

Judicial Notice

Jim Wormington considers the judicial notice of facts adjudicated by the ICTY before the Court of BiH, and the fruitless search for expediency in war crimes trials

Introduction

The War Crimes Chamber of the Court of Bosnia and Herzegovina (BiH) has the power to ‘accept as proven’ facts which have been previously established by the ICTY. This power is conferred by Article 4 of the Law on the Transfer of Cases from the ICTY to the Prosecutor’s Office of BiH and the Use of Evidence Collected by the ICTY in Proceedings before the Court of BiH (henceforth, ‘The Law on Transfer’). Before exercising this power, the Court of BiH has some important questions to answer concerning its scope and effect. Most significantly, the Court of BiH must determine the necessary limits of this power. The aim of this article is to establish those limits.

Introducing Article 4 of the Law on Transfer

“Article 4: Facts established by legally binding decisions by the ICTY

At the request of a party or proprio motu, the courts, after hearing the parties, may decide to accept as proven those facts that are established by legally binding decisions in any other proceedings by the ICTY or to accept documentary evidence from proceedings of the ICTY relating to matters at issue in the current proceedings.”

Where the Court of BiH uses Article 4 to ‘accept as proven’ facts that have been established by the ICTY, the Court of BiH is applying a form of ‘judicial notice’. A court will take ‘judicial notice’ of facts which the court believes are pre-established. If the court takes judicial notice of a fact, that fact does not need to be proven through conventional evidentiary procedure (through, for example, the admission of live evidence such as witness testimony). As well as facts adjudicated by another juridical body, a court might also consider as pre-established facts of common knowledge or notorious facts. Article 4 of the Law on Transfer, however, refers only to adjudicated facts and to documentary evidence.

Where a court takes judicial notice of documentary evidence, the court accepts that the veracity of the source of the documentary evidence has been pre-established and so need not be established through conventional evidentiary procedure². In reality, this involves taking judicial notice of an adjudicated fact: the ‘fact’ that the document comes from the source alleged. For this reason, this article will, from this point onward, refer only to the judicial notice of adjudicated facts.

Article 4 will be used more by the prosecution than by the defence in criminal trials before the Court of BiH. The judicial notice of adjudicated facts removes the obligation on the moving party to adduce evidence establishing that fact. According to CPC Article 3(2), a doubt which exists with respect to the existence of facts must be resolved by the Court in a manner that is the most favorable for accused; the prosecution must adduce sufficient evidence to remove the existence of doubt as to the accuracy of a given fact; otherwise the defendant can take advantage of this presumption. The prosecution will seek to use Article 4 to do this.

Consider an example of the operation of Article 4. It has been established in proceedings before the ICTY that there was an 'international conflict' in the Central Bosnia region³. If the Court of BiH were to resolve the question as to whether there was an 'international conflict' in Central Bosnia using the usual evidentiary rules, the Court would have to listen to conventional evidence from the prosecution that establishes that fact. They might, for example, have to listen to witnesses or examine documents. If, however, the Court uses Article 4 to take judicial notice of the fact of an 'international conflict'⁴ in the Central Bosnia region then that fact is 'accepted as proven' and the court can avoid considering conventional evidence adduced by the prosecution. It is worth noting the extensive use the prosecution could make of Article 4. The existence of an international conflict in the Central Bosnia region is a very general fact, a threshold issue necessary to establish many of the potential offences in war crimes cases. Article 4 could also be used, however, to prove very specific facts, even facts which relate to the specific acts alleged in the indictment or, exceptionally, to the acts and conduct of the accused. Article 4 has the potential to be a very significant tool for the prosecution.

Article 4 has the twin aims of improving the expediency and consistency of war crimes trials in the Court of BiH and ensuring the consistency of the facts established by the Court of BiH with those established by the ICTY. There is nothing contained within the Law on Transfer itself or the Decision enacting it which might indicate its goals. However, Article 4 derives the vast majority of its text from the judicial notice provisions common to the Rules of Procedure and Evidence of the ICTY, ICTR, and the Special Court for Sierra Leone.

These provisions are contained within Rule 94 of each set of rules. Rule 94 allows for the judicial notice of both facts of common knowledge (Rule 94(A)) and adjudicated facts (Rule 94(B)). Rule 94(B) allows trial chambers to build on work already completed in previous trials by adopting facts already established by a previous trial chamber. For this reason, Rule 94(B) was the perfect model on which to base Article 4 of the Law on Transfer.

Rule 94(B) states:

(B) At the request of a party or *proprio motu*, a Trial Chamber, after hearing the parties, may decide to take judicial notice of adjudicated facts or documentary evidence from other proceedings of the Tribunal relating to matters at issue in the current proceedings.

The International Tribunals, in discussing Rule 94, have stated the aims of judicial notice to be:

Promoting judicial economy through narrowing the factual issues to be decided by the court.⁵

Ensuring consistency of case law, by fostering uniformity on factual issues where diversity in factual findings would be unfair.⁶

Article 4 must have the same goals. It will increase expediency by bypassing the time-consuming presentation of live evidence, particularly witness testimony, for facts which have already been determined in previous proceedings before the ICTY. It will increase consistency by allowing the Court of BiH simply to adopt the factual findings of the ICTY.

The use of Article 4 to achieve expediency and consistency is one way in which the Court of BiH court can build upon the foundations already laid by the ICTY in its efforts to tackle impunity for offences occurring during the break up of the Former Yugoslavia. War crimes trials inherently struggle to be expedient. Cases have complex factual

matrices which include broad historical facts which can be easily disputed. International humanitarian law itself is chimerical and requires frequent re-clarification. The ICTY and ICTR have been heavily criticized for their overly cumbersome trials⁷, forcing the UN Security Council to emphasize expediency through a Security Council Resolution that created 'Completion Strategies' which envisage the closure of the Tribunals in 2010⁸. Cumberstone domestic trials, particularly those reaching the length of trials in the ICTY are unlikely to be tolerated by domestic governments, the domestic public or international donors. The planners of the Court of BiH, for example, expect a shorter trial period than that of the ICTY. The maximum envisaged length of trials occurring before the Court of BiH can only be the year-long period in which a suspect can be detained during trial.⁹

The Court of BiH is the first domestic war crimes court to operate in the slipstream of an international court or tribunal. There is not, therefore, a model for the Court of BiH to follow in determining how to co-operate with an international court, in this case regarding the adoption of facts accepted by the international court. The cooperation between the Court of BiH and the ICTY in this regard will therefore become the model for co-operation between future institutions. After all, the relationship between the Court of BiH and the ICTY will not be an exceptional one. In future years, a number of domestic courts will surely be initiated to work in the slipstream of a previously established international court, whether an ad-hoc tribunal or, more likely the International Criminal Court.

Establishing the limits of Article 4

The jurisprudence concerning Rule 94(B) has established a series of conditions which facts established by an ICTY trial chamber must fulfill in order to be accepted by a subsequent trial chamber. The majority of these conditions are, I believe, uncontroversial and have not been subject to dispute in the jurisprudence of the ICTY, ICTR and the SCSL. These conditions must also apply to the judicial notice of adjudicated facts under Article 4.

The 'uncontroversial' conditions require that the relevant adjudicated facts must be:

the subject of adjudication by another Chamber, meaning that the fact has not been the subject of an appeal or appellate proceedings have concluded¹⁰;

purely factual findings; not the legal characterisations of facts¹¹;

not too broad, too detailed, too numerous; sufficiently significant; repetitive of other evidence already admitted; or not sufficiently relevant to the case.¹²

Debate concerning the limits of Rule 94(B) only begins when we consider a final condition, whether a fact must be 'not in reasonable dispute' between the parties. The resolution of this dispute will resolve another important question, the question of the legal effect of judicial notice; specifically whether judicially noticed facts are conclusively proven and can no longer be disputed at trial or whether judicial notice only establishes a presumption as to the accuracy of a particular fact; a presumption which can be rebutted by the opposing party.

From the outset, it is important to understand that the questions concerning legal effect and the 'not in reasonable dispute' requirement are inherently interlocking. The Court of BiH's resolution of one issue necessarily determines its response to the other. If the legal effect of the judicial notice of facts in Article 4 is that those facts are conclusively proven, courts patently cannot take judicial notice of a fact which is in reasonable dispute between the parties. A factual-finding in previous legal proceedings should not

prevent a party to the current proceedings from adducing evidence which proves that fact to be incorrect. However, if judicial notice creates only a presumption as to the accuracy of the fact, a presumption which can be rebutted by the opposing party, then judicial notice cannot be limited to facts which are not in reasonable dispute. It would be contrary to try to rebut a fact which is not in reasonable dispute.¹³

The Court of BiH must, therefore, choose between the following two interpretations:

Imposing a requirement that facts are 'not in reasonable dispute' and recognizing conclusive legal effect.

Removing the 'not in reasonable dispute' requirement but recognizing only presumptive legal effect.

It is the Court of BiH's choice between these two interpretations which will determine the true limits of Article 4. Choice (i) represents a restrictive interpretation of Article 4 as the Court of BiH can only accept as proven facts which are 'not in reasonable dispute' between the parties, although those facts will be conclusively proven. In this case, where the court takes judicial notice of a fact, the court can, from that point on, refuse to hear evidence which attempts to prove that fact. Choice (ii) gives Article 4 a far more expansive definition. Facts can be judicially noticed even where they are 'in reasonable dispute', but those facts are not accepted as conclusively proven. Instead, it is only presumed that the facts are accurate. This presumption may be rebutted if the opposing party raises sufficient evidence to establish that the accuracy of the fact is 'in reasonable doubt'. This removes the burden on the prosecution to adduce evidence to prove facts which have already been proved before the ICTY if the defendant cannot prove that the fact is in reasonable doubt.

Choosing a Condition

The Court of BiH must choose between the two interpretations outlined above. The text of Article 4 offers little guidance to the court. The jurisprudence concerning Rule 94(B) is more instructive although, as I hinted above, there still exists some considerable dispute as to which interpretation should be adopted. Only the policy considerations affecting each interpretation are decisive.

Textual analysis

The text of Article 4 does not determine which of these interpretations the Court of BiH should adopt, even though Article 4 does contain one change in text to Rule 94(B), the rule around which this debate arose. Whereas Rule 94(B) states that the court may 'take judicial notice' of adjudicated facts, Article 4 is more descriptive, stating that the courts may, 'accept as proven those facts that are established by legally binding decisions'. This change is not, however, decisive as between the two interpretations. On the one hand, the word 'proven' might favor conclusive legal effect; as it implies a final, conclusive acceptance of a fact. On the other hand, Article 4 might favor the presumptive approach: 'to *accept* a fact as proven' could mean accepting that a party has successfully satisfied its obligation to prove that fact, whilst still leaving the other party able to rebut the fact.

Unsurprisingly, given the controversy that has arisen in this regard for Rule 94(B), the text that Article 4 shares in common with Rule 94(B) is not decisive. The strongest textual argument deriving from Rule 94(B) concerns the phrase 'relating to matters at issue in the current proceedings'. It has often been argued in the ICTY jurisprudence that this phrase favours the judicial notice of facts which are 'in reasonable dispute'. For example, Judge Shahabuddeen argues in his *Separate Opinion to the Milosevic Appeals*

Chamber Decision that a ‘matter at issue’ is a matter which is in reasonable dispute.¹⁴ However, the requirement that a fact be ‘at issue’ in the proceedings does not concern the disputability of that fact but simply the relevance of that fact to the particular case. As we saw earlier, a relevance requirement based upon the ‘at issue’ text has been consistently applied in the jurisprudence of the International Tribunals.¹⁵ Judge Shahabuddeen acknowledges this possibility when he states: ‘the words ‘at issue’ could include factual issues involved in the case but about which the parties are not divided’.¹⁶ The relevance requirement ensures that the admission of irrelevant adjudicated facts and documentary evidence does not significantly undermine the aim of judicial notice in expediting the trial.¹⁷

Jurisprudence

The jurisprudence of the two International Tribunals and the SCSL pertaining to the two interpretations in both inconsistent and, at times, confused.

ICTY

The ICTY Appeals Chamber appears to adopt, in *Milosevic*, the second more expansive interpretation of Article 4. The court settled debate as to the legal effect of judicial notice in favour of the presumptive approach. The Court stated, without giving the reasons for their decision, that:

“[By] taking judicial notice of an adjudicated fact, a Chamber establishes a well-founded presumption for the accuracy of this fact, which therefore does not have to be proven again at trial, but which, subject to that presumption, may be challenged at trial.”¹⁸

However, despite the interlocking nature of the two questions, the Appeals Chamber was not successful in abolishing the ‘not in reasonable dispute’ requirement. Up until the Appeals Chamber Decision, the ‘not be in reasonable dispute’ requirement had been a consistent component of the ICTY jurisprudence on judicial notice.¹⁹ It should have been impossible to settle the legal effect of judicial notice in favor of the presumptive approach without removing the ‘not in reasonable dispute’ requirement. However, the majority of the Appeals Chamber did not recognize the inherently interlocking nature of the two questions. Instead, the majority of the Appeals Chamber did not specifically address whether a proposed fact must be beyond reasonable dispute in order for judicial notice to be taken thereof.²⁰

The origin of the Appeals Chamber’s mistake lies in the confused submissions of the prosecution in that case. Wary of the consistent jurisprudence stating that judicial notice cannot be taken of facts which are in reasonable dispute,²¹ (jurisprudence that had been adopted by the *Milosevic* Trial Chamber²²), the prosecution argued that a fact is ‘indisputable’ if it has been litigated at trial and on appeal. The prosecution accepted that in ‘exceptional cases’ even such ‘indisputable’ facts might be unsafe and subject to reasonable dispute.²³ However, the ‘indisputable’ nature of litigated facts meant that a presumption should exist as to their veracity and it should be for the defence to show that the fact is unsafe. The prosecution escaped the inherent link between legal effect and the ‘not in reasonable dispute’ requirement by arguing that indisputability is actually a relative concept: indisputable facts might be subject to challenge. As a result of this bizarre reasoning, the Appeals Chamber (deliberately or otherwise) determined the legal effect of taking judicial notice without ever discussing the Trial Chamber’s requirement that evidence ‘not be in reasonable dispute.’

Perhaps the Appeals Chamber did not have the gumption to explicitly abolish the ‘not in

reasonable dispute' requirement given its consistent presence in the ICTY jurisprudence and believed (in some ways correctly) that their decision would necessarily result in its removal. Perhaps they hoped the expansive definition would increase the expediency of trials before the ICTY, aiding the court as it struggles to satisfy its Completion Strategy. Interestingly, this Decision directly followed the now infamous Appeals Chamber Decision on the Admission of Written evidence According to Rule 89(F). Indeed, the Decision was made by four of the five judges who also sat in that Decision. That Appeals Chamber Decision on Rule 89(F) led Judge Hunt to voice his concern that:

'The Majority Appeals Decision and others in which the Completion Strategy has been given priority over the rights of the accused will leave a spreading stain on this Tribunal's reputation'.²⁴

The Appeals Chamber's failure to abolish the 'not in reasonable dispute' requirement is clear from the failure of subsequent trial chambers to disapply that condition. Some Trial Chambers continue to apply the 'not in reasonable dispute' requirement explicitly by simply ignoring the Milosevic Appeals Chambers Decision.²⁵ Others pay lip-service to the Appeals Chamber's Decision but simply establish an alternative 'not in reasonable dispute' requirement. Appropriately, the first Trial Chamber to determine the issue in this manner was that of the Milosevic case itself.²⁶ The Trial Chamber paid lip-service to the Appeals Chamber decision by no longer explicitly mentioning a 'not in reasonable dispute' requirement. Instead, the Trial Chamber stated that, 'in the exercise of our discretion, the Trial Chamber may also consider the tendentiousness of the facts sought to be admitted'²⁷'Tendentiousness', however, translated into a requirement of 'not in reasonable dispute'. This is clear from the Trial Chamber's pertinent analogy with Rule 92Bis, 'Proof of facts other than by oral evidence', of the Rules of Procedure of Evidence. Rule 92bis is strongly analogous to Rule 94(B) as it creates an exception to the immediate presentation of evidence. Under Rule 92bis, facts can be proved through previously recorded written witness statements. The Trial Chamber noted that in the Court's application of Rule 92Bis, there have been 'areas of evidence which the accused has strongly challenged and which the Trial Chamber has consistently allowed the accused to cross-examine'. In the exercise of discretion under Rule 92bis, one important factor considered by the Court was whether the accused contests the evidence which the Prosecution seeks to admit in written form. The Trial Chamber in Milosevic believed that this factor was extremely similar to the 'not in reasonable dispute' requirement. They stated that the 'starkest example' of the exercise of this discretion was mandatory cross-examination for evidence which 'related to a *live issue* between parties'. In these circumstances, the phrase 'live issue' is extremely similar to a 'not in reasonable dispute' requirement.²⁸ Using this reasoning, the Trial Chamber was able to refuse to modify its original decision on the judicial notice of facts in the *Milosevic* case, a decision based upon the existence of a 'not in reasonable dispute' requirement. For two of the sets of facts,²⁹ the Trial Chamber cited tendentiousness as a basis for the refusal of judicial notice.³⁰

The reasoning of the Milosevic Trial Chamber, paying lip-service to the Milosevic Appeals Chamber Decision while maintaining a 'not in reasonable dispute' criterion, was followed by the Trial Chamber in Mejkic. In Mejkic, the Trial Chamber 'noted the Trial Chamber's previous approach with respect to judicial notice'. The Chamber believed that the requirement that 'the Trial Chamber may only take judicial notice of facts which are not the subject of reasonable dispute' was part of this 'previous approach'. The Trial Chamber then cited the Milosevic Appeals Chamber Decision as modifying this position.³¹ The Court stated that 'applying the test of the Appeals Chamber [in Milosevic], once a particular fact has been the subject of a final adjudication by another Chamber, it

is capable of admission under Rule 94(B) subject, as always, to the discretion of the Trial Chamber’.

The Trial Chamber’s statement does not, however, modify the ‘previous’ conditions for judicial notice, particularly the ‘not in reasonable dispute requirement’. The ‘not in reasonable dispute’ requirement was always applied as part of a Trial Chamber’s discretion. Therefore, even when the ‘not in reasonable dispute requirement’ exists, any fact subject of a final adjudication could always be admitted subject to the discretion. The only change that the Milosevic Appeals Chamber decision might effect is to modify the criteria within that discretion.

The Mejakic Trial Chamber followed the Milosevic decision in describing the content of that discretion. The court stated:

‘In the exercise of its discretion pursuant to Rule 94(B), factors that may be taken into account include:

(b); whether the facts are too broad, *too tendentious*, not sufficiently significant, too detailed, too numerous, repetitive of other evidence already admitted by the Chamber or not sufficiently relevant to the case, thus excluded from the operation of Rule 94(B).’ [Emphasis added].

As in Milosevic, ‘tendentiousness’ was applied so as to exclude the judicial notice of any facts which are ‘in reasonable dispute.’³²

The ICTY jurisprudence can therefore be summarised in the following terms. Either:

The ICTY Appeals Chamber abolished the ‘not in reasonable dispute’ requirement in Milosevic, but there is still a requirement of not ‘too tendentious’ which operates in identical fashion.

The ICTY Appeals Chamber did not abolish the ‘not in reasonable dispute’ requirement and it continues to apply.

ICTR and SCSL

The ICTR and the SCSL adopt the first, more restrictive interpretation. According to the ICTR and the Special Court for Sierra Leone, facts which are subject to reasonable dispute cannot be judicially noticed. The effect of the judicial notice of facts under Rule 94(B) is that the fact is proven conclusively.³³ However, there is only dicta in the SCSL on the matter and neither the ICTR nor the SCSL has ever addressed the issue by considering the Milosevic jurisprudence or, indeed, any of the arguments raised in that case.

In sum, the jurisprudence of the international tribunals and SCSL does support the existence of a ‘not-in reasonable’ dispute requirement, although the ICTY jurisprudence is inconsistent and confused and the ICTR and SCSL have never fully considered the issue.

Policy

It is policy analysis which finally resolves this debate in favour of the more restrictive interpretation of Article 4 and therefore maintains the ‘not in reasonable dispute’ requirement.

The common objection to the more expansive definition of Article 4 is that the removal of the ‘not in reasonable dispute’ requirement will breach the accused’s right to a fair trial, particularly the right to be presumed innocent until proven guilty. In his dissent to the Milosevic Appeals Chamber Decision, Judge David Hunt argued that to ‘identify an

adjudicated fact as a rebuttable presumption necessarily places some burden of proof (or more properly an onus of proof) upon the accused, and this is contrary to the presumption of innocence'.³⁴ Hunt correctly states that the only presumptions that can be operative in the criminal law are the presumptions of innocence and the presumption of sanity. Only the latter is (or can be) prejudicial to the accused. Hunt states that 'in every other case, such as (for example) the 'defence' of alibi, there is no onus of proof upon the accused at all. The prosecution must at all times establish beyond reasonable doubt that the accused did the act alleged in the indictment'.³⁵

To adopt Hunt's position is, however, to fundamentally misconceive the relationship between judicial notice and the presumption of innocence. The presumptions of innocence and sanity concern the burden of proof within criminal trials, the party who has the obligation of proving given facts before even any evidence has been adduced. Judicial notice does not modify these presumptions; it instead regulates the admissibility of evidence adduced to satisfy these presumptions and the legal effect given to that evidence. Factual findings in previous legal proceedings can be used as evidence of facts and are presumed to be conclusive of that fact. This distinction is well drawn out by Judge Shahabuddin in his Separate Opinion to the Milosevic Appeals Chamber Decision. He states that 'a distinction has to be drawn between facilitating proof and dispensing with proof. It is not said that the accused must prove his innocence; the position still is that the prosecution must prove guilt. All that the law does is that it facilitates proof by allowing a party to adduce the evidence required in a certain way'.³⁶

Problems also arise for other fair trial arguments for the more expansive interpretation. It is not, for example, possible to argue this would infringe the accused's right to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf, protected by ECHR Article 6(3)(d). The accused can examine as many witnesses as he desires during his attempts to rebut the presumption as to the accuracy of a judicially noticed fact. The expansive interpretation of Article 4 does not sacrifice the accused's right to a fair trial for the sake of expediency and consistency.

In fact, the first true policy argument for the restrictive definition is that the expansive definition improves neither expediency nor consistency.³⁷ This point requires some considerable explanation. In any given case, the prosecution must prepare and admit their evidence prior to the defence. For this reason, if judicial notice has only presumptive legal effect, the prosecution, fearful that the defendant might successfully rebut the presumption when presenting his evidence, will support evidence showing the acceptance of a fact in ICTY proceedings with other evidence admitted in the conventional manner. This will ensure that the court believes the fact proven 'beyond reasonable doubt', whatever evidence the defence raises to rebut that fact.³⁸ Only if the prosecution knows that the accused is not going to dispute the fact will they rely solely on the previous adjudication in the ICTY. As a result, where the accused disputes a fact, the fact is proved through the normal evidentiary process, with evidence admitted from both sides. In this case, the benefits of Article 4 disappear. Indeed, attempts by an accused to admit sufficient evidence to show that a fact is in 'reasonable doubt' may absorb considerable time and resources during the course of the proceedings.³⁹ After all, there is no limit on the evidence the accused can admit in this regard and it is not possible for the court to refuse to hear his evidence, as under the expansive interpretation judicial notice does not have conclusive legal effect.

Article 4 will also have a negative effect on the relationship between the Court of BiH and ICTY. It is the more restrictive definition of Article 4 which best avoids this danger. It will be a necessary part of the function of the Court of BiH that it will have to determine

facts that have been previously adjudicated in the ICTY. The process involved in determining, in the Court of BiH, the accuracy of facts established before the ICTY might have a very degenerative effect on the relationship between the ICTY and the Court of BiH. If the prosecution can use Article 4 to establish a presumption as to the accuracy of an adjudicated fact, the defence will necessarily use evidence raised before the ICTY Trial Chamber which originally adjudicated that fact in order to rebut this presumption. In this situation, just as an Appeals Chamber proceeds when considering the effect of additional evidence upon a Trial Chamber's finding of fact,⁴⁰ the Court of BiH will then effectively be remaking the decision of the ICTY. Judge Hunt describes this as 'manifestly unsatisfactory' when referring to one Trial Chamber addressing the decision made by another. It is not difficult to see why: the effect of this process is that the subsequent court questions the credibility of the original Trial Chamber. These considerations apply even more pertinently to the relationship between the Court of BiH and the ICTY. The Court of BiH would have to reconsider, and at times disagree with, the decisions of a court in a different [probably higher] jurisdiction. That is patently undesirable. If we adopt the more limited interpretation of Article 4, this encourages the prosecution to rely only on conventional sources of evidence to prove facts, preventing the Court of BiH from 'remaking' the Decision of the ICTY. It is this fact which must be decisive between the two options.

These policy considerations, combined with jurisprudence concerning Rule 94(B) indicates that the Court of BiH must, therefore, adopt the restrictive definition of Article 4, which recognizes that facts cannot be judicially noticed where they are 'in reasonable dispute'.

Conclusion

We have therefore begun to fully clarify the limits of Article 4 of the Law on Transfer. We have established a full set of conditions which must apply to facts in order for them to be judicially noticed. These conditions require that the relevant adjudicated facts must be:

the subject of adjudication by another Chamber, meaning that the fact has not been the subject of an appeal or appellate proceedings have concluded;⁴¹

purely factual findings; not the legal characterisations of facts;⁴²

not too broad, too detailed, too numerous; sufficiently significant; repetitive of other evidence already admitted; or not sufficiently relevant to the case.⁴³

'not in reasonable dispute' between the parties

Our determination of the limits of Article 4, will, however, only be complete when we can consider what makes a fact 'not in reasonable dispute'. In other words, what determines the 'reasonableness' of the dispute? It is often incorrectly presumed that the 'not in reasonable dispute' requirement for adjudicated facts is the same as the requirement that a fact be 'notorious' for a court take judicial notice of that fact as 'common knowledge'.⁴⁴ There is actually a subtle, but important, difference between the two terms. Facts which are 'notorious' are 'not in reasonable dispute' only because they are accepted as proven in society at large. In order to consider whether a fact is 'notorious', we might, for example, ask a school teacher or look in an encyclopedia. Adjudicated facts which are 'not in reasonable dispute' are, however, only so because of the fact of adjudication by a court in another trial. To consider whether a fact is 'not in reasonable dispute' because of the adjudications of that court, we must consider only jurisprudence of the relevant court.⁴⁵ If a fact is 'not in reasonable dispute' by virtue of proceedings before the ICTY, that in no way means it will be generally known in the same way as facts of common knowledge.⁴⁶

Conceptual difficulties arise, however, in using the jurisprudence of a particular court to determine when a fact is 'not in reasonable dispute'. Clearly we can't view every fact ascertained by a court as 'not in reasonable dispute'. Neither can we consider the reasonableness of each fact that the court determines by re-examining the evidence put before the court in particular cases: judicial notice is the acceptance of facts without examining the evidence for or against their veracity. Instead, we can only examine the position of that fact in the jurisprudence of the court as a whole. But what does this actually involve? Must we, for example, consider whether a fact has been consistently uncontested by both parties in recent decisions? Do we look at whether that fact has been judicially noticed by other courts? What are the other criteria? How do these criteria interact?

Neither the ICTY, the ICTR nor the SCSL have attempted to outline these criteria. Judges are, in reality, using their intuition in this regard, an intuition influenced by two factors that do not refer to the 'reasonableness' of the dispute in the sense intended by Article 4.

Firstly, judges rely heavily on the conduct of the accused in the specific case before him. If the accused does not dispute the fact which is sought to be judicially noticed, the judge has no problem describing a fact as 'not in reasonable dispute' (although this conflates agreements between the parties as to the acceptance of facts with judicial notice). However, where the accused does dispute the fact, the judge will decide whether the accused genuinely seeks to dispute the fact at trial or whether his contestation aims only to undermine the process of trial (for example, as a delay tactic.) If the accused aims to undermine the process of trial, the judge will hold that fact as 'not in reasonable dispute'. Such an analysis of the accused's conduct, is not, however, a legitimate consideration. The 'reasonableness' criterion instead refers only to the way in which the fact has been litigated in previous jurisprudence, as discussed in earlier paragraphs. If the judge believes the accused is undermining the trial process in challenging particular facts, he should sanction the accused in those terms, not by artificially deeming that fact 'not in reasonable dispute'.

Secondly, judges rely on the nature of the fact itself. Judges will be more likely to take judicial notice broad or 'historical' facts, as opposed to facts which refer to specific events or conduct. Broad, historical facts are essential to lay the foundations for convictions in war crimes trials. Historical facts can be disputed by a very large number of sources of evidence, meaning there is an almost unlimited amount of evidence to be heard. Specific events create only a limited number of witnesses and sources of evidence. For this reason, judges are keen to deem such historical facts 'not in reasonable dispute' because the taking of judicial notice of these facts represents a great saving in expediency. Again, however, such considerations, however, do not refer to the 'reasonableness' of disputing that fact and should not figure into determinations on this issue.

In relying on these two factors the court also breaches the accused's right to be presumed innocent. As we have seen, the presumption of innocence is not to be infringed where a single piece of evidence adduced to prove a fact, here an adjudication by the ICTY, conclusively proves a certain fact 'beyond reasonable doubt'. Article 4 operates in this fashion where the court finds, upon an examination of the jurisprudence of the ICTY, that a fact established in previous adjudications of the ICTY is no longer 'in reasonable dispute'. However, if the court considers the conduct of the accused or the 'historical' nature of the fact in making this determination, the court is not assessing evidence based only on its quality but on other, external factors. In this circumstance, the court is

accepting facts without analyzing whether the evidence proves that fact beyond reasonable doubt. This is contrary to the presumption of innocence.

Given the problems outlined above, it is perhaps not surprising that the ICTY, ICTR and SCSL have been reluctant to define what makes a fact 'not in reasonable dispute'. It is surely, however, unacceptable to leave the 'reasonableness' criterion unstructured where courts rely illegitimate considerations.

Perhaps it is due to these problems that the ICC Statute and RoPE abolish the judicial notice of facts entirely, accepting only judicial notice of facts of common knowledge⁴⁷ and agreements between the parties to accept facts (the only occasion that it is clear that Article 4 will operate without a problem).⁴⁸ The ICC understands that it will try only a small number of accused from one country, often in a single proceeding. There will be no or very few previous trials from which it would be able to accept previously established facts. The resulting loss in expediency is not a problem for the ICC. Rather like the International Tribunals, it is a flagship of international criminal justice which aims to address the full history of a conflict or human rights abuses in order to hold high-level perpetrators responsible. For this reason, the ICC aims to spend time and resources establishing each historical fact using conventional evidentiary procedures. The Court of BiH does not have this luxury.

Instead, judges in the Court of BiH must grapple with what makes facts established in the previous adjudications of the ICTY 'not in reasonable dispute'. Clearly the Court must have some discretion in this regard, but that discretion cannot be exercised through intuition. It must involve the exercise of a structured discretion. The Court must establish the criteria which form the content of that discretion and for each decision to take judicial notice, state the basis on which the court believes a fact fulfils those criteria. Only in this fashion will the true limits of Article 4 be established: limits which will not only form the model for future co-operation between domestic and international courts, but which should also influence the confused jurisprudence of the ad-hoc tribunals.

MA (Cantab), LL.M (New York), OKO Fellow, 2006. The author is indebted to Allen Cansick, Dino Bjelopoljak, Chris Engels, Elias Fels, Eugene O'Sullivan and Robert Rattton for their helpful comments concerning this piece and to Doireann Ansbro for her help during the editing process.

² It may also be that Article 4 does not allow the judicial notice of documentary evidence. Instead, it may only allow documentary evidence from the ICTY to be 'accepted' by the court, meaning 'admitted'. The veracity of the document would then be determined in the normal procedure during trial.

³ For example, Kordic and Cerkez, Trial Judgment, 26th February 2001, paragraph 109.

⁴ The choice of 'international conflict' as the fact is only meant as an example. It may not be possible to take judicial notice of such a fact as it may not fulfill the criteria discussed later in this article.

⁵ See, for example, Milosevic, Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 10 April 2003, Simic et al, Decision on the Pre-Trial Motion requesting the Trial Chamber to Take Judicial Notice of the International Character of the Conflict in BiH, 25 March 1999. Sikirica, Decision on the Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 27 March 1999. Hadzihasanovic Decision on Judicial Notice of Adjudicated Facts Following the Motion Submitted by Counsel for the Accused Hadzihasanovic and Kubera, 20 January 2005.

⁶ See, Semanza Decision On The Prosecutor's Motion For Judicial Notice And Presumptions Of Facts Pursuant To Rules 94 And 54, 3 November 2000, at paragraph. 20. Ntakirutimana, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, para 28.

⁷ The average length of trials at the ICTY is sixteen months. Statement of Florence Hartmann, Spokesperson for the Office of the Prosecutor, at ICTY Weekly Press Briefing on 15.01.2003

⁸ Resolution 1503 of 28 August 2003.

⁹ According to CPC Article 137(2), an accused can only be detained for one year following confirmation of the indictment. This may be extended under Article 137(3) for a further six months if there is an appeal from the first instance verdict.

¹⁰ Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Decision on Prosecution's Interlocutory Appeal Against the Trial Chamber's 10 April 2003 Decision on Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 28 October 2003,

¹¹ Ibid.

¹² Mejakic, Decision On Prosecution Motion For Judicial Notice Pursuant To Rule 94(B), 1 April 2004. Ntakirutimana Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, paragraph 27.

¹³ The interlocking nature of these questions was recognized by Judge Shahabuddeen his Separate Opinion in the Milosevic Appeals Chamber Decision on the Prosecution's Interlocutory Appeal Against the Trial Chamber's Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice, 28 October 2003.

¹⁴ At paragraph 29. He argues, for this reason, 'it is not permissible to interpolate a limitation to matters which are not in reasonable dispute; that involves a reversal of the stated intention' [original emphasis].

¹⁵ Supra, footnote 12.

¹⁶ At paragraph 30.

¹⁷ The Ntakirutimana Decision explicitly justified the relevance requirement on this ground, at paragraph 27.

¹⁸ Milosevic Appeals Chamber Decision on the Prosecution's Interlocutory Appeal Against the Trial Chamber's Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice, 28 October 2003.

¹⁹ See, for example, Prosecutor v Slobodan Milosevic, Decision on the Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, para 6, Prosecutor v Simic, Decision on the Pre-Trial Motion by the Prosecution Requesting the Trial Chamber to take Judicial Notice of the International of the Conflict in Bosnia-Herzegovina', Case No. It-95-9-PT, 25 March 1999, Prosecutor v Sikirica et al, 'Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts,' 27 September 2000.

²⁰ Noted by the Trial Chamber in the Blagojevic Decision, at paragraph 17,

²¹ 'Prosecution's Interlocutory Appeal Against the Trial Chamber's 10 April 2003 'Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts', filed on 21 May 2003 (Henceforth 'Interlocutory Appeal') at paragraph 51.

²² Milosevic Trial Chamber I Decision, paragraph 3.

²³ Interlocutory Appeal, at paragraph 52.

²⁴ Dissenting Opinion Of Judge David Hunt On Admissibility Of Evidence In Chief In The Form Of Written Statement (Majority Decision Given 30 September 2003) at Paragraph 22.

²⁵ Oric, Decision on Defence Motion for the Trial Chamber to Take Judicial Notice of Adjudicated Facts in the Deronjic Case, 1 November 2004. Noting that 'other Trial Chambers of the Tribunal have established that, for a fact to be admitted pursuant to Rule 94(B), it should truly be adjudicated and neither based upon an agreement between parties to previous proceedings, nor subject to reasonable dispute.' The Trial Chamber considered the facts in that case subject to reasonable dispute. Hadzihasanovic, Decision on Judicial Notice of Adjudicated Facts Following the Motion Submitted by Counsel for the Accused Hadzihasanovic and Kubara, 20 January 2005. 'The Trial Chamber in the Krajisnik case found that for a fact to be admissible pursuant to Rule 94(B) of the Rules, it must actually have been admitted in previous judgments, so that is not the subject of 'reasonable dispute between the Parties in the present case'. Neither of these decisions mention the Milosevic Appeals Chamber Decision.

²⁶ Final Decision on Prosecution Motion for Judicial notice of Adjudicated Facts, 16 December 2003, following their Decision, the Appeals Chamber Decision returned the case to the Trial Chamber to allow the Trial Chamber to review its original decision as to which facts could be judicially noticed.

²⁷ At paragraph 10.

²⁸ The Trial Chamber stated: 'starkest example of this is evidence of participation by the JNA (or Serb Paramilitaries) in the perpetration of crimes alleged in the indictment. In one decision concerning the admission of transcripts under Rule 92bis (D) [which concerns the admission of transcripts of evidence given by witnesses in proceedings before the Tribunal], the Trial Chamber ruled that witnesses whose evidence concerned the participation by the JNA (or Serb Paramilitaries) in the takeover of Foca relating, as it did, to a live issue between the parties...must be called for cross-examination by the Accused'.

²⁹ The facts were divided into different subject areas; for example, 'Political Background' or 'Prijedor, including background and general facts, the attack on Kororac, the existence of an armed conflict and the detention camps'.

³⁰ At paragraph 14, Political Background, 'these facts are broad and tendentious. At paragraph 15, Prijedor, 'the excluded paragraphs are either not sufficiently significant, too detailed, too numerous, or otherwise too tendentious'.

³¹ The Chamber states the Milosevic Appeals Chamber 'has since held', implying that the previous approach no longer applies.

³² The Defence teams in Mejakic claimed that the facts relating to the 'general conditions' at the Omarska Camp and certain facts relating to the Sikirica Judgment were in reasonable dispute. See 'Defence Response to Prosecution Motion for Judicial Notice Rule 94(B)', filed by Defence of Zeljko Mejakic, 27 January 2004, 'Defence Response to Prosecution Motion for Judicial Notice Rule 94(B)', filed by Defence of Dusan Fustar, 30 January 2004. Dusko Knezevic's 'Response to Prosecution Motion for Judicial Notice Rule 94(B)', filed by Defence of Dusko Knezevic. The Trial Chamber did not judicially notice the facts from the Sikirica Judgment and stated that facts 'relating to the conditions of detentions at the camps, shall be excluded as too tendentious to be admitted in the exercise of the Trial Chamber's discretion.'

³³ For the ICTR: Semanza, Decision on the Prosecution Motion for Judicial Notice and Presumptions of Facts, Pursuant to Rules 94 and 54, 3 November 2000. At paragraph 41, 'the Chamber holds that the judicially noticed facts shall serve as conclusive proof of the facts.' Unsurprisingly, then, the ICTR, referring to Rule 94(B), at paragraph 29 in the Ntakirutimana Decision, stated that 'the Chamber will avoid taking judicial notice of facts that are the subject of reasonable dispute'. See also, Prosecutor v Sikirica, Decision of 27 September 2000. The Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone has stated, regarding the legal effect of judicial notice under Rule 94(B), 'the burden shifting approach'...does not seem to be compatible with the concept that facts capable of being judicially noticed are beyond reasonable dispute. If the possibility of a reasonable dispute exists then the fact should not be judicially noticed'. Appeals Chamber, Special Court for Sierra Leone, Fofana – Decision on Appeal Against 'Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence', at paragraph 31. The [convincing] reasoning of these two jurisdictions can be summarized in the following terms:

(a) Rule 94(B) was added to Rule 94 after Rule 94(A) had been in existence for some time.

(b) The concept of judicial notice is well settled under Rule 94(A) and in common and civil law (both for facts of common knowledge and adjudicated facts): because a judicially noticed fact was not subject to reasonable dispute, evidence of that fact was unnecessary and so that fact was deemed proved conclusively.

(c) If Rule 94(B) concerns judicial notice (and refers to judicial notice in its terms), it must have been intended to adopt the existing meaning of judicial notice within Rule 94 and the meaning of judicial notice contained within the common and civil law. This argument is also well-made by Judge Hunt in his Dissent to the Milosevic Appeals Chamber Decision, para 8.

³⁴ At paragraph 7.

³⁵ At paragraph 7.

³⁶ At paragraph 24.

³⁷ Robertson, at paragraph 9 of his Separate Opinion to the Hinga Norman Appeals Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts and Admission of Evidence notes in this regard that under this definition, 'the doctrine would serve little purpose'.

³⁸ This perhaps explains the use by the Court of BiH of other evidence, including witness testimony, to support the accuracy of the facts that they had accepted as proven according to Article 4 in the Maktouf Judgment (Case Number: K-127/04 – Sarajevo, July 1, 2005), the only previous application of Article 4 by the Court of BiH.

³⁹ The Trial Chamber noted this point in its Final Decision in the Milosevic case.

⁴⁰ Hunt highlights this in his dissent to Appeals Chamber Decision in the Milosevic case, at paragraph 9.

⁴¹ Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Decision on Prosecution's Interlocutory Appeal Against the Trial Chamber's 10 April 2003 Decision on Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 28 October 2003,

⁴² Ibid.

⁴³ Mejakic, Decision On Prosecution Motion For Judicial Notice Pursuant To Rule 94(B), 1 April 2004. Ntakirutimana Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, paragraph 27.

⁴⁴ Stewart, for example, argues in 'Judicial Notice in International Criminal Law: A Reconciliation of Potential, Peril and Precedent', 'notoriety or common knowledge could not possibly be an element of judicial notice pursuant to Rule 94(B). Because all matters of common knowledge 'must' be judicially noticed pursuant to Rule 94(A), the inclusion of common knowledge as an element of Rule 94(B) would render the section redundant'. *International Criminal Law Review*, 2003, 245-274. Stewart cites two authors who make this conflation of 'not in reasonable dispute' and 'notoriety' as evidence of the notoriety requirement in Rule 94(B). At page 254, footnote 7, Stewart cites Eugene O'Sullivan, in *Judicial Notice*, in R. May et al (eds.) *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald*, 329-399 – (2001, Kluwer International, London.). O'Sullivan states, at page 338, 'the types of facts falling under Rule 94(B) must be confined to those which are so notorious as to be beyond any reasonable dispute between people of good faith'. Then, at page 255, Stewart states: 'Former ICTY Judge Wald also tacitly acknowledges the reality that Rule 94(B) of the Two Rules allows for the judicial notice of facts adjudicated from previous proceedings even though those facts may be at issue and might not constitute common knowledge. Stewart considers 'at issue' to equate to 'in reasonable dispute', citing Judge Wald from *To Establish Incredible Events by Credible Evidence, The Use of Affidavit Testimony in Yugoslavia War Crimes Tribunal Proceedings*, *Harvard International Law Journal*, Summer 2001, 535.

⁴⁵ This distinction is recognized by Judge David Hunt in his dissent to the Milosevic Appeals Chamber Decision. He states, at paragraph 8, 'In relation to Rule 94(B), instead of referring to atlases, dictionaries or other reference books [as would be the case for Rule 94(A) in determining 'notoriety'], the Chamber must look at the judgments to which it is referred by the Parties.'

⁴⁶ An excellent example of this distinction was, in fact, recognized by Stewart in his piece. Stewart states, at page 254, that 'the Niyitegeka Decision, for instance, took judicial notice of a previously adjudicated fact that could not possibly be considered as common knowledge, namely that 'on 13 and 14 May 1993, a large scale attack occurred in Muyira Hill against Tutsi refugees'. While the existence of such an attack might be 'not in reasonable dispute' because of the judgments of the ICTR, it is no way constitutes common knowledge.

⁴⁷ Rome Statute of the ICC, Article 69(6).

⁴⁸ ICC Rules of Procedure and Evidence, Rule 69.

Prihvaćanje presuđenih činjenica

Jim Wormington¹ razmatra prihvaćanje činjenica presuđenih na MKSJ od strane Suda BiH i bezuspješno traganje za ekspeditivnošću u suđenjima za ratne zločine

Uvod

Vijeće za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine (BiH) ima ovlasti 'prihvatiti kao dokazane' činjenice koje su prethodno utvrđene na Međunarodnom kaznenom sudu za bivšu Jugoslaviju. Ova ovlast dana je člankom 4. Zakona o ustupanju predmeta od strane MKSJ-a Tužiteljstvu BiH i korištenju dokaza pribavljenih od strane MKSJ-a u postupcima pred Sudom BiH (u daljem tekstu: 'Zakon o ustupanju'). Prije korištenja date ovlasti, Sud BiH mora odgovoriti na neka bitna pitanja glede njenog djelokruga i učinka. Prije svega, Sud BiH mora utvrditi neophodna ograničenja te ovlasti. U ovom članku se pokušavaju utvrditi ta ograničenja.

Uvođenje članka 4. Zakona o ustupanju

Članak 4. Zakona o ustupanju glasi: *"Nakon saslušanja stranaka, sud može na vlastitu inicijativu ili na prijedlog jedne od stranaka odlučiti prihvatiti kao dokazane činjenice koje su utvrđene pravomoćnom odlukom u drugom postupku pred MKSJ ili prihvatiti pisani dokazni materijal iz postupaka pred MKSJ ukoliko se odnosi na pitanja od značaja u tekućem postupku."*

Kada Sud BiH primjenjuje članak 4. za 'prihvaćanje kao dokazanih' činjenica koje je utvrdio MKSJ, Sud BiH ustvari primjenjuje svojevrzne 'općepoznate činjenice'. Sud prihvaća kao 'općepoznate činjenice' one činjenice za koje sud smatra da su prethodno utvrđene. Ako sud prihvati neku činjenicu kao općepoznatu činjenicu, ta se činjenica ne mora dokazivati konvencionalnim dokaznim postupkom (npr. korištenjem izravnih dokaza, poput svjedočenja). Pored činjenica o kojima je presudio neki drugi sudski organ, sud može smatrati prethodno utvrđenim činjenice koje su dio općeg znanja ili notorne činjenice. Međutim, članak 4. Zakona o ustupanju odnosi se samo na presuđene činjenice i pisani dokazni materijal.

Kada sud prihvati pisani dokazni materijal kao općepoznate činjenice, sud prihvaća da je vjerodostojnost izvora tog pisanog dokaznog materijala utvrđena i ne treba se utvrđivati konvencionalnim dokaznim postupkom². To u stvari znači prihvaćanje neke presuđene činjenice kao općepoznate činjenice: 'činjenice' da dokument dolazi iz navedenog izvora. Iz tog razloga, u daljem tekstu ovaj članak podrazumijevat će pod općepoznatim činjenicama samo presuđene činjenice.

Članak 4. više će koristiti optužba nego obrana u kaznenim postupcima pred Sudom BiH. Prihvaćanje presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica znači da poticajna strana u postupku više nema obvezu izvođenja dokaza koji utvrđuju tu činjenicu. U kaznenom postupku je obveza dokazivanja činjenica praktički uvijek na optužbi. Optužba mora dokazati točnost činjenica vezanih za navode optužnice 'izvan razumne sumnje'. Članak 4. koristit će upravo optužba kako bi olakšala dokazivanje činjenica dok prezentira svoj slučaj protiv optuženika. Tek ako optužba uspješno prezentira svoj predmet, optuženik mora utvrditi činjenice koje osporavaju dokaze optužbe.

Razmotrimo jedan primjer funkcioniranja članka 4. U postupku pred MKSJ-om utvrđeno je da se na području središnje Bosne³ odigrao 'međunarodni sukob'. Ako bi Sud BiH trebao riješiti pitanje o tome je li postojao 'međunarodni sukob' u središnjoj Bosni

koristeći uobičajena pravila dokaznog postupka, Sud bi morao saslušati konvencionalne dokaze optužbe kojima se utvrđuje ta činjenica. Morali bi recimo saslušati svjedoke ili pregledati dokumente. Međutim, ako Sud primijeni članak 4. kako bi prihvatio činjenicu postojanja 'međunarodnog sukoba'⁴ na području središnje Bosne kao općepoznatu činjenicu, onda se ta činjenica 'prihvaća kao dokazana' i Sud može izbjeći razmatranje konvencionalnih dokaza koje izvodi optužba. Bitno je istaći da optužba ima široke mogućnosti primjene članka 4. Postojanje međunarodnog sukoba na području središnje Bosne vrlo je općenita činjenica, to je početno pitanje kod utvrđivanja mnogih potencijalnih kaznenih djela u predmetima ratnih zločina. No, članak 4. može se koristiti i za dokazivanje vrlo konkretnih činjenica,

čak i činjenica koje se tiču konkretnih djela navedenih u optužnici te, izuzetno, djela ili ponašanja optuženika. Članak 4. predstavlja potencijalno vrlo važno oruđe u rukama optužbe.

Članak 4. ima dvojak cilj poboljšanja expeditivnosti i dosljednosti suđenja za ratne zločine na Sudu BiH i osiguranja dosljednosti činjenica koje je utvrdio Sud BiH sa onima koje je utvrdio MKSJ. Sam Zakon o ustupanju ili Odluka o njegovom stupanju na snagu ne sadrži ništa što bi ukazalo na njegove ciljeve. Međutim, članak 4. duguje veliku većinu svog teksta odredbama o općepoznatim činjenicama Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ-a, Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu (MKSR) te Posebog suda za Sierra Leone (PSSL).

Ove odredbe sadržane su u pravilu 94 svake od ovih grupa pravila. Pravilo 94 dopušta prihvaćanje kao općepoznatih činjenica ne samo činjenica koje predstavljaju opće znanje - pravilo 94 A) nego i presuđenih činjenica - pravilo 94 B). Pravilo 94 B) dopušta da se pretresna vijeća nadovežu na već urađen posao u prethodnim postupcima usvajanjem činjenica koje su već utvrđene od strane ranijeg pretresnog vijeća. Iz tog razloga, pravilo 94 B) bilo je savršen model na kojem se temelji članak 4. Zakona o ustupanju.

Pravilo 94 B) glasi:

(B) Na zahtjev jedne od strana ili *proprio motu* Raspravno vijeće može, nakon što je saslušalo strane, odlučiti formalno primiti k znanju činjenice o kojima je presuđeno ili pisani dokazni materijal iz drugih postupaka pred Međunarodnim sudom koji se odnose na pitanja od važnosti za tekuće suđenje.

Razmatrajući pravilo 94, međunarodni sudovi navode sda su ciljevi prihvatnja općepoznatih činjenica sljedeći:

Unapređenje ekonomičnosti sudskog postupka sužavanjem činjeničnih pitanja o kojima sud treba odlučiti.⁵

Osiguravanje dosljednosti sudske prakse unapređenjem jednoobraznosti činjeničnih pitanja kada postojanje razlika u utvrđivanju činjenica ne bi bilo pravedno.⁶

Članak 4. mora imati iste ciljeve. To poboljšava ekspeditivnost postupka izbjegavajući dugotrajno izvođenje dokaza uživo, naročito saslušanja svjedoka, poradi činjenica koje su već utvrđene u prethodnim postupcima pred MKSJ-om. To povećava dosljednost dopuštajući da Sud BiH jednostavno usvoji činjenične nalaze MKSJ.

Primjena članka 4. radi povećanja ekspeditivnosti i dosljednosti samo je jedan od načina na koji Sud BiH može nastaviti na temeljima koje je već postavio MKSJ u svojim nastojanjima sprječavanja nekažnjivosti za kaznena djela počinjena u vrijeme raspada bivše Jugoslavije. Povećana ekspeditivnost mora biti ključni cilj u suđenjima za ratne zločine jer suđenja za ratne zločine sama po sebi nastoje biti ekspeditivna. Predmeti imaju kompleksne činjenične matrice koje obuhvaćaju široke povijesne činjenice koje se

Iako mogu osporiti. Samo međunarodno humanitarno pravo je apstraktno i zahtijeva česta ponovna tumačenja. MKSJ i MKSR često su jako kritizirani zbog svojih glomazna suđenja⁷, koja su prisiljavala Vijeće sigurnosti UN-a da ih podsjeća na ekspeditivnost putem Rezolucija Vijeća sigurnosti kojima su stvorene 'Strategije okončanja rada Sudova' koje predviđaju zatvaranje Sudova 2010⁸. godine. Teško da bi domaće vlasti, domaća javnost ili međunarodni donatori tolerirali glomazna domaća suđenja, naročito ona koja dostižu trajanje suđenja u MKSJ-u. Na Sudu BiH se, na primjer, predviđa kraće vrijeme suđenja nego što je to slučaj na MKSJ-u. Suđenje pred Sudom BiH ne može trajati duže od godinu dana, što je period u kojem osumnjičenik može biti zadržan u pritvoru tijekom suđenja.⁹

Sud BiH prvi je domaći sud za ratne zločine koji koristi stečena iskustva i praksu nekog međunarodnog suda odnosno tribunala. Zato Sud BiH nema neki model kojeg može slijediti u utvrđivanju načina suradnje sa nekim međunarodnim sudom - u konkretnom slučaju po pitanju usvajanja činjenica koje je neki međunarodni sud prihvatio. Stoga će suradnja između Suda BiH i MKSJ-a u tom pogledu postat model suradnje među budućim institucijama. Na kraju krajeva, odnos između Suda BiH i MKSJ-a više neće biti izuzetak. U godinama koje dolaze, početak će s radom i drugi domaći sudovi koji će koristiti stečena iskustva i praksu nekog bivšeg međunarodnog suda, bez obzira na to da li se radi o *ad-hoc* tribunalu ili, što je još vjerojatnije, o Međunarodnom kaznenom sudu.

Utvrđivanje ograničenja članka 4.

Sudska praksa glede pravila 94 B) stvorila je niz uvjeta koje moraju ispunjavati činjenice koje je utvrdilo pretresno vijeće MKSJ-a kako bi bile prihvaćene od narednog pretresnog vijeća. Smatram da većina ovih uvjeta nisu kontroverzni i nisu osporavani u sudskoj praksi MKSJ-a, MKSR-a i PSSL-a. Ti uvjeti moraju se primijeniti i kod uzimanja presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica sukladno članku 4.

Uvjeti koji nisu kontroverzni relevantne presuđene činjenice moraju ispunjavati sljedeće: biti presuđene od strane drugog vijeća, što znači da nije uložena žalba na činjenicu ili je prizivni postupak okončan;¹⁰

predstavljati čisti činjenični nalaz a ne pravnu karakterizaciju činjenica;¹¹

ne smiju biti pretjerano opširne, detaljne ili brojne; moraju biti dovoljno važne; ne ponavljati druge već prihvaćene dokaze ili ne biti dovoljno relevantne za predmet.¹²

Rasprava o ograničenjima pravila 94 B) počinje tek kada razmatramo zadnji uvjet, mora li činjenica biti takva 'da se osnovano može reći da nije sporna' između strana u postupku. Rješenje ovog spora rješava jedno drugo važno pitanje, pitanje pravnog učinka općepoznate činjenice; naročito po pitanju jesu li činjenice prihvaćene kao općepoznate činjenice nepobitno dokazane da ih se više ne može osporavati u postupcima ili možda općepoznata činjenica samo utvrđuje pretpostavku o točnosti neke činjenice; pretpostavku koju suprotna strana može pobijati.

Važno je shvatiti na samom početku da su pitanja koja se tiču pravnog učinka i uvjeta 'da se osnovano može reći da stvar nije sporna' međusobno povezana. Rješenje Suda BiH po jednom pitanju samim tim određuje njegov odgovor na drugo pitanje. Ako je pravni učinak prihvaćanja neke činjenice kao općepoznate činjenice sukladno članku 4. takav da je ta činjenica nepobitno dokazana, sudovi onda ne mogu ekskluzivno uzeti kao općepoznatu činjenicu koja je predmetom opravdanog spora između strana u postupku. Činjenični nalaz u ranijem pravnom postupku ne treba sprečavati neku stranu u sadašnjem postupku da podnese dokaze koji dokazuju da je ta činjenica netočna. Međutim, ako općepoznata činjenica samo stvara pretpostavku točnosti činjenice, pretpostavku koju suprotna strana može pobijati, onda se općepoznate činjenice ne

mogu ograničiti samo na činjenice za koje se 'osnovano može reći da nisu sporne'. Bilo bi besmisleno pokušati pobijati neku činjenicu za koju se ne može osnovano tvrditi da je sporna.¹³

Stoga Sud BiH mora odabrati jedno od ova dva tumačenja:

nametanje uvjeta 'da se osnovano može tvrditi da činjenice nisu sporne' i priznavanje nepobitnog pravnog učinka.

brisanje uvjeta 'da se osnovano može tvrditi da činjenice nisu sporne', ali priznavanje pravnog učinka čiste pretpostavke.

Na Sudu BiH je da izabere između ova dva tumačenja, što će odlučiti o pravim ograničenjima članka 4. Odabir (i) predstavlja restriktivno tumačenje članka 4. budući da Sud BiH može jedino prihvatiti kao dokazane činjenice za koje 'se osnovano može tvrditi da nisu sporne' između strana u postupku, iako su te činjenice biti nepobitno dokazane. U tom slučaju, kada sud uzme neku činjenicu kao općepoznatu činjenicu, sud može od tog momenta nadalje odbiti saslušavati dokaze kojima se nastoji dokazati ta činjenica. Odabir (ii) daje mnogo širu definiciju članku 4. Činjenice mogu biti prihvaćene kao općepoznate činjenice čak i kada se za njih može osnovano tvrditi da su sporne, ali takve činjenice nisu prihvaćene kao nepobitno dokazane. Naprotiv, samo se pretpostavlja da su te činjenice točne. Ova pretpostavka može se pobijati ako suprotna strana predoči dostatne dokaze kojim se utvrđuje da je točnost činjenice 'opravdano dovedena u sumnju'. Ako optuženik ne može dokazati da je ta činjenica opravdano dovedena u sumnju, to skida sa optužbe teret iznošenja dokaza radi dokazivanja činjenica koje su već dokazane pred MKSJ-om.

Odabir uvjeta

Sud BiH mora odabrati između dva navedena tumačenja. Sam tekst članka 4. nudi Sudu oskudne smjernice. Sudska praksa po pitanju pravila 94 B) nudi više, iako je, kao što je već rečeno, još uvijek u znatnoj mjeri sporno koje tumačenje treba usvojiti. Sporni su samo oni proceduralni čimbenici koji utiču na svako od ovih tumačenja.

Analiza teksta

Tekst članka 4. ne određuje koje tumačenje Sud BiH treba usvojiti, iako članak 4. ipak sadrži jednu izmjenu teksta u odnosu na pravilo 94 B), pravilo oko kojeg se vrti ova debata. Dok pravilo 94 B) kaže da sud može 'uzeti kao općepoznate činjenice' već presuđene činjenice, članak 4. ide dalje, navodeći da sud može 'prihvatiti kao dokazanu činjenicu koja je utvrđena pravomoćnom odlukom'. No, ova izmjena ipak nije presudna kod ta dva tumačenja. S druge strane, riječ 'dokazan' možda više ukazuje na nepobitan pravni učinak; budući da implicira konačno, nepobitno prihvaćanje činjenice. S druge strane, članak 4. možda više ide u prilog pristupu pretpostavke: 'prihvatiti činjenicu kao dokazanu' može značiti prihvaćanje da je strana u postupku uspješno ispunila svoju obvezu dokazivanja te činjenice, ipak ostavljajući mogućnost drugoj strani za pobijanje te činjenice.

Ne iznenađuje stoga što dio tekst koji je zajednički članku 4. i pravilu 94 B) nije sporan, obzirom na kontroverznost koja se u tom smislu javlja kod pravila 94 B). Najjači tekstualni argument koji proizlazi iz pravila 94 B) vezan je za izraz 'koji se odnosi na sporna pitanja u tekućem postupku'. Često se u sudskoj praksi MKSJ-a iznose argumenti da ovaj izraz govori u prilog prihvaćanju kao općepoznatih činjenica 'za koje se osnovano može tvrditi da su sporne'. Na primjer, sudac Shahabuddeen tvrdi u predmetu protiv Miloševića u svom *Izdvojenom mišljenju priloženom na odluku Prizivnog vijeća* da je 'sporno pitanje' pitanje za koje se osnovano može tvrditi da je sporno.¹⁴ Međutim, uvjet da činjenica bude 'spornae' u datom postupku ne odnosi se na

osporivost te činjenice nego jednostavno na relevantnost te činjenice za konkretni predmet. Kao što smo ranije vidjeli, uvjet važnosti utemeljen na izrazu 'sporno' primjenjuje se dosljedno u sudskoj praksi Međunarodnih sudova.¹⁵ Sudac Shahabuddeen priznaje tu mogućnost kada navodi: 'izraz 'sporno' može obuhvatiti činjenična pitanja od važnosti za predmet ali oko kojih strane nemaju suprotna stajališta'¹⁶. Uvjet relevantnosti osigurava da prihvaćanje nerelevantnih presuđenih činjenica i pisanog dokaznog materijala ne potkopava bitno funkciju prihvatanja općepoznate činjenice u povećanju ekspeditivnosti postupka.¹⁷

Sudska praksa

Sudska praksa dva Međunarodna suda i PSSL-a u odnosu na ova dva tumačenja je ne samo nedosljedna, nego i povremeno zbunjujuća.

MKSJ

Čini se da je u predmetu protiv Miloševića Prizivno vijeće MKSJ-a usvojilo drugo šire tumačenje članka 4. Sud zaključuje raspravu o pravnom učinku općepoznate činjenice u korist pristupu zasnovanom na pretpostavkama. Sud navodi, ne dajući razloge za svoju odluku:

'Uzimajući u obzir da formalnim primanjem na znanje neke činjenice o kojoj je već presuđeno vijeće utvrđuje osnovanu pretpostavku o točnosti te činjenice, koju stoga ne treba ponovno dokazivati na suđenju, ali koja se, kao predmet te pretpostavke, može pobijati na suđenju.'¹⁸

Međutim, usprkos isprepletenosti ova dva pitanja, Prizivno vijeće nije uspjelo odbaciti uvjet 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne'. Sve do Odluke Prizivnog vijeća, uvjet 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' bio je dosljedna sastavnica sudske prakse MKSJ-a o općepoznatim činjenicama¹⁹. Bilo bi nemoguće riješiti pravni učinak općepoznate činjenice u korist pristupa pretpostavke bez brisanja uvjeta 'da se ne može opravdano tvrditi da su činjenice sporne'. No, većina članova Prizivnog vijeća nije prepoznala tu isprepletenost karakterističnu za ova dva pitanja. Štoviše, većina Prizivnog vijeća nije se zasebno pozabavila pitanjem mora li predložena činjenica biti lišena mogućnosti da se osnovano tvrdi kako je sporna, kako bi bila prihvaćena kao općepoznata činjenica.²⁰

Bit greške Prizivnog vijeća leži u zbunjujućim podnescima optužbe u tom predmetu. Na oprezu zbog sudske prakse koja stalno naglašava da se činjenice za koje se opravdano može tvrditi da su sporne ne mogu prihvatiti kao općepoznate činjenice,²¹ (praksa koju je usvojilo Pretresno vijeće u predmetu protiv Miloševića²²), optužba je tvrdila da je činjenica 'neosporiva' ako je bila predmetom parničenja na glavnom pretresu i u prizivu²³. Optužba je prihvatila da u 'izuzetnim slučajevima' čak i takve 'neosporive' činjenice mogu biti nesigurne i predmetom opravdanog osporavanja. Međutim, 'neosporiva' priroda činjenica koje su bile predmetom parničenja znači da postoji pretpostavka o njihovoj istinitosti i onda je na obrani da pokaže da je činjenica nesigurna. Optužba je izbjegla samu vezu između pravnog učinka i uvjeta 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' tvrdeći da je neosporivost u stvari relativan pojam: moguće je osporavati neosporive činjenice. Kao posljedica ovako bizarnog rezoniranja, Prizivno vijeće je (namjerno ili ne) utvrdilo pravni učinak prihvaćanja općepoznate činjenice a da nikad nije raspravilo uvjet Pretresnog vijeća da se ne može osnovano tvrditi da su dokazi sporni'.

Možda Pretresno vijeće nije imalo hrabrosti eksplicitno odustati od uvjeta 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' obzirom na njegovu sveopću nazočnost u sudskoj praksi MKSJ-a i možda je vjerovalo (donekle i ispravno) da bi njihova odluka

neminovno dovela do njegovog ukidanja. Možda su vjerovali da bi svojevrsna šira definicija povećala ekspeditivnost postupaka pred MKSJ-om, pomažući Sudu u njegovom nastojanju da ispuni svoju Strategiju prestanka rada. Zanimljivo je da je ova Odluka izravno uslijedila nakon sada veoma nepopularne Odluke Prizivnog vijeća o prihvaćanju pisanog dokaznog materijala sukladno pravilu 89 F). Zaista, Odluku je donijelo četvero od petero sudaca koji su također vijećali u toj Odluci. Ta Odluka Prizivnog vijeća o pravilu 89 F) natjerala je suca Hunta da izrazi svoju zabrinutost:

'Prizivna većinska odluka, kao i druge odluke u kojima se Strategija prestanka rada Suda stavlja iznad prava optuženika nanijeće dugoročne štetne posljedice po ugled Suda'.²⁴

Propust prizivnog vijeća da odustane od uvjeta "da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne" vidi se iz propusta kasnijih pretresnih vijeća da taj uvjet tretiraju neprimjenjivim. Neka pretresna vijeća i dalje eksplicitno primjenjuju uvjet "da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne" jednostavnim ignoriranjem Odluke Prizivnog vijeća u predmetu protiv Miloševića²⁵. Drugi pak, dok podržavaju Odluku Prizivnog vijeća riječima, djelima uspostavljaju alternativni uvjet "da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne". Prvo pretresno vijeće koje je to pitanje uredilo na taj način bilo je upravo Pretresno vijeće u predmetu protiv Miloševića²⁶. Pretresno vijeće formalno podržava odluku Prizivnog vijeća tako što više eksplicitno ne spominje uvjet 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne'. Umjesto toga, Pretresno vijeće kaže 'primjenjujući svoju diskrecionu ovlast, Pretresno vijeće može razmatrati i tendencioznost činjenica čije se prihvaćanje traži'.²⁷ No, misli se na 'tendencioznost' u smislu uvjeta 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne'. To je jasno i iz relevantne analogije sa pravilom 92bis, 'Dokazivanje činjenice na način koji nije usmeno svjedočenje' Pravilnika o postupku i dokazima. Pravilo 92bis vrlo je analogno pravilu 94 B) budući da stvara izuzetak kod samog izvođenja dokaza. Prema pravilu 92bis, činjenice se mogu dokazivati putem prethodno zabilježenih pisanih izjava svjedoka. Pretresno vijeće smatra da su kod primjene pravila 92bis postojali 'neki dijelovi iskaza koje je optuženik energično osporavao i za koje je Pretresno vijeće uporno dopuštalo unakrsno ispitivanje od strane optuženika'. U primjeni svoje diskrecione ovlasti sukladno pravilu 92bis, bitan čimbenik kojeg Sud razmatra jeste da li optuženik osporava iskaze koje optužba nastoji izvesti u pisanoj formi. Pretresno vijeće u predmetu protiv Miloševića smatralo je da ovaj čimbenik uveliko nalikuje uvjetu 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne'. Naveli su da je 'najočitiji primjer' ove primjene diskrecione ovlasti obvezno unakrsno ispitivanje za dokaze 'koji se odnose na neko tekuće pitanje između strana u postupku'. U ovim okolnostima, izraz 'tekuće pitanje' jako je sličan uvjetu 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne'²⁸. Koristeći ovakvo rezoniranje, Pretresno vijeće moglo je odbiti da preinači svoju prvobitnu odluku o prihvaćanju činjenica iz predmeta *Milošević* kao općepoznatih činjenica, odluku koja je zasnovana na postojanju uvjeta 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne'. Za ta dva niza činjenica²⁹, Pretresno vijeće citiralo je tendencioznost kao osnovu za odbijanje općepoznatih činjenica³⁰. Obrazloženje Pretresnog vijeća u predmetu protiv Miloševića nastavilo je Pretresno vijeće u predmetu protiv Mejakića.

U predmetu protiv Mejakića, Pretresno vijeće 'istaknulo je prethodni pristup Pretresnog vijeća u pogledu prihvatanja općepoznatih činjenica'. Vijeće smatra da uvjet da 'Pretresno vijeće može prihvatiti kao općepoznate samo one činjenice koje nisu predmetom osnovanog osporavanja' predstavlja dio tog 'prethodnog pristupa'. Pretresno vijeće zatim citira Odluku Prizivnog vijeća u predmetu protiv Miloševića koja modificira taj stav. Sud navodi sljedeće: 'primjena testa koje je postavilo Prizivno vijeće [u predmetu protiv Miloševića], da je konkretna činjenica, kada je postala predmet

konačnog presuđivanja od strane nekog drugog vijeća, prihvatljiva na osnovu pravila 94 b) što, kao i uvijek, podliježe diskrecionoj ocjeni Pretresnog vijeća'.

Međutim, izjava Pretresnog vijeća ne modificira 'prijasnje' uvjete za prihvatanje općepoznatih činjenica, poglavito uvjet 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne'. Uvjet 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' uvijek se primjenjivao u sklopu diskrecionih ovlasti pretresnog vijeća. Stoga, čak i kada postoji uvjet 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne', svaka činjenica koja je predmet pravomoćne presude može se uvijek prihvatiti u sklopu diskrecionih ovlasti. Jedina promjena koju može uvesti Odluka Prizivnog vijeća u predmetu protiv Miloševića jeste izmjena kriterija unutar diskrecionih ovlasti. Možda je Pretresno vijeće htjelo reći da više ne može prihvatiti eksplicitni kriterij 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' unutar diskrecionih ovlasti prema pravilu 94 B) te sada mora priznati pravilo 94 B) (bar formalno) *stvarno* diskretno.

Međutim, Pretresno vijeće u predmetu protiv Mejakića slijedilo je Odluku u predmetu protiv Miloševića opisujući sadržaj te diskrecione ovlasti. Sud navodi:

'Pri primjeni diskrecione ovlasti sukladno pravilu 94 B), čimbenici koji se mogu uzeti u obzir obuhvaćaju sljedeće:

(b); da li su činjenice preširoke, *tendenciozne*, nedovoljno značajne, pretjerano detaljne, pretjerano brojne, repetitivne u odnosu na druge dokaze koje je Vijeće već uvrstilo u spis, ili pak nisu dovoljno relevantne za predmet, zbog čega bi se izuzele od primjene pravila 94 B).' [Citat].

Kao i u predmetu protiv Miloševića, primjenjena je 'tendencioznost' kako bi se isključilo prihvaćanje činjenica koje 'za koje se razumno može tvrditi da su sporne' kao općepoznatih činjenica³².

Sudska praksa MKSJ-a može se dakle sumirati na jedan od dva načina:

Pretresno vijeće MKSJ-a odustalo je od uvjeta 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' u predmetu protiv Miloševića, ali još uvijek postoji uvjet nepostojanja 'tendencioznosti' koji funkcionira na isti način.

Prizivno vijeće MKSJ-a nije odustalo od uvjeta 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' te on i dalje vrijedi.

MKSR i PSSL

MKSR i PSSL usvojili su prvo, restriktivnije tumačenje. Prema MKSR-u i Posebnom sudu za Sierra Leone, činjenice koje nisu predmet osnovanog osporavanja ne mogu se prihvatiti kao općepoznate činjenice. Učinak prihvaćanja neke činjenice kao općepoznate činjenice sukladno pravilu 94 B) je da je ta činjenica nepobitno dokazana³³. Međutim, o tome na PSSL-u postoje samo izričaji; ni MKSR ni PSSL nisu se nikad pozabavili tim pitanjem razmatranjem prakse u predmetu protiv Miloševića ili bilo kojeg od argumenata iznesenih u tom predmetu.

Sudska praksa ipak podržava postojanje uvjeta 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne', iako je sudska praksa MKSJ-a nedosljedna i nezbujujuća a u praksi MKSR-a i PSSL-a to pitanje nikad nije u potpunosti razmatrano.

Načela postupanja

Upravo analiza načela postupanja konačno razrješava ovu debatu u korist restriktivnijeg tumačenja članka 4. pa time zadržava uvjet 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne'.

Čest prigovor široj definiciji članka 4. je da odbacivanje uvjeta 'da se ne može osnovano

tvrditi da su činjenice sporne' krši pravo optuženika na pravično suđenje, poglavito njegovo pravo da se smatra nevinim dok se ne dokaže krivnja. U Mišljenju o neslaganju sa Odlukom Prizivnog vijeća u predmetu protiv Miloševića, sudac David Hunt argumentira da 'kada se činjenica o kojoj je već presuđeno okarakterizira kao osporiva pretpostavka to nužno stavlja na optuženika određeni teret dokazivanja (točnije, *onus probandi*), što je u suprotnosti sa pretpostavkom nevinosti'³⁴. Hunt ispravno navodi da jedine pretpostavke koje mogu djelovati u kaznenom pravu jesu pretpostavka nevinosti i pretpostavka uračunljivosti. Samo ova druga ide (ili može ići) na štetu optuženika. Hunt tvrdi da 'u svim drugim slučajevima, kao što je (na primjer) 'odbrana' alibijem, na optuženika se ne stavlja nikakav teret dokazivanja. Optužba uvijek mora izvan razumne sumnje dokazati da je optuženik počinio djela koja se navode u optužnici.'³⁵

No, usvojiti Huntov stav znači potpuno pogrešno pojmiti odnos između općepoznate činjenice i pretpostavke nevinosti.

Pretpostavke nevinosti i uračunljivosti tiču se tereta dokazivanja u kaznenim postupcima, stranke koja ima obvezu dokazivanja datih činjenica čak i prije izvođenja bilo kakvih dokaza. Općepoznata činjenica ne mijenja ove pretpostavke; ona u stvari regulira prihvatljivost izvedenih dokaza kako bi zadovoljila ovim dvjema pretpostavkama i pravni učinak koji se tim dokazima postiže. Činjenični nalazi iz prijašnjih pravnih postupaka mogu se koristiti kao dokazi činjenica i smatra se da su nepobitni za tu činjenicu. Ovu distinkciju dobro je opisao sudac Shahabuddin u svom Izdvojenom mišljenju na Odluku Prizivnog vijeća u predmetu protiv Miloševića. On navodi da 'treba napraviti razliku između omogućavanja dokazivanja i oslobađanja od obveze dokazivanja. Optuženik ne mora dokazivati svoju nedužnost, još uvijek je na optužbi da dokaže njegovu krivnju. Zakon samo omogućuje dokazivanje, dopuštajući stranama u postupku da izvedu dokaze na određen način.'³⁶

Problemi se također javljaju za druge argumente pravičnog suđenja kod šireg tumačenja. Na primjer, ne može se argumentirati da će time biti povrijeđeno pravo optuženika da sam ispita ili zahtijeva ispitivanje svjedoka optužbe i odobrenje nazočnosti i saslušanja svjedoka odbrane, što se štiti člankom 6. stavak 3. točka d) Europske konvencije o ljudskim pravima. Optuženik može ispitati onoliko svjedoka koliko želi u svojim nastojanjima da opovrgne pretpostavku o točnosti činjenice prihvaćene kao općepoznate činjenice. U sklopu članka 4. ne žrtvujemo pravo optuženika na pravično suđenje radi ekspeditivnosti i dosljednosti.

Prvi pravi načelni argument u korist restriktivne definicije je da šira definicija ne poboljšava ni ekspeditivnost ni dosljednost.³⁷ Ova tvrdnja iziskuje znatno objašnjenje. U svakom predmetu, optužba mora pripremiti i izvesti svoje dokaze prije odbrane. Iz ovog razloga, ako općepoznata činjenica ima pravni učinak čiste pretpostavke, optužba će, iz bojazni da bi optuženik mogao uspješno opovrgnuti pretpostavku tijekom izvođenja dokaza, podržati dokaze koji pokazuju prihvaćanje date činjenice u postupku pred MKSJ-om sa drugim dokazima izvedenim na konvencionalan način. To će osigurati da sud vjeruje u činjenicu dokazanu 'izvan razumne sumnje', bez obzira na dokaze koje preda odbrana radi pobijanja te činjenice³⁸. Samo ako optužba zna da optuženik neće pobijati tu činjenicu oslonit će se samo na ono što je presuđeno pred MKSJ-om. Rezultat toga je da kada optuženik pobija neku činjenicu, ta se činjenica dokazuje uobičajenim dokaznim postupkom, u kojem obje strane izvode dokaze. U tom slučaju, prednosti članka 4. nestaju. Zaista, nastojanja optuženika da izvede dostatne dokaze kako bi pokazao da se u pogledu dotične činjenice postoji 'osnovana sumnja' može oduzeti mnogo vremena i resursa tijekom postupka³⁹. Na kraju krajeva, ne postoji ograničenje u pogledu dokaza koje optuženik može podastrijeti u tom smislu i sud ne može odbiti

saslušati dokaze, budući da općepoznata činjenica nema nepobitan pravni učinak.

Članak 4. imaće negativan učinak i na odnos između Suda BiH i MKSJ-a. Upravo najrestriktivnijom definicijom članka 4. najlakše je izbjeći ovu opasnost. No, neminovno je za Sud BiH da će morati utvrđivati činjenice koje su prethodno presuđene pred MKSJ-om. Sam proces na Sudu BiH utvrđivanja točnosti činjenica utvrđenih pred MKSJ-om može imati negativan učinak na odnos između MKSJ-a i Suda BiH. Ako optužba može koristiti članak 4. za utvrđivanje pretpostavke o točnosti neke presuđene činjenice, obrana će nužno koristiti dokaze koji su predloženi pretresnom vijeću MKSJ-a koje je prvobitno presudilo tu činjenicu kako bi pobijali tu pretpostavku. U takvoj situaciji, isto kao što prizivno vijeće postupa kada razmatra učinak dodatnih dokaza na nalaz pretresnog vijeća o činjenici⁴⁰, Sud BiH će u stvari prerađivati odluku MKSJ-a. Sudac Hunt to opisuje kao 'očigledno nezadovoljavajuće' kad je u pitanju razmatranje odluke koju je donijelo neko pretresno vijeće od strane drugog pretresnog vijeća. Nije teško uočiti zašto: učinak takvog procesa je da naredni sud dovodi u pitanje vjerodostojnost prvobitnog pretresnog vijeća. Ovo vrijedi još i više kad je u pitanju odnos između Suda BiH i MKSJ-a. Sud BiH morao bi ponovo razmotriti, a u nekim slučajevima i ne složiti se sa odlukama suda u svojevrsnoj drugačijoj [možda i višoj] sudskoj praksi. To je očito nepoželjno. Ako usvojimo dato ograničenije tumačenje članka 4. to bi podstaklo optužbu da se oslanja na konvencionalnije izvore dokaza za dokazivanje činjenica, sprečavajući Sud BiH da 'prerađuje' odluku MKSJ-a. Upravo ova činjenica mora biti presudna kad su u pitanju date dvije opcije. Ovi proceduralni čimbenici, zajedno sa sudskom praksom glede pravila 94 B) ukazuju na to da Sud BiH mora dakle usvojiti restriktivnu definiciju članka 4. koja priznaje da se činjenice ne mogu prihvatiti kao općepoznate ukoliko se može osnovano tvrditi da su sporne.

Zaključak

Počeli smo dakle u potpunosti razjašnjavati ograničenja članka 4. Zakona o ustupanju. Utvrdili smo čitav niz uvjeta koji se moraju primijeniti na činjenice kako bi iste bile prihvaćene kao općepoznate. Ti uvjeti zahtijevaju da relevantne presuđene činjenice moraju:

biti presuđene od strane drugog vijeća, što znači da nije uložena priziv na činjenicu ili je prizivni postupak okončan;⁴¹

predstavljati čisto činjenični nalaz a ne pravnu karakterizaciju činjenica;⁴²

ne biti pretrjerano opširne, detaljne ili brojne; biti dovoljno značajne, ne ponavljati druge već prihvaćene dokaze ili ne biti nedovoljno relevantne za predmet⁴³

'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' između strana u postupku

No, naše određenje ograničenja članka 4. bit će potpuno samo onda kada razmotrimo što čini činjenicu takvom „da se ne može osnovano tvrditi da je sporna“. Drugim riječima, što određuje 'osnovanost' osporavanja? Često se netočno pretpostavlja da je uvjet 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' za općepoznate činjenice isti kao i uvjet da činjenica bude 'notorna' da bi sud uzeo tu činjenicu kao općepoznatu, kao 'opće znanje'⁴⁴. No to nije slučaj: postoji suptilna ali bitna razlika između ta dva pojma. Činjenice koje su 'notorne' 'za koje se ne može osnovano tvrditi da su sporne' samo zato što su prihvaćene kao dokazane u društvu kao cjelini. Da bi razmatrali je li neka činjenica 'notorna', mogli bi na primjer upitati nekog učitelja ili zaviriti u enciklopediju. Presuđene činjenice za koje 'se ne može osnovano tvrditi da su sporne' su takve samo zbog činjenice presuđivanja od strane suda u nekom drugom suđenju. Da bi se razmotrilo da li je neka činjenica takve 'da se ne može osnovano tvrditi da je sporna' zbog presude tog suda, moramo razmatrati samo sudsku praksu datog suda⁴⁵. Ako je

neka činjenica takva 'da se ne može osnovano tvrditi da je sporna' zbog postupka pred MKSJ-om, to nikako ne znači da će biti općepoznata na isti način kao i opće znanje⁴⁶.

Konceptualne teškoće nastaju međutim korištenjem sudske prakse datog suda radi utvrđivanja kada je neka činjenica takva 'da se ne može osnovano tvrditi da je sporna'. Jasno da ne možemo smatrati da je baš svaka činjenica koju je potvrdio sud takva 'da se ne može osnovano tvrditi da je sporna'. Ne možemo također razmatrati osnovanost svake činjenice koju sud utvrđuje ponovnim pregledom dokaza koji se stavljaju pred sud u svakom predmetu: općepoznata činjenica je prihvaćanje činjenica bez pregleda dokaza za ili protiv njihove istinitosti. Umjesto toga, možemo samo provjeriti status te činjenice u sudskoj praksi suda kao cjeline. Ali što to u stvari znači? Moramo li, na primjer, razmatrati je li data činjenica ostala dosljedno neosporavana od obje strane u postupku u novijim odlukama? Trebamo li gledati je li ta činjenica prihvaćena kao općepoznata od strane drugih sudova? Koji su drugi kriteriji? Kako su ovi kriteriji međusobno povezani?

Ni MKSJ, MKSR niti PSSL nisu pokušali razlučiti ove kriterije. Kako onda suci u dosadašnjoj praksi utvrđuju da je neka činjenica takva 'da se ne može osnovano tvrditi da je sporna?' Koji se kriteriji primjenjuju? Rekao bih da suci u tom smislu koriste u biti svoju intuiciju, intuiciju na koju utječu dva čimbenika koji se ne odnose na 'osnovanost' osporavanja u smislu članka 4.

Prvo, suci se uveliko oslanjaju na ponašanje optuženika u konkretnom slučaju. Ukoliko optuženik ne osporava činjenicu za koju se traži da se prihvati kao općepoznata činjenica, sudac lako okarakterizira tu činjenicu kao činjenicu 'za koju se ne može osnovano tvrditi da je sporna', iako to kombinira suglasnost između strana u postupku o prihvatljivosti činjenica sa prihvaćanjem presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica. Međutim, ako optuženik ipak osporava činjenicu, sudac će razmotriti da li on sam smatra da se optuženik postupa razumno u svom osporavanju činjenice na tom suđenju ili njegovo pobijanje ima za cilj podrivati sudski postupak (na primjer, taktika odugovlačenja). Ako je očito da optuženik želi podrivati sudski postupak, sudac će smatrati da se ta činjenica 'ne može osnovano osporavati.' To međutim nije pravno valjan čimbenik za utvrđivanje može li se za neku činjenicu 'osnovano tvrditi da je sporna'. 'Osnovanost' u tom smislu odnosi se na valjanost spora glede same činjenice a ne ponašanja optuženika. Može biti da optuženik nastoji podrivati postupak iako osporava savršeno osporivu činjenicu. Ako sudac vjeruje da optuženik podriava sudski postupak osporavajući tu činjenicu, optuženika treba u tom smislu i sankcionirati a ne time da se smatra da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne'.

Drugo, suci se oslanjaju na prirodu same činjenice. Veći su izgledi da će suci formalno prihvatiti činjenice kao općeprihvaćene kad je riječ o širem događaju koji ili, drugim riječima, kad je riječ o 'više povijesnim' činjenicama. Šire, povijesne činjenice ključne su za postavljanje temelja za osude u suđenjima za ratne zločine. Međutim, povijesne činjenice mogu se osporavati čitavim nizom izvora dokaza i stoga postoji skoro neograničena količina dokaza koje treba saslušati. Nasuprot tome, za konkretne događaje vezane za samo kazneno djelo postoji ograničen broj svjedoka i izvora dokaza. Iz tog razloga, suci će rado smatrati za takve povijesne činjenice 'da se ne može osnovano tvrditi da su sporne' jer prihvaćanje takvih činjenica kao općepoznatih predstavlja značajnu uštedu u pogledu ekspeditivnosti. Takvi čimbenici međutim ne odnose se na osnovanost osporavanja te činjenice i ne treba ih uzimati u obzir kod utvrđivanja ovog pitanja.

Oslanjanjem na ova dva čimbenika sud također krši pravo optuženika da ga se smatra nevinim. Pretpostavka nevinosti nije povrijeđena ako sud racionalno vjeruje

pojedinačnom dokazu koji je izveden da se dokaže neka činjenica, ovdje presudu MKSJ-a treba smatrati kao da nepobitno dokazuje određenu činjenicu 'izvan razumne sumnje'. Članak 4. funkcionira na taj način kada sud smatra, nakon pregleda sudske prakse MKSJ-a, da činjenica utvrđena u ranijoj presudi MKSJ-a više nije takva 'da se ne može osnovano tvrditi da je sporna'. Međutim, ako sud uzima u obzir ponašanje optuženika ili 'povijesnu' prirodu činjenice kada o tome odlučuje, sud tada ne ocjenjuje dokaze samo na osnovu njihove kakvoće nego i na osnovu drugih vanjskih čimbenika. U tom slučaju sud prihvaća činjenice a da ne analizira da li dokazi dokazuju tu činjenicu izvan razumne sumnje. To je u suprotnosti sa pretpostavkom nevinosti.

Imajući u vidu gore navedene probleme, možda ne iznenađuje to što se MKSJ, MKSR i PSSL nisu bili voljni definirati što je to zbog čega je neka činjenica takva 'da se ne može osnovano tvrditi da je sporna'. No, neprihvatljivo je tako ostaviti kriterij 'razumnosti' nedefiniranim, gdje se sudovi oslanjaju na intuiciju i dva nevaljana čimbenika u rješavanju pitanja da li se za činjenicu može osnovano tvrditi da je sporna'.

Možda zbog ovih problema Statut Međunarodnog kaznenog suda (MKS) i Pravilnik o postupku i dokazima u potpunosti odustaju od općepoznatih činjenica⁴⁷, prihvatajući kao samo činjenice općeg znanja i sporazume među stranama u postupku da prihvate činjenice (jedina situacija u kojoj je jasno da će članak 4. funkcionirati bez problema)⁴⁸. MKS shvaća da će procesuirati samo mali broj optuženika iz iste zemlje, često u jedinstvenom postupku. Neće biti nikakvih ili će biti samo mali broj ranijih suđenja iz kojih bi mogao prihvatiti ranije utvrđene činjenice. Gubitak na ekspeditivnosti koji iz toga proizlazi ne predstavlja problem za MKS. Poput međunarodnih tribunala, MKS predstavlja ključno sredstvo međunarodnog kaznenog pravosuđa sa ciljem bavljenja cjelokupnom povješću sukoba ili povredama ljudskih prava kako bi visoko pozicionirani počinitelji odgovarali za svoja djela. Iz tog razloga je cilj MKS da iskorist vrijeme i sredstva utvrđujući svaku povijesnu činjenicu koristeći konvencionalni dokazni postupak. Sud BiH si ne može priuštiti takav luksuz.

Naprotiv, suci na Sudu BiH moraju se baviti time što to čini da se za činjenice utvrđene u ranijim presudama MKSJ-a 'ne može osnovano tvrditi da sporne'. Naravno da Sud mora imati neke diskrecione ovlasti u tom smislu, ali se ta diskrecija ne može prakticirati putem intuicije nego primjenom svojevrstne strukturirane diskrecije. Sud mora utvrditi kriterije koji čine sadržaj te diskrecije i za svaku odluku da se nešto prihvati kao općepoznata činjenica mora navesti osnove na kojima sud temelji svoje mišljenje da ta činjenica ispunjava te kriterije. Samo na taj način uspostaviti će se puna ograničenja članka 4. - ograničenja koja će ne samo oblikovati model za buduću suradnju između domaćih i međunarodnih sudova glede uzimanja presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica, nego i utjecati na zbujujuću sudsku praksu ad-hoc tribunala.

1 Magistar društvenih znanosti (Cantab), magistar prava (New York). Autor se zahvaljuje Allenu Cansicku, Chrisu Engelsu, Eliasu Felsu, Eugeneu O'Sullivanu i Robertu Rattonu na njihovoj pomoći u radu na ovom članku, kao i na pomoći Doireann Ansbro u postupku uredovanja

2 Može biti i da se člankom 4. ne dozvoljava formalno prihvatanje materijalnih dokaza. Umjesto toga, možda se dozvoljava samo prihvatanje materijalnih dokaza sa MKSJ, što znači "prihvatanje" dokaza od strane Suda. Vjerodostojnost dokaza bi se utvrđivala u normalnom sudskom postupku.

3 Postoji nekoliko izuzetaka na ovo pravilo, od kojih je najočitiji pretpostavka uračunljivosti.

4 Na primjer, u predmetu protiv Kordića i Čerkeza, Presuda Pretresnog vijeća, 26.2.2001. godine, stavak 109.

5 Vidi, npr. u predmetu protiv Miloševića Odluka po prijedlogu Optužbe za formalno primanje na znanje činjenica o kojima je već presuđeno, 10.4.2003. godine; u predmetu protiv Simić i drugi Odluka o vanraspravnom podnesku kojim se traži od pretresnog vijeća prihvaćanje međunarodne naravi sukoba u BiH kao općepoznate činjenice, 25.3.1999. godine; u predmetu protiv Sikirice Odluka o prijedlogu optužbe za prihvaćanje presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica, 27.3.1999. godine; u predmetu protiv Hadžihasanovića Odluka o prihvaćanju presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica na prijedlog branitelja optuženih Hadžihasanovića i Kubere, 20.1.2005. godine.

6 Vidi u predmetu protiv Semanze Odluka o prijedlogu tužitelja za prihvatanje općepoznatih činjenica i pretpostavljanje činjenica sukladno pravilu 94 i 54, 3.11.2000. godine, stavak 20. U predmetu protiv Ntakirutimane Odluka o prijedlogu tužitelja za prihvaćanje presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica, stavak 28.

7 Prosječno trajanje suđenja na MKSJ-u je šesnaest mjeseci. Izjava Florence Hartmann, glasnogovornice Tužiteljstva, u izvješću sa redovnih konferencija za tisak MKSJ-a, 15.1.2003. godine

8 Rezolucija 1503 od 28.8.2003. godine

9 Sukladno članku 137. stavak 2. ZKP, optuženik može biti u pritvoru najduže godinu dana od dana potvrđivanja optužnice. To se može produžiti sukladno članku 137. stavak 3. na dodatnih šest mjeseci ako je uložen priziv na prvostupanjsku presudu.

10 Tužitelj protiv Slobodana Miloševića, Odluka o interlokutornom prizivu optužbe od 28.10.2003. godine na Odluku Pretresnog vijeća o prijedlogu za prihvaćanje presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica od 10.4.2003. godine, 11 ibid.

12 U predmetu protiv Mejakića Odluka po zahtjevu optužbe za formalno primanje na znanje činjenica na osnovu pravila 94 B), 1.4.2004. godine; u predmetu protiv Ntakirutimane Odluka o prijedlogu tužitelja za prihvaćanje presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica, stavak 27.

13 Isprepletenu prirodu ovih pitanja priznaje sudac Shahabuddeen u predmetu protiv Miloševića u svom Izdvojenom mišljenju priloženom uz Odluku prizivnog vijeća o interlokutornom prizivu optužbe na Odluku pretresnog vijeća po prijedlogu optužbe za formalno primanje na znanje činjenica o kojima je već presuđeno, 28.10.2003. godine.

14 Stavak 29. Iz ovog razloga, on tvrdi 'Nedopustivo je nametati ograničenje pitanjima za koja se ne može opravdano tvrditi da su sporna; to je u suprotnosti sa iznesenom nakanom' [original].

15 Supra, fusnota 12.

16 Stavak 30.

17 Odluka u predmetu protiv Ntakirutimane eksplicitno opravdava uvjet važnosti na toj osnovi, stavak 27.

18 U predmetu protiv Miloševića Odluka Prizivnog vijeća po interlokutornom prizivu optužbe na odluku Pretresnog vijeća po prijedlogu optužbe za formalno primanje na znanje činjenica, 28.10.2003. godine.

19 Vidi npr. Tužitelj protiv Slobodana Miloševića, Odluka po prijedlogu optužbe za formalno primanje na znanje činjenica o kojima je već presuđeno, stavak 6; Tužitelj protiv Simića, Odluka o vanraspravnom podnesku kojim se traži od pretresnog vijeća prihvaćanje međunarodne naravi sukoba u Bosni i Hercegovini kao općepoznate činjenice', broj predmeta It-95-9-PT, 25.3.1999. godine; Tužitelj protiv Sikirice i dr. 'Odluka o prijedlogu optužbe za prihvaćanje presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica', 27.9.2000. godine

20 Opaska Pretresnog vijeća u Odluci u predmetu protiv Blagojevića, stavak 17,

21 'Interlokutorni priziv optužbe na odluku Pretresnog vijeća od 10.4.2003. godine o prijedlogu optužbe za prihvaćanje presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica podnesen 21.5.2003. godine (Interlokutorni priziv u predmetu protiv Hencefortha) stavak 51.

22 Odluka Pretresnog vijeća I u predmetu protiv Miloševića, stavak 3.

23 Interlokutorni priziv, stavak 52.

24 Izdvojeno mišljenje o neslaganju suca Davida Hunta o prihvatljivosti glavnih iskaza u pisanom obliku (Odluka većine dana 30.9.2003. godine), stavak 22.

25 U predmetu protiv Orića, Odluka po zahtjevu obrane da Pretresno vijeće formalno primi na znanje činjenice o kojima je presuđeno u predmetu Deronjić, 1.11.2004. godine, tvrdeći 'da su druga pretresna vijeća Suda konstatirala da činjenice, da bi bile prihvaćene na osnovu pravila 94 B), moraju biti činjenice o kojima je stvarno presuđeno, a ne činjenice koje su zasnovane na sporazumu strana u nekom ranijem postupku, niti se razumno mogu osporavati.' Pretresno vijeće smatralo je da se može osnovano tvrditi da su činjenice u tom predmetu sporne'. U predmetu protiv Hadžihasanovića, Odluka o prijedlogu branitelja optuženika Hadžihasanovića i Kubare o prihvaćanju presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica, 20.1.2005. godine. 'Pretresno vijeće u predmetu protiv Krajišnika smatra da činjenica, da bi bila prihvatljiva sukladno pravilu 94 B) Pravidnika, treba stvarno biti prihvaćena u prethodnim presudama, tako da ne bude predmetom 'razumnog spora između strana u tekućem postupku'. Nijedna od ovih odluka ne pominje Odluku Prizivnog vijeća u predmetu protiv Miloševića.

26 Konačna odluka o prijedlogu optužbe za formalno uzimanje na znanje činjenica o kojima je presuđeno, 16.12.2003. godine, nakon njihove Odluke, Odluka Prizivnog vijeća vratila je predmet Pretresnom vijeću radi preispitivanja njihove prvobitne odluke o tome kakve se činjenice mogu prihvatiti kao općepoznate činjenice.

27 Stavak 10.

28 Pretresno vijeće navodi: 'najočitiji primjer toga su dokazi o sudjelovanju JNA (ili srpskih paravojnih formacija) u činjenju kaznenih djela navedenih u optužnici. U jednoj odluci o prihvatanju transkripta sukladno pravilu 92bis D) [koja se odnosi na prihvatanje transkripta iskaza koje su dali svjedoci u postupcima pred Sudom], Pretresno vijeće odlučilo je da se svjedoci čiji se iskazi tiču sudjelovanja JNA (ili srpskih paravojnih formacija) u osvajanju Foče vezano za, kao što jeste, tekuće pitanje između strana u postupku ... moraju pozvati radi unakrsnog ispitivanja od strane optuženika'.

29 Činjenice su podijeljene na različita sadržajna područja, npr. 'Politički kontekst' ili 'Prijedor, uključujući kontekst i opće činjenice, napad na Kororac, postojanje oružanog sukoba i logori'.

30 Stavak 14., 'Politički kontekst, 'ove činjenice su široke i tendenciozne'. Stavak 15, Prijedor, 'izuzeti stavci su ili nedovoljno relevantni ili pretjerano detaljni, pretjerano brojni, ili na drugi način tendenciozni'.

31 Vijeće navodi da se Prizivno vijeće u predmetu protiv Miloševića 'od tada drži', što znači da prijašnji pristup više ne vrijedi.

32 Timovi obrane u predmetu protiv Mejakića tvrdili su da su se činjenice koje se tiču 'općih uvjeta' u logoru Omarska i neke činjenice koje se tiču Presude u predmetu protiv Sikirice 'mogle osnovano osporavati'. Vidi 'Odgovor obrane na prijedlog optužbe za prihvaćanje općepoznatih činjenica- Pravilo 94 B)', koji je podnio branitelj Željka Mejakića, 27.1.2004. godine, 'Odgovor obrane na prijedlog optužbe za prihvaćanje općepoznatih činjenica - Pravilo 94 b)', koji je podnio branitelj Dušana Fustara, 30.1.2004. godine. Odgovor Duška Kneževića 'Odgovor na prijedlog optužbe za prihvaćanje općepoznatih činjenica - Pravilo 94 b)', koji je podnio branitelj Duška Kneževića. Pretresno vijeće nije prihvatilo činjenice iz Presude u predmetu protiv Sikirice kao općepoznate činjenice i navelo je da činjenice 'koje se odnose na uvjete

boravka u logorima trebaju biti izuzete kao previše tendenciozne da bi bile primljene unutar diskrecione ovlasti Pretresnog vijeća.'

33 U MKSR-u: u predmetu protiv Semanze Odluka o prijedlogu optužbe za prihvatanje općepoznatih činjenica i prepostavljanje činjenica sukladno pravilima 94 i 54, 3.11.2000. godine. Stavak 41 'Vijeće smatra da činjenice prihvaćene kao općepoznate činjenice služe kao nepobitan dokaz činjenica.' Ne iznenađuje stoga da je MKSR, pozivajući se na pravilo 94 B), u stavku 29 Odluke u predmetu protiv Nitakirutimane, navelo 'Vijeće će izbjeći prihvaćanje činjenica koje su predmetom razumnog osporavanja kao općepoznatih činjenica'. Vidi i Tužitelj protiv Sikirice, Odluka od 27.9.2000. godine. Prizivno vijeće Posebnog suda za Sierra Leone navelo je glede pravnog učinka prihvaćanja općepoznatih činjenica sukladno pravilu 94 B), 'pristup prebacivanja tereta'...ne čini kompatibilnim sa konceptom da su činjenice koje se mogu prihvatiti kao općepoznate i koje se ne mogu razumno osporavati. Ako postoji mogućnost razumnog osporavanja, onda se činjenica ne treba prihvatiti kao općepoznata'. Prizivno vijeće, Posebni sud za Sierra Leone, Fofana – Odluka o prizivu na 'Odluku o prijedlogu optužbe o općepoznatim činjenicama i prihvaćanju dokaza', stavak 31. [Ubjedljivo] rezoniranje ova dva suda može se sumirati na sljedeći način:

(a) Pravilo 94 B) dodano je pravilu 94 nakon što je već neko vrijeme postojalo pravilo 94 A).

(b) Pojam općepoznatih činjenica dobro je riješen u pravilu 94 A), kao i u kontinentalnom i anglosaksonskom pravu (kako za činjenice koje su dio općeg znanja tako i za presuđene činjenice): budući da činjenica prihvaćena kao općepoznata nije bila predmetom razumnog osporavanja, nisu bili potrebni dokazi o toj činjenici pa je ta činjenica smatrana nepobitno dokazanom.

(c) Ako se pravilo 94 B) odnosi na prihvatanje općepoznate činjenice (i poziva se na općepoznate činjenice), mora da se time htjelo usvojiti postojeće značenje općepoznate činjenice u smislu pravila 94 i u smislu općepoznate činjenice u kontinentalnom i anglosaksonskom pravu. Ovaj argument dobro je predočio i sudac Hunt u svom Mišljenju o neslaganju priloženom uz Odluku Prizivnog vijeća u predmetu protiv Miloševića, stavak 8.

34 Stavak 7.

35 Stavak 7.

36 Stavak 24.

37 Robertson, stavak 9. njegovog Izdvojenog mišljenja priloženom uz Prizivnu odluku u predmetu protiv Hinga Normana o prijedlogu optužbe za prihvaćanjem presuđenih činjenica i izvedenih dokaza kao općepoznatih činjenica, navodi da bi u tom smislu prema takvoj definiciji 'doktrina bila od male koristi'.

38 Ovo bi moglo objasniti korištenje drugih dokaza pred Sudom BiH, uključujući saslušanje svjedoka, radi podupiranja točnosti činjenica koje su prihvaćene kao dokazane sukladno članku 4. u Presudi u predmetu protiv Maktoufa (broj predmeta K-127/04 – Sarajevo, 1.7.2005. godine), jedina dosadašnja primjena članka 4. na Sudu BiH.

39 Pretresno vijeće navelo je ovaj argument u pravomoćnoj Odluci u predmetu protiv Miloševića.

40 Hunt ovo naglašava u svom Mišljenju o neslaganju sa Odlukom Prizivnog vijeća u predmetu protiv Miloševića, stav 9.

41 Tužitelj protiv Slobodana Miloševića, Odluka o interlokutornom prizivu optužbe na Odluku Pretresnog vijeća od 10.4.2003. godine o prijedlogu za prihvaćanje presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica, 28.10.2003. godine, 42 ibid.

43 U predmetu protiv Mejakića, Odluka o prijedlogu optužbe o općepoznatim činjenicama sukladno pravilu 94 B), 1.4.2004. godine, u predmetu protiv Ntakirutimana Odluka o prijedlogu optužbe o prihvaćanju presuđenih činjenica kao općepoznatih činjenica, stavak 27.

44 Stewart na primjer tvrdi u djelu 'Prihvatanje općepoznatih činjenica u međunarodnom kaznenom pravu: Pomirba potencijalnog, pogibelji i presedana': 'Notornost ili opće znanje ne mogu nikako biti sastavnicom općepoznate činjenice sukladno pravilu 94 B). Budući da sva pitanja općeg znanja 'moraju' biti prihvaćena kao općepoznate činjenice sukladno pravilu 94 A), uvrštenje općeg znanja kao sastavnice pravila 94 B) učinilo bi tu stavku redundantnom.' International Criminal Law Review, 2003. godina, strane 245-274. Stewart citira dvoje autora koji stapaju uvjet 'da se ne može osnovano tvrditi da su činjenice sporne' i 'notornost' kao dokaz uvjeta notornosti u pravilu 94 B). Na strani 254, fusnota 7, Stewart citira Eugenea O'Sullivan, iz djela Općepoznate činjenice, autora R. May i dr. - Rasprave o postupku i dokazima MKSJ-a u čast Gabrielle Kirk McDonald, str. 329. – 399. – (izdanje 2001, Kluwer International, London.). O'Sullivan navodi na strani 338. 'vrste činjenica koje spadaju u pravilo 94 B) moraju se ograničiti na one koje su tako notorne da među ljudima dobre volje ne može opravdano tvrditi da su sporne'. Zatim, na strani 255. Stewart navodi: 'Bivši sudac MKSJ-a, Wald, također implicitno priznaje stvarnost da pravilo 94 B) od ta dva pravila dopušta prihvaćanje činjenica presuđenih u ranijim postupcima kao općepoznatih činjenica iako te činjenice mogu biti upitne i možde ne predstavljaju opće znanje. Stewart smatra da 'upitno' znači isto što i 'da se može osnovano tvrditi da su činjenice sporne', citirajući suca Walda iz djela Utvrđivanje neuvjerljivih događaja uvjerljivim dokazima, Korištenje svjedočenja pod zakletvom u postupcima pred Sudom za ratne zločine za bivšu Jugoslaviju, Harvard International Law Journal, ljeto 2001. godine, strana 535.

45 Ovu razliku prepoznaje sudac David Hunt u svom Mišljenju o neslaganju sa Odlukom Prizivnog vijeća u predmetu protiv Miloševića. On navodi u stavku 8. 'Što se tiče pravila 94 B), umjesto upućivanja na atlase, rječnike i drugu priručnu literaturu [kao što bi bio slučaj sa pravilom 94 A) kod utvrđivanja 'notornosti'], Vijeće mora konsultirati presude na koje ga strane u postupku upućuju.'

46 Odličan primjer ovakve distinkcije priznao je u stvari Stewart u svom djelu. Stewart navodi na strani 254: 'Odluka u predmetu protiv Niyitegeka, na primjer, prihvatila je kao općepoznatu ranije presuđenu činjenicu koja se nikako ne bi mogla smatrati općim znanjem, tj. 'dana 13. i 14. svibnja 1993. godine, odigrao se napad širokih razmjera na Tutsi izbjeglice na Muyira Hillu'. Iako se postojanje takvog napada možda i 'ne može osnovano osporavati' zbog presuda MKSR-a, to nikako ne predstavlja opće znanje.

47 Rimski statut MKS-a, članak 69. stav 6.

48 Pravilnik o postupku i dokazima MKS-a, pravilo 69.