Recht*, Vol. 7, 1950
93. Lauterpacht, Herish: *The Development of the Law by International Courts*, 1958
94. Lauterpacht, Sir Herish: *The Function of Law in International Community*, Clarendon Press, Oxford, 1933.
95. Lauterpacht, Sir Herish: *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)*; Longmans, Green and Co, New York, Toronto, Bombay, Calcuta, and Madras, 1927.
96. Lauterpacht, Sir Heresh: “The Revision of The Statute of The International Court of Justice,” reprinted in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 1: 55–128, 2002., str. 87, para. 54.
97. Lauterpacht, Sir Hersh: „The So Called Anglo American and Continental Schools of Thought in International Law“ *British Yearbook of International Law*, vol. 12, 1931.

98. Lillich, Richard: Preface, *Fact-Finding Before International Tribunals- Eleventh Sokol Colloquium*, Richard Lillich-urednik, Transnational Publishers, Inc. Ardsley on Hudson, New York, 1992.,
99. Lissitzyn, Oliver James: *The international Court of Justice-Its Role in Maintain of International Peace and Security*, New Jersey, 2006.
100. Lowe, Vaughan: The Interplay between Negotiation and Litigation in International Dispute Settlement, u Thomas Malick Ndiaye, Rudiger Wolfrum – urednici *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensh*, Leiden, 2007, (253-249)
101. Lukić, Radomir: *Методологија права*, Научна књига, Београд, 1979
102. Malanczuk- уредник: Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7th ed., Routledge, London, 1997, стр. p. 35.
103. Mani, V. S.: *International Adjudication-Procedural Aspects*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston,London, 1980
104. Markel, Asa W.: The Future of State Secrets in War Crimes Prosecutions, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 16, 2007, pp.411-437
105. Marković, Božidar: *О доказима у кривичном поступку*, Издавачка књижара Геце Кона, Београд
106. McDermott, Michael J.: International Environmental Disputes and the Need for Court-Commissioned Independent Experts, *Boston College International & Comparative Law Review* Vol. 34, 2011.
107. McKelvey, John: *Handbook on Evidence*, 5th ed., St. Paul, West Publishing Co., Minnesota, 1944,
108. McNair, *The Development of International Justice*, New York, 1954
109. Merills J. G.: *International Dispute Settlement*, Cambridge, 2011.
110. Miller, Nathan: An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” Across International Tribunals, *Leiden Journal of International Law*, вол. 15, 2002, (стр. 483–526)
111. Miller, Nathan: An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” Across International Tribunal, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, str.483-526

112. Mosler, Herman: „Problems and Tasks of International Judicial and Arbitral Settlement of Disputes Fifty Years after the Founding of the World Court“ u *Judicial Settlement of International Disputes*, Max Planck Institute fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht, Berlin, Heildelberg, New York, 1974
113. Murphy, Peter: “Excluding justice or facilitating justice? International Criminal Law would benefit from Rules of Evidence,” *The International Journal of Evidence and Proof*, Vol. 12 no. 1
114. Oda, S.: The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993) *Recueil des Cours de l' Academine de Droit International*,
115. Oellers-Frahm, Karin: Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdictions-Problems and Possible Solutions, *Max Planc Yearbook of United Nations Law*, Vo. 5, 2001, str. 67-104.
116. Oppenheim, L., *International Law – A Treatise*, Vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, seventh ed. edited by H. Lauterpacht, Longmans, 1961.
117. Oppenheim, *The Fututre of International Law*, Carnegie Endowment for International Peace, Oxford:At the Clarendon Press, Humphrey Milford, London, Edinburgh, New York, Toronto, Melburne and Bombay, 1921.
118. Osborn, Debra: „Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the United States, Canada, England and Australia,“ *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Volume 7, Number 4 (December 2000)
119. Ospina, E. Valencia: Letter to Editor, International Herald Tribunal, 15. November 1995.
120. Oxman, B.: “The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *European Journal of International Law*, Vol. VII, 1996
121. Pellet, Alan: Remarks on Proceedings before the International Court of Justice, *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, Vol. 5 2006 (pp.163-182)
122. Pellet, Alan: The Anatomy of Courts and Tribunals, *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, Vol. 7 2008 (pp.275-287)
123. Phipson, Sidnay L. : *The Law od Evidence*, London, 1942

124. Pocar, Fausto: The Proliferation of International Courts and Tribunals, A Necessity in the Current International Community, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004 (str. 304-308)
125. Poznić, Borivoje: Грађанско процесно право, четрнаесто издање, Савремена администрација, Београд 1995., стр. 205.
126. Quintana, Juan J.:“Procedure before the ICJ - What is Exact Date of the Closure of the Written Phase of Proceedings?” *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals* 7 (2008), 193-203.
127. Rakić, Branko: Srbija pred Svetskim sudom, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009.
128. Reisman, Michael W. , Freedman, Eric E.: *The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication*, American Journal of International Law. Oct. 1982.
129. Riddel, Anna and Plant, Bernard: *Evidence before International Court of Justice*, BIICL, London, 2009.
130. Riddel, Anna: Report on the Oral Proceedings in the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Selected Procedural Aspects, *Leiden Journal of International Law*, 2007, vol. 20 (str. 405-440)
131. Romano, Cesare P. R.:„The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle“, New York University Journal for International Law, Vol. 31, 1999.
132. Rosenne, Shabtai: *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, Volume I, Volume II-Jurisdiction and Volume III Procedure*, Martinius Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006
133. Rosenne, Shabtai, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, A. W. Sythoff, Leyden, 1960.
134. Rosenne, Shabtai: „International Court of Justice: Practice Directions on Judges ad hoc; Agents, Counsel and Advocates; and Submission of New Documents“ *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* , Vol 1 (str.223–245), 2002, str.223-224

135. Rosenne, Shabtai: „The International Court of Justice New Practice Directions“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* , Vol 8 (str.171-180), 2009.
136. Rosenne, Shabtai: Procedure in the International Court– A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1983
137. Rosenne, Shabtai: The Contribution of the International Court of Justice to the United Nations, *Indian Journal of International Law*, Vol 35, 1995, str.67-76
138. Rosenne, Shabtai: *The International Court of Justice – An Essay in Political and Legal Theory*, A. W. Sijthoff's Unitgevarstmaatschappij N. V.,Leiden, 1957
139. Rosenne, Shabtai, *The World Court – What it is and How it Works*, Fifth completely revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London,
140. Ryan, Allan A: Nuremberg's Contributions to International Law, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol.30, 2007 pp.55-89.
141. Schabas, William: The UN Criminal Tribunals, The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, Cambridge University Press, 2006, str. 112-115.
142. Schomburg, Wolfgang: Jurisprudence on JCE /Joint Criminal Enterprise/ - revisiting never ending story,
http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/ctm_blog_6_1_2010.pdf
143. Schwarzenberger, Georg, *The Inductive Approach to International Law*, The London Institute of World Affairs, Stevens & Sons, London, 1965
144. Schwarzenberger, Georg: *International Law Vol. I , International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons Limited, 1949
145. Schwebel, Stephen M.: „Widening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice without Amending Its Statute“ *Cath. U. L. Rev.* Vol 33, (1983-1984)

146. Schwebel, Stephen M.: Three Cases of Fact Finding by the International Court of Justice, Fact-Finding Before International Tribunals, Eleventh Sokol Colloquium, ed. Richard Lillich, Transnational Publishers, Inc. Ardsley on Hudson, New York, 1992
147. Scott, James Brown, *The Project Relative to a Court of Arbitral Justice – Draft Convention and Report adopted by the Second Hague Peace Conference of 1907*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1920.
148. Shah, Hasim Hasan: Discovery by Intervention: The Right to Seize Evidence Located within the Territory of the Respondent State, *The American Journal of International Law*, Vol. 53, No. 3, 1959, str. 595-612.
149. Shahabuddeen, Mohamed: *Precedent in the World Court*, Cambridge, 1996.
150. Shaw Malcolm N: „The International Court of Justice, A Practical Perspective,“ *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, 1997
151. Shaw, Malcom N., *International Law*, fourth edition, A Grotius Publication, Cambridge University Press,
152. Shifman, Bette E., „Evidence before international tribunals – Introduction,“ *International law FORUM du droit international*, Kluwer, 1999.
153. Simma, Bruno: Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009 (str. 265-279).
154. Sinclair, Ian: Some Procedural Aspects of Recent International Litigation, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981.
155. Singh, Sahib: The Potential of International Law: Fragmentation and Ethics, *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 23–43
156. Škulić, Milan: *Међународни кривични суд, надлежност и поступак*, Правни факултет универзитета у Београду, Београд 2005,
157. Somers Susan, Rule 11 bis of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Referral of Indictments to National Courts, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2007 175-185
158. Stern, Brigitte: „Commentary on Substantive and Procedural Questions“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol.7 2008, str. 301-311

159. Stewart, James G., Judicial Notice in International Criminal Law: A Reconciliation of Potential , Peril and Precedent, *International Criminal Law Review*, Vol 3, 3003, str. 245-274
160. Stojanović, Dragoljub i Antić, Oliver: *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2001,
161. Stone, Marcus, *Cross: Examination in Criminal Trials*, Third ed., Totel Publishing, West Sussex, 2009
162. Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court* , Kluwer, 1983
163. Tams, Ch. J., Rau,M. “Commentary to Article 52”, A. Zimmermann, Ch. Tomuschat & K. Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2006)
164. Tanzi, Attila, “Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations,” *European Journal of International Law*, Vol.16, No.4.
165. Tapper, Colin: *Cross and Tapper on Evidence*, jedanaesto izdanje, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007
166. Teitelbaum, Ruth: Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice, *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, Vol. 6, 2007, str.119-158.
167. The International Court of Justice, ICJ The Hague 1986, Third edition.
168. Thirlway, Hugh W.A.: Procedure of teh International Courts and Tribunals“ in R. Berndhardt –urednik –*Encyclopedia of Public Interbnational Law*, 1981.
169. Thirlway, Hugh :The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations, *Chinese Journal of International Law*, Vol.5, No. 1 2006 (pp.15-28),
170. Thirlway, Hugh W. A: "Dillema or Chimera? – Admissibility of Illegaly Obtained Evidence in International Adjudication", *American Journal of International Law*, Vol. 78 No. 3
171. Thirlway, Hugh W.A, „Evidence before International Courts and Tribunals“ u *Encyclopedia of Public International Law- Vol. II Rudolf Berndhardt –urednik*, North Holland Elsevier, 1995 (302-304)

172. Thirlway, Hugh: *The International Court of Justice 1989-2009-At the Heart of the Dispute Settlement System?*, Netherlands International Law Review, Vol LVII, 2010, Issue 3, str.348
173. Thirlway, Hugh: *The International Court of Justice*, y *International Law* (Malcom Evans ed.) Oxford University Press, 2003.
174. Tiefenbrun, Susan W.: The Paradox of International Adjudication: Developments in the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, the World Court, and the International Criminal Court, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Summer 2000, 551-594.
175. Tinta, Monica Feria, "Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case" *European Journal of International Law*, <http://www.ejil.org/journal/curdevs/sr11.html>
176. Tochilovsky, Proceedings in the International Criminal Court: Some Lessons From ICTY Experience, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal justice*, Vol. 10, 2002.
177. Tochilovsky, Владимир: *Juridprudence of the International Criminal Courts, Procedure and Evidence*, Nijmegen, 2006
178. Tomaka, P. -Wordsworth,S: The first Site Visit of the International Court of Justice in Fulfilment of its Judicial Function, *American Journal of International Law*, vol 92, 1998.
179. Tomuschat, Christian: International courts and tribunals with Regionally Restricted and/or Specialized Jurisdiction, *Judicial settlement of International Disputes*, Max Planck... 1974 (pp.218-416), p. 293.
180. Treves, Tulio: Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice on Question Raised by Other International Tribunals, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, str. 215-231.
181. Treves, Tullio »Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice«, *International Law and Politics* Vol. 31, 809-821.
182. Triva –Belajec-Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986

183. Uzelac, Alan: *Истина у судском поступку*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 1997
184. Uzelac, Alan: *Терет Доказивања*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 2003
185. Valencia-Ospina, Eduardo: "Evidence before the International Court of Justice," *International Law FORUM du droit international*, vol. 1 (str. 202–207) 1999,
186. Van der Auweraert, P.: 'The Practicalities of Forced Labor Compensation. The Work of the International Organisation for Migration as One of the Partner Organisations under the German Foundation Law', in P. Zumbansen (ed.) *NSForced Labor: Remembrance and Responsibility: Legal and Historical Observations*, Nomos, Baden-Baden, 2002),
187. Vecchio, Angela del: Globalization and its Effect on International Courts and Tribunals, *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, Vol. 5 2006, str. 1-11.
188. Veryijl, J.H.W., *The Jurisprudence of the World Court*, Vol. II (1947-1965)
189. Vicuña, Francisco Orrego and Pinto, Christofer: *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century*, Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First International Peace Conference, C.E. Doc. CAHDI, 1998
190. Wald, Patricia M.: "Tribunal Discourse and Intercourse: How the International Courts Speak to One Another, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2007 pp.15-27
191. Waldock, "General Course on Public International Law, RdC, 1962–II, репродукован у DJ Harris, *Cases and Materials on International Law*, Fifth. edition,, London, 1998
192. Waltz, Jon and Park, Roger C: *Evidence, Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2004.
193. Wats, Sir Arthur: "Preparation of International Litigation", у Thomas Malick Ndiaye, Rudiger Wolfrum – urednici *Law of the Sea, Environmental*

- Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensh*,
Leiden, 2007
194. Wats, Sir Arthur: New Practice Directions of The International Court of Justice, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 1, (str.247-256),
 195. Weil, Prosper, “‘The Court Cannot Conclude Definitively...’ Non Liqueat Revised”, *Policies, Values and Functions: International Law in the 21st Century, Essays in Honour of Professor Louis Henkin*, Ed. J. I. Charney, D. K. Anton, M. E. O’Connell, pp. 105-116.
 196. Weisburd, A. Mark, “International Courts and American Courts,” *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, Summer 2000, 877-937.
 197. Witemberg, Onus probandi devant les juridictiones arbitrales, *RGDIP*, 55, 1951
 198. Wolfrum, Rudiger: “Taking and assessing evidence in International Adjudication,” u Thomas Malick Ndiaye, Rudiger Wolfrum – urednici *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensh*, Leiden, 2007, (341-356)
 199. Wolfrum, Rüdiger: International Courts and Tribunals, Evidence, y *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>
 200. Wyngaert, Christine van den: Disparities between Evidentiary Rules before International Courts and Tribunals: Can a Clash Be Avoided?, *International Commentary on Evidence*, Volume 4, Issue 1, 2006
 201. Zubel, Eric, “The Lockerbie Controversy: Tension Between the International Court of Justice and the Security Council,” *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol.5 Spring 1999, Golden Gate University, pp. 259-285

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Мр Александар Гајић је рођен 16. априла 1974. године у Београду. Правни факултет Универзитета у Београду уписао је школске 1993/1994 године, и исте године је регулисао војну обавезу одслуживши војни рок. Дипломирао је на Правном факултету Универзитета у Београду 1998 године. Исте године уписао је последипломске студије смер- Међународно јавно право. Испит из Методологије правних и друштвених наука положио је јуна 1998. године са оценом 10 (десет). Научноистраживачку праксу „Приписивање као елемент одговорности државе за међународнопротивправне акте у међународном јавном праву (51 стр.) обавио је у Институту за међународну политику и привреду од 01. марта до 01. септембра 1999. године, под менторством професора др Миленка Креће, који је оценио да је пракса обављена са успехом. Октобра 2001. године положио је са одликом усмени магистарски испит из предмета Смера за међународно јавно право (Међународно јавно право, Право међународних организација, Међународни односи, Дипломатско и конзуларно право и пракса) пред Комисијом у саставу проф. др Миланко Корећа, проф, др Милан Пауновић, проф. Др Радослав Стојановић и проф. Др Стеван Ђорђевић. Магистарску тезу „Привремене мере Међународног суда правде“ одбранио је са одликом 2005. године пред комисијом у саставу: проф. др Миленко Крећа (ментор при изради рада и председник Комисије), проф. Др Родољуб Етински, и доцент др Бранко Ракић.

Кандидат је 2010. године положио правосудни испит.

Од 25. децембра 1998. до 31. августа 1999. године радио је у Институту за међународну политику и привреду у свосјству истраживача приправника. 01. септембра 1999. године заснива радни однос на Правном факултету Универзитета у Београду на радном месту и у звању асистента-приправника. 20. септембра 2005 изабран је за асистента на Правном факултету Универзитета у Београду за предмете Право међународних организација и европско право и Међународно јавно право (Одлука о избору, 02-број:1500/5). 2010 године је реизабран у звање

асистента за уже научне области Међународно јавно право и Право међународних организација и европско право.

Александар Гајић је одлуком Секретаријата Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију 18. марта 2008. године именован за правног саветника за међународно право у предмету бр. ПГ-05-88/2.

Од школске 1999/2000 године руководи вежбама из Међународног јавног права. Од школске 1999/2000. године до школске 2007/2008. године руководио је вежбама из предмета Право међународних организација и европско право. Од школске 2008/2009 руководи и вежбама из предмета Право европских интеграција /од 2012 Увод у право европских интеграција/. Школске 2002/2003 године руководио је и вежбама из Људских права. На Војној академији у Београду, школске 2002/2003 изводио је део предавања и вежби из Војног права и прописа.

Александар Гајић је учествовао на више научних скупова. На научном скупу „Уставне промене“ одржаном 21. и 22. априла 2003. у организацији Правног факултета у Београду изложио је рефереат „Уставна повеа и поједина питања међународног права“. На научном скупу „Уставне промене у нас“ одржаном 27. фебруара 2004. године у Косовској Мировици, у организацији Правног факултета Универзитета у Приштини (Косовска Митровица), изложио је свој реферат „Имплементација норми међународног права у правни сисртем Србије и Црне Горе.“ Учествовао је на међународном научном скупу који је организовао Правни факултет Универзитета у Београду 27-28. септемра 2008 године, Universal Declaration- 60 Years After, са рефератом на тему -International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia -Human Rights Perspective. Активан је учесник у раду међународних научних скупова које организује Удружење за међународно кривично право од 2003 године (септембар 2003, мај 2004, мај 2005, мај 2006 и мај 2007, мај 2008). На скупу одржаном маја 2005, који је био посвећен имплементацији међународног кривичног права у националним законодавствима, изложио је свој реферат „Неколико напомена о односу међународног кривичног права и унутрашњег права.“ Извршио је преводе неколико радова учесника из иностранства за потребе објављивања у зборницима радова са скупова које је организовало Удружење (види параграфе 25. и 26.)

01. марта 2007 године од 11.00-13.00, одржао је гостујуће предавање на позив Правног факултета Универзитета у Марибору (Република Словенија) на тему Пресуда Међународног суда правде у случају који се тиче тумачења и примене Конвенције о геноциду из 1948 –случај Босне и Херцеговине (Sodba Mednarodnega sodišča v Haagu glede Medunarodne konvencije o prepovedi in kaznovanju genocide iz leta 1948-primer Bosne in Hercegovine.)

Александар Гајић је био заступник 45 посланика Скупштине Србије и Црне Горе у поступку пред Судом Србије и Црне Горе, у случају који се тича о усклађености изборних закона и Закона о референдуму Р. Црне Горе са Уставном повељом, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и Међународним пактом о грађанским и политичким правима.

Александар Гајић је учесник Tempus ЈЕР пројекта „Postgraduate Studies for European Integration,“ који се реализује у сарадњи са правним факултетима из Словеније, Аустрије, Италије и Немачке. Један је од учесника у изради програма курса „European Union Common Foreign, Security and Defence Policy У оквиру овог програма био је два пута на студијском боравку у Марибору (Р. Словенија).

Говори енглески и руски језик, служи се француским језиком.

У два мандата (1998-2001, 2002-2005) био је секретар Катедре за међународно право и међународне односе на Правном факултету Универзитета у Београду . Од 2003 –2009 је секретар Удружења за међународно кривично право; 2002-2003 је био члан председништва Друштва правика Београда. Од марта 2008 је придружени члан Удружења бранилаца који иступају пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију /Association of Defence Counsels – International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia/.

Објављени радови:

Монографија:

-Привремене мере Међународног суда правде, *Службени гласник-Правни факултет Универзитета у Београду*, Београд 2008, 445стр.

Одабрани чланци:

- "Уставна повелја и поједина питања међународног права," Уставне промене (уредници: академик проф. др Коста Чавошки и доцент др Оливера Вучић), Правни факултет Универзитета у Београду, 2003, стр. 215-230.

- "Имплементација норми међународног права у правни систем Србије и Црне Горе," Уставне промене у нас, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2004, стр. 207-220.

- "Неколико напомена о односу међународног кривичног права и унутрашњег права," у *Примена међународног кривичног права у националним законодавствима*, Удружење за међународно кривично право, Тара, 2005., стр. 301-314.

-- „Привремени правни режим *pendente lite*“, *Прилози пројекту 2006, Развој правног система Србије и Хармонизација са правом ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007. (319-337)

-- The term „civilian“ in the context of Article 5 of the Statute of the ICTFY does not include members of the armed forces placed *hors de combat*, *Прилози пројекту 2007, Развој правног система србије и Хармонизација са правом ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, str. 223-239

-- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia -Human Rights Perspective, *Human Rights Today- 60 Years of the Universal Declaration* (уредници - Jovanovic и Krstic), Eleven International publishing, 2010, 127-144.

-- Овлашћења председника Међународног суда правде у поступку по захтеву за указивање привремених мера, (19 стр.), *Прилози Пројекту 2008- Развој правног система србије и Хармонизација са правом ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009.

-- Међународни кривични трибунал за бившу Југославију – из перспективе Људских права, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, 2009, вол. 57, бр.4, стр.138-155

Прилог 1.

Изјава о ауторству

АЛЕКСАНДАР ГАЈИЋ

Потписани-а _____

број индекса _____

Изјављујем

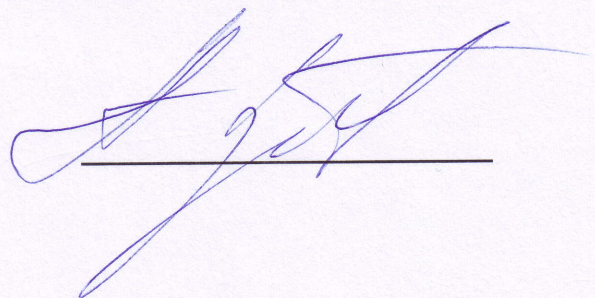
да је докторска дисертација под насловом

ДОКАЗИВАЊЕ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 20/06/2012



Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора Александар В. Гајић

Број индекса _____

Студијски програм _____

Наслов рада Доказивање пред Међународним судом правде

Ментор Др Миленко Крећа - редовни професор

Потписани/а Александар В. Гајић

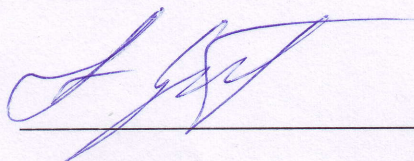
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

У Београду, 20. јун 2012.

Потпис докторанда



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

ДОКАЗИВАЊЕ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство

2. Ауторство - некомерцијално

3. Ауторство – некомерцијално – без прераде

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима

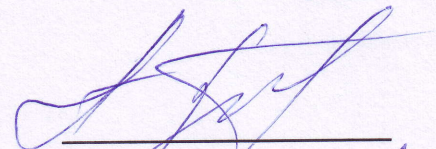
5. Ауторство – без прераде

6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

У Београду, 20/06/2012

Потпис докторанда


Александар В. Гајић