

Мр Александар Гајић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД ЗА БИВШУ ЈУГОСЛАВИЈУ – ИЗ ПЕРСПЕКТИВЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

Овај рад бави се правом и праксом Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију из перспективе људских права. Аутор посебно настоји да објасни методе којима Трибунал тежи да заштити људска права страна у поступку. У том смислу, аутор критикује одлуку донету у случају Тадић, где је Судско веће заузело став да га принципи људских права не обавезују због његове јединствене структуре и природе самог предмета којим се оно бавило. Испитујући даље да ли је надлежност Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију у сагласности са стандардима људских права, овај аутор проучава три групе питања. Прво, истражују се одређена материјално-правна питања како би се одредило да ли је Међународни кривични трибунал за бившу Југославију укључен у такозвани прогресивни развој или ово тело само примењује постојећа правила међународног хуманитарног права. Друго, аутор истражује принцип „једнакости оружја“ и закључује да је он једностран, јер не постоји реална могућност да оптужени на одговарајући начин проуче све материјале који им могу послужити као олакшавајућа околност или их пак ослободити оптужби. Поред тога, аутор сматра да би се при изношењу доказа у кривичним поступцима требало држати стандарда „ван разумне сумње“, а не стандарда „вероватноће“. Такође, стандард једнообразности апелационог преиспитивања коју примењује Жалбено веће у значајној мери ограничава право на жалбу. Аутор закључује да надлежност Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију јесте и биће критички процењивана, нарочито у покушајима да се створе солидне основе за јуриспруденцију Међународног кривичног суда.

Кључне речи: *Јуриспруденција Трибунала. – Случај Тадић. – Прогресивни развој. – Принцип ‘једнакости оружја’. – Стандард ‘ван разумне сумње’.*

Ово је критичан период за међународно кривично правосуђе; период сутона, који ће се показати или као освет међународног права или као његов сумрак.

Антонио Касезе¹

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Универзална декларација о људским правима, иако правно необавезујућа, служила је, а и даље служи, као водећи инструмент у оцени достигнућа стандарда заштите људских права како на унутрашњем, тако и на међународном плану. У преамбули Универзалне декларације се наводи да „људска права треба да буду заштићена владавином права“. Данас нико не може да тврди да међународно право не штити у довољној мери људска права у кривичним поступцима. Међутим, да ли се та права у потпуности спроводе, и како се тумаче, је сасвим друго питање, које се подједнако поставља и у међународном правном поретку и у унутрашњим правним порецима. Међународни и унутрашњи правни системи се суочавају са разним „потешкоћама“ и подложни су критици. Шездесетогодишњица најзначајнијег инструмента за заштиту људских права у историји човечанства је добра прилика да се, из угла заштите људских права, изнесе неколико критичких напомена о праву које примењује и пракси Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (МКТЈ).

По природи ствари, темељно разматрање свих оних питања која су вредна пажње је немогуће учинити у једном чланку; пре би се могла изнети опаска да се овој теми може посветити читава библиотека. У овој презентацији настојаћемо да изнесемо неколико напомена о неколико питања која засигурно спадају у ред најважнијих.

Нема сумње да јуриспруденција МКТЈ има кључну улогу у даљем развоју међународног кривичног права. Међутим, МКТЈ је *ad hoc* трибунал, његове одлуке немају обавезујуће дејство прецедената за друге судове и трибунале, осим у смислу могућег уверавајућег ауторитета *ratio decidendi* његових одлука, што у многоме зависи од одговора на питање да ли је јуриспруденција МКТЈ у складу са међународно признатим нормама и стандардима људских права. Како је закључио судија МКТЈ Дејвид Хант:

О Трибуналу се неће судити по броју осуђујућих пресуда које је изрекао, или по брзини са којом је спровео стратегију

¹ A. Cassese, „Opinion: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Human Rights“, *European Human Rights Law Review* 2/1997, 352.

окончања рада Трибунала (completion strategy) коју је наметнуо Савет безбедност, већ према томе да ли су суђења била правична.²

Правичност суђења и заштита људских права у поступцима пред МКТЈ могу се разматрати само у светлу међународно признатих норми и стандарда људских права. Не занемарујући права жртва да знају истину, као и потребу заштите сведока,³ мора се нагласити да: „уколико права оптуженог, како су дефинисана у међународној регулативи, представљају корак уназад од тих истих права из националних регулатива, онда ће МКТЈ скренути са свог пута.“⁴

Јуриспруденција МКТЈ јесте, а засигурно да ће и у будућности бити још више, под сталном лупом критичке анализе, нарочито у настојању да се изгради солидна основа за развој предстојеће јуриспруденције Међународног кривичног суда. Међународни кривични суд се суочава са бројним проблемима, и тек неколицину је имао прилике да успешно реши. При томе, не изненађује чињеница да досадашња јуриспруденција Међународног кривичног суда не следи решења установљена у јуриспруденцији МКТЈ.⁵ Међутим, сувише је рано да се износе коначни закључци о односу јуриспруденција ова два међународна кривична суда будући да је Међународни кривични суд тек отпочео са радом.⁶

² Dissenting Opinion of Judge David Hunt on Admissibility of Evidence in Chief in the Form of Written Statement, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, 21 October 2003, para 22.

³ Вид., P. Chifflet, „The Rule and Status of the Victim“, *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY* (eds. G. Boas, W. A. Schabas) The Hague 2003. Статут Међународног кривичног суда пружа могућност пуног учешћа жртва у суђењима, које заступају њихови сопствени правни заступници.

⁴ J. Solan, „The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Fair Trial Rights“, *Leiden Journal of International Law* 2/1996, 501. Судија Шомбург експлицитно каже да „лице које је оптужено пред МКТЈ или МКТР не може имати ограничењу заштиту својих људских права само зато што се његово суђење одвија пред међународним кривичним трибуналом, уместо пред националним судом.“ W. Schomburg, „The Protection of Human Rights of the Accused Before the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR)“, *Internationale Strafgerichtsbarkeit – Status quo and Perspektiven* (eds. K. Bard, R. Soyer) Wien – Gratz 2005, 76.

⁵ На пример, по питању припреме сведока за суђење, обавеза Тужилаштва у погледу обелодањивања доказа, дужности Тужилаштва током истраге, система заштите жртва и сведока итд. Такође, Статут Међународног кривичног суда није заснован на јуриспруденцији МКТЈ, иако је она имала значајну улогу приликом израде Статута Међународног кривичног суда. Многа материјалноправна питања која се тичу, на пример, облика одговорности, регулисана су на потпуно другачији начин него што то произилази из јуриспруденције МКТЈ.

⁶ Прво суђење је почело тек 26. јануара 2009. у предмету *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06).

Из јуриспруденције МКТЈ могу се извући и позитивна и негативна искуства. Будући да је унапређење заштите људских права питање од највишег значаја, прво се морају истаћи „негативна искуства,“ како би се избегла даља одступања од владавине права, унапредила заштита људских права, и не мање важно, како би уочени недостаци послужили као основ за могуће преиспитивање пресуда и одлука Жалбеног већа МКТЈ.⁷

2. ОПШТИ ПРИСТУП МКТЈ ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Да би се разумели проблеми везани за методе путем којих МКТЈ тежи да заштити права оптужених, жртава и сведока који се пред њим појављују, као и да ли је ова заштита у складу са релевантним међународно признатим нормама и стандардима, неопходно је имати у виду општи приступ питањима људских права који заговарају судска већа МКТЈ и који је отелотворен у одлукама МКТЈ. Овај општи приступ је формулисан у првом суђењу пред МКТЈ (*Тужилац против Тадића*),⁸ и у целокупној јуриспруденцији МКТЈ тешко је пронаћи одступања од ставова која су заузета у овом предмету.

Претресно веће I је 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 МКТЈ 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

⁷ Уопште узев, Жалбено веће има овлашћење да преиспитује претходне одлуке, нарочито „када сматра да је претходна одлука погрешна или када је прозроковала неостваривање правде“. Међутим, Статут МКТЈ предвиђа веома узан оквир за преиспитивање коначних пресуда (захтев за преиспитивање је прихватљив само у случају да се истиче нека новооткривена релевантна чињенице). (Вид. нпр. *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT/96/R/R119, Appeals Chamber, Decision on Motion for review, 25 April 2002, paras.16–17, *Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10-R, Appeals Chamber, Decision on Motion for Review, 2 May 2002.)

⁸ *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.

(*due process*) често ограничене, а правила доказног поступка мање стриктна,⁹

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.

Веће је закључило да универзална начела о људским правима нису применљива на исти начин као у унутрашњим правним системима, будући да је МКТЈ сроднији војним судовима, и као такав треба да усвоји контекстуални приступ тумачењу људских права.

Да ли је овај приступ у складу са општеприхваћеним нормама и стандардним људских права је више него проблематично, нарочито уколико се имају у виду резерве које су, потпуно оправдано, исказала разна тела за заштиту људских права у погледу остваривања права на правично суђење пред војним трибуналима,¹⁰ као и у погледу сумњи да ли је контекстуални приступ исправан метод тумачења (а његову исправност оспорава и, примера ради, Комисија УН за међународно право). Општи приступ тумачења људских права за који се определио МКТЈ посебно забрињава ако се посматра са позиције очекивања да МКТЈ доследно примењује међународно признате стандарде људских права. Ово очекивање је изражено, на недвосмислен начин, у Извештају Генералног секретара УН, у коме се каже:

Опште је признато начело да Међународни трибунал мора у потпуности да поштује међународно прихваћене стандарде о правима оптужених у свим фазама поступка. По мишљењу генералног секретара такви међународно прихваћени стандарди посебно су садржани у члану 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.¹¹

Извесни чланови Жалбеног већа чини се да се не слажу са овим општим приступом (иако не изричито), али и поред тога увек

⁹ *Ibid.*, para 27. У предмету *Тужилаштво против Купрешкића*, Жалбено веће је истакло: „Међународни трибунал мора увек да пажљиво процени одлуке других судова пре него што се позове на тај необавезујући судски прецедент као на постојеће право.“ Judgment, para. 542.

¹⁰ B. G. McIntyre, „Defending Human Right in the Arena of International Humanitarian Law: Human Rights in the Jurisprudence of the ICTY“, *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY* (eds. G. Boas, W. A. Schabas) The Hague 2003a, 195.

¹¹ Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808(1993), S/25704, para. 106.

гласају за одлуке које су у потпуности у складу са пређашњом јуриспруденцијом. На пример, у једном од научних радова које је објавио за време мандата судије Жалбеног већа МКТЈ, судија Волфганг Шомбург је написао:

Особа која је оптужена пред МКТЈ... не може имати ограниченију заштиту људских права само зато што се његово суђење одвија пред међународним кривичним трибуналом уместо пред националним судом.¹²

Овај приступ се чини исправним и заснован је на изричитом становишту судије Шомбурга да стандарди из Међународног пакта о грађанским и политичким правима „пружају јасне смернице не само за *ad hoc* трибунале“.¹³ Нажалост, пракса није увек у складу са приступом који је заговарао (али није примењивао) судија Шомбург.

Права оптуженог, која су утемељена у Међународном пакту о грађанским и политичким правима, такве су природе да ни један међународни суд нема овлашћење да их дерогира, будући да су призната као минимални стандард, те од њих нису дозвољена никаква одступања (осим оних изричито уређених овим међународним уговором), без обзира на предмет кривичног поступка. Како је луцидно запазила Габријела Мекинтајер, један од правних сарадника Жалбеног већа у МКТЈ:

оправдавајући одступање од универзалних принципа признатих од стране међународне заједнице, спорно је да ли Трибунал успоставља хијерархију права у којој ове универзалне норме могу да буду подривене.¹⁴

МКТЈ нема право претходника на чију јуриспруденцију би могао да се ослонити. Како износи Касезе:

Нирнбершки и Токијски трибунали припадају добу које је претходило кодификованим људским правима. Према међународном праву, права гарантована оптуженима била су рудиментарна, а у пракси се нису увек у потпуности поштовала.^{15 16}

¹² W. Schomburg, 76.

¹³ *Ibid.*, 74–75.

¹⁴ G. McIntyre (2003a), 194–195.

¹⁵ A. Cassese (1997), 331. Вид. и Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, *The Prosecutor v. Tadić*, 10. August 1995, para. 20–21.

¹⁶ „Као тело које је јединствено у међународном праву, Међународни трибунал има мало прецедената који могу да послуже као смернице. Међународни кривични трибунали у Нирнбергу и Токију су имали само основна правила поступка“. Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, *The Prosecutor v. Tadić*, 10. August 1995, para 20.

Међутим, МКТЈ припада добу кодификованих људских права, кларификованих од стране различитих тела (међу њима и судских)¹⁷ која се баве заштитом људских права, и чини се да његов задатак треба да буде спровођење достигнутих стандарда људских права, а не одступања од њих. С друге стране, да ли је јуриспруденција МКТЈ у складу са овим стандардима не може се утврђивати само на основу општих разматрања и општих становишта, већ и на основу темељних анализа.

3. НЕКА МАТЕРИЈАЛНО-ПРАВНА ПИТАЊА (*Nullum crimen sine lege*)

Контекстуални приступ има потенцијал да озбиљно угрози права оптуженог. Проблематичан је и сам контекст унутар ког МКТЈ тумачи релевантна правила, и то не само ради утврђивања процесних права оптуженог и његове одбране већ и материјалног права. Контекстуални приступ који примењује МКТЈ је нарочито проблематичан у домену утврђивања правила Међународног хуманитарног права и правила којима се регулишу основи (видови) кривичне одговорности. Неколико примера се чини довољним да оправда ову забринутост, те да покрене лавину питања о применљивости принципа *nullum crimen sine lege* од стране МКТЈ.

Извесни аспекти правила о репресалијама у међународном праву чини се да представљају добру полазну тачку, будући да изгледа да јуриспруденција МКТЈ није у складу са јасно утемељеним међународним обичајним правом и да МКТЈ, у примени контекстуалног приступа у тумачењу правила о репресалијама, дозвољава себи слободу да процени утицај новоформираног међународног кривичног правосуђа.

Наиме, Жалбено веће је становишта да:

...иако су репресалије могле имати минимум оправдања у прошлости када су практично биле једини ефикасан начин да се непријатељ присили да прекине са противправним ратним деловањем и да убудуће поштује међународно право, данас се оне више не могу оправдати на тај начин. Данас су средства да се неко присили на поштовање међународног права шире доступна и, што је још важније, почињу да се показују као прилично делотворна у кривичном гоњењу и кажњавању за ратне злочине и злочине против човечности пред националним и међународним судовима. Та средства служе томе да се пред лице правде изведу они који су одговорни за сваки такав зло-

¹⁷ Примера ради, Европски суд за људска права, Интерамерички суд за људска права.

чин, као и да одврате, мада у ограниченом обиму, од бар најочитијих кршења међународног хуманитарног права.¹⁸

Само постојање међународног кривичног правосуђа не може се узети за елемент контекста који Трибунал треба да узме у обзир приликом утврђивања права које треба да примени. Свако ко је упознат са правилима о репресалијама зна да репресалије, да не би биле противправне, морају да буду предузете као крајње средство, док трају тешка кршења међународног хуманитарног права и једино као средство да се прекине са тешким кршењима међународног хуманитарног права и да се страна у сукобу примора да поштује правила међународног права.¹⁹ Репресалије су превасходно мера за заустављање тешких кршења међународног хуманитарног права и стога су ове противмере нужне, посебно с обзиром на развој ситуације у којој су кривично гоњење и кажњавање далеко од реалности тренутка када такве мере морају да буду спроведене како би се сачували животи и заштитиле друге фундаменталне људске вредности.²⁰ Штавише, далеко од тога да је међународно кривично правосуђе делотворно на начин и у мери како то тврде већа МКТЈ. Пракса је јасан показатељ да се делотворност међународног кривичног правосуђа може процењивати једино у контексту постконфликтне ситуације и воље држава да сарађују са тужилаштвом. Нема никаквог основа за тврдњу да су међународни кривични трибунали делотворни током оружаног сукоба или барем у периоду у коме су они који су оптужени на власти.

Поједини облици одговорности које примењује МКТЈ изгледа да нису у складу са правилима међународног права. Нарочити проблем представља такозвани трећи тип удруженог злочиначког подухвата као облика кривичне одговорности, што је потпуна иновација јуриспруденције Трибунала. Будући да простор који нам стоји на располагању не дозвољава чак ни елементарно разматрање овог облика одговорности, чини се примереним да се нагласи да МКТЈ примењује веома низак стандард *mens rea* приликом изрицања осуда

¹⁸ *The Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, Judgment, 14 January 2000, para. 530.

¹⁹ Вид. нпр. С. Greenwood, „The Law of War (International Humanitarian Law)“, *International Law* (ed. М. Evans) New York 2003, 820. Додатни Протокол I уз Женевску конвенцију забрањује репресалије против цивилног становништва, цивилних објеката и неких других предмета (чл. 51(6), 52(1), 53(2) и 56 (4)). Гринвуд је истакао да „су ове одредбе контроверзне“ те да се „не сматрају делом обичајног међународног права“. *Ibid.*

²⁰ Чак и бивши председник МКТЈ, Антонио Касезе, који је био члан Већа које је изнело спорно становиште, је признао да МКТЈ „није одвратио особе од даљег чињења злочина[...]. Нити је значајно допринео поновном успостављању мира или помирењу супротстављених етничких и верских група“, А. Cassese, „The ICTY: A Living and Vital Reality“, *Journal of International Criminal Justice* 2/2004, 596–597.

за најтеже злочине. Наиме, без статутарне одредбе, путем контекстуалног тумачења Статута, МКТЈ уводи три типа удруженог злочиначког подухвата, омогућавајући да се оптужени огласи кривим за злочин који није извршио, није наредио његово извршење, нити на било који начин учествовао у његовом извршењу.

За трећи облик удруженог злочиначког подухвата, оптужени се сматра одговорним за неко кривично дело које излази из оквира заједничког циља ако је, у зависности од околности дотичног предмета, (i) било предвидиво да би неко од чланова те групе могао извршити такво кривично дело и ако је (ii) оптужени својевољно прихватио ту могућност (*dolus eventualis*).²¹

Овај концепт тешко да је *lex lata* савременог међународног права и не изненађује што је акроним овог облика одговорности (*JCE*) стекао колоквијалну интерпретацију која се изражава речима – *just convict everybody*. Насупрот правилима која су створиле судије МКТЈ, Статут Међународног кривичног суда (међународни уговор који се са сигурношћу може сматрати да одражава позитивно међународно право и његов прогресивни развој) не омогућава кажњавање за овакав облик *mens rea*.²²

Изгледа да су границе командне одговорности, као облика одговорности који има своје јасно утемељење у међународном обичајном и уговорном праву, биле сувише уске за осуду оптужених „вишег ранга“ (политичко и војно руководство). Иако основна идеја удруженог злочиначког подухвата није лишена валидности (одговорност за учешће у „удружењу“ које има за циљ вршење злочина или да оствари легалан циљ путем вршења злочина) и инкорпорисана је у Статут Међународног кривичног суда²³, у пракси МКТЈ-а је уништена увођењем елемената који су страни самој природи ратних злочина и злочина против човечности.

Како је истакао проф. А. М. Данер:

²¹ Вид. нпр. *Prosecutor v. Martić*, Trial Chamber, Judgment, 12 June 2007, para. 439; Judgment, Appeals Chamber, 8 October 2008, para. 68.

²² Вид. чл. 30 Статута Сталног кривичног суда.

²³ „Римски статут Међународног кривичног суда каже да је појединац кривично одговоран за злочин уколико почини, нареди, или помогне и подстакне злочин, или „на други начин допринесе чињењу или покушају чињења таквог злочина од стране групе лица која дејствује са заједничким циљем.“ Дакле, удружени злочиначки подухват, под једним од својих алтернативних назива (доктрина заједничког циља), је обухваћена Статутом Међународног кривичног суда. Ова одредба Статута Међународног кривичног суда није заснована на јуриспруденцији МКСЈ, [...] већ је преузета из Међународне конвенције о сузбијању терористичког бомбардовања.“ А. Marston Danner, J. S. Martinez, „Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law“, *California Law Review* 1/2005, 154.

У пракси, удружени злочиначки подухват (као облик одговорности, прим. А. Гајић) представља огроман пренос овлашћења са међународних судија на тужиоце, који имају енормну дискрецију да одлучују колико престапа да вежу за сваког од оптужених. Због тога што је ова доктрина веома „лабава“, удружени злочиначки подухват се опасно приближава одговорности због удруживања. То је нарочито проблематично у светлости још увек крхке легитимности међународног кривичног права.²⁴

Парадоксално, удружени злочиначки подухват је дефинисан „као облик одговорности у оквиру значења ‘почињења’ сходно члану 7(1) Статута“.²⁵ Дакле, оптужени може бити проглашен кривим за извршење злочина, чак и уколико није био свестан да се злочин догодио, чак и ако није подржавао или планирао тај злочин, чак и ако не може бити проглашен кривим за помагање и подржавање злочина. Уводећи концепт удруженог злочиначког подухвата Тужилаштво је готово сигурно да ниједан од *high-level* оптужених неће моћи да избегне осуђујућу пресуду.

4. ОБЛИК ИСТРАГЕ, ОБЕЛОДАЊИВАЊЕ ДОКАЗНОГ МАТЕРИЈАЛА И МОГУЋНОСТИ ОПТУЖЕНОГ ДА ПРИПРЕМИ СВОЈУ ОДБРАНУ (НАЧЕЛО ЈЕДНАКОСТИ ОРУЖЈА)

Почетна тачка сваке дискусије о природи одређеног кривичног поступка је форма истраге, нарочито улога главног истражног тела, у случају МКТЈ, Тужилаштва. Опште је прихваћено да облик истраге у доброј мери детерминише обавезе странака у каснијим фазама поступка, као и начин извођење доказа. Форма истраге има значајан утицај на оптуженог и може послужити као поуздан критеријум за утврђивање да ли је поступак (у претпретресној и претресној фази) такав да оптуженом омогућава да у односу на тужилаштво буде у позицији једнакости оружја, што је једно од основних начела у оквиру права на правично суђење.

²⁴ A. Marston Danner, „Joint Criminal Enterprise and Contemporary International Criminal Law“, *The American Society of International Law Proceedings of the 98th Annual Meeting* (Mapping New Boundaries, Shifting Norms in International Law), 31 March– April 2004, Washington, DC, 188.

²⁵ *Тужилац против Тадића*, Пресуда, Жалбено веће, пара. 190; *Тужилац против Стакића*, Пресуда, Жалбено веће, пара. 62; *Тужилац против Милана Милутиновића, Николе Шаиновића и Драгољуба Ојданића*, предмет бр. IT-99-37-AR72, Одлука по приговору Драгољуба Ојданића на ненадлежност – удружени злочиначки подухват, 21. мај 2003, пара. 20, 31; *Тужилац Против Милана Мартића*, Пресуда Претресно веће, пара. 435.

У МКТЈ, истрага је у потпуности једнострана. Иако је поступак пред МКТЈ адверсаријалне природе, ова одлика истраге је веома проблематична.²⁶ Наиме, оно што је Тужилаштво чинило, а и даље ради, је спровођење истрага у циљу изношења и поткрепљивања оптужби, а не истраге која би једнако обухватала и инкриминишуће и ослобађајуће доказне материјале.²⁷

Тужилаштво има обавезу, према правилу 68 Правилника о поступку и доказима, да одбрани обелодани све ослобађајуће и олакшавајуће доказне материјале које поседује. Међутим, правило 68 Правилника ствара потешкоће јер Тужилаштво само одређује шта је противно његовој позицији²⁸ и не постоји стварна могућност да оптужени адекватно испита материјале које је прикупило Тужилаштво. Као што је Претресно веће закључило:

Правило 68...се не преводи у право Одбране да добије све доказе Тужилаштва који могу бити корисни у одбрани од оптужби које су наведене у оптужници.²⁹

²⁶ „У већини *common law* јурисдикција полиција и тужилаштво имају обавезу да спроведе све разумне истраге у вези са наводним злочиним и уколико се пронађе ослобађајући материјал о томе се мора обавестити одбрана. Међутим, у земљама *civil law*-а, тужилаштво има обавезу да трага за таквим материјалом.“ V. Tochilovsky, „Proceedings in the International Criminal Court: Some Lessons to Learn from ICTY Experience“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 4/2002, 269, фн. 6.

²⁷ Вид. V. Tochilovsky (Trial Attorney of the Prosecution of the ICTY and its representative at the conference establishing the ICC), 269. Вреди поменути примедбу Точиловског (на истој страни). „Оваква једнострана истага је прилично страна правним формама *civil law* јурисдикција. На пример, у једном предмету пред МКТЈ, бранилац је реаговао на такву наводно ‘једнострану’ истрагу од стране тужилаштва на следећи начин – „Тражили смо од истражитеља да дођу у Витез и да не интервјуишу само једну страну [...]. Било је то први пут да сам се суочио са проблемом „моји сведоци“ и „ваши сведоци“, јер у земљи у којој смо радили, обично смо имали сведоке суда...“ (*Kupreškić*, IT-95-16-T, Transcript, 27 August 1998).

²⁸ Претресно веће се ослања на добру веру Тужилаштва, и истовремено признаје да постоји извесни субјективизам приликом утврђивања које су информације или докази ослобађајући. (*Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Decision of April 1998). Са друге стране, „Тужилаштво нема обавезу да се консултује са оптуженим ради доношења одлуке о томе који материјал сугерише невиност или олакшава кривицу оптуженог или утиче на кредибилитет доказа Тужилаштва. Питање који доказ може бити ослобађајући је првенствено на чињеницама заснован суд који доноси Тужилаштво и који је обухваћен одговорношћу Тужилаштва“. *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment, Case No. IT-95'14'A, 29 July 2004, para. 264. Вид. и: *Prosecutor v. Brđanin and Talić*, Case No.: IT-99-36-T, Decision on Motion for Relief from Rule 68 Violations by the Prosecutor and for Sanctions to be Imposed Pursuant to Rule 68bis and Motion for Adjournment While Matters Affecting Justice and a Fair Trial Can be Resolved, 30 Oct. 2002, para. 30.

²⁹ *Prosecutor v. Blagojević et al.*, case No. IT-02-60-PT, Trial Chamber II, Joint Decision on Motions Related to Production of Evidence, 12 December 2002, para. 26.

Жалбено веће тврди да је:

на Тужилаштву да одреди да ли доказ јесте или није ослобађајући. Веће се не меша у вршење ове дискреције Тужилаштва, осим уколико се не покаже да је Тужилаштво злоупотребило своју дискрецију.³⁰

Одбрана и већа МКТЈ немају приступ досијеу Тужилаштва. Тужиочеву обавезу обелодањивања одређује само Тужилаштво (тушилаштво као судија у сопственој ствари), јер критеријуми шта јесте а шта није у корист одбране, за сврху испуњавања обавезе обелодањивања, је у потпуности на Тужилаштву. Одбрани није дозвољено да спроводи такозвану *fishing expedition* претрагом материјала који се налази у поседу Тужилаштва. Наиме, Веће неће дозволити приступ материјалима у поседу Тужилаштва „осим уколико Одбрана не покаже да су конкретни докази релевантни за припрему одбране и да су у поседу Тужилаштва или да Тужилаштво има контролу над овим доказима“.³¹

Категоризацију доказног материјала као инкриминишућег или ослобађајућег одређује Тужилаштво, а не Одбрана или Претресно веће. Понекад шта је инкриминишуће, а шта ослобађајуће, зависи од тумачења, и обе стране се могу позивати на иста документа ради поткрепљивања својих теза. Чини се да би значајан помак у остваривању начела једнакости оружја био уколико би се у претпретресној фази поступка потенцијални доказни материјал једноставно класификовао као релевантан или ирелевантан, и када би био доступан одбрани од самог почетка претпретресног поступка. Насупрот МКТЈ, Међународни кривичног суда прихвата решење, или му је веома близу, да сви релевантни материјали буду доступни свим странама у поступку, укључујући ту и претресно и претпретресно веће.

За разлику од МКТЈ, Статут Међународног кривичног суда изричито уређује обавезе Тужилаштва, које су у потпуности у складу са начелима правичног суђења и једнакости оружја. Члан 54. Статута МКТЈ је изричит:

Ради утврђивања истине, истрага треба да буде довољно широка како би обухватила све чињенице и доказе релевантне за оцену да ли постоји кривична одговорност према овом Ста-

³⁰ Вид. *Prosecutor v. Brđjanin*, Decision on Appellant's Motion for Disclosure Pursuant to Rule 68 and Motion for an Order to the Registry to Disclose Certain Materials, Case No. IT-99-36/A, Appeals Chamber, 7 December 2004, 3, *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment, Appeals Chamber, Case No. IT/95/14/A, 29 July 2004, para. 264.

³¹ Вид. *Prosecution v. Delalić and others*, Decision on the Motion by the Accused Zjenil Delalić for the Disclosure of Evidence, Case No. IT-96-21-PT, September 1996, para. 9.

туту, и при њеном спровођењу, истражују се на једнак начин и инкриминишуће и ослобађајуће околности.

Спровођење ове одредбе није без одговарајуће контроле, будући да Претпретресно веће Међународног кривичног суда може да затражи од Тужилаштва да трага за ослобађајућим доказима, на пример да интервјуише сведока;³² па чак може да донесе одлуку о прекиду поступка уколико Тужилаштво не обелодни Одбрани или не учини доступним судијама важан потенцијално ослобађајући материјал.³³

Једнакост оружја није одлика МКТЈ, јер је Тужилаштво у много бољем положају од одбране у погледу особља, финансијских средстава, спољне подршке, а поготову с обзиром на обавезе држава да сарађују са Тужилашством. Такве могућности, и једнаке обавезе држава, нису присутне на страни одбране. Овакав структурални дефект МКТЈ је елиминисан из система Међународног кривичног суда.

Док је код Међународног кривичног суда спроведена сама идеја да је Тужилаштво независно тело које трага за истином, код МКТЈ Тужилаштво је орган Трибунала чији је примарни циљ да издејствује осуду оптуженог. Док је природа положаја Тужилаштва да стреми осуди оптуженог, обавезе Тужилаштва Међународног кривичног суда су такве природе да у највећој могућој мери анулирају разлике у стварним могућностима Тужилаштва и одбране да спроводе истраге, и да у сваком случају чине поступак праведним и принцип једнакости оружја остваривим у највећој могућој мери.

Већа МКТЈ схватају начело једнакости оружја само као процедуралну једнакост,³⁴ уводећи једновремено озбиљна ограничења овог начела. МКТЈ не узима у обзир очигледну неједнакост између Тужилаштва и Одбране у погледу њихових могућности да припреме своје случајеве.³⁵ Институционалне предности Тужилаштва у погледу финансијских средстава, особља, сталне обавезе држава да сарађују са Канцеларијом Тужилаштва, сталне истраге, подршке различитих невладиних организација, итд. чини могућим да буду у потпуности спремни за вођење поступка чак и пре подизања оптужнице, а

³² V. Tochilovsky, 269.

³³ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber 1, Decision of 13 June 2008.

³⁴ Вид. *Prosecutor v. Tadić*, Appeal Judgment, 15. July 1999, paras. 48–50.

³⁵ G. McIntyre, „Equality of Arms – Defending Human Rights in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Leiden Journal of International Law* 2/2003, 272. „Ова неједнакост произилази из процедура Трибунала и последица је институционалних предности канцеларије Тужилаштва као органа Трибунала. [...] у контексту Трибунала, ако се поштује пун опсег принципа једнакости оружја и да је кривични поступак пред Трибуналом правичан поступак, принцип једнакости оружја би требало тумачити на много шири начин, а не као актуелну процедуралну једнакост.“

једновремено немају обавезу да истражују и инкриминујуће и ослобађајуће доказе. Нарочито оптужени који се самозаступа има веома ограничене могућности да се припреми за суђење, знатно ограниченије него када га заступа бранилац.

5. СТАНДАРД „ВАН РАЗУМНЕ СУМЊЕ“ И СТАНДАРД ПРЕИСПИТИВАЊА ЧИЊЕНИЧНИХ НАЛАЗА ПРЕТРЕСНОГ ВЕЋА ПО ЖАЛБИ

Како је истакао судија Ричард Меј, стандард доказивања ван разумне сумње је фактор „који иде за очувањем правичности и равноправности странака пред међународним кривичним трибуналима“.³⁶ Овај стандард доказивања има свој јасан основ у Статуту и Правилнику о поступку и доказима, али ипак, нека претресна већа га не примењују на исправан начин.

Примера ради, у пресуди донетој у предмету *Тужилац против Милана Мартића*, Претресно веће је изразило своје становиште у погледу релевантног стандарда доказивања не у главном тексту, већ у фусноти, истакавши следеће:

Према схватању Претресног већа, „критеријум ‘ван разумне сумње’ означава висок степен вероватноће; он не означава нешто што је извесно или доказано без сенке сумње“.³⁷

Претресно веће је, дакле, било становишта да захтевани стандард доказивања, ван разумне сумње, који је највиши могући стандард доказивања, не означава „извесност“ (*certainty*). Скорашња јуриспруденција Међународног суда правде пружа убедљиве разлоге у прилог тезе да је одређење стандарда доказивања, које је заговарало Веће које је поступало у предмету *Мартић*, погрешно. У спору који се тичао тумачења и примене *Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида (Босна и Херцеговина против Србије и Црне Горе)* Међународни суд правде је захтевани стандард доказивања јасно дефинисао, истакавши, између осталог, следеће:

У погледу захтева тужиоца за утврђењем да је тужени прекршио своје обавезе спречавања и кажњавања геноцида и изручења особа оптужених за геноцид, Суд захтева доказ на високом нивоу извесности који је примерен тежини оптужби.³⁸

³⁶ R. May, M. Wierda, „Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, the Hague and Arusha“, *Columbia Journal of Transnational Law* 3/1999, 725.

³⁷ *Prosecutor v. Milan Martić*, IT-95-11-T, Trial Chamber I, Judgment, 12 June 2007, фн. 19.

³⁸ *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, para. 210.

Другим речима, стандард „ван разумне сумње“ није ништа друго до *висок ниво извесности*. Ово становиште налази свој чврст ослонац у јединственој јуриспруденцији разних судова, као и у литератури.³⁹

Иако је Жалбено веће утврдило да је стандард доказивања, како га је дефинисало Претресно веће, „нејасан, те да није у складу са захтеваним стандардом доказивања у кривичним поступцима“,⁴⁰ жалбени основ (погрешна примена права) је одбачен.⁴¹ Упркос томе што је утврдило да се Претресно веће позвало на погрешан стандард доказивања, Жалбено веће је установило да „други искази Претресног већа који се тичу стандарда доказивања показују да је Претресно веће правилно разумело захтевани стандард доказивања“,⁴² и у фусноти упутило на фусноту бр. 141 Пресуде Претресног већа у којој се указује на релевантне параграфе из неколицине пресуда Трибунала, међу којима и пресуду донесену у предмету *Тужилац против Лимаја и осталих*.

Неправилна артикулација стандарда доказивања „ван разумне сумње“ проузрокује тешкоће и у жалбеном поступку. Стандард преиспитивања пресуде по жалби је судијско право (*judge made law*), које је веома уско концептуализовано. Када Одбрана или Тужилаштво поднесе жалбу наводећи као жалбени основ погрешно утврђено чињенично стање које је довело до неостваривања правде, треба да демонстрира да оспоравани налаз „не би могао да прихвати ниједан разуман пресудитељ о чињеницама.“ („no reasonable trier of fact could

³⁹ „Традиционално, у међународном правосуђу, осим *prima facie* доказа који је резевисан за прелиминарни поступак, примењују се два стандарда доказивања, доказ ван разумне сумње, који захтева *висок ниво извесности*, и стандард претежног доказа. Овај други стандард означава да оцена доказа указује на посебан правац, иако остаје основана или чак више него основана сумња. Међународни судови или трибунали нису се строго придржавали ових стандарда, већ су их комбиновали или, тамо где је то било примерено с обзиром на околности случаја, модификовали. Стандард „чињенично и правно заснован“ из члана 28. Статута Међународног суда правде није стандард доказивања у смислу „претежног доказа“, већ је пре упоредив са стандардом доказивања у смислу „доказа ван разумне сумње“, који се примењује у многим националним правним системима“ М. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues*, The Hague 1997, 324; Separate Opinion of Vice-President Wolfrum, The M/V „Saiga“ (no. 2) Case (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*), International Tribunal for the Law of the Sea, Merits, para. 12. Вид. такође, C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Leiden – Boston 2005, 235–238.

⁴⁰ *Prosecutor v. Milan Martić*, Judgment, Appeals Chamber, 8. October 2008, para. 58.

⁴¹ Жалбено веће је нажалост закључило да „Мартић није успео да покаже да је Претресно веће заправо погрешило у примени стандарда доказивања“, чак и ако се оспорени налаз не тиче погрешно утврђеног чињеничног стања (што је било резервисано за друге жалбене основе) већ погрешно утврђеног/примењеног права.

⁴² *Ibid.*, para. 59.

have made the impugned finding“). Другим речима, када Одбрана поднесе жалбу „Жалбено веће ће разматрати да ли ниједан разуман пресудитељ о чињеницама не би могао да дође до закључка о кривици ван разумне сумње“ у смислу да чињенични закључак „не би могао да буде прихваћен од стране било ког разумног Трибунала“.

Као што је сумирало Жалбено веће:

Када се разматрају наводи о погрешно утврђеном чињеничном стању, Жалбено веће ће утврдити да ли *ниједан разуман пресудитељ о чињеницама не би могао да изрекне осуђујућу пресуду ван разумне сумње*. Жалбено веће узима у обзир да, приликом утврђивања да ли је налаз Претресног већа *разуман* или није, неће лако изменити налазе чињеница Претресног већа.

Жалбено веће примењује исти стандард „разумности“ у погледу навода о погрешно утврђеном чињеничном стању, без обзира да ли је чињенични налаз Претресног већа заснован на директним или посредним доказима. Штавише, Жалбено веће се редовно позива, као на опште начело, на схватање које је изражено, примера ради, у предмету *Купрешкић и остали*:

У складу с јуриспруденцијом Међународног суда, задатак саслушања, оцењивања одмеравања тежине доказа који се изводе на суђењу припада првенствено претресном већу. Стога се Жалбено веће, према чињеничном стању које је утврдило претресно веће, мора односити с одређеном дозом уважавања. Жалбено веће може уместо налаза претресног већа донети свој налаз само ако доказе на које се позвало претресно веће, не би прихватито ниједан разуман пресудитељ о чињеницама или ако су докази оцењени „потпуно погрешно“.⁴³

Најмање два проблема се јављају. Први се скрива у становишту Жалбеног већа да чак и ако два претресна већа поступају у доброј вери и примењују исти стандард доказивања могу да дођу до различитих закључака.⁴⁴ Стандард жалбене ревизије није да ли је Жалбено веће уверено да је Претресно веће донело закључак „ван разумне сумње“. Оно што Жалбено веће заправо испитује је да ли су оспорени чињенични налази разумни, а не да ли су у складу са стандардом доказивања „ван разумне сумње“.

Друго питање се тиче природе жалбеног поступка. Стандард жалбене ревизије одговара стандарду жалбене ревизије у *common law* системима у ком су функције пресуђивања подељене између

⁴³ *Kupreškić et al.*, Appeal Judgment, para. 30.

⁴⁴ „У складу са јуриспруденцијом Трибунала, задатак саслушања, оцењивања и одмеравања доказа презентованих на суђењу је остављен Претресном већу [...]. Ваља имати на уму и то да двоје судија, који обоје поступају разложно, на основу истих доказа, могу извести различите закључке.“ *Купрешкић и остали*, Пресуда, Жалбено веће, para. 30.

судија и лаичке пороте. Пошто судија није тај који доноси закључке о чињеницама, већ лаичка порота, стандард жалбене ревизије и не може да буде да ли је порота применила одговарајући стандард доказивања, већ да ли је судија дао исправна упутства пороти у вези са стандардом доказивања ван разумне сумње. Да би усвојио жалбу, „жалбени суд мора да буде уверен да ниједна разумна порота не би могла да дође до таквог закључка“.⁴⁵

Док је овај стандард одговарајући у систему у коме је утврђивање чињеница резервисано за лаичку пороту, у систему у коме професионалне судије утврђују и право и чињенице, одговарајући стандард доказивања би морао да буде – да ли је Претресно веће донело закључак „ван разумне сумње“.

Стандард жалбене ревизије који Жалбено веће примењује на униформан начин значајно ограничава право на жалбу.⁴⁶ Из стандарда жалбене ревизије следи да погрешно утврђено чињенично стање које је довело до неостваривања правде не постоји када Претресно веће усвоји закључак који није у складу са стандардом доказивања ван разумне сумње, већ само када је очигледо да је релевантна чињеница погрешно утврђена или ако је утврђено чињенично стање такве природе да „не би могао да га прихвати ниједан разуман трибунал.“ Чини се да овај приступ није конзистентан са природом Већа МКТЈ које чине професионалне судије, нити да је у складу са чл. 25. Статута МКТЈ.

6. ЗАКЉУЧНА НАПОМЕНА

Нажалост, многи мандат МКТЈ схватају у смислу доношења осуђујућих пресуда, искључујући из видокруга могућност доношења и ослобађајућих пресуда. Мандат сваког суда јесте и мора да буде да спроводи правична суђења, да примењује важеће право и да очува интегритет правосуђа. МКТЈ је *ad hoc* трибунал и његове одлуке немају обавезујуће дејство прецедената пред другим судовима и трибуналима, осим могућег уверавајућег ауторитета *ratio decidendi* његових одлука, што у многоме зависи од одговора на питање да ли је јуриспруденција МКТЈ у потпуности у складу са међународно признатим нормама и стандардима људских права. Да цитирамо још

⁴⁵ Вид. нпр. R. Clyton, H. Thomlinson, *Fair Trial Rights*, New York 2001, vii.

⁴⁶ „Генерални секретар сматра да Статут треба да предвиди право на жалбу. То право је темељни елемент грађанских и политичких права појединаца и оно је, међу осталима, укључено у Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Из тог разлога, Генерални секретар је предложио да треба да постоји Жалбено веће Међународног трибунала.“ *Извештај генералног секретара у складу са тачком 2 Резолуције Савета безбедности 808 (1993)*, УН документ S/25704, 3. мај 1993., параграф 116.

једном судију Дејвида Ханта: „О Трибуналу се неће судити према броју осуђујућих пресуда.... већ према томе да ли су суђења била правична.“⁴⁷

Aleksandar Gajić, LL.M

Lecturer

University of Belgrade, Faculty of Law

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA – HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Summary

This paper deals with the law and practice of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia from the human rights perspective. In particular, the author tries to clarify methods by which the Tribunal has sought to protect human rights of parties in the proceedings. In that respect, the author criticizes the Tadić decision where the Trial Chamber held that it was not bound by universal human rights principles because of its unique structure and the nature of subject matter it dealt with. In his further analysis of the question whether the ICTY's jurisprudence is in line with human rights standards, the author explores three sets of questions. First, certain substantive law issues are investigated in order to determine whether the ICTY is involved in the so-called progressive development, or this body merely applies the existing rules of International Humanitarian Law. Second, the author explores the equality of arms principle and concludes that it is one-sided, because there is no real possibility for the accused to properly examine all exculpatory and mitigating materials. In addition, the author argues that in criminal matters, it is the 'beyond reasonable doubt' standard of proof rather than the 'probability standard' that should be preserved. Besides, the standard of appellate review uniformity applied by the Appeals Chamber significantly restricts the right of appeal. The author concludes that the ICTY's jurisprudence is, and will be critically evaluated, particularly in attempts to build some solid basis for the imminent jurisprudence of the International Criminal Court.

Key words: *ICTY's jurisprudence. – Tadić case. – Progressive development. – Arms Principle. – 'Beyond reasonable doubt' standard.*

⁴⁷ Dissenting Opinion of Judge David Hunt on Admissibility of Evidence in Chief in the Form of Written Statement, *Prosecutor v. Milošević*, 21 October 2003., para. 22.