



**EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

VELIKO VIJEĆE

**PREDMET MAKTOUF I DAMJANOVIĆ
protiv
BOSNE i HERCEGOVINE**

(Aplikacije br. 2312/08 i 34179/08)

PRESUDA

STRAZBUR

18. juli 2013.

*va presuda je konačna ali može biti
predmet redakcijskih izmjena.*

U predmetu Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine,

Evropski sud za ljudska prava, zasjedajući kao Veliko vijeće u sljedećem sastavu:

Dean Spielmann, *predsjednik*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
David Thór Björgvinsson,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Nona Tsotsoria,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojša Vučinić,
Kristina Pardalos,
Angelika Nußberger,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Johannes Silvis, *sudije*,

i Michael O'Boyle, *zamjenik registrara*,

Nakon vijećanja bez prisustva javnosti, dana 12. decembra 2012. i 19. juna 2013. godine,

Donosi sljedeću presudu koja je usvojena istog datuma:

POSTUPAK

1. Ovaj predmet pokrenut je dvjema aplikacijama (br. 2312/08 i 34179/08) protiv Bosne i Hercegovine koje su Sudu podnijeli državljanin Iraka, gosp. Abduladhim Maktouf, 17. decembra 2007, i državljanin Bosne i Hercegovine, gosp. Goran Damjanović, ("aplikanti"), 20. juna 2008. godine prema Članu 34 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Konvencija").

2. Pritužbe aplikanata tiču se krivičnog postupka pred Sudom Bosne i Hercegovine ("Sud BiH") tokom kojeg su proglašeni odgovornim i kažnjeni prema odredbama Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine iz 2003. godine za zločine protiv civilnog stanovništva koje su počinili tokom rata 1992-95. Oni su se žalili da je zbog odbijanja Suda BiH da primjeni Krivični zakon bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije ("bivša SFRJ") su iz 1976. godine, koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja ratnih zločina, povrijeđeno pravilo zabrane retroaktivnog kažnjavanja sadržano u Članu 7 Konvencije. Nadalje su se pozvali na Član 14 u vezi sa Članom 7

Konvencije i Članom 1 Protokola br. 12. Gosp. Maktouf se također žalio i na Član 6 § 1 Konvencije.

3. Aplikacije su dodjeljene Četvrtom odjelu Suda (Pravilo 52 § 1 Pravila Suda). Dana 31. avgusta 2010. godine, predsjednik tog Odjela je odlučio da vladu Bosne i Hercegovine obavijesti o aplikacijama ("Vlada"). Također je istovremeno zaključeno na će Sud o dopustivosti i meritumu aplikacija odlučivati istovremeno (Član 29 § 1 Pravila suda). Dana 10. jula 2012. godine, Vijeće Četvrtog odjela u sastavu sudija : Lech Garlicki, David Thór Björgvinsson, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Zdravka Kalaydjieva, Nebojša Vučinić i Ljiljana Mijović, sa Lawrence Early, registrarom Odjela, odreklo se svoje nadležnosti u korist Velikog vijeća, dok nijedna od stranki nije uložila prigovor na ovo ustupanje (Član 30 Konvencije i Pravilo 72).

4. Sastav Velikog vijeća je određen u skladu sa odredbama Člana 26 §§ 4 i 5 Konvencije i Pravila 24. Faris Vehabović, sudija koji je izabran iz Bosne i Hercegovine, izuzet je od odlučivanja (Pravilo 28). Vlada se saglasila ga u vijeću zamjeni Angelika Nußberger, sutkinja koja je izabrana ispred Njemačke, (Član 26 § 4 Konvencije i Pravilo 29 § 1).

5. Veliko vijeće je zatim odlučilo spojiti aplikacije (Pravilo 42 § 1).

6. Stranke su uložile pismene podneske sa izjašnjenjima u pogledu dopustivosti i merituma. Pored toga, primljeni su pismena izjašnjenja treće strane Ureda visokog predstavnika, kojem je dopušteno da učestvuje u postupku (Član 36 § 2 Konvencije i Pravilo 44 §§ 3 i 4).

7. Dana 12. decembra 2012. godine održana je javna rasprava u Zgradi ljudskih prava u Strazburu (Pravilo 54 § 3). Pred Sudom su se tada pojavili:

(a) *u ime vlade*

Gđa. Z. IBRAHIMOVIĆ,	<i>zamjenik zastupnika,</i>
Gđa. S. MALEŠIĆ,	<i>pomoćnik zastupnika,</i>
Gosp. H. VUČINIĆ,	
Gđa. M. KAPETANOVIĆ,	<i>savjetnici;</i>

(b) *u ime aplikanata*

Gosp. S. KREHO,	
Gosp. A. LEJLIĆ	
Gosp. A. LOZO	
Gosp. I. MEHIĆ	<i>advokat,</i>
Gosp. A. KREHO,	
Gosp. H. LOZO,	
Gđa. N. KISIĆ,	<i>savjetnici.</i>

Sud je saslušao obraćanja gđe. Ibrahimović i gosp. Lejlića.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

A. Relevantne informacije

8. Nakon proglašenja nezavisnosti od bivše SFRJ u martu 1992, u Bosni i Hercegovini je izbio nemilosrdni rat. Više od 100.000 ljudi je ubijeno i više od 2.000.000 drugih ljudi je raseljeno kao rezultat „etničkog čišćenja“ ili općeg nasilja. Tokom rata su počinjeni brojni zločini, uključujući i one koje su počinili aplikanti u ovom predmetu. Sljedeće lokalne snage su bile glavni učesnici u sukobu: ARBiH¹ (koju su uglavnom sačinjavali Bošnjaci² koji su bili lojalni centralnoj vladi u Sarajevu), HVO³ (koju su uglavnom sačinjavali Hrvati) i VRS⁴ (koju su uglavnom sačinjavali Srbi). Sukob je okončan u decembru 1995. godine kada je na snagu stupio Opći okvirni sporazum za mir („Daytonski sporazum“). U skladu sa tim Sporazumom, Bosna i Hercegovina se sastoji od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske.

9. U odgovoru na zločine koja su se u to vrijeme dešavali na teritoriji bivše SFRJ, Vijeće sigurnosti UN-a je uspostavilo Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju („Haški tribunal“), kao privremenu instituciju⁵. Tokom 2002. godine, da bi osigurao da njegova misija bude okončana uspješno, pravovremeno i u saradnji sa domaćim pravnim sistemima u bivšoj Jugoslaviji, Haški tribunal je počeo osmišljavati strategiju za završetak svoga rada⁶. Tu strategiju je podržalo Vijeće sigurnosti UN⁷ i organi vlasti u Bosni i Hercegovini (koji su donijeli neophodne izmjene i dopune zakona i zaključili sporazume sa Visokim predstavnikom – međunarodnim administratorom koji je imenovan prema Daytonskom sporazumu). Ključna komponenta ove strategije je bilo uspostavljanje vijeća za ratne zločine na u Sudu BiH, koje će se sastojati od međunarodnih i domaćih sudija (vidi stavove 34-36 u donjem tekstu).

1. *Armija Republike Bosne i Hercegovine.*

2. Bošnjaci su do rata 1992-95. bili poznati kao Muslimani. Termin “Bošnjaci” ne bi trebalo brkati sa terminom “Bosanci” koji se koristi za označavanje državljana Bosne i Hercegovine bez obzira na njihovu nacionalnost.

3. *Hrvatsko vijeće obrane.*

4. *Vojska Republike Srpske.*

5. Rezolucija 827 (1993) od 25. maja 1993.

6. Vidi izvještaj o pravosudnom statusu Haškog tribunala i mogućnosti upućivanja određenih predmeta na državne sudove koji je Haški tribunal objavio u junu 2002. godine (S/2002/678) i izjavu predsjedavajućeg Vijeća sigurnosti UN od 23. jula 2002. godine (S/PRST/2002/21).

7. Rezolucija 1503 (2003) od 28. avgusta 2003.

B. Činjenice u vezi gosp. Maktoufa

10. Gosp. Maktouf je rođen 1959. godine i živi u Maleziji.

11. Dana 19. oktobra 1993. godine, on je sa namjerom pomogao trećoj osobi da otme dva civila s ciljem njihove razmjene za pripadnike snaga ARBiH koje su zarobili pripadnici HVO-a. Civilni su oslobođeni nekoliko dana kasnije.

12. Dana 11. juna 2004. godine, aplikant je uhapšen.

13. Dana 1. jula 2005. godine, pretresno vijeće Suda BiH ga je proglasilo krivim podstrekavanje i pomoaganje pomaganje u ratnom zločinu uzimanja talaca i osudilo ga na pet godina zatvora prema Članu 173 § 1 u vezi sa Članom 31 Krivičnog zakona iz 2003. godine.

14. Dana 24. novembra 2005, apelaciono vijeće tog Suda je poništilo presudu od 1. jula 2005. godine i zakazalo novo ročište. Dana 4. aprila 2006. godine, apelaciono vijeće, koje se sastojalo od dvojice međunarodnih sudija (sudija Pietro Spera i sudija Finn Lynghjem) i jednog domaćeg sudije (sudija Hilmo Vučinić), osudilo je aplikanta za isto krivično djelo i donijelo odluku o istoj kazni prema Krivičnom zakonu iz 2003. godine. Što se tiče krivične sankcije, vijeće je zaključilo sljedeće (prijevod je dostavio Sud BiH):

“Imajući u vidu stepen krivične odgovornosti optuženog i težinu nastupile posljedice kao i činjenicu da je optuženi bio pomagač u izvršenju krivičnog djela, te cijeneći olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, vijeće je primjenilo odredbe o ublažavanju kazne i optuženom maksimalno ublažilo kaznu, primjenjujući odredbu člana 50. stav 1. tačka a. Krivičnog Zakona Bosne i Hercegovine, izrekavši mu kaznu zatvora u trajanju od pet godina, smatrajući da se sa ovako izrečenom kaznom u cjelosti može ostvariti svrha kažnjavanja, te da će ovako izrečena kazna uticati na optuženog da ubuduće ne čini druga krivična djela.”

15. Nakon žalbe aplikanta Ustavnom sudu, Ustavni sud je dana 30. marta 2007. godine ispitao predmet prema Članovima 5, 6, 7 i 14 Konvencije i zaključio da nije došlo do kršenja Konvencije. Ova odluka je aplikantu uručena 23. juna 2007. Odluka Ustavnog suda, donesena većinom glasova, u svom relevantnom dijelu, glasi:

„42. Ustavni sud podsjeća da je u Zakonu o sudu Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik BiH» br. 29/00, 16/02, 24/02, 3/03, 37/03, 42/03. 4/04, 9/04, 35/04 i 61/04), čiji je izvorni tekst nametnut odlukom Visokog predstavnika, kasnije ga je usvojila Parlamentarna skupština BiH, a stupio je na snagu 6. januara 2005. godine, u članu 65. propisano da u prijelaznom periodu, koji ne može trajati duže od pet godina, vijeća Odjela I za ratne zločine i Odjela II za organizovani kriminal, privredni kriminal i korupciju čine domaće i međunarodne sudije. U ove odjele Krivičnog i Apelacionog odjeljenja može biti imenovano više međunarodnih sudija. Ove sudije ne smiju biti državljani BiH ili bilo koje susjedne zemlje. Međunarodni sudija može obavljati dužnost sudije u vijeću u skladu sa relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku BiH, uključujući i vijeće u skladu sa odredbama Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka BiH, a neće biti krivično gonjeni, hapšeni ili pritvarani, niti mogu odgovarati u građanskom postupku za mišljenja koja daju ili odluke koje donose u okviru svojih službenih dužnosti.

43. Visoki predstavnik je, «koristeći se ovlastima koja su mu data u članu V Aneksa 10 o implementaciji civilnog dijela Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH ... prema kojem Visoki predstavnik pomaže kada je to neophodno u rješavanju svih problema koji se pojave u vezi sa implementacijom Mirovnog ugovora..., Konstatujući činjenicu da je u Kominikeu Upravnog odbora Vijeća za implementaciju mira, izdatom u Sarajevu 26. septembra 2003. godine, Odbor primio k znanju Rezoluciju Vijeća sigurnosti UN br. 1503, u kojoj između ostalog međunarodna zajednica daje podršku naporima Visokog predstavnika s ciljem uspostave vijeća za ratne zločine,... Konstatujući zajedničku preporuku o imenovanju međunarodnih sudija, koju su potpisali registrar Ureda registrara... te predsjednik Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH,...Imajući na umu relevantne odredbe Zakona o sudu BiH», 24. februara i 28. aprila 2005. godine donio odluke o imenovanju međunarodnih sudija Finna Lynghjema i Pietra Spera u Odsjek I za ratne zločine Krivičnog i Apelacionog odjeljenja Suda BiH.

44. Prema ovim odlukama o imenovanju međunarodni sudija se u prvom mandatu imenuje na period od dvije godine i može biti ponovno imenovan u skladu sa Zakonom. Između ostalog, međunarodni sudija ne može obavljati druge dužnosti koje nisu kompatibilne sa njegovom sudskom funkcijom i u mjeri u kojoj je to moguće. Svi drugi uvjeti za sudsku službu navedeni u Zakonu odnose se i na ova imenovanja. Međunarodni registrar Ureda registrara obavještava Visokog predstavnika o svakoj pojavi koja može dovesti do spriječenosti postavljenog međunarodnog sudije da vrši svoju funkciju. Za vrijeme mandata postavljeni sudija se mora pridržavati svih standarda profesionalnog ponašanja koje propisuje Sud BiH. Postavljeni međunarodni sudija svoju funkciju sudije obavlja u skladu sa zakonima BiH, donoseći odluke u skladu sa svojim znanjem, sposobnostima, savjesno, odgovorno i nepristrano, jačajući vladavinu prava, te štiteći prava i slobode pojedinaca koje su garantovane Ustavom BiH i Evropskom konvencijom.

...

46. Nadležnosti odjela Suda BiH u koje se imenuju međunarodne sudije ukazuju bez sumnje da su uključeni određeni instituti međunarodnog krivičnog prava. Afirmacija supranacionalne prirode međunarodnog krivičnog prava, nastala kroz praksu Nirnberškog i Tokijskog vojnog suda, Haškog tribunala i Tribunala za Ruandu obuhvata i međunarodne krivične sudove, pa to svakako uključuje i situacije u kojima se u domaće sudove imenuje određeni broj međunarodnih sudija za odlučivanje u navedenim postupcima. S druge strane, imenovanje međunarodnih sudija u Sud BiH izvršio je Visoki predstavnik u okviru svojih ovlaštenja koja proizlaze u osnovi iz rezolucija Vijeća sigurnosti UN donesenih na osnovu Poglavlja VII Povelje UN, te na osnovu preporuke Ureda registrara u skladu sa Sporazumom od 1. decembra 2004. godine, koju je potpisao i predsjednik Visokog sudskog i tužilačkog vijeća, nezavisnog tijela nadležnog za sva imenovanja domaćih sudija, što je posebno značajno jer implicira uključenost ovog tijela u postupak koji je prethodio imenovanjima.

47. Ustavni sud smatra da su međunarodne sudije, koje su bili članovi vijeća prilikom donošenja osporavanih presuda, postavljeni na način i u postupku kojim nisu prekršeni standardi pravičnog suđenja iz člana 6. Evropske konvencije, te da su Zakonom o Sudu BiH, Sporazumom od 1. decembra 2004. godine i odlukama o imenovanju stvorene pretpostavke i mehanizmi za osiguranje nezavisnosti tako izabranih međunarodnih sudija kako od domaće izvršne vlasti, tako i od pojedinih međunarodnih autoriteta. Ovako imenovane sudije su obavezne da poštuju i primjenjuju sva pravila koja se inače primjenjuju u domaćim krivičnim postupcima i koja odgovaraju međunarodnim standardima. Mandat ovih sudija je definisan i u toku njegovog trajanja predviđena je kontrola njihovog djelovanja. Njihovo imenovanje je motivisano potrebom da se u

prijelaznom periodu uspostave i jačanja domaćih sudova podrže napori ovih sudova u utvrđivanju odgovornosti za teška kršenja ljudskih prava i etnički motivisane zločine, s ciljem osiguranja nezavisnosti i nepristranosti sudstva i provođenja pravde. Ni činjenica da je kasnijim Sporazumom od 26. septembra 2006. godine način imenovanja promijenjen tako što je propisano da međunarodne sudije imenuje VSTV, ne znači automatski da je imenovanje na način koji je bio propisan u vrijeme donošenja osporenih odluka bio suprotan principima nezavisnosti suda u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Ustavni sud smatra da apelacija nije ponudila ubjedljive argumente i dokaze u prilog tvrdnje o zavisnosti postavljenih međunarodnih sudija. Što se tiče navoda iz apelacije o nepostojanju nezavisnosti domaćeg sudije – člana vijeća koji su argumentovani samo pukom činjenicom da je to «osoba sa malim iskustvom», Ustavni sud smatra da su ovi navodi *prima facie* neosnovani i ne zahtijevaju šire obrazloženje. Prema svemu navedenom, Ustavni sud zaključuje da su neosnovani navodi iz apelacije u pogledu nezavisnosti suda i u vezi s tim kršenja standarda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije.

...

60. Jedan od apelantovih suštinskih navoda se odnosi na odnos predmetnog krivičnog postupka i člana 7. Evropske konvencije, odnosno, kako apelant navodi, osuđen je prema KZ BiH, a ne prema, u vremenu izvršenja, važećem KZ SFRJ, koji predviđa blažu sankciju.

...

65. U konkretnom slučaju apelant izričito navodi da je djelo za koje je osuđen i u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo i po tada važećim propisima, ali posebno ukazuje na primjenu materijalnog prava u njegovom slučaju i problematizira prvenstveno koncept «blaže kazne» odnosno «blažeg zakona». On smatra da je KZ SFRJ, koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela za koje je apelant osuđen, a za koje je, između ostalog, za najteže oblike bila predviđena i smrtna kazna, blaži zakon od KZ BiH koji propisuje kaznu dugotrajnog zatvora za najteže oblike krivičnog djela za koje je apelant osuđen.

...

69. U vezi s tim, Ustavni sud smatra da nije moguće jednostavno «odstraniti» jednu sankciju i primijeniti druge, blaže sankcije i time praktično ostaviti neadekvatno sankcionirana najteža krivična djela. Međutim, Ustavni sud neće detaljno obrazlagati i analizirati ove propise nego će posebnu pažnju obratiti na izuzetke od člana 7. stav 1. Evropske konvencije, a koji su, prema općeprihvaćenom mišljenju, regulirani stavom 2. istog člana.

70. U ovakvoj situaciji, Ustavni sud smatra da stav 2. člana 7. Evropske konvencije upućuje na «opća pravna načela civiliziranih naroda», a da odredba III/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine utvrđuje da su «opća načela međunarodnog prava sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta». Iz ovakve odredbe proizlazi da su ta načela sastavni dio pravnog poretka u Bosni i Hercegovini, čak i bez posebne ratifikacije konvencija i drugih dokumenata koji reguliraju njihovu primjenu, pa samim tim i Statuta Međunarodnog suda za gonjenje osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije iz 1993. godine (UN dok. S25704).

71. Ustavni sud podsjeća na činjenicu da je Ustav Bosne i Hercegovine dio međunarodnog ugovora, što ne umanjuje njegov značaj ali dovoljno jasno ukazuje na poziciju međunarodnog prava u pravnom poretku Bosne i Hercegovine, te da je niz međunarodnih

konvencija, između ostalih i Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948), Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977), uzdignuto na ustavni princip i imaju svoju direktnu primjenu u Bosni i Hercegovini. Nije nevažno napomenuti da je i bivša SFRJ bila potpisnica ovih konvencija, a da je Bosna i Hercegovina, kao međunarodno priznati subjekt, u momentu proglašenja nezavisnosti, 6. marta 1992. godine, prihvatila sve konvencije koje je ratifikovala bivša SFRJ, a time i navedene konvencije koje je kasnije preuzeo i Aneks 4 odnosno Ustav Bosne i Hercegovine.

72. Tekst člana 7. stav 1. Evropske konvencije je ograničen na predmete u kojima je optuženi proglašen krivim i osuđen za počinjeno krivično djelo. Član 7. stav 1. Evropske konvencije, međutim, ne zabranjuje retroaktivnu primjenu zakona niti uključuje princip *non bis in idem*. Član 7. stav 1. Evropske konvencije također ne bi mogao biti primijenjen na slučajeve kao u Ujedinjenom Kraljevstvu u Zakonu o ratnim štetama iz 1965. godine, prema kojem je pravilo običajnog prava, koje je zahtijevalo kompenzaciju privatne imovine u određenim okolnostima za vrijeme ratnih razaranja, vraćeno na snagu sa retroaktivnim dejstvom.

73. Ustavni sud ističe da član se 7. stav 1. Evropske konvencije tiče krivičnih djela «prema nacionalnom ili međunarodnom pravu». Isto tako, Ustavni sud posebno ukazuje na tumačenja člana 7. U nizu tekstova koji razmatraju ovu problematiku, a koji se zasnivaju na stavovima Evropskog suda prema kojima osuda, koja je rezultat retroaktivne primjene nacionalnog prava, neće predstavljati kršenje člana 7. Evropske konvencije ukoliko je osuda zasnovana na zločinu prema «međunarodnom pravu» u vrijeme kada je djelo počinjeno. Ovakav stav je posebno relevantan za predmetni i slične slučajeve jer suštinsko pitanje koje proizlazi iz apelacije jeste upravo pitanje primjene, prije svega međunarodnog prava, odnosno Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948), Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977), a ne pitanje primjene jednog ili drugog krivičnog zakona, bez obzira na njihov sadržaj i sankcije koje predviđaju.

74. Pored navedenoga, Ustavni sud ukazuje, a to se odnosi i na pitanje retroaktivne primjene krivičnog zakonodavstva i na pitanje «blaže kazne», da je član 7. Evropske konvencije, u vrijeme neposredno nakon Drugog svjetskog rata, sa posebnom namjerom formuliran da sadrži opće principe prava koje su usvojili civilizirani narodi pri čemu je pojam «civilizirani narodi» preuzet iz člana 38. Statuta Međunarodnog suda pravde, čija se sudska praksa prihvata kao treći formalni izvor međunarodnog javnog prava. Drugim riječima, Statut Međunarodnog suda pravde se odnosi na države članice tog suda, a pravila koja on utvrđuje predstavljaju izvor prava koji se odnosi čak i na općinske nivoe vlasti. U kontekstu Statut Međunarodnog suda pravde, slično kao i član 7. Evropske konvencije, izlazi iz okvira nacionalnog prava i odnosi se na «narode» općenito. U skladu s tim, Ustavni sud smatra da se standardi za njihovu primjenu moraju tražiti u tom kontekstu, a ne samo u nacionalnom okviru.

75. Ustavni sud dalje podsjeća da *travaux préparatoires* upućuje da je suština formulacije stava 2. člana 7. Evropske konvencije sračunata «da učini jasnim da član 7. ne utiče na zakone koji su usvojeni pod izuzetnim okolnostima nakon kraja Drugog svjetskog rata, a koji su bili usmjereni na kažnjavanje ratnih zločina, izdaje i kolaboracije sa neprijateljem i nije mu cilj niti moralna niti pravna osuda takvih zakona» (X protiv Belgije, br. 268/57, 1 Godišnjak 239 (1957). Prijevod u 3.digestu 34. Cf. *De Becker protiv Belgije*, br. 214/56, 2 Godišnjak 214 (1958)). U stvari, tekst člana 7. Evropske konvencije nije restriktivan i treba biti interpretiran na dinamičan način da obuhvati i druga djela koja uključuju temeljno nemoralno ponašanje koje je općenito prihvaćeno kao krivično u nacionalnim pravima. U

kontekstu navedenog se može posmatrati i Zakon o ratnim zločinima, usvojen 1991. godine u Ujedinjenom Kraljevstvu, koji je potvrdio da Velika Britanija ima retroaktivnu nadležnost da sudi svakom pojedincu na temelju univerzalne nadležnosti za djela ubistva, masakriranja ili drugih djela koja predstavljaju ratni zločin počinjen u Njemačkoj ili na drugoj teritoriji pod njemačkom okupacijom tokom Drugog svjetskog rata.

76. Sve navedeno, prema mišljenju Ustavnog suda, jasno utvrđuje da su ratni zločini «zločini po međunarodnom pravu» u univerzalnom smislu nadležnosti za procesuiranje tako da i osuda za takva djela, prema zakonu koji je naknadno propisao i utvrdio određena djela kao krivična i propisao posebnu krivičnu sankciju, a koji to nisu bili po zakonodavstvu koje je bilo na snazi u vrijeme kada su djela počinjena, ne bi bilo suprotno članu 7. stav 1. Evropske konvencije. Evropski sud za ljudska prava je u predmetu broj 51891/99, *Naletilić protiv Hrvatske*, donio odluku 4. maja 2000. godine iz koje proizlazi da je aplikanta optužilo Tužilaštvo Međunarodnog krivičnog suda za bivšu SFRJ da je počinio ratni zločin na području Bosne i Hercegovine i da je pred Evropskim sudom za ljudska prava isticao identične prigovore kao i apelant u konkretnom slučaju, tj. ukazivao na primjenu «blažeg zakona», odnosno da Krivični zakon Hrvatske propisuje blažu krivičnu sankciju nego Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu SFRJ i uputio na primjenu člana 7. Evropske konvencije. Evropski sud za ljudska prava je u svojoj presudi, kojom je razmatrao primjenu člana 7. Evropske konvencije, istakao: «U pogledu aplikantovih navoda da ga može ICTY osuditi na težu kaznu nego domaći sudovi ukoliko bi im bilo omogućeno da vrše svoju nadležnost i okončaju postupak protiv njega, Sud primjećuje da čak i pod pretpostavkom da je član 7. primjenjiv u konkretnom slučaju, specifična odredba koja bi se mogla primijeniti bi bila odredba stava 2. prije nego stava 1. člana 7. Konvencije. To znači da druga rečenica člana 7. stav 1. Konvencije, na koju se pozvao aplikant, ne može biti primijenjena. Slijedi da je aplikacija očigledno neosnovana... i bit će odbačena...»

77. Konačno, Ustavni sud podsjeća i da su Nirberški i Tokijski procesi vođeni 1945. i 1946. godine, u vremenu nakon Drugog svjetskog rata za počinjene zločine koji su tek kasnije, Ženevskom konvencijom, propisani kao djela koja se karakteriziraju kao ratni zločini, zločini protiv čovječnosti, zločin genocida itd. definirali agresivni rat kao «međunarodni zločin», a što je potvrdila i Međunarodna pravna komisija u svom Godišnjaku iz 1957. godine broj II. I u to vrijeme su vođene slične rasprave oko principa «*nullum crimen nulla poena sine lege*». Slično je i sa Statutom Međunarodnog suda za gonjenje osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije koji je usvojen 1993. godine (UN dok. S25704).

78. Sasvim je jasno da je koncept individualne odgovornosti za djela, počinjena protivno Ženevskoj konvenciji ili odgovarajućim nacionalnim zakonima, vrlo blizak konceptu zaštite ljudskih prava jer upravo ljudska prava i konvencije koje ih štite se odnose na pravo na život, pravo na fizički i psihološki integritet osobe, zabranu ropstva i torture, zabranu diskriminacije i sl. i njihovo kršenje su predstavljali povod za pravno reguliranje ovih, najtežih zločina. Onemogućiti zaštitu žrtve, odnosno, neadekvatno sankcionirati počinitelje zločina, ne čini se, prema mišljenju Ustavnog suda, kao zadovoljenje principa pravičnosti i vladavine prava, što član 7. Evropske konvencije jeste, a koji u stavu 2. i dopušta ovaj izuzetak od pravila iz stava 1. tog člana.

79. Zbog svega navedenog, a imajući u vidu i primjenu člana 4.a KZ BiH u vezi sa članom 7. stav 1. Evropske konvencije, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju pitanje primjene KZ BiH u postupku pred Sudom BiH ne predstavlja kršenje člana 7. stav 1. Evropske konvencije.”

16. Relevantni dio izdvojenog mišljenja sudije Mate Tadića, koje je priloženo uz tu odluku, glasi:

“Na osnovu člana 41. stav 2. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» broj 60/05), izdvajam svoje mišljenje, suprotno mišljenju većine sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u navedenoj odluci iz sljedećih razloga:

...

Moj stav je da pred domaćim sudovima treba primijeniti blaži zakon, tj. zakon koji je vrijedio u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Koji je zakon blaži nije tako jednostavno odgovoriti, i ovo pravno pitanje je puno složenije nego što to na prvi pogled izgleda. Prolazeći kroz nekih desetak kriterija koje je teorija i praksa do sada razradila, dolazi se do toga da je u ovom slučaju ključni momenat zauzimanja stanovišta blažeg zakona propisana sankcija (kazna). Kako je u ranijem krivičnom zakonodavstvu ex Jugoslavije, koje je Bosna i Hercegovina preuzela svojom Uredbom 1992. godine, postojalo istovjetno krivično djelo (član 142. preuzetog KZ SFRJ, sa zapriječenom kaznom zatvora od pet godina ili smrtnom kaznom), a u novom krivičnom zakonodavstvu koje je primijenjeno u konkretnom slučaju (član 173. KZ BiH, kazna zatvora od deset godina ili dugotrajni zatvor), osnovno pitanje je koji je zakon blaži. Na prvi pogled blaži je zakon iz 2003. godine jer ne predviđa smrtnu kaznu. Međutim, pošto je već od stupanja na snagu Washingtonskog sporazuma tj. Ustava u Federaciji BiH 1994. godine ukinuta smrtna kazna, što je samo potvrđeno i u Ustavu BiH iz 1995. godine, a imajući u vidu zauzeta stanovišta redovnih sudova u Bosni i Hercegovini, u entitetima i Brčko Distriktu (Vrhovni sud Federacije BiH, Vrhovni sud Republike Srpske i Apelacioni sud Brčko Distrikta) da se ne može izreći smrtna kazna (ovakav stav je zauzeo i Dom za ljudska prava u slučaju *Damjanović i Herak protiv Federacije Bosne i Hercegovine*), proizlazi da je blaži zakon iz 1992. godine. Prema ovim stanovištima i zakonu, maksimalna kazna zatvora koja se može izreći za ovo krivično djelo bila bi 20 godina zatvora.

Pozivanje na član 7. stav 2. Evropske konvencije ovdje nije relevantno. Stav 2. člana 7. Evropske konvencije ima funkciju da, prije svega, pokrije krivični progon za kršenje ženevskih konvencija pred međunarodnim tijelima ustanovljenim za ovakve slučajeve, kao što je npr. Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju i Ruandu i da pokrije pravno slučajeve pred domaćim sudovima kada domaće zakonodavstvo nije propisalo ove inkriminacije kao krivična djela, odnosno nije obuhvatilo sve elemente obilježja ovih djela po Ženevskim konvencijama. U ovom predmetu to nije slučaj. Istovrsno krivično djelo je postojalo u domaćem zakonodavstvu i u vrijeme izvršenja i u vrijeme suđenja, i stoga dosljedno treba primijeniti sve institute krivičnog prava i garantirana ustavna prava, kao i prava garantirana Evropskom konvencijom. Slučaj *Naletilić* ovdje nije relevantan jer je u tom slučaju osobu optužio međunarodni tužitelj pred međunarodnim sudom, koji je posebno zasnovan i ima svoja ovlaštenja utvrđena rezolucijom Ujedinjenih naroda i Statutom, te ne primjenjuje nacionalno zakonodavstvo, nego vlastite procedure i sankcije/kazne. Kada bi bilo drukčije vrlo mali broj optuženih osoba bi se odazvao na postupak pred ovim sudom. Stoga smatram da je potpuno ispravan stav Evropskog suda u slučaju *Naletilić*, ali da se ovdje ne može primijeniti.

Smatram da je apsolutno nepotrebno preveliko pozivanje na međunarodni sud, npr. na njegovu nadležnost i sl., jer jednostavno se radi o domaćem sudu koji vodi postupak po nacionalnom zakonodavstvu, a ne radi se ni o predmetu koji je ustupio međunarodni sud.

Odluka se značajnim dijelom bavi historijom (Nirnberg, Tokio) te općenito međunarodnim aspektom, što je u ovom slučaju potpuno nepotrebno, jer je naše zakonodavstvo, kako je

istaknuto, poznavalo ovo krivično djelo i, u vrijeme izvršenja djela, bila je propisana sankcija, za razliku od slučaja u Nirnbergu. Osim toga, apelant to i ne spori. Upravo apelant ističe da je domaće zakonodavstvo imalo inkriminirane radnje kodificirane kao krivično djelo i sankciju, i samo traži da se to primijeni, tj. da je zbog neprimjene člana 142. preuzetog iz KZ SFRJ kao KZBiH, došlo do povrede Ustava i Evropske konvencije u odnosu na član 7. stav 1.

Skraćujući ovu elaboraciju ukazat ću na stanovište uvaženog profesora Državnog univerziteta u Firenci, gosp. Antonia Cassesa, koji je sam bio jedno vrijeme predsjednik Međunarodnog krivičnog suda u Hagu. U svojoj stručnoj ekspertizi koju je radio 2003. godine na temu «Mišljenje o mogućnosti retroaktivne primjene nekih odredbi novog krivičnog zakona Bosne i Hercegovine», profesor Cassese konstatira: »Na kraju da se posvetimo pitanju da li Sud BiH, u slučaju zločina za koje novi krivični zakon propisuje težu kaznu od one koja je bila predviđena ranijim zakonom, treba primijeniti blažu kaznu. Odgovor na ovo pitanje može samo biti potvrđan. Ovaj zaključak počiva na dvije pravne osnove: prvo u međunarodnom pravu postoji opći princip po kojem kada je jedan zločin predviđen u dva sukcesivna propisa, a jedan od njih nameće manje strogu kaznu, ova kazna je ta koja treba biti odmjerena po principu *favor libertatis*; drugo, ovaj princip se eksplicite spominje u članu 7.1. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u kojem se kaže da se ne smije odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjivana u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno. Prema tome, «Sud BiH treba uvijek primjenjivati lakšu kaznu kad god postoji razlika u dužini kazne između stare i nove krivične odredbe. Jasno je da se retroaktivna primjena krivičnog zakona odnosi samo na kaznu a ne i na ostale elemente ovog člana».

...

Iz navedenih razloga nisam se mogao u cijelosti složiti s većinom u ovoj odluci.”

17. Dana 12. juna 2009. godine, aplikant je odslužio svoju kaznu i ubrzo nakon toga napustio zemlju.

C. Činjenice u pogledu gosp. Damjanovića

18. Gosp. Damjanović je rođen 1966. On još uvijek služi svoju kaznu zatvora u Foči.

19. Dana 2. juna 1992, tokom rata u Bosni i Hercegovini, on je imao istaknutu ulogu u prelaćivanju zarobljenih Bošnjaka u Sarajevu tokom incidenta koji je trajao od jednog do tri sata i koji je počinjen upotrebom pušaka, palica, boca te udaraca nogama i rukama. Žrtve su nakon toga odvedene u logor.

20. Dana 17. oktobra 2005, vanpretresno vijeće Suda BiH je odlučilo da ovaj predmet preuzme od Kantonalnog suda u Sarajevu, gdje je godinama čekao na postupak, zbog njegove osjetljivosti (predmet se odnosio na mučenje velikog broja žrtava) i zbog boljih uvjeta za zaštitu svjedoka na Sudu BiH (veći rizik zastrašivanja svjedoka na entitetskom nivou). Sud se tom prilikom rukovodio kriterijima iz tačke 40 u donjem tekstu i Člana 449 Zakona o krivičnom postupku iz 2003. godine.

21. Aplikant je uhapšen 26. aprila 2006. godine.

22. Dana 18. juna 2007, pretresno vijeće Suda BiH ga je proglasilo krivim za ratni zločin mučenja i osudilo ga na kaznu zatvora u trajanju od jedanaest godina prema Članu 173 § 1 Krivičnog zakona iz 2003. godine. Apelaciono vijeće istog Suda je potvrdilo tu presudu 19. novembra 2007. Drugostepena presuda je aplikantu uručena 21. decembra 2007. godine.

23. Dana 20. februara 2008, aplikant je podnio žalbu Ustavnom sudu. Žalba je odbačena kao nepravovremena 15. aprila 2009.

II. RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO I PRAKSA I RELEVANTNI MEĐUNARODNI DOKUMENTI

A. Primjenjivo materijalno pravo u predmetima ratnih zločina

1. Opći principi

24. U skladu sa svojim posebnim ovlastima⁸, Ured visokog predstavnika je 24. januara 2003. godine nametnuo Krivični zakon BiH 2003. Zakon je stupio na snagu 1. marta 2003. godine. Njega je naknadno usvojila i Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine⁹. Član 3 tog Zakona propisuje da se nikakva kazna niti druga krivična sankcija ne može izreći osobi za djelo koje u vrijeme počinjenja nije predstavljalo krivično djelo prema domaćem ili međunarodnom pravu i za koje zakonom nije bila propisana kazna. Nadalje, u skladu sa Članom 4 KZ, zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja krivičnog djela se primjenjuje na počinitelja; međutim, ukoliko je došlo do izmjene zakona nakon počinjenja krivičnog djela, mora se primijeniti zakon koji je blaži za počinitelja. U januaru 2005. godine, Član 4a. dodan je u Krivični Zakon BiH 2003. Poput Člana 7 § 2 Konvencije, ovaj član propisuje da odredbe Člana 3 i 4 Krivičnog zakona ne smiju utjecati na suđenje i kažnjavanje bilo koje osobe za bilo koje djelo činjenja ili nečinjenja koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo prema općim principima međunarodnog prava

25. U skladu sa ovim principima, domaći sudovi su u predmetima ratnih zločina primjenjivali ili Krivični zakon iz 1976.¹⁰ ili Krivični zakon iz 2003, ukoliko se isti smatrao blažim za počinitelja. Kako su se entitetski zakoni (Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine iz 1998.¹¹ i Krivični zakon

8. Za više informacija o ovim ovlastima, koje su također poznate pod nazivom "Bonske ovlasti", vidi mišljenje Venecijanske komisije o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlastima Visokog predstavnika. (dokument CDL-AD(2005)004 od 11. marta 2005).

9. Službeni list Bosne i Hercegovine br. 3/03, 37/03, 32/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

10. Službeni list Socijalističke federativne republike Jugoslavije br. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90.

11. Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 43/98, 2/99, 15/99, 29/00, 59/02 i 19/03.

Republike Srpske iz 2000.¹²⁾ rijetko ili nikako primjenjivali u ovim predmetima, oni nisu relevantni za aplikante u ovom slučaju.

2. Krivični zakon iz 1976. godine

26. Tokom rata u Bosni i Hercegovini, Krivični zakon iz 1976. godine je bio na snazi u cijeloj zemlji. Ostao je na snazi u Federaciji BiH do 1998. godine, a u Republici Srpskoj do 2000. (kada je stavljen van snage i zamijenjen entitetskim zakonima iz tačke 25 u gornjem tekstu). Prema tom Zakonu, ratni zločini su se kažnjavali kaznom zatvora u trajnju 5-15 godina ili, u najtežim slučajevima, smrtnom kaznom; umjesto smrtne kazne također se mogla izreći kazna dugotrajnog zatvora od 20 godina (vidi Članove 37, 38 i 142 tog Zakona). Pomagači u izvršenju ratnih zločina (poput gosp. Maktoufa) su se trebali kazniti isto kao da su sami počinili ratni zločin, ali je njihova kazna mogla također biti umanjena na kaznu zatvora od jedne godine (Članovi 24, 42 i 43 tog Zakona). Relevantni članovi glase:

Član 24 § 1

“Ko drugome sa umišljajem pomogne u izvršenju krivičnog djela kaznit će se kao da ga je sam učinio, a može se i blaže kazniti.”

Član 37 § 2

“Smrtna kazna može se izreći samo za najteže slučajeve teških krivičnih djela za koje je zakonom propisana.”

Član 38 §§ 1 i 2

“Zatvor ne može biti kraći od petnaest dana ni duži od petnaest godina.

Za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od dvadeset godina.”

Član 42

“Sud može učiniocu odmjeriti kaznu ispod granice propisane zakonom ili primijeniti blažu vrstu kazne:

- (a) kad zakon predviđa da se učinilac može blaže kazniti [kao u Članu 24 § 1 ovog Zakona];
- (b) kad utvrdi da postoje osobito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.”

Član 43 § 1

“Kad postoje uslovi za ublažavanje kazne iz člana 42 ovog zakona, sud će ublažiti kaznu u ovim granicama:

- (a) ako je za krivično djelo kao najmanja mjera kazne propisan zatvor u trajanju od tri ili više godina, kazna se može ublažiti do jedne godine zatvora;

12. Službeni glasnik Republike Srpske br. 22/00, 33/00 i 37/01.

...”

Član 142 § 1

“Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije, naredi ...ili izvrši ... mučenja, ... uzimanja talaca, ... kaznit će se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.”

27. Nakon stupanja na snagu Daytonskog sporazuma 14. decembra 1995. godine, smrtna kazna se više nije mogla primjenjivati. Konkretnije, u skladu sa Aneksom IV i VI Dejtonskog sporazuma, Bosna i Hercegovina i njeni entiteti moraju osigurati svim osobama u svojoj nadležnosti prava i slobode garantirane Konvencijom i njenim Protokolima (uključujući Protokol br. 6 o ukidanju smrtne kazne) i drugim sporazumima o ljudskim pravima koji su tu pobrojani (uključujući Drugi fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima u vezi smrtne kazne). Domaći organi vlasti su te odredbe uvijek tumačili na način da niko ne može biti osuđen na smrtnu kaznu niti pogubljen u vrijeme mira, čak ni za krivična djela koja su počinjena tokom rata 1992-95.¹³

3. Krivični zakon iz 2003. godine

28. Prema Krivičnom zakonu iz 2003. godine, zapriječena kazna za ratne zločine je od 10 do 20 godina odnosno, u najtežim slučajevima, kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 20 do 45 godina (Članovi 42 i 173 tog Zakona). Pomagači u izvršenju ratnih zločina (poput gosp. Maktoufa) se trebaju kažnjavati kao da su sami počinili ratni zločin, ali se njihova kazna također može smanjiti na petogodišnju kaznu zatvora (vidi Članove 31, 49 i 50 tog Zakona). Relevantni članovi tog Zakona glase:

Član 31 § 1

“Ko drugom s umišljajem pomogne u učinjenju krivičnog djela, kaznit će se kao da ga je sam učinio, a može se i blaže kazniti.”

Član 42 §§ 1 i 2

“Kazna zatvora ne može biti kraća od 30 dana ni duža od 20 godina.

Za najteže oblike teških krivičnih djela počinjenih sa umišljajem može se propisati kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 21 do 45 godina.”

Član 49

“Sud može učinitelju odmjeriti kaznu ispod granice propisane zakonom ili izreći blažu vrstu kazne:

13. Vidi odluku Doma za ljudska prava CH/97/69 od 12. juna 1998. godine u predmetu *Herak*, i odluku Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine Kž-58/99 od 16. marta 1999. godine u predmetu o genocidu, kojom se kazna zatvora od 40 godina smanjuje na kaznu zatvora od 20 godina.

- (a) kad zakon propisuje da se učinitelj može blaže kazniti; [kao u Članu 31 § 1 ovog Zakona];
- (b) kad sud utvrdi da postoje osobito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i s ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.“

Član 50 § 1

“Kad postoje uvjeti za ublažavanje kazne iz člana 49. (*Ublažavanje kazne*) ovog zakona, sud će ublažiti kaznu u ovim granicama:

- (a) ako je za krivično djelo kao najmanja mjera kazne propisana kazna zatvora od deset ili više godina, kazna se može ublažiti do pet godina zatvora;

...”

Član 173 § 1

“Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi ili učini ... mučenje, ... uzimanje talaca, ... kaznit će se zatvorom najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora.”

4. *Praksa kažnjavanja*

29. Entitetski sudovi i Sud BiH su principe iz tačke 24 u gornjem tekstu tumačili različito u predmetima ratnih zločina. Uz nekoliko izuzetaka¹⁴, entitetski sudovi općenito primjenjuju zakon iz 1976. Suprotno tome, Sud BiH je u početku zaključio da je Zakon iz 2003. godine uvijek blaži i primijenio ga je u svim predmetima. U martu 2009. godine, međutim, Sud BiH je počeo primijenjivati novi pristup kojim se trebalo u svakom predmetu pojedinačno ustanoviti koji od zakona je blaži za počinitelja¹⁵. Nakon toga, Sud BiH je Zakon iz 1976. godine primjenjivao na manje teške slučajeve ratnih zločina¹⁶. U isto vrijeme, Sud BiH je nastavio primijenjivati Zakon iz 2003. godine na teže slučajeve ratnih zločina za koje je zapriječena kazna prema Zakonu iz 1976. godine bila smrtna kazna¹⁷, i kadgod bi zaključio da je Zakon iz 2003. godine blaži za počinitelja iz bilo kojeg razloga¹⁸. Treba navesti da se novi pristup odnosi samo na apelaciona vijeća Suda BiH; pretresna vijeća su nastavila sa primjenom Zakona iz 2003. godine u svim predmetima ratnih zločina. Prema brojkama koje smo dobili od vlade (vidi tačku 63 u donjem tekstu), apelaciona vijeća su donijela 21 odluku u predmetima ratnih zločina između marta 2009, kada je po prvi put

14. Vidi, na primjer, presudu u predmetu *Vlahovljak* iz septembra 2008, u kojoj je Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine primijenio Zakon iz 2003. godine.

15. Odluka X-KRŽ-06/299 od 25. marta 2009. u predmetu *Kurtović*.

16. Odluke X-KRŽ-09/847 od 14. juna 2011. godine u predmetu *Novalić*; X-KRŽ-07/330 od 16. juna 2011. godine u predmetu *Mihaljević*; S1 1 K 002590 11 Krž4 od 1. februara 2012. u predmetu *S.L.*; S1 1 K 005159 11 Kžk od 18. aprila 2012. u predmetu *Aškraba*; i S1 1 K 003429 12 Kžk od 27. juna 2012. u predmetu *Osmić*.

17. Odluke X-KRŽ-06/431 od 11. septembra 2009. godine u predmetu *Kapić*; i X-KRŽ-07/394 od 6. aprila 2010. u predmetu *Đukić*.

18. Odluke X-KRŽ-08/488 od 29. januara 2009. godine u predmetu *Vrdoljak*; i X-KRŽ-06/243 od 22. septembra 2010. u predmetu *Lazarević*.

primjenjen novi pristup, i novembra 2012. U pet predmeta su primijenili Zakon iz 1976. godine, a u 16 predmeta Zakon iz 2003. Međutim, primjena Zakona iz 1976. godine na apelacionom vijeću nije uvijek vodila ka smanjenju kazne (u dva predmeta¹⁹, apelaciono vijeće je donijelo istu krivičnu sankciju prema Zakonu iz 1976, kao što je to učinilo pretresno vijeće prema Zakonu iz 2003. godine; u jednom predmetu²⁰, kazna koju je apelaciono vijeće dosudilo prema Zakonu iz 1976. godine je čak bila teža od one koju je donijelo pretresno vijeće prema Zakonu iz 2003. godine).

5. *Komentari drugih međunarodnih agencija za zaštitu ljudskih prava*

30. Izgleda da je primjena različitih krivičnih zakona u predmetima ratnih zločina, kao što je to opisano u prethodnoj tački, dovela do različitih praksi izricanja kazne. Prema izvještaju koji je objavila Organizacija za sigurnost i saradnju u Evropi (OSCE) 2008. godine (“Na putu ka usaglašenoj provedbi važećeg zakona u predmetima ratnih zločina pred sudovima u Bosni i Hercegovini”), entitetski sudovi su općenito izricali lakše kazne nego Sud BiH. Relevantni dio tog izvještaja glasi:

“Korištenje različitih krivičnih zakona također dovodi do značajnih razlika između kazni koje se izriču na državnom i entitetskim sudovima za ratne zločine. Ovo je rezultat širokih raspona kazni koje se primjenjuju prema ovim zakonima. Na primjer, jedan entitetski sud je izrekao optuženom koji je proglašen krivim za okrutno postupanje prema zatvorenicima kaznu zatvora od jedne godine i osam mjeseci, dok je Sud BiH drugog optuženog, koji je osuđen za slično djelo, osudio na kaznu zatvora od deset i pol godina. U prosjeku, kazne koje je izrekao Sud BiH u predmetima ratnih zločina su gotovo dvostruko duže od onih koje su izrekli entitetski sudovi.”

31. U izvještaju iz 2011. godine (“Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini”), OSCE je zaključio da primjena različitih krivičnih zakona na državnom i entitetskom nivou može biti problematična u određenim vrstama predmeta ratnih zločina. Relevantni dio tog izvještaja glasi:

“Svakako je prihvatljivo da se pitanje koji krivični zakon treba primijeniti na predmete ratnih zločina procjenjuje za svaki predmet pojedinačno. U mnogim predmetima pred entitetskim sudovima, primjena Zakona [iz 1976.] ne predstavlja ozbiljan problem u praksi. Općenito, predmeti u kojima primjena različitih zakona podriva princip jednakosti pred zakonom su oni u kojima sud primjenom Zakona [iz 2003.], može optuženog osuditi na kaznu zatvora koja je duža od kazne 15 do 20 godina, što je maksimalna kazna propisana Zakonom [iz 1976]. U ovim predmetima, primjena Zakona [iz 1976.] očigledno ne dozvoljava sudu da izrekne kaznu koja je proporcionalna težini zločina. Niti su kazne u tim predmetima usaglašene sa praksom na državnom nivou. Druga kategorija predmeta, u kojima je primjena Zakona [iz 1976.] problematična, jeste ona u kojima je ponašanje optuženog na najbolji način opisano u skladu sa konceptom zločina protiv čovječnosti ili prema teoriji komandne odgovornosti koji su izričito propisani samo prema Zakonu [iz 2003].”

19. Odluke X-KRŽ-06/299 od 25. marta 2009. godine u predmetu *Kurtović*; i *SI 1 K 002590 11 Krž4* od 1. februara 2012. u predmetu *S.L.*

20. Odluka X-KRŽ-09/847 od 14. juna 2011. godine u predmetu *Novalić*.

32. Komisija UN-a za ljudska prava je u svojim “zaključnim razmatranjima“ o Bosni i Hercegovini (CCPR/C/BIH/CO/1), izrazila sličnu zabrinutost (u § 7):

“Odajući priznanje naporima na rješavanju predmeta ratnih zločina, poput provođenja Državne strategije za rad na predmetima ratnih zločina, Komisija je i dalje zabrinuta zbog sporog napredovanja krivičnog gonjenja, posebno u predmetima koji se odnose na seksualno nasilje, kao i zbog nedostatka podrške žrtvama takvih zločina. Komisija je također zabrinuta zbog nedostatka napora da se između entiteta harmonizira sudska praksa u krivičnom gonjenju za ratne zločine, te zbog činjenice da sudovi na entitetskom nivou koriste zastarjeli Krivični zakon bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije (SFRJ) koji, između ostalog, ne definiše zločine protiv čovječnosti, komandnu odgovornost, seksualno ropstvo i prisilnu trudnoću. Komisija je zabrinuta da bi ovo moglo utjecati na konzistentnost u izricanju kazni između entiteta (Članovi 2 i 14). Država članica treba ubrzati krivično gonjenje u predmetima ratnih zločina. Država članica također treba kontinuirano pružati odgovarajuću psihološku podršku žrtvama seksualnog nasilja, posebno tokom suđenja. Nadalje, država članica treba osigurati da pravosuđe u svim entitetima uloži velike napore koji bi bili usmjereni ka harmonizaciji sudske prakse u predmetima ratnih zločina i da se optužnice za ratne zločine ne podižu u skladu sa zastarjelim krivičnim zakonom bivše SFRJ, koji određena krivična djela ne prepoznaje kao zločine protiv čovječnosti.”

33. U svom Mišljenju o pravnoj sigurnosti i neovisnosti pravosuđa u Bosni i Hercegovini (br. 648/2011), koje je objavljeno 18. juna 2012, Venecijanska komisija je zaključila da postojanje nekoliko pravnih poredaka i fragmentiranost pravosuđa otežavaju Bosni i Hercegovini da, između ostalog, ispuni zahtjeve za konzistentnošću u zakonima i sudskoj praksi.

B. Sud BiH

34. U skladu sa svojim posebnim ovlastima, Ured visokog predstavnika je 12. novembra 2000. godine nametnuo Zakon o Sudu BiH²¹ kojim se uspostavlja Sud Bosne i Hercegovine. Zakon je stupio na snagu 8. decembra 2000. Zakon je bio naknadno donesen i od Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

35. U sklopu izlazne strategije Haškog tribunala iz tačke 9. u gornjem tekstu, početkom 2005. godine su na Sudu BiH uspostavljena vijeća za ratne zločine. Tokom prijelaznog perioda, koji je okončan 31. decembra 2012, jedan broj međunarodnih sudija je bio uključen u sastav tih vijeća. U početku ih je imenovao Ured visokog predstavnika u skladu sa sporazumom sa vlastima u Bosni i Hercegovini iz 2004. godine²². Mandat tih sudija je bio

21. Prečišćena verzija Zakona je objavljena u Službenom listu Bosne i Hercegovine br. 49/09, a izmjene i dopune su objavljene u Službenom listu br. 74/09 i 97/09.

22. Službeni list Bosne i Hercegovine, Međunarodni sporazumi, br. 12/04, 7/05 i 8/06.

na dvije godine i bilo ga je moguće obnoviti. Jedna tipična odluka kojom se imenuje međunarodni sudija je u relevantnom dijelu glasila:

“...

Uzimajući u obzir zajedničku preporuku za imenovanje međunarodnog sudije od 22. aprila 2005. godine, koju su potpisali registrar Ureda registrara Odjela I za ratne zločine i Odjela II za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Krivičnog i Apelacionog odjeljenja [Suda BiH] i [specijalnih odjela Tužilaštva Bosne i Hercegovine], predsjednik [Suda BiH] i predsjednik Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine;

Visoki predstavnik ovim donosi sljedeću odluku o imenovanju međunarodnog sudije u Odjel I za ratne zločine Krivičnog i Apelacionog odjeljenja [Suda BiH].

1. Kao što je predviđeno Članom 65 § 4, uz izmjene, [Zakona o Sudu BiH iz 2000.] sljedeća osoba se ovim imenuje kao međunarodni sudija u Odjel I za ratne zločine Krivičnog i Apelacionog odjeljenja [Suda BiH]:

Pietro Spera

2. Početno trajanje imenovanja... je dvije godine, i podliježe ponovnom imenovanju u skladu sa [Zakonom o Sudu BiH iz 2000]. Od [imenovanog] se traži da boravi u Bosni i Hercegovini tokom svog mandata te ne može vršiti nikakavu drugu funkciju koja je nekompatibilna sa pravosudnom službom, odnosno koja bi mogla negativno utjecati na njegovo vršenje sudske funkcije na puno radno vrijeme. U mjeri u kojoj je to primjenjivo, svi drugi zahtjevi koji se odnose na pravosudnu službu na način na koji su oni definirani u [Zakonu o Sudu BiH iz 2000.] se primjenjuju...

3. Međunarodni registrar Ureda registrara za Odjel I za ratne zločine i Odjel II za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Krivičnog i Apelacionog odjeljenja [Suda BiH] i [specijalnih odjela Tužilaštva] obavještavaju Visokog predstavnika o svakom događaju, uključujući i one iz stava 2 [u gornjem tekstu], koji mogu dovesti do toga da [imenovani] nije u mogućnosti vršiti svoju dužnost. U slučaju ostavke ili nesposobnosti [imenovanog] da dovrši svoj mandat, Visoki predstavnik će imenovati nasljednika koji će dovršiti gore navedeni mandat.

4. Tokom trajanja imenovanja, imenovani će pohađati sve programe obuke, kako naloži predsjednik [Suda BiH], i pridržavati se svih standarda profesionalnog ponašanja koji su ustanovljeni na [Sudu BiH].

5. [Imenovani] vrši dužnost sudije u skladu sa Ustavom i zakonima Bosne i Hercegovine, odluke donosi prema svom znanju, savjesti, odgovorno i nepristrasno u cilju podrške vladavini zakona, te štiti slobode i prava pojedinaca koje su zagarantirane Ustavom i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Prije preuzimanja dužnosti, a najkasnije 6. maja 2005, međunarodni sudija će u tom smislu položiti svečanu zakletvu pred predsjednikom Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine.

6. Ova Odluka stupa na snagu odmah i objavit će se bez odlaganja u Službenom listu Bosne i Hercegovine.”

36. U septembru 2006, Ured visokog predstavnika i Bosna i Hercegovina su revidirali postupak imenovanja međunarodnih sudija u Sud BiH²³: međunarodne sudije je nakon toga imenovalo specijalno profesionalno

23. Službeni list Bosne i Hercegovine, Međunarodni sporazumi, br. 93/06 and 3/07.

tijelo, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, također na period od dvije godine uz mogućnost obnavljanja.

C. Nadležnost za predmete ratnih zločina

37. Domaći predmeti ratnih zločina se mogu podijeliti u dvije kategorije.

38. Stari predmeti (prijavljeni prije 1. marta 2003.) ostaju na entitetskim sudovima ukoliko je optužnica stupila na snagu prije 1. marta 2003. godine. Ukoliko optužnica nije stupila na snagu prije 1. marta 2003. godine, oni ostaju na entitetskim sudovima ako Sud BiH ne odluči da ih preuzme u skladu sa kriterijima iz tačke 40 u donjem tekstu (vidi Član 449 Zakona o krivičnom postupku iz 2003. godine²⁴).

39. Novi predmeti (prijavljeni nakon 1. marta 2003.) spadaju u nadležnost Suda BiH ali Sud BiH može bilo koji od tih predmeta prenijeti na nadležni entitetski sud u skladu sa kriterijima iz tačke 40 u donjem tekstu (vidi Član 27 Zakona o krivičnom postupku iz 2003. godine).

40. U skladu sa Pravilnikom o pregledu predmeta ratnih zločina od 28. decembra 2004. godine²⁵, postupak u sljedećim vrstama predmeta se, po pravilu, vodio pred Sudom BiH: (a) predmeti koji se odnose na genocid, istrijebljenje, višestruka ubistva, silovanje i druge teške seksualne napade kao dio sistema (poput logora), porobljavanje, mučenje, progon na širokoj i sistematskoj osnovi, masovno prisilno zatvaranje u logore; (b) predmeti protiv prošlih ili sadašnjih vojnih zapovjednika, prošlih ili sadašnjih političkih lidera, prošlih ili sadašnjih članova pravosuđa, prošlih ili sadašnjih načelnika policije, zapovjednika logora, osoba koje su u prošlosti imale ili sada imaju zloglasnu reputaciju, višestrukih silovatelja; (c) predmeti koji uključuju svjedoke iz redova počinitelja (insajdere) ili svjedoke koji su osumnjičeni; (d) ukoliko postoji rizik zastrašivanja svjedoka; i (e) predmeti koji se odnose na počinitelje u području koje prema njima gaji simpatije ili gdje organi vlasti imaju interes da spriječe javnost da dozna detalje zločina. Postupci u svim drugim predmetima ratnih zločina su se, po pravilu, vodili pred entitetskim sudovima. U decembru 2008, organi vlasti su usvojili Državnu strategiju za rad na predmetima ratnih zločina u kojoj su, između ostalog, definirali novi niz kriterija. Oni su, međutim, gotovo identični kriterijima koji su opisani u gornjem tekstu.

24. Službeni list Bosne i Hercegovine br. 3/03, 36/03, 32/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09.

25. *Pravilnik o pregledu predmeta ratnih zločina*, KTA-RZ 47/04-1; primjerak tog dokumenta je dostavila vlada.

D. Ponovno pokretanje krivičnog postupka

41. Član 327 Zakona o krivičnom postupku iz 2003. godine omogućava ponavljanje krivičnog postupka u korist počinitelja u slučajevima gdje je Evropski sud za ljudska prava ustanovio da su tokom pretresa prekršena ljudska prava i da je presuda bila zasnovana na ovim kršenjima. Zahtjev za ponavljanje krivičnog postupka ne podliježe rokovima. Može se čak uložiti i nakon odsluženja kazne (Član 329 § 2 ovog Zakona).

U skladu sa Članom 333 § 4 ovog Zakona, u svakom novom pretresu presuda se ne može mijenjati na štetu optuženog (zabrana *reformatio in peius*).

E. Međunarodno humanitarno pravo

42. U skladu sa Ženevskim konvencijama iz 1949. godine (vidi, na primjer, Član 146 Konvencije o zaštiti civilnih osoba u vrijeme rata), Visoke strane ugovornice moraju donijeti sve neophodne zakone da bi osigurale djelotvorne kaznene sankcije za osobe koje počine ili naredе počinjenje bilo koje teške povrede ovih Konvencija. Istovremeno, optužene osobe moraju u svim okolnostima imati garantirano pravo na propisno suđenje i odbranu koji nisu manje povoljni od onih koji su predviđeni Konvencijom o postupanju sa ratnim zarobljenicima.

43. U skladu sa Članom 99 Konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima, nijednom ratnom zarobljeniku se ne može suditi niti se on može osuditi za djelo koje nije zabranjeno u vrijeme počinjenja tog djela zakonom vlade koja ga je zarobila odnosno međunarodnim pravom. Pravilo koje zabranjuje retroaktivnost zločina i kazni se također javlja u Dopunskom protokolu I i II iz 1977. godine u gotovo istoj formulaciji. Član 75 § 4 (c) Dopunskog protokola I glasi:

“Niko ne može biti optužen ili osuđen za krivično djelo za bilo koju radnju ili propust koji ne predstavljaju krivično djelo prema nacionalnom ili međunarodnom zakonu pod koje je ono potpadalo u momentu učinjenja djela; ne može se izreći teža kazna od kazne koja je bila primjenjiva u vrijeme kada je krivično djelo bilo izvršeno; ako poslije izvršene povrede zakon predvidi lakšu kaznu, prekršilac će se time koristiti.”

PRAVO

I. NAVODNA POVREDA ČLANA 6 § 1 KONVENCIJE

44. Prvi aplikant, gosp. Maktouf, se žali da nije imao pravično suđenje pred neovisnim sudom, što predstavlja kršenje Člana 6 § 1 Konvencije. On tvrdi da sud koji je odlučivao o njegovom predmetu nije bio neovisan u

skladu sa značenjem te odredbe zbog toga što je dva člana vijeća imenovao Ured visokog predstavnika na period od dvije godine sa mogućnošću obnavljanja mandata. Član 6 § 1, u relevantnom dijelu, glasi:

“Prilikom utvrđivanja... bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na pravičnu i javnu raspravu... pred neovisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom.”

A. Podnesci stranaka

1. Vlada

45. Vlada je tvrdila da se Bosna i Hercegovina ne može smatrati odgovornom za postupke Visokog predstavnika (oni se pozivaju na predmet *Berić i ostali protiv Bosne i Hercegovine* (dec.), br. 36357/04 *et al.*, ECHR 2vn007-XII). Stoga su pozvali Sud da ovu predstavku proglasi nedopustivom jer nije kompatibilna *ratione personae*. Čak i kada bi Sud imao nadležnost *ratione personae* da se bavi ovom predstavkom, vlada je tvrdila da je ona očigledno neutemeljena. Konvencija ne zahtijeva da se sudije imenuju doživotno, kao što je ukazao Sud u praksi po predmetu *Sramek protiv Austrije*, 22. oktobar 1984, Serija A br. 84, a prema kojoj je Sud imenovanje na period od tri godine koji se može obnoviti smatrao zadovoljavajućim. Štaviše, međunarodni članovi Suda BiH u svojim zemljama porijekla imenovani su na dužnost sudija od strane neovisnog tijela i dodjeljeni su Sudu BiH u sklopu međunarodne pomoći ratom razorenoj Bosni i Hercegovini.

2. Aplikant

46. Aplikant je odgovorio da Bosna i Hercegovina ima dužnost da svoj pravni sistem organizira na takav način da osigura neovisnost sudstva. On je tvrdio da kratkotrajnost mandata međunarodnih sudija (dvije godine) uz mogućnost ponovnog imenovanja dovodi u ozbiljnu sumnju njihovu sposobnost da odluke donose neovisno. On je dodao, bez pozivanja na neki određeni autoritet, da, prema prihvaćenim kriterijima, mandati koji traju manje od šest godina ne predstavljaju zadovoljavajuću garanciju neovisnosti sudija. Nadalje, međunarodne sudije Suda BiH su imenovane u relevantnom trenutku od strane Ureda visokog predstavnika, koji se može uporediti sa nacionalnom vladom. Uzimajući u obzir sve navedeno, aplikant je zaključio da sud koji mu je sudio nije bio neovisan unutar značenja Člana 6 § 1 Konvencije.

3. Treća strana

47. Ured visokog predstavnika je u svom podnesku treće strane iz novembra 2012, naveo da je prisustvo međunarodnih sudija na Sudu BiH imalo za cilj promoviranje njegove neovisnosti i nepristranosti, kao i

prenošenje potrebnog pravnog iskustva. OHR je također naveo da su njegove odluke o imenovanjima međunarodnih sudija bile samo formalnost zbog činjenice da nijedan domaći organ nije imao ovlasti da imenuje sudije koje nisu državljani BiH prije kraja 2006. godine (vidi tačku 36 u gornjem tekstu). Što se tiče trajanja mandata sudija, Ured visokog predstavnika je obrazložio da je to bilo neophodno zbog finansijskih ograničenja za angažman stranih pravosudnih dužnosnika: naime, budžetske projekcije i ograničenja nisu omogućavale garantiranje finansiranja na duži period. Na kraju, treća strana je navela da je mandat međunarodnih sudija bio propisno reguliran i da oni nisu mogli biti proizvoljno smjeni sa dužnosti.

B. Ocjena Suda

48. Sud je od početka utvrdio da je uspostavljanje vijeća za ratne zločine u Sudu BiH, koja se sastoje od međunarodnih i domaćih sudija bila inicijativa međunarodnih institucija (vidi tačku 9 u gornjem tekstu). Međutim, nije neophodno u ovom predmetu odlučivati da li je tužena vlada ipak bila odgovorna za navodnu povredu Člana 6 § 1 Konvencije, jer je zaključeno da je ova predstavka u svakom slučaju očigledno neutemeljena zbog razloga koji se navode u donjem tekstu.

49. Sud općenito želi istaći da prilikom odlučivanja u ranijim predmetima da li se jedno tijelo može smatrati „neovisnim“ – konkretnije neovisnim o izvršnoj vlasti i strankama u postupku – Sud je uzimao u obzir takve faktore kao što su način imenovanja njegovih članova, trajanje njihovog mandata, postojanje garancija protiv vanjskih pritisaka i pitanje da li to tijelo izgleda neovisno (vidi, na primjer, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. juni 1984, § 78, Serija A br. 80, i *Brudnicka i ostali protiv Poljske*, br. 54723/00, § 38, ECHR 2005-II). Nemogućnost da izvršna vlast smijeni sudije tokom trajanja njihovog mandata se općenito smatra nužnom posljedicom njihove neovisnosti i stoga se uključuje u garancije Člana 6 § 1 (vidi *Campbell i Fell*, koji se citira u gornjem tekstu, § 80). Iako je konceptu razdvajanja ovlasti između političkih organa vlade i pravosuđa pridavana rastuća važnost u praksi Suda (vidi *Stafford protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 46295/99, § 78, ECHR 2002-IV), dozvoljeno je imenovanje sudija od strane izvršne ili zakonodavne vlasti, pod uvjetom da su imenovani slobodni od utjecaja ili pritisaka prilikom vršenja svojih pravosudnih uloga (vidi *Flux protiv Moldavije* (br. 2), br. 31001/03, § 27, 3. juli 2007).

50. U pogledu ovog predmeta, Sud primjećuje da neovisnost domaćeg člana sudećeg suda nije dovedena u pitanje. Što se tiče međunarodnih članova, nema razloga za sumnju u njihovu neovisnost o političkim organima Bosne i Hercegovine i strankama u postupku. Njihovo imenovanje je doista motivirano željom, između ostalog, da ojača dojam neovisnosti vijeće za ratne zločine Suda BiH (u vezi sa i dalje postojećom

etničkom pristranosti i animozitetom među stanovništvom u cjelini u poslijeratnom periodu) i da se ponovno uspostavi povjerenje javnosti u domaći pravosudni sistem.

51. Iako su oni bili imenovani od Visokog predstavnika, Sud nema razloga da dovodi u pitanje neovisnost međunarodnih članova Suda BiH od te institucije. Njihova su imenovanja bila rezultat preporuka najistaknutijih pojedinaca u pravosuđu Bosne i Hercegovine (vidi odluku koja se citira u tački 35 u gornjem tekstu). Poput domaćih članova, čija neovisnost nije dovođena u pitanje, kada su jednom bili imenovani, ove sudije su morale položiti svečanu zakletvu pred Visokim sudskim i tužilačkim vijećem Bosne i Hercegovine i morali su svoje pravosudne dužnosti obavljati u skladu sa domaćim zakonima i poštivati pravila profesionalnog ponašanja koja je ustanovio Sud BiH. Svi zahtjevi u vezi vršenja sudske dužnosti koji su definirani Zakonom o Sudu BiH iz 2000. godine su se na njih primjenjivali analogno (vidi tačku 35 u gornjem tekstu). Činjenica da su ove sudije dodijeljene iz redova profesionalnih sudija svojih zemalja predstavlja dodatnu garanciju protiv vanjskog pritiska. Mora se priznati da je njihov mandat bio relativno kratak, ali ovo je razumljivo uzimajući u obzir privremenu prirodu međunarodnog prisustva na Sudu BiH i mehanizme međunarodne razmjene stručnjaka.

52. Imajući u vidu sve navedeno, Sud ne vidi razlog da dovodi u pitanje zaključak Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u ovom predmetu da je Sud BiH bio neovisan u skladu sa značenjem Člana 6 § 1 Konvencije (vidi tačku 15 u gornjem tekstu; uporedi *Henryk Urban i Ryszard Urban protiv Poljske*, br. 23614/08, §§ 45-53, 30. novembar 2010).

53. Shodno tome, ova predstavka je očigledno neutemeljena i mora biti odbačena u skladu sa Članom 35 §§ 3 (a) i 4 Konvencije.

II. NAVODNA POVREDA ČLANA 7 KONVENCIJE

54. Oba aplikanta su se žalila prema Članu 7 Konvencije da je na njih primjenjen stroži krivični zakon od onoga koji je bio primjenjiv u vrijeme kad su oni počinili krivična djela. U Članu 7 stoji:

“1. Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo nastalo činjenjem ili nečinjenjem koje nije predstavljalo krivično djelo u vrijeme izvršenja prema nacionalnom ili međunarodnom pravu. Isto tako, izrečena kazna neće biti teža od one koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela.

2. Ovaj Član ne utječe na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe koja je kriva za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema općim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda.”

A. Uvodni komentar

55. Teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja spadaju u nadležnost Suda BiH mogu se podijeliti u dvije kategorije. Neki zločini, konkretno zločini protiv čovječnosti, su u domaći zakon uvedeni 2003. godine. Sud BiH i entitetski sudovi stoga nemaju nikakve druge mogućnosti nego da primjenjuju Krivični zakon iz 2003. godine u takvim predmetima (vidi međunarodne materijale koji se citiraju u tačkama 31 i 32 u gornjem tekstu). S tim u vezi, Sud podcrtava da se u predmetu *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine* (dec.), br. 51552/10, 10. april 2012, aplikant žalio na osuđujuću presudu iz 2007. godine za zločine protiv čovječnosti, a u odnosu na djela koja su se dogodila 1992. godine. Sud je ispitao taj predmet, između ostalog, i prema Članu 7 Konvencije proglasio ga očigledno neutemeljenim. Sud je smatrao irelevantnom činjenicu da zločini protiv čovječnosti nisu predstavljali krivično djelo prema domaćem zakonu tokom rata 1992-95. obzirom da su ta djela u to vrijeme predstavljala krivično djelo prema međunarodnom pravu. Suprotno tome, ratni zločini koje su počinili aplikanti u ovom predmetu su predstavljali su krivična djela prema domaćem zakonu u vrijeme kada su počinjeni. Ovaj predmet, stoga, pokreće potpuno različita pitanja od onih u predmetu *Šimšić*.

B. Dopustivost

56. Vlada tvrdi da se predstavka gosp. Damjanovića treba odbaciti zbog činjenice da nije pravovremeno uložio žalbu Ustavnom sudu. Nisu imali pritužbi u vezi dopustivosti predstavke gosp. Maktoufa u tom pogledu .

57. Gosp. Damjanović je tvrdio da žalba Ustavnom sudu ne predstavlja djelotvoran pravni lijek u pogledu njegove pritužbe jer ne nudi razumnu mogućnost za uspjeh (on se pozvao na odluku Ustavnog suda u predmetu *Maktouf*, u kojoj je zaključeno da nije došlo do povrede Člana 7 i na brojne druge predmete u kojima je primjenjena ista argumentacija).

58. Sud podcrtava da pravilo iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova iz Člana 35 § 1 Konvencije zahtijeva od aplikanata da prvo iskoriste domaće pravne lijekove čime se državama daje mogućnost da odgovore na pritužbe i mogućnost da isprave situaciju unutar vlastitog pravnog sistema prije negoli se pritužbe nađu pred Evropskim. Pravilo je zasnovano na pretpostavci da domaći sistem pruža djelotvoran pravni lijek za navodnu povredu. Teret dokazivanja je na vladi koja tvrdi da nije došlo do iscrpljivanja pravnih lijekova, a koja Sudu mora pokazati da je u teoriji i u praksi djelotvoran pravni lijek bio na raspolaganju u relevantno vrijeme; drugim riječima da je pravni lijek bio pristupačan i u mogućnosti da pruži djelotvorno i dovoljno zadovoljenje za pritužbe aplikanta. Međutim, kada se ovaj teret dokazivanja jednom zadovolji, na aplikantu je da dokaže da je pravni lijek koji je omogućila vlada zaista i iscrpljen odnosno da je iz nekog razloga bio

neadekvatan i nedjelotvoran u datim okolnostima slučaja, ili da su postojale specijalne okolnosti koje su aplikanta oslobodile ove obaveze (vidi, između ostalih, *Akdivar i ostali protiv Turske*, 16. septembar 1996, §§ 65-69, *Izveštaji o presudama i odlukama 1996-IV*; *Mirazović protiv Bosne i Hercegovine* (dec.), br. 13628/03, 6. maj 2006; i *Scoppola protiv Italije* (br. 2) [GC], br. 10249/03, §§ 68-71, 17. septembar 2009).

59. Sud zapaža da je 30. marta 2007. godine Ustavni sud Bosne i Hercegovine zaključio da nije došlo do povrede Člana 7 Konvencije u gotovo identičnim okolnostima u predmetu *Maktouf*, i da je nakon toga ista argumentaciju primijenljiva u čitavom sličnih predmeta. Istina, vlada nije Sudu dostavila nikakavu odluku Ustavnog suda u kojoj se zaključuje da je došlo do kršenja Člana 7 u sličnom predmetu. Nadalje, Sud BiH se u predmetu *Damjanović* pozvao na odluku Ustavnog suda u predmetu *Maktouf*.

60. Sud zaključuje da žalba Ustavnom sudu nije pružala razumnu mogućnost uspjeha za gosp. Damjanovića prema Članu 7 Konvencije i odbacuje prigovor vlade. Kako ova pritužba nije očigledno neutemeljena unutar značenja Člana 35 § 3 (a) Konvencije i kako nije nedopustiva po bilo kojem drugom osnovu, mora se proglasiti dopustivom.

C. Meritum

1. Podnesci stranaka

(a) Aplikanti

61. Zabrana retroaktivne primjene krivičnog zakona na štetu optuženog je, prema navodima aplikanata, pravilo čvrsto ustanovljeno i u međunarodnom i u domaćem pravu. Krivični zakon iz 2003. godine, s obzirom da je stroži od Zakona iz 1976. godine u pogledu minimalnih kazni za ratne zločine, se stoga nije trebao primijeniti u njihovim predmetima. U tom pogledu, oni su se pozivali na mali broj predmeta u kojima je Sud BiH smatrao da je Zakon iz 1976. godine blaži (vidi tačku 29 u gornjem tekstu), istovremeno kritizirajući Sud BiH što taj Zakon nije primjenjivao konzistentno. Uzimajući u obzir da su njihove osuđujuće presude bile zasnovane isključivo na domaćem zakonu, oni su istakli da je oslanjanje vlade na „opća pravna načela priznata kod civiliziranih naroda“ unutar značenja Člana 7 § 2 bilo pogrešno. Nadalje su tvrdili da se njihov predmet treba posmatrati odvojeno od predmeta na koje su se pozivali vlada i treća strana (naime *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. novembar 1995, Serija A br. 335-B, i *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke* [GC], br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, ECHR 2001-II). Posebice, predmet *S.W.* se odnosio na postepeni razvoj krivičnog prava putem sudske prakse tokom perioda od nekoliko godina da bi se uzeli u obzir izmijenjeni stavovi društva. Ovo je očigledno drugačije od donošenja novih zakona kojima se

propisuju strože kazne za neka krivična djela, kao što je to u ovom predmetu. Aplikanti su dodali da države ne bi trebale mijenjati svoje zakone nakon nekog događaja s ciljem kažnjavanja počinitelja, bez obzira koliko kontroverzno može biti dato krivično djelo.

(b) Vlada

62. Vlada je istakla stav da je Krivični zakon iz 2003. godine bio blaži za aplikante od Krivičnog zakona iz 1976. godine, uzimajući u obzir nepostojanje smrtne kazne (oni su se pozvali na predmet *Karmo protiv Bugarske* (dec.), br. 76965/01, 9. februar 2006). Takvo je također bilo i mišljenje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u ovom predmetu (vidi tačku 15 u gornjem tekstu). Oni su nadalje tvrdili da u slučaju da Krivični Zakon BiH iz 2003. godine nije bio blaži za aplikante, isti bi bilo opravdano primjeniti iz razloga koji slijede. Prvo, vlada je tvrdila da Član 7 § 2 Konvencije omogućava izuzetak od pravila koje zabranjuje retroaktivnost krivičnih djela i kazni, što je navedeno u Članu 7 § 1 (pozvali su se na predmet *Naletilić protiv Hrvatske* (dec.), br. 51891/99, ECHR 2000-V). Drugim riječima, ukoliko je neko djelo bilo krivično djelo u vrijeme počinjenja i prema „općim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda“ i prema domaćem zakonu, onda se može primijeniti kazna koja je eventualno i teža od one koja je bila primjenjiva prema domaćem zakonu u vrijeme činjenja. Jasno je da su djela koja su počinili aplikanti u ovom predmetu krivična djela prema „općim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda“. Kao rezultat toga, pravilo koje zabranjuje retroaktivnost kazni nije primjenjivo i, prema mišljenju vlade, aplikantima je mogla biti izrečena i neka druga kazna. Drugo, vlada je tvrdila da interesi pravde zahtijevaju da se princip neretroaktivnosti ostavi po strani u ovom predmetu (oni su se u vezi s tim pozvali na predmet *S.W.*, koji se citira u gornjem tekstu; *Streletz, Kessler i Krenz*, koji se citira u gornjem tekstu; i na obavezu prema međunarodnom humanitarnom pravu da se ratni zločini adekvatno kazne). Strogoća principa neretroaktivnosti, kako je obrazloženo, mora se ublažiti u određenim historijskim situacijama, tako da ovaj princip ne bi išao na štetu principa pravičnosti.

63. U pogledu pitanja da li je Sud BiH promijenio svoju praksu u pogledu izricanja krivičnih sankcija u predmetima ratnih zločina, Vlada nije osporila da je Zakon iz 1976. godine primijenjen u nekoliko slučajeva nakon marta 2009. godine (vidi tačku 29 u gornjem tekstu). Međutim, oni su podcrtali da je Zakon iz 2003. godine ipak i dalje primjenjivan u većini slučajeva. Konkretnije, Sud BiH je objavio 102 odluke u periodu između marta 2009. i novembra 2012. godine (pretresna vijeća su donijela njih 59, a apelaciona vijeća 43). Pretresna vijeća su uvijek primijenjivala Zakon iz 2003. godine. Apelaciona vijeća su taj Zakon primijenila u svim predmetima koji se odnose na zločine protiv čovječnosti i genocid. U pogledu ratnih zločina, apelaciona vijeća su primijenila Zakon iz 1976.

godine u pet predmeta, a Zakon iz 2003. u 16 predmeta. Vlada je kritizirala pristup koji je primjenjen u tih prvih pet predmeta i tvrdila da je Sud BiH uvijek trebao primjenjivati Zakon iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina.

(c) Treća strana

64. Podnesci treće strane, odnosno Ureda visokog predstavnika iz novembra 2012. godine, su slijedili istu argumentaciju kao i podnesci vlade. Mora se primijetiti da je treća strana tvrdila, poput vlade, da su djela koja su ovi aplikanti počinili predstavljala krivična djela prema „općim pravnim načelima koja priznaju civilizirani narodi“ i da se stoga pravilo koje zabranjuje retroaktivnost kažnjavanja u ovom slučaju ne primjenjuje. Ured visokog predstavnika je također naglasio da, iako je Krivični Zakon BiH iz 2003. godine primjenjen u ovom slučaju, su se kazne koje su izrečene aplikantima ipak nalazile i u rasponu Zakona iz 1976. i Zakona iz 2003. godine. Na kraju, treća strana se pozvala na „zaključna razmatranja“ Komisije za ljudska prava UN-a o Bosni i Hercegovini (CCPR/C/BIH/CO/1), koja se citiraju u tački 32 u gornjem tekstu.

2. Ocjena Suda

65. Na početku, Sud želi podcrtati da njegova zadaća nije da razmotri *in abstracto* da li je retroaktivna primjena Zakona iz 2003. godine na predmete ratnih zločina sama po sebi nekompatibilna sa Članom 7 Konvencije. Ovo pitanje se mora ocjenjivati za svaki predmet pojedinačno, uzimajući u obzir konkretne okolnosti svakog predmeta i, posebice, da li su domaći sudovi primijenili zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog (vidi *Scoppola*, koji se citira u gornjem tekstu, § 109).

66. Opći principi iz Člana 7 su nedavno ponovo obrađeni u predmetu *Kononov protiv Latvije* [GC], br. 36376/04, § 185, ECHR 2010:

“Garancija koja se daje Članom 7, suštinski element vladavine prava, ima istaknuto mjesto u sistemu zaštite koji pruža Konvencija, kao što je i podcrtano činjenicom da se prema Članu 15 ne dozvoljava nikakvo odstupanje od ovog pravila u vrijeme rata ili drugog vanrednog stanja. Ona se treba tumačiti i primjenjivati kao što to i proizlazi iz njenog predmeta i svrhe, tako da pruža djelotvornu zaštitu od proizvoljnog progona, osuđivanja i kažnjavanja. Shodno tome, Član 7 nije ograničen samo na zabranu retroaktivne primjene krivičnog zakona na štetu optuženog: on također otjelotvoruje općenito princip da samo zakon može definirati krivično djelo i propisati kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i princip da se krivični zakon ne može široko tumačiti na štetu optuženog, na primjer putem analogije. Iz toga proizlazi da krivično djelo mora biti jasno definirano u zakonu. Ovaj zahtjev je zadovoljen u slučajevima kada pojedinac može znati čitanjem relevantne odredbe – i, ukoliko je potrebno, uz pomoć tumačenja te odredbe koje će obezbijediti sudovi i pravni savjetnici – zbog kojih djela činjenja ili nečinjenja može krivično odgovarati.

Kada govori o „pravu“, Član 7 se poziva na isti koncept na koji se Konvencija poziva na drugim mjestima prilikom upotrebe tog termina, odnosno koncept koji

uključuje pisano i nepisano pravo i koji implicira kvalitativne zahtjeve, posebice zahtjeve za pristupačnošću i predvidljivošću. Što se tiče predvidljivosti, posebice, Sud podsjeća da bez obzira na to koliko je jasno formulirana jedna pravna odredba u sistemu prava koji uključuje i krivični zakon, postoji neizbježni element pravosudnog tumačenja. Uvijek će postojati potreba za pojašnjenjem nejasnih tačaka i za prilagođavanjem okolnostima koje se mijenjaju. Doista, u određenim državama Konvencije, progresivni razvoj krivičnog prava putem sudskih odluka koje postaju zakon, predstavlja duboko ukorijenjen i neophodan dio pravne tradicije. Član 7 Konvencije se ne može tumačiti kao nešto što zabranjuje postepeno pojašnjavanje pravila krivične odgovornosti putem sudskog tumačenja od slučaja do slučaja, pod uvjetom da je rezultirajuće tumačenje u skladu sa suštinom krivičnog djela i može se razumno predvidjeti (*Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke* [GC], br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, § 50, ECHR 2001-II; *K.-H.W. protiv Njemačke* [GC], br. 37201/97, § 85, ECHR 2001-II (izvodi); *Jorgic protiv Njemačke*, br. 74613/01, §§ 101-109, 12. juli 2007; i *Korbely protiv Mađarske* [GC], br. 9174/02, §§ 69-71, 19. septembar 2008).”

67. U pogledu ovog predmeta, Sud primjećuje da je definicija ratnih zločina ista u Članu 142 § 1 Krivičnog zakona iz 1976, koji se primjenjivao u vrijeme kada su počinjena krivična djela, i u Članu 173 § 1 Krivičnog zakona iz 2003. godine, koji je u ovom predmetu primjenjen retroaktivno (vidi stavove 26 i 28 u gornjem tekstu). Štaviše, aplikanti nisu osporavali to da njihova djela tvore krivična djela koja su bila definirana sa dovoljnom pristupačnošću i predvidljivošću u vrijeme kada su počinjena. Zakonitost osuđujućih presuda aplikanata stoga nije pitanje u ovom predmetu.

68. Nadalje se primjećuje, međutim, da dva krivična zakona pružaju različit raspon kazni za ratne zločine. Prema Zakonu iz 1976, za ratne zločine je zapriječena kazna bila kazna zatvora u trajanju 5-15 godina ili, u najtežim slučajevima, smrtna kazna (vidi Član 142 § 1 u vezi sa Članovima 37 § 2 i 38 § 1 Zakona iz 1976). Također se mogla izreći kazna zatvora u trajanju od 20 godina umjesto smrtne kazne (vidi Član 38 § 2 istog Zakona). Pomagači u izvršenju ratnih zločina, poput gosp. Maktoufa, su trebali biti kažnjeni isto kao da su sami počinili ratne zločine, ali se njihova kazna mogla umanjiti na kaznu zatvora od jedne godine (vidi Član 42 istog Zakona u vezi sa Članovima 24 § 1 i 43 § 1 istog Zakona). U skladu sa Zakonom iz 2003. godine, zapriječena kazna za ratne zločine je kazna zatvora u trajanju 10-20 godina ili, u najtežim slučajevima, kazna dugotrajnog zatvora u trajanju 20-45 godina (vidi Član 173 § 1 Zakona iz 2003. u vezi sa Članom 42 §§ 1 i 2 istog Zakona). Pomagači u izvršenju ratnih zločina, poput gosp. Maktoufa, se trebaju kazniti kao da su sami počinili ratne zločine, ali se njihova kazna može umanjiti na kaznu zatvora od pet godina (Član 49 u vezi sa Članovima 31 § 1 i 50 § 1 istog Zakona). Iako ističe da se njegova kazna trebala umanjiti u maksimalnoj mjeri koliko je to moguće (vidi tačku 14 u gornjem tekstu), Sud BiH je gosp. Maktoufa osudio na zatvorsku kaznu od pet godina, najnižu moguću kaznu prema Zakonu iz 2003. godine. Suprotno tome, prema Zakonu iz 1976. godine, on je mogao biti osuđen na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. Što se

tiče gosp. Damjanovića, on je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 11 godina, što je malo iznad minimalne kazne od deset godina. Prema Zakonu iz 1976, bilo bi moguće izreći mu kaznu zatvora u trajanju od samo pet godina.

69. U pogledu argumentacije vlade da je Zakon iz 2003. godine blaži za aplikante od Zakona iz 1976, uzimajući u obzir nepostojanje smrtne kazne, Sud ističe da je samo za najteže oblike ratnih zločina bila zapriječena smrtna kazna prema Zakonu iz 1976. (vidi tačku 26 u gornjem tekstu). Kako nijedan od aplikanata nije oglašen krivim za gubitak života, zločini za koje su oni osuđeni očigledno nisu spadali u tu kategoriju. Kao što je već istaknuto u gornjem tekstu, gosp. Maktouf je dobio najnižu moguću kaznu, a gosp. Damjanović kaznu koja tek malo prelazi najniži nivo koji propisuje Zakon iz 2003. godine za ratne zločine. U tim okolnostima, od posebnog je značaja u ovom predmetu ustanoviti koji je zakon bio blaži u pogledu minimalne kazne, a to je bez ikakve sumnje Zakon iz 1976. godine. Taj pristup su u novijim predmetima zauzela i neka apelaciona vijeća Suda BiH (vidi tačku 29 u gornjem tekstu).

70. Mora se priznati da su kazne aplikanata u ovom predmetu bile unutar raspona koji je propisan i Zakonom iz 1976. i Zakonom iz 2003. godine. Stoga se ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od ovih aplikanata dobio manju kaznu da je primjenjen Zakon iz 1976. godine (uporedi *Jamil protiv Francuske*, 8. juni 1995, Serija A br. 317-B; *Gabbari Moreno protiv Španjolske*, br. 68066/01, 22. juli 2003; *Scoppola*, citiran u gornjem tekstu). Ono što je od ključnog značaja, međutim, je da su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je taj Zakon primjenjen u njihovim predmetima. Kao što je već istaknuto u tački 68 u gornjem tekstu, Sud BiH je zaključio prilikom određivanja kazne gosp. Maktoufu da se kazna treba smanjiti na najniži mogući nivo prema Zakonu iz 2003. godine. Slično tome, gosp. Damjanović je dobio kaznu koja je blizu minimalnog nivoa. Nadalje treba istaći da u skladu sa pristupom koji je primjenjen u novijim predmetima ratnih zločina, koji se navode u tački 29 u gornjem tekstu, apelaciona vijeća Suda BiH su se odlučila za Zakon iz 1976. umjesto Zakona iz 2003. godine, posebno s ciljem primjene najblažih pravila kažnjavanja. U skladu s tim, s obzirom da postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena Zakona iz 2003. bila na štetu aplikanata u pogledu izricanja kazne, ne može se reći da im je osigurana djelotvorna zaštita od nametanja veće kazne, što predstavlja povredu Člana 7 Konvencije.

71. Sud ne može prihvatiti sugestiju vlade da njegova odluka u predmetu *Karmo*, koji se citira u gornjem tekstu, pruža smjernice za njegovu ocjenu predmeta kojeg ovdje razmatra. Okolnosti su značajno drugačije. Dok su ovi aplikanti osuđeni na relativno kratke kazne zatvora, aplikant u predmetu *Karmo* je bio osuđen na smrt i pitanje je bilo da li je to u suprotnosti sa Članom 7 da se smrtna kazna pretvori u kaznu doživotnog zatvora nakon

ukidanja smrtne kazne 1998. Sud je smatrao da to nije slučaj i odbacio je pritužbu prema Članu 7 kao očigledno neutemeljenu.

72. Nadalje, Sud se ne može složiti sa stavom Vlade da ukoliko je neko djelo predstavljalo krivično djelo prema „općim pravnim načelima koja priznaju civilizirani narodi“ u sklopu značenja Člana 7 § 2 Konvencije u vrijeme njegovog počinjenja, da tada pravilo koje zabranjuje retroaktivnost krivičnih djela i kazni nije primjenljivo. Ovaj stav nije u skladu sa *travaux préparatoires* (pripremnim dokumentima u vezi teksta Konvencije) koji impliciraju da se može smatrati da Član 7 § 1 sadrži opće pravilo neretroaktivnosti, a da Član 7 § 2 predstavlja samo kontekstualno pojašnjenje za aspekt krivične odgovornosti iz tog pravila, a koji je dodat tako da se osigura da nema nikakve sumnje u pogledu valjanosti krivičnih postupaka nakon Drugog svjetskog rata u pogledu zločina koji su počinjeni tokom tog rata (vidi *Kononov*, koji je citiran u gornjem tekstu, § 186). Stoga je jasno da oni koji su sastavljali tekst Konvencije nisu imali namjeru da dozvole bilo kakav opći izuzetak od pravila neretroaktivnosti. Sud je s tim u vezi u brojnim predmetima zaključio da su dva stava Člana 7 uzajamno povezana i da se trebaju tumačiti na usklađen način (vidi, na primjer, *Tess protiv Latvije* (dec.), br. 34854/02, 12. decembar 2002, i *Kononov*, koji se citira u gornjem tekstu, § 186).

73. Oslanjanje vlade u tom smislu na predmete *S.W.* i *Streletz, Kessler i Krenz* (koji se citiraju u gornjem tekstu) se isto tako ne može prihvatiti. Ovaj predmet ne odnosi se na pitanje progresivnog razvoja krivičnog prava putem sudskog tumačenja, kao što je to slučaj u predmetu *S.W.* Ovaj predmet ne odnosi se niti na praksu države koja nije u skladu njenim pisanim ili nepisanim zakonom. U predmetu *Streletz, Kessler i Krenz*, djela aplikantata su tvorila krivična djela koja su definirana sa dovoljnom pristupačnošću i predvidljivošću u krivičnom zakonu Demokratske republike Njemačke u relevantno vrijeme, ali te odredbe nisu primjenjivane tokom dugog perioda vremena sve do promjene režima 1990.

74. Sud nadalje ne vidi potrebu da detaljno ispituje daljnji argument Vlade da dužnost države prema međunarodnom humanitarnom pravu zahtijeva da se ratni zločini kažnjavaju na adekvatan način, tako da se u ovom predmetu pravilo neretroaktivnosti ostavi po strani. Dovoljno je reći da se pravilo neretroaktivnosti zločina i kazni također javlja u Ženevskim konvencijama i njihovim dopunskim protokolima (vidi tačku 43 u gornjem tekstu). Štaviše, s obzirom da su kazne izrečene aplikantima bile unutar raspona i Zakona iz 1976. i Zakona iz 2003. godine, argument vlade da aplikanti ne bi bili adekvatno kažnjeni prema Zakonu iz 1976. godine je očigledno neutemeljen.

75. Na kraju, iako se Sud u principu slaže s vladom da su države slobodne odlučivati o vlastitim politikama kažnjavanja (vidi *Achour protiv Francuske* [GC], br. 67335/01, § 44, ECHR 2006-IV, i *Ould Dah protiv*

Francuske (dec.), br. 13113/03, ECHR 2009), one u tome i dalje moraju poštivati zahtjeve Člana 7.

D. Zaključak

76. U skladu s tim, Sud smatra da je došlo do povrede Člana 7 Konvencije u konkretnim okolnostima ovog predmeta. Ovaj zaključak se ne treba tumačiti tako da su trebale biti izrečene niže kazne već samo da su se u predmetima ovih aplikanata trebale primijeniti kaznene odredbe Zakona iz 1976. godine.

III. PRITUŽBA APLIKANATA U VEZI DISKRIMINACIJE

77. Na kraju, aplikanti su tvrdili, bez ulaženja u detalje, da činjenica da su njihovi predmeti bili u postupku pred Sudom BiH dok su mnogi drugi predmeti ratnih zločina krivično gonjeni pred entitetskim sudovima predstavlja povredu Člana 14 Konvencije i/ili Člana 1 Protokola br. 12 uz Konvenciju.

Član 14 glasi:

“Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom Konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.”

Član 1 Protokola br. 12 glasi:

“1. Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.

2. Javni organi ne smiju diskriminirati nikoga po bilo kojoj osnovi kako je i navedeno u stavu 1.”

78. Vlada je pozvala Sud da slijedi presedan u predmetu *Šimšić*, koji se citira u gornjem tekstu. Oni su dodali da raspodjela predmeta ratnih zločina između Suda BiH i entitetskih sudova nije proizvoljna: nju je napravio Sud BiH na osnovu objektivnih i razumnih kriterija. Što se tiče predmeta gosp. Maktoufa, vlada je tvrdila da je on osjetljiv i kompleksan jer je bio jedan od prvih predmeta koji se bavio zločinima koje je počinio stranac-mudžahedin (Haški tribunal se po prvi put bavio tim pitanjem u predmetu *Hadžihasanović i Kubura* 2006. godine). Pored toga, ritualna pogubljenja odsjecanjem glave koja su provođena u njihovim logorima su izazvala zastrašenost lokalnog stanovništva. Vlada je istakla da je predmet gosp. Damjanovića također osjetljiv, uzimajući u obzir, između ostalog, to da je obuhvatao mučenje velikog broja žrtava. Drugi razlog za prenošenje predmeta gosp. Damjanovića na Sud BiH je bio dostupnost boljih uvjeta za

zaštitu svjedoka na Sudu BiH; dakle postojao je veći rizik zastrašivanja svjedoka na entitetskom nivou.

79. Aplikanti se nisu složili sa vladom. Oni su smatrali da njihovi predmeti nisu bili ni osjetljivi niti kompleksni. Gosp. Maktouf je također tvrdio da su njegovo iračko državljanstvo i njegova vjeroispovijest bili glavni razlozi zbog kojih se Sud BiH oglasio nadležnim.

80. Ured visokog predstavnika se, u svom podnesku treće strane iz novembra 2012. godine, složio sa vladom.

81. Koncept diskriminacije je konzistentno tumačen u praksi Suda u pogledu Člana 14 Konvencije. Ova sudska praksa je jasna u svom tumačenju da diskriminacija znači različit tretman osoba u sličnim situacijama bez objektivnog i razumnog opravdanja. Isti izraz, diskriminacija, se također koristi u Članu 1 Protokola br. 12. Bez obzira na različit opseg ovih odredbi, značenje ovog izraza u Članu 1 Protokola br. 12 je namjerno identično sa onim u Članu 14 (vidi *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* [GC], br. 27996/06 i 34836/06, § 55, ECHR 2009).

82. U ovom predmetu, Sud prvo ističe da uzimajući u obzir veliki broj predmeta ratnih zločina u poslijeratnoj Bosni i Hercegovini neizbježno je da se taj teret mora podijeliti između Suda BiH i entitetskih sudova. Bez toga, tužena država ne bi bila u stanju pravovremeno ispoštovati svoju obavezu prema Konvenciji da privede pravdi one koji su odgovorni za teške povrede međunarodog humanitarnog prava (vidi *Palić protiv Bosne i Hercegovine*, br. 4704/04, 15. februar 2011).

83. Sud je svjestan toga da su entitetski sudovi općenito izricali lakše kazne od Suda BiH u relevantnom periodu (vidi tačku 30 u gornjem tekstu), ali ta razlika u tretmanu se ne može objasniti u smislu ličnih karakteristika i stoga ne tvori diskriminirajući tretman. Da li će se postupak u nekom predmetu voditi pred Sudom BiH ili pred entitetskim sudom je bilo pitanje o kojem je Sud BiH sam odlučivao od slučaja do slučaja, uz pozivanje na objektivne i razumne kriterije koji su navedeni u tački 40 u gornjem tekstu (uporedi *Camilleri protiv Malte*, br. 42931/10, 22. januar 2013, u kojem je takva odluka ovisila isključivo od diskrecionog prava tužioca). U skladu s tim, u konkretnim okolnostima ovog predmeta, ne vidi se da je došlo do povrede bilo Člana 14 u vezi sa Članom 7 Konvencije bilo Člana 1 Protokola br. 12 (vidi *Magee protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 28135/95, § 50, ECHR 2000 VI, i *Šimšić*, koji se citira u gornjem tekstu).

84. Pritužba aplikanata u vezi diskriminacije je stoga očigledno neutemeljena i mora se odbaciti u skladu sa Članom 35 §§ 3 (a) i 4 Konvencije.

IV. PRIMJENA ČLANA 41 KONVENCIJE

85. Član 41 Konvencije glasi:

“Kada Sud utvrdi kršenje Konvencije ili njenog protokola, a unutarnje pravo visoke strane ugovornice na koju se to odnosi omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, ukoliko je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci.”

A. Materijalna šteta

86. Gosp. Maktouf tvrdi da zbog svog suđenja i kazne nije bio u mogućnosti da vodi svoju firmu i da je zbog toga pretrpio štetu u iznosu od 500.000 eura.

87. Vlada je smatrala da je ovaj zahtjev neargumentovan.

88. Sud se slaže sa vladom i odbacuje ovaj zahtjev zbog nedostatka dokaza.

B. Nematerijalna šteta

89. Gosp. Maktouf je pod ovim naslovom zatražio odštetu u iznosu od 100.000 eura. Gosp. Damjanović je također zatražio naknadu nematerijalne štete, ali nije naveo iznos koji bi po njegovom mišljenju bio pravičan.

90. Vlada je smatrala zahtjev gosp. Maktoufa pretjeranim.

91. S obzirom da nije sigurno da bi aplikanti doista i dobili niže kazne, u slučaju da je primijenjen Zakon iz 1976. godine (uporedi *Ecer i Zeyrek protiv Turske*, br. 29295/95 i 29363/95, ECHR 2001-II, i *Scoppola*, koji se citira u gornjem tekstu), Sud smatra u konkretnim okolnostima ovog slučaja da zaključak da je došlo do povrede sam po sebi tvori dovoljno pravedno zadovoljenje za bilo kakvu nematerijalnu štetu koju su pretrpjeli aplikanti.

C. Troškovi i izdaci

92. Gosp. Maktouf je nadalje zatražio 36.409 eura za troškove i izdatke koji su nastali pred domaćim sudovima. Gosp. Damjanović je dobio pravnu pomoć u sklopu aranžmana za pravnu pomoć Suda u ukupnom iznosu od 1.545 eura za troškove pojavljivanja njegovog advokata na ročištu pred Velikim vijećem. On je zatražio refundiranje dodatnih troškova i izdataka koji su nastali pred Sudom u iznosu od 13.120 eura.

93. Vlada je smatrala ove zahtjeve neargumentovanim.

94. Prema praksi Suda, aplikant ima pravo na refundiranje troškova i izdataka samo u onoj mjeri koliko je dokazano da su oni stvarno nastali i bili neophodni i razumni u pogledu iznosa. To znači da ih je aplikant morao platiti ili da ima obavezu da ih plati u skladu sa zakonskom ili ugovornom obavezom i da su oni morali biti neizbježni da bi se spriječila povreda koja je ustanovljena ili da bi se dobilo zadovoljenje. Sud u tom smislu zahtijeva

fakture i račune po stavkama koji sadrže dovoljno detalja da bi omogućili Sudu da ustanovi u kojoj mjeri su zadovoljeni gore navedeni zahtjevi. U ovom predmetu, uzimajući u obzir dokumente u svom posjedu i gore navedene kriterije, Sud je smatrao razumnim da svakom aplikantu dodijeli iznos od 10.000 eura plus iznos poreza koji bi se mogli zaračunati, u sklopu ovog naslova.

D. Zatezna kamata

95. Sud smatra primjerenim da se zatezna kamata zaračunava na osnovu kamatne stope na kredite Evropske centralne banke kojoj se dodaju tri procentna poena.

IZ OVIH RAZLOGA SUD

1. *Proglašava* većinom glasova pritužbu u pogledu Člana 6 Konvencije nedopustivom;
2. *Proglašava* većinom glasova pritužbu u pogledu Člana 14 u vezi sa Članom 7 Konvencije i Članom 1 Protokola br. 12 nedopustivom;
3. *Proglašava* jednoglasno pritužbu u pogledu Člana 7 Konvencije dopustivom;
4. *Utvrdjuje* jednoglasno da je došlo do povrede Člana 7 Konvencije;
5. *Utvrdjuje* jednoglasno
 - (a) da tužena država treba aplikantima isplatiti u roku od tri mjeseca svakom po 10.000 eura (deset hiljada eura), plus porez koji bi se eventualno mogao zaračunati na ime troškova i izdataka, a koji iznos se ima pretvoriti u valutu tužene države prema stopi koja se primjenjuje na datum poravnanja;
 - (b) da od datuma isteka gore navedena tri mjeseca, pa do stvarnog poravnanja, na gornji iznos će se zaračunavati i plaćati kamata po stopi koja je jednaka kamatnoj stopi na kredite Evropske centralne banke tokom perioda neplaćanja plus tri procentna poena;
6. *Odbacuje* jednoglasno ostatak zahtjeva aplikanta za pravičnom naknadom.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku i objavljeno na javnom ročištu u Zgradi ljudskih prava u Strazburu, 18. jula 2013.

Michael O'Boyle
Registar

Dean Spielmann
Predsjednik

U skladu sa Članom 45 § 2 Konvencije i Pravilom 74 § 2 Pravila Suda, sljedeća izdvojena mišljenja su priložena ovoj presudi:

- (a) paralelno mišljenje sudije Ziemele;
- (b) paralelno mišljenje sudije Kalaydjieva;
- (c) paralelno mišljenje sudije Pinto de Albuquerque, kojem se pridružuje sudija Vučinić.

D.S.*.
M.O'B.*.

PARALELNO MIŠLJENJE SUDIJE ZIEMELE

1. Ja se slažem sa ishodom ovog predmeta. Istovremeno, ne slažem se sa određenim obrazloženjima koja je usvojilo Veliko vijeće. Suština problema jeste da li se temeljni princip krivičnog prava u pogledu primjene blažeg kažnjavanja kada sudovi imaju zakonitu mogućnost izbora između dvije opcije kažnjavanja primjenjuje također u slučaju osuđujuće presude za ratne zločine, i da li su relevantni sudovi u Bosni i Hercegovini ispitali mogućnosti kažnjavanja koje im stoje na raspolaganju u svjetlu ovog principa.

2. Posebno me brinu formulacije koje se koriste u tački 72 presude. Mora se priznati da je tužena vlada istakla da s obzirom da su aplikanti krivično gonjeni i osuđeni za ratne zločine koji su priznati po međunarodnom pravu, princip *nulla poena sine lege* se ne primjenjuje. Sud pobija ovu tvrdnju smatrajući da pruža preširoko tumačenje izuzeća prema Članu 7 § 2. Prvo, čak i ako je tužena vlada takav argument predstavila u svoju odbranu, predmet se zapravo ne odnosi na retroaktivnu primjenu zakona u okolnostima ovog slučaja. Jasno je da su djela koja se pripisuju aplikantima predstavljala zločine i prema Zakonu iz 1976. i prema Zakonu iz 2003. godine. Također je jasno da su to bila međunarodna krivična djela u vrijeme njihovog počinjenja (vidi tačku 67 presude). Principi koji su pojašnjeni u svjetlu predmeta *Kononov protiv Latvije* [GC] (br. 36376/04, ECHR 2010), koji se odnosio na zločine počinjene tokom Drugog svjetskog rata, koji su krivično gonjeni nekoliko decenija kasnije, i u kojem se postavilo jasno pitanje da li je aplikant mogao predvidjeti da će biti krivično gonjen za svoja djela prema međunarodnom ili domaćem pravu, zapravo nisu ni pokrenuta u ovom predmetu.

3. Želim istaći da pitanje opsega i prirode principa *nulla poena sine lege* u međunarodnom krivičnom pravu jeste posebno kompleksno i ne može se razriješiti u nekoliko rečenica (vidi, npr., Ch. Bassiouni, *Uvod u međunarodno krivično pravo (Introduction to International Criminal Law)*, Transnational Publishers Inc., 2003, str. 202; i A. Cassese, *Međunarodno krivično pravo (International Criminal Law)*, Oxford University Press, 2009, str. 442). Dovoljno je istaći da se najvažnije Konvencije u ovom polju pozivaju na sankcije koje su predviđene domaćim krivičnim pravom. Statut Međunarodnog krivičnog suda je po prvi put definirao kazne koje je krivični sud mogao izreći. Autoriteti na ovom polju su općenito komentirali da „principi zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu se razlikuju od takvih principa u nacionalnim pravnim sistemima ... Oni su neophodno *sui generis* jer moraju balansirati između očuvanja pravde i pravičnosti za optuženog i očuvanja svjetskog poretka ...” (Bassiouni, koji se citira u gornjem tekstu, str. 202). Sud je već morao rješavati ovu kompleksnu dihotomiju u nekoliko predmeta.

4. U novije vrijeme, u svjetlu sve većeg konsenzusa u pogledu opće obaveze krivičnog gonjenja počinitelja najtežih krivičnih djela prema međunarodnom pravu u skladu sa međunarodnim obavezama država i relevantnim zahtjevima domaćeg prava i s ciljem borbe protiv nekažnjivosti (niz principa za zaštitu i unapređenje ljudskih prava putem djelovanja na suzbijanju nekažnjivosti, E/CN.4/2005/102/Add.1, Ujedinjeni narodi, 8. februar 2005), Sud je morao imati na umu ove materijale iz međunarodnog prava prilikom primjene relevantnih članova Konvencije (vidi, na primjer, *Udruženje "21. decembar 1989." i ostali protiv Rumunije*, br. 33810/07 i 18817/08, 24. maj 2011). Upravo u ovom kontekstu je važan argument vlade u pogledu važnosti toga da izrečena kazna odražava težinu počinjenog zločina. Međutim, ovaj predmet ne obuhvaća sva ova teška pitanja, a glavna argumentacija vlade se ne odnosi srž stvari u predmetu ovih aplikanata.

5. Vlada priznaje da je od 2009. godine Sud BiH primjenjivao ili Zakon iz 1976. ili Zakon iz 2003. godine prilikom određivanja kaznenih sankcija (vidi tačku 63), te navodi da ne odobrava takav pristup. Ovdje leži pravi problem. Glavno pitanje za Sud jeste da li je prilikom razmatranja predmeta aplikanata, Sud BiH ispitao koji zakon osigurava blažu krivičnu sankciju, uzimajući u obzir zločine koji se pripisuju ovim aplikantima. Uvidom u podneseno, mogu zaključiti da Sud BiH nije imao običaj provoditi takvu ocjenu, u svakom slučaju ne u vrijeme suđenja u ovim predmetima, odnosno prije 2009. godine, i ja na ovoj ograničenoj osnovi zaključujem da je došlo do povrede Člana 7. Smatram da nagađanje Suda u pogledu toga kakva je mogla biti kazna da je primjenjen Zakon iz 1976. godine izlazi izvan okvira Člana 7.

PARALELNO MIŠLJENJE SUDIJE KALAYDJIEVA

Ja se slažem sa zaključkom većine da je došlo do povrede Člana 7 Konvencije. Po mom mišljenju, okolnosti koje navode na ovaj zaključak su ograničene na nesigurnost koja je stvorena primjenjivošću dva paralelna krivična zakona koja su se koristila u vrijeme suđenja aplikantima, a u odsustvu bilo kakvih pravila koja bi pojasnila koji zakon bi trebalo primijeniti u njihovom slučaju. Kako ja shvatam Član 7, ta odredba zahtijeva predvidljivost ne samo u pogledu toga da li određeno djelo podliježe krivičnim sankcijama u vrijeme svog počinjenja već i u pogledu kazne koja se može izreći u vrijeme kada se sudi počinitelju. Paralelno postojanje dva zakona sa različitim rasponima kazni ne pruža takvu jasnoću.

Međutim, u mjeri u kojoj kazne izrečene aplikantima ostaju u okviru koji je predviđen u oba krivična zakona (vidi tačku 69 presude), argument da „ono što je od ključnog značaja (za ocjenu kompatibilnosti sa Članom 7) jeste da su aplikantima mogle biti izrečene niže kazne da je u njihovom slučaju bio primjenjen Zakon iz [1976.]” (tačka 70) djeluje kao nagađanje, kao i bilo kakvo razmišljanje o tome da li su domaći sudovi mogli, zapravo, osloboditi aplikante. U tom pogledu, obrazloženje većine se može tumačiti kao pokušaj ocjene četvrtog stepena u pogledu toga koja kazna je mogla biti prikladnija. Štaviše, argumenti u pogledu prikladnosti izrečenih kazni djeluju više u skladu sa pritužbama prema Članu 6 u pogledu pravičnosti domaćih postupaka i njihovog ishoda. Sud je ove pritužbe proglasio očigledno neutemeljenim. U ovim predmetima nema ništa što bi navelo na zaključak da domaći sudovi ne bi izrekli iste kazne koje su izrekli primjenjujući Krivični zakon iz 2003. godine.

PARALELNO MIŠLJENJE SUDIJE PINTO DE ALBUQUERQUE, KOJEM SE PRIDRUŽUJE SUDIJA VUČINIĆ

Zabrana primjene retroaktivnog kaznenog prava i retroaktivnost blažeg kaznenog prava (*lex mitior*) su vječna pitanja ljudske pravde. Imajući u vidu strukturalne karakteristike organizacije tužilaštava i sudova u Bosni i Hercegovini (BiH) i posebnu prirodu vijeća za ratne zločine Suda BiH, predmeti *Maktouf* i *Damjanović* zahtijevaju širu diskusiju ovih pitanja u okviru međunarodnog krivičnog prava i ljudskih prava, uzimajući u obzir nova unapređenja u međunarodnom krivičnom i humanitarnom pravu i trenutno stanje prakse država. Samo nakon toga mogu biti u situaciji da dođem do zaključka u ovom predmetu.

Zabrana retroaktivne primjene kaznenog prava

Garancija preventivne funkcije kaznenog prava, razdvajanje ovlasti države i izbjegavanje proizvoljnosti u djelovanju država jesu razlozi za princip *nullum crimen sine lege previa*. Od kriminalnog ponašanja se može odvratiti jedino ako su građani svjesni krivičnog zakona prije počinjenja nedozvoljenog ponašanja. Kako retroaktivno kažnjavanje ne može spriječiti činjenje ili nečinjenje do kojeg je već došlo, ono odražava proizvoljno miješanje države u slobode građana¹.

Zabrana retroaktivne primjene novih krivičnih djela logično implicira zabranu retroaktivnosti strožeg kaznenog zakona (*lex gravior*). Ako se kazneni zakon ne može primijeniti na činjenice koje su se dogodile prije njegovog stupanja na snagu, krivično djelo se ne može kazniti izricanjem kazni koje nisu postojale u materijalnom trenutku ili izricanjem kazni koje su strože od onih koje su bile primjenjive u materijalnom trenutku. U oba slučaja, retroaktivno izricanje kazni bi bilo proizvoljno u pogledu nove ili povećane kazne².

Univerzalno prihvatanje principa neretroaktivnosti kaznenog zakona u pogledu kriminalizacije i kažnjavanja u vrijeme mira je argumentirano

¹ Član 8 Deklaracije o pravima čovjeka i građana (1789): “Zakonom će se propisati takve kazne koje su strogo i očigledno neophodne i niko neće biti izložen kažnjavanju osim prema zakonu koji je donesen i objavljen prije počinjenja krivičnog djela.” U suštini, ovaj princip proizlazi iz principa slobode koji se definira u Članu 4: “Sloboda se sastoji od mogućnosti da se radi sve što ne šteti nikome drugom; stoga, korištenje prirodnih prava svakog čovjeka nema ograničenja, osim onih koja osiguravaju drugim pripadnicima društva uživanja tih istih prava. Ova ograničenja se mogu utvrditi jedino zakonom.”

² Beccaria, *On Crimes and Punishments (O zločinima i kaznama)*, 1764, poglavlje. 3: “Ali kako je kazna, uvećana preko mjere koja je propisana zakonom, pravedna kazna uz dodavanje druge, mora se zaključiti da nijedan sudija čak ni pod zastavom predanosti ili javnog interesa ne smije povećati kaznu koja je već utvrđena zakonom.”

Članom 11 (2) Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (UDHR)³, Članom 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima (ECHR)⁴, Članom 15 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (ICCPR)⁵, Članom 9 Američke konvencije o ljudskim pravima (ACHR)⁶, Članom 7 (2) Afričke povelje o ljudskim i pravima naroda (ACHPR)⁷, Članom 40 (2) (a) Konvencije o pravima djeteta (CRC)⁸, Članovima 11 i 24 Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda (Rimski statut)⁹, Članom 49 Povelje o temeljnim pravima Evropske unije (CFREU)¹⁰ i Članom 15 revidirane Arapske povelje o ljudskim pravima (ArCHR)¹¹.

Štaviše, dva druga faktora jasno podcrtavaju uvjerljivu prirodu ovog principa. Prvo, od principa se ne može odstupiti u vrijeme rata ili druge vanredne situacije, kao što se navodi u Članu 15 § 2 Evropske konvencije, Članu 4 (2) ICCPR, Članu 27 ACHR, i Članu 4 revidirane ArCHR¹². Drugo, princip je također obavezan u međunarodnom humanitarnom pravu,

³ Deklaraciju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih naroda Rezolucijom 10. decembra 1948, sa 48 naprema 0 glasova za i 8 uzdržanih. Nekoliko godina ranije, u svom historijskom savjetodavnom mišljenju o konzistentnosti određenih zakonodavnih uredbi iz Danziga sa Ustavom Slobodnog grada, 4. decembar 1935, PCIJ, ser. A/B, br. 65, str. 57, PCIJ (Stalni međunarodni sud pravde) navodi: “Za pojedinca mora biti moguće da zna prije počinjenja da li su njegova djela zakonita ili podliježu kažnjavanju”. Ovo je bilo po prvi put da je jedan međunarodni sud na ovaj način objavio ovaj princip.

⁴ Konvencija je otvorena za potpisivanje 4. novembra 1950. godine i ima 47 država potpisnica. Vidi, u pogledu ovog principa, *Kokkinakis protiv Grčke*, 25. maj 1993, § 52, Serija A br. 260-A; *CR protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 20190/92, §§ 34, 60 i 62, 27. oktobar 1995, i *Cantoni protiv Francuske*, br. 17862/91, §§ 33 i 35, 15. novembar 1996.

⁵ Pakt je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih naroda 16. decembra 1966. godine i on ima 167 država potpisnica, uključujući i tuženu državu. Nije izražena rezerva u pogledu neretroaktivnosti krivičnih djela i kazni.

⁶ ACHR je usvojena 22. novembra 1969. godine i ima 23 države potpisnice. U vezi ovog principa, vidi, *Castillo Petruzzi et al. protiv Perua*, Međuamerički sud o ljudskim pravima, presuda od 30. maja 1999, § 121.

⁷ ACHPR je usvojena 27. juna 1981. godine i ima 53 države potpisnice. Vidi AComHPR, priopćenja br. 105/93, 129/94, 130/94 i 152/96, *Media Rights Agenda Constitutional Rights Project protiv Nigerije* (1998), tačka 59: “Očekuje se da građani moraju zakone uzimati ozbiljno. Ako se zakoni mijenjaju sa retroaktivnim dejstvom, podriva se vladavina prava jer pojedinci ne mogu znati u svakom trenutku da li su njihova djela zakonita. Za građanina koji poštuje zakon, ovo predstavlja užasnu nesigurnost, bez obzira na mogućnost kažnjavanja u konačnici.”

⁸ CRC je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih naroda rezolucijom 20. novembra 1989. godine i ima 193 države potpisnice, uključujući i tuženu državu. Samo dvije članice UN-a nisu ratificirale Konvenciju, a države koje su je ratificirale nisu istakle nikakvu posebnu rezervu prema relevantnim odredbama.

⁹ Rimski statut je usvojen 17. jula 1998. godine i ima 122 države potpisnice, uključujući i tuženu državu.

¹⁰ CFREU je postala pravno obvezujuća za EU stupanjem na snagu Lisabonskog sporazuma u decembru 2009.

¹¹ Druga, ažurirana verzija ArCHR je usvojena 22. maja 2004. godine i ima 12 država potpisnica. Ovo je revidirano izdanje prve Povelje od 15. septembra 1994.

¹² CRC i ACHPR ne daju nikakvu mogućnost odstupanja.

kao što je jasno iz Člana 99 Ženevske konvencije koja se odnosi na tretman ratnih zarobljenika o postupku sa ratnim zarobljenicima (Ženevska konvencija III)¹³, Članova 65 i 67 Ženevske konvencije koja se odnosi na zaštitu civilnih osoba u vrijeme rata (Ženevska konvencija IV)¹⁴, Člana 75 (4) (c) Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije¹⁵ i Člana 6 (2) (c) Dopunskog protokola II uz Ženevske konvencije¹⁶.

Stasavanje međunarodnog krivičnog prava ne mijenja suštinu gore spomenutih principa. Dok, s jedne strane, moguće stupanje na scenu međunarodnog prava u krivičnim postupcima predstavlja kompleksan izazov u sferi koja je tradicionalno rezervirana za suvereno pravo nacionalnih zakonodavnih organa i domaće sudove, s druge strane međunarodno pravo predstavlja ključni instrument za popunjavanje *lacunae* nacionalnog prava i u ispravljanju najozbiljnijih nedostataka domaćih tužilačkih i sudskih sistema. To je priznato predviđanjem kriminalizacije po osnovu „međunarodnog prava“ u Članu 11 (2) UDHR, što je također ubačeno u Član 7 § 1 ECHR, Član 15 (1) ICCPR i Član 40 (2) (a) CRC, kao i u neke nacionalne ustave¹⁷. U skladu sa tim odredbama, međunarodno krivično pravo može dopuniti nacionalno pravo u sljedeća tri scenarija: (1) ponašanje predstavlja krivično djelo prema međunarodnom običajnom pravu u vrijeme počinjenja¹⁸, ali nacionalno pravo u to vrijeme ne propisuje to krivično djelo; (2) ponašanje predstavlja krivično djelo prema pravu međunarodnih sporazuma koje se primjenjuje na činjenice, ali nacionalni zakoni ne propisuju takvo krivično djelo; ili (3) i međunarodno i nacionalno pravo propisuju takvo krivično djelo u materijanom trenutku, ali se nacionalno pravo sistematski ne primjenjuje zbog političkih ili drugih

¹³ Ženevska konvencija III je usvojena 12. avgusta 1949. godine i ima 195 država potpisnica. Ona je zamijenila Konvenciju o ratnim zarobljenicima od 27. jula 1929. Nije istaknuta nikakva rezerva u pogledu neretroaktivnosti krivičnog zakona.

¹⁴ Ženevska konvencija IV usvojena je 12. avgusta 1949. godine i ima 195 država potpisnica. Ona dopunjava odredbe Haških propisa iz 1907. godine. Nije istaknuta nikakva rezerva u pogledu neretroaktivnosti krivičnog zakona.

¹⁵ Protokol je usvojen 8. juna 1977. godine i ima 173 države potpisnice, uključujući tuženu državu. Nije istaknuta nikakva rezerva u pogledu neretroaktivnosti krivičnog zakona.

¹⁶ Protokol je usvojen 8. juna 1977. godine i ima 167 država potpisnica, uključujući i tuženu državu. Nije istaknuta nikakva rezerva u pogledu neretroaktivnosti krivičnog zakona.

¹⁷ Vidi, na primjer, Član 29 (1) Ustava Albanije, Član 31 Ustava Hrvatske, Član 42 (1) Ustava Poljske, Član 20 Ustava Ruande i Član 35 (3) (1) Ustava Južne Afrike. Princip kriminalizacije po osnovu međunarodnog prava je također istaknut u okviru prvog i drugog Nirnberškog principa. Princip I navodi, “Svaka osoba koja počinji djelo koje tvori zločin prema međunarodnom pravu je s tim u vezi odgovorna i podložna kažnjavanju”, a Princip II navodi, “Činjenica da unutrašnje pravo ne propisuje kaznu za djelo koje tvori zločin prema međunarodnom pravu ne oslobađa osobu koja to djelo počinji odgovornosti prema međunarodnom pravu” (*Principi međunarodnog prava priznati u povelji Nirnberškog tribunala i u presudi Tribunala, sa komentarima*, 1950).

¹⁸ Nesporni primjeri takvih krivičnih djela jesu piratstvo, trgovina robljem i napadi na diplomate, koji podliježu ne samo konvencionalnom, već i običajnom pravu.

sličnih razloga¹⁹. U takvim slučajevima sudeće tijelo ne prevazilazi svoju materijalnu nadležnost kada primjenjuje međunarodno krivično pravo na ranije ponašanje, a princip *nullum crimen, nulla poena sine lege previa* nije povrijeđen. Upravo suprotno, nekažnjivost bi značila moralno prihvatanje počinjenih krivičnih djela.

Princip retroaktivne primjenjivosti *lex mitior* u krivičnom pravu

Ukoliko nakon počinjena krivičnog djela, zakon propiše blažu kaznu, počinitelj ima pravo da se njome okoristi. Ovo se odnosi na bilo koji zakon koji omogućava smanjenje ili ublaženje kazne i *a fortiori* u odnosu na *ex post facto* dekriminalizirajući zakon. Razlika počiva u vremenskom opsegu *lex mitior*: dok se *ex post facto* dekriminalizirajući zakon primjenjuje na počinitelje do konačnog odsluženja njihovih kazni, novi kazneni zakon kojim se smanjuju ili ublažavaju primjenjive kazne se primjenjuje na počinitelje, dok njihove osuđujuće presude ne postanu *res judicata*²⁰.

Logički, princip retroaktivne primjene blažeg kaznenog zakona (*lex mitior*) predstavlja drugu stranu medalje u odnosu na zabranu retroaktivnosti strožeg kaznenog zakona. Ako se stroži kazneni zakon ne može primijeniti na ponašanje koje se dogodilo prije stupanja na snagu tog zakona, onda se blaži kazneni zakon mora primijeniti na ponašanje koje se dogodilo prije njegovog stupanja na snagu, ali kojemu se sudi nakon tog datuma. Kontinuirana primjenjivost strožeg kaznenog zakona nakon što ga zamijeni blaži zakon bi naštetila principu razdvajanja vlasti, zbog toga što bi sudovi nastavili suditi po strožem kaznenom zakonu nakon što je zakonodavni organ već izmijenio svoju ocjenu mjere krivičnog ponašanja i odgovarajuće mjere strogosti primjenjivih kazni. Nadalje, kada bi sam zakonodavni organ nametnuo kontinuiranu primjenjivost strožeg kaznenog zakona, nakon što je taj zakon zamijenjen blažim zakonom, to bi dovelo do kontradiktornog i stoga proizvoljnog dvostrukog standarda ocjene mjere u kojoj je zabranjeno ponašanje pogrešno.

Princip obaveznog primjenjivanja *lex mitior* u krivičnom pravu je postavljen u Članu 15 (1) ICCPR²¹, Članu 9 ACHR, Članu 24 (2) Rimskog

¹⁹ Ovo uključuje slučajeve gdje su djela kažnjiva prema međunarodnom pravu koje je obavezujuće za tuženu državu u materijalnom trenutku bez obzira na činjenicu da su oni tvorili dio represivne politike vlade (vidi *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke*, Izvještaj 2001-II, tačke 56–64, i, na isti način, stavovi Komisije za ljudska prava u predmetu *Baumgarten protiv Njemačke*, priopćenje 960/00, 31. juli 2003, tačka 9.5).

²⁰ Vidi moje izdvojeno mišljenje u predmetu *Hidir Durmaz protiv Turske (br. 2)*, br. 26291/05, 12. juli 2011.

²¹ SAD je pridržala pravo da ne primjenjuje ovaj član; Italija i Trinidad i Tobago su zadržali pravo njegove primjene samo na postupke koji čekaju na rješavanje u vrijeme izmjene zakona, a Njemačka je pridržala pravo da ga ne primjenjuje u izuzetnim situacijama.

statuta²², Članu 49 CFREU²³ i Članu 15 ArCHR²⁴ te, u međunarodnom humanitarnom pravu, u Članu 75 (4) (c) Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije i Članu 6 (2) (c) Dopunskog protokola II uz Ženevske konvencije. Praksom država ovaj princip je podržan i na ustavnom i na nivou zakona²⁵.

Uprkos tome što Član 7 ECHR ne govori o tome, Evropski sud za ljudska prava (Sud) je priznao ovaj princip kao jednu od garancija principa zakonitosti u evropskom pravu u pogledu ljudskih prava u predmetu *Scoppola br. 2*. Sud je usvojio vrlo jasan stav u pogledu definicije *lex mitior* za potrebe primjene kaznenih zakona koji su doneseni jedan iza drugog: *lex mitior* je onaj koji je blaži za optuženog, uzimajući u obzir njegove karakteristike, prirodu krivičnog djela i okolnosti u kojima je krivično djelo počinjeno²⁶. To znači da Član 7 § 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima pretpostavlja poređenje *in concreto* kaznenih zakona koji su

²² U presudi u predmetu *Dragan Nikolić* (br. IT-94-2-A), od 4. februara 2005, tačka 85, Apelaciono vijeće Haškog tribunala je zaključilo da se princip *lex mitior* primjenjuje na njegov Statut.

²³ U predmetu *Berlusconi i ostali*, Sud pravde Evropske unije je zaključio da princip retroaktivne primjene blažih kazni predstavlja dio ustavne tradicije koja je zajednička državama članicama (vidi presudu od 3. maja 2005. u spojenim predmetima C-387/02, C-391/02 i C-403/02).

²⁴ Ranija verzija Arapske povelje iz 1994. godine u svom Članu 6 je bila oštrija: “Optuženi ima pravo da koristi kasnije zakone ukoliko mu idu u prilog”.

²⁵ Praksa država potvrđuje ovaj princip, kako na ustavnom nivou (na primjer, Član 29 (3) Albanskog ustava, Član 65 (4) revidiranog Ustava Angole, Član 22 Ustava Armenije, Član 71 (VIII) Ustava Azerbejdžana, Član 5 (4) Ustava Brazila, Član 11 (i) Kanadskog ustava, Član 30 (2) Ustava Cape Verde, Član 19 (3) Čileanskog ustava, Član 29 Ustava Kolumbije, Član 31 Hrvatskog ustava, Član 31 (5) Ustava Istočnog Timora, Član 42 (5) Ustava Gruzije, Član 33 (2) Ustava Gvineje Bissau, Član 89 Ustava Latvije, Član 52 Ustava Makedonije, Član 34 Ustava Crne Gore, Član 99 (2) Ustava Mozambika, Član 29 (4) Portugalskog ustava, Član 15 (2) Ustava Rumunije, Član 54 Ustava Rusije, Član 36 (2) Ustava Svetog Tome i Principa, Član 197 Ustava Srbije, Član 50 (6) Ustava Slovačke, Član 28 Ustava Slovenije, Član 35 (3) Ustava Južne Afrike, i Član 9 (3) Ustava Španjolske) tako i na nivou zakona (§ 1 Kaznenog zakona Austrije, Član 2 Krivičnog zakona Belgije, Član 4 Krivičnog zakona BiH, Član 2 Krivičnog zakona Bugarske, Član 12 Krivičnog zakona Kine, Član 4 Krivičnog zakona Danske, § 2 Krivičnog zakona Njemačke, § 2 Krivičnog zakona Mađarske, Član 2 Kaznenog zakona Islanda, §§ 4 do 6 Kaznenog zakona Izraela, Član 6 Krivičnog zakona Japana, Član 3 Kaznenog zakona Litvanije, Član 2 Kaznenog zakona Luksemburga, Član 1 (2) Kaznenog zakona Nizozemske, Član 25 (g) Povelje prava Novog Zelanda i Član 2(2) Kaznenog zakona Švicarske). Može se reći da velika većina svjetskog stanovništva ima koristi od ovog principa.

²⁶ *Scoppola protiv Italije (br. 2) (GC)*, br. 10249/03, § 109, 17. septembar 2009, i već *G. protiv Francuske*, br. 15312/89, § 26, 27. septembar 1995; i, prema ICCPR, priopćenje br. br. 55/1979, *McIsaac protiv Kanade*, 14. oktobar 1982, tačke 11-13; priopćenje br. 682/1996, *Westerman protiv Nizozemske*, 13. decembar 1999, tačka 9.2; priopćenje br. 987/2001, *Gombert protiv Francuske*, 11. april 2003, tačka 6(4); priopćenje br. 875/1999, *Filipovitch protiv Litvanije*, 19. septembar 2003, tačka 7(2); priopćenje br. 981/2001, *Gomez de Casafranca protiv Perua*, 19. septembar 2003, tačka 7(4), i priopćenje br. 1492/2006, *van der Platt protiv Novog Zelanda*, 22. juli 2008, tačka 6 (4).

primjenjivi na slučaj datog počinitelja, uključujući zakon na snazi u materijalnom trenutku (stari zakon) i zakon na snazi u vrijeme presude (novi zakon)²⁷. Stoga, ECHR ne uzima u obzir maksimalni limit kazne *in abstracto*. Niti uzima u obzir *in abstracto* donju granicu kazne²⁸. Jednako tome, ne uzima u obzir gornju ili donju granicu kazne na osnovu namjere domaćih sudova da izreknu krivičnu sankciju koja je bliža gornjoj granici ili donjoj granici.²⁹ Umjesto toga, u svjetlu predmeta *Scoppola br. 2, lex mitior* se mora ustanoviti *in concreto*, tj., sudija mora provjeriti svaki od primjenjivih kaznenih zakona (starih i novih zakona) u odnosu na konkretne činjenice predmeta da bi identificirao koja bi to bila pretpostavljena kazna u svjetlu novog odnosno starog zakona. Nakon ustanovljavanja pretpostavljenih kazni koje rezultiraju iz primjenjivih zakona i uzimajući u obzir sve činjenice predmeta, sudija mora efektivno primijeniti onaj zakon koji je povoljniji za optuženog³⁰.

Određivanje *lex mitior* prema Članu 7 § 1 ECHR također implicira globalno poređenje kaznenih režima koji su propisani svakim kaznenim zakonom koji se može primijeniti na predmet datog počinitelja (globalni metod poređenja). Sudija ne može poduzeti poređenje pravilo po pravilo (diferencirani metod poređenja), čime bi izabrao najpovoljnije pravilo u svakom od kaznenih zakona koji se porede. Tradicionalno se navode dva razloga za primjenu ovog globalnog metoda poređenja: prvo, svaki kazneni režim ima vlastito obrazloženje i sudija ne može remetiti to obrazloženje miješajući različita pravila iz različitih kaznenih zakona; drugo, sudija ne

²⁷ Da ne pominjemo kompleksnije predmete, u kojima postoje i zakoni koji su doneseni između zakona koji je važio u materijalnom trenutku i zakona na snazi u vrijeme presude. U tim slučajevima, poređenje uzima u obzir sve ove zakone koji su bili ili jesu primjenjivi na činjenice, od vremena počinjenja činjenica do presude.

²⁸ Iz ovog razloga, ne mogu se složiti sa ključnim tačkama 69 i 70 ove presude koji iznose apstraktno poređenje donjih granica primjenjivih kaznenih zakona.

²⁹ Ovo je noviji stav apelacionog vijeća Suda BiH koje je nastavilo sa primjenom Zakona iz 2003. godine na slučajeve težih ratnih zločina, a Zakona iz 1976. godine na slučajeve manje teških ratnih zločina.

³⁰ Na primjer, kazneni zakon sa nižom donjom granicom kazne ne rezultira neophodno lakšom kaznom u odnosu na zakon sa višom gornjom granicom kazne. Sudija koji izriče krivičnu sankciju mora uzeti u obzir činjenice predmeta i čitav primjenjivi pravni okvir, uključujući mogućnosti za primjenu olakotnih faktora u pogledu izricanja kazne i njenog pretvaranja u uvjetnu osudu. Stoga, kazneni zakon sa nižom gornjom granicom kazne, ali bez mogućnosti pretvaranja kazne u uvjetnu osudu, ili sa vrlo strogim opcijama za to, može predstavljati *lex gravior* u poređenju sa kaznenim zakonom koji ima višu gornju granicu kazne ali velikodušnije mogućnosti za pretvaranje kazne u uvjetnu osudu, u slučajevima kada se optuženi kvalificira *in concreto* za uvjetnu osudu prema drugom, ali ne i prema prvom zakonu. Isto se može dogoditi ukoliko se upoređi zakon koji omogućava nižu gornju granicu kazne, ali ne uključuje određene olakotne faktore prilikom izricanja krivične sankcije i zakona koji omogućava višu gornju granicu kazne, ali uključuje širi niz olakotnih faktora koji se primjenjuju na izricanje krivične sankcije, što omogućava sudu da u okolnostima datog predmeta izrekne nižu kaznu prema ovom drugom zakonu nego što bi to mogao biti slučaj ako se primijeni prvi zakon.

može ići dalje od funkcije zakonodavnog organa i stvoriti novi *ad hoc* kazneni režim koji bi bio sastavljen od mješavine pravila koja potiču iz različitih kaznenih zakona koji su doneseni jedan iza drugog. Stoga, **Član 7 § 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima pretpostavlja konkretno i globalno ustanovljavanje *lex mitior*.**

Ukratko, **ne može biti retroaktivne primjene kaznenog zakona osim u korist optuženog**³¹. Niko se ne može proglasiti krivim za krivično djelo koje prema domaćem ili međunarodnom pravu u vrijeme njegovog izvršenja nije predstavljalo krivično djelo, niti mu se može izreći teža kazna od one koja je bila primjenjiva u vrijeme počinjenja krivičnog djela (negativna verzija principa zakonitosti). S druge strane, treba izreći lakšu kaznu ukoliko je u periodu nakon počinjenja krivičnog djela novim zakonom predviđena lakša kazna od one koja je bila primjenjiva u vrijeme počinjenja krivičnog djela (pozitivna verzija principa zakonitosti). **Ovi principi su dio pravila običajnog međunarodnog prava koje je obavezujuće za sve države i predstavljaju kategoričke preemptorne ili obavezujuće norme sa dejstvom da nijedno drugo pravilo međunarodnog ili domaćeg prava ne može dovesti do odstupanja od njih**³². Drugim riječima, princip zakonitosti na polju krivičnog prava, i u svojoj pozitivnoj i u svojoj negativnoj verziji, predstavlja *ius cogens*.

“Opća pravna načela koja priznaju civilizirani narodi“ u krivičnom pravu

Opća pravna načela mogu predstavljati izvor međunarodnog krivičnog prava kada i ako su dovoljno pristupačna i predvidljiva u materijalnom trenutku. Princip neretroaktivnosti ne spriječava kažnjavanje osobe za djelo činjenja ili nečinjenja koje u vrijeme kada je počinjeno predstavlja krivično djelo prema općim pravnim načelima koja priznaje zajednica civiliziranih naroda. Član 7§ 2 ECHR i Član 15 (2) ICCPR podupiru ovu tvrdnju³³. Iako

³¹ Kao što se navodi u Članu 15 revidirane ArCHR, “U svim okolnostima, primjenjuje se zakon koji je najpovoljniji za optuženog”. Odnosno prema riječima Von Liszta, principi *nullum crime, nulla poena sine lege* predstavljaju “bedem zaštite građana od sveltlača države, oni štite pojedinca od beskrupulozne vlasti većine, štite ga od Levijatana. Iako to paradoksalno zvuči, krivični zakon je *magna charta* kriminalaca. Njime se garantira pravo kriminalca da bude kažnjen samo u skladu sa onim što je propisano zakonom i samo unutar granica koje su propisane zakonom.” (von Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, u publikaciji *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1893, str. 357).

³² Međunarodni komitet Crvenog krsta/križa je također gledišta da neretroaktivnost krivičnih djela i kazni spade u principe međunarodnog običajnog prava kako u vrijeme mira tako i u vrijeme rata (Pravilo 101 Studije o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu koju je uradio Međunarodni komitet Crvenog krsta/križa).

³³ Prvi nacrt ove odredbe je prezentiran na drugoj sjednici Komisije za ljudska prava, u decembru 1947. godine, na inicijativu Belgije i Filipina za nacrt UDHR. Takozvana “nirenberško-tokijska klauzula” je u konačnici odbačena na osnovu toga da ne dodaje ništa novo glavnom pravilu jer su opća pravna načela dio međunarodnog prava. Na šestoj

je historijski gledano ustanovljena da bi opravdala presude iz Nirnberga i Tokija, ova zaštitna odredba se također primjenjuje i na druge sudske postupke³⁴. Ona ima vlastito polje primjene, jer se odnosi na krivična djela koja se u materijalnom trenutku još uvijek nisu iskristalizirala kao dio međunarodnog običajnog prava, niti su bila uključena u pravo međunarodnih sporazuma koji se primjenjuju na činjenice, ali su već predstavljala neizdrživi napad na principe pravde što je vidljivo iz prakse relevantnog broja zemalja³⁵. Da bi se izbjegla pravna nesigurnost i ispoštovala druga strana principa zakonitosti, tj. princip konkretnosti (*nullum crimen sine lege certa et stricta*), potrebno je strogo pratiti praksu relevantne države: samo kada opća pravna načela odražavaju domaće i prakse prema međunarodnim sporazumima relevantnog broja država, mogu se priznati kao prakse koje izražavaju volju zajednice civiliziranih naroda da kriminalizira određeni oblik ponašanja³⁶. Iz toga proizlazi da kriminaliziranje ponašanja na osnovu općih pravnih načela nije izuzetak od principa zabrane retroaktivne primjene kaznenog zakona u onoj mjeri u kojoj je ponašanje već odgovaralo, iz materijalne perspektive, kriminalnom ponašanju u vrijeme kada se dogodilo. Stoga, “nirnberško-tokijska klauzula” se ne primjenjuje kada je u materijalnom trenutku to ponašanje bilo kažnjivo kao krivično djelo po domaćem zakonu, ali uz manju kaznu od one koja je kasnije prihvaćena u novom zakonu ili međunarodnom sporazumu³⁷.

sjednici Komisije za ljudska prava u maju 1950. godine, tokom razgovora o nacrtu ICCPR, Eleanor Roosevelt joj se usprotivila sa sličnim argumentima jer formulacija “prema nacionalnom ili međunarodnom pravu” već obuhvata krivično gonjenje prema međunarodnom krivičnom pravu, a izraz “opća pravna načela koja priznaju civilizirani narodi” je iskorištena u Članu 38 (c) Statuta Međunarodnog suda pravde da bi označila jedan od izvora međunarodnog prava. U februaru 1950. godine, isti prijedlog je predstavio ekspert iz Luksemburga prilikom razgovora o nacrtu ECHR. Uprkos protivljenju, ova odredba je usvojena i u ICCPR i ECHR, sa posebnom svrhom pružanja zaštite suđenjima nakon Drugog svjetskog rata (*Travaux Préparatoires de la CEDH*, tom III, str. 163, 193 i 263, i, kasnije, *X. protiv Belgije*, br. 268/57, odluka Komisije od 20. jula 1957, Godišnjak 1, str. 241, i *Kononov protiv Latvije (GC)*, br. 36376/04, § 186, 17. maj 2010).

³⁴ Zapravo, postoje četiri zemlje koje su u svoje ustave uključile “nirnberško-tokijsku klauzulu”: Kanada (Član 11 (g) Ustava), Cape Verde (Član 30 Ustava), Poljska (Član 42 (1) Ustava) i Šri Lanka (Član 13 (6) Ustava).

³⁵ Dana 30. septembra 1946. godine, međunarodni vojni tribunal je izrazio princip pravde *ubi et orbi* u predmetu *Göring i ostali*: “Na prvom mjestu, mora se istaći da maksima *nullum crime sine lege* ne predstavlja ograničavanje suvereniteta već je općenito princip pravde. Tvrditi da je nepravedno kazniti one koji su uprkos međunarodnim sporazumima i suprotnim izjavama napali susjedne države bez upozorenja je očigledno neistinito, jer u takvim okolnostima napadač mora biti svjestan toga da čini zlo i daleko od toga da ga je nepravedno kazniti, već bi bilo nepravedno kada bi ono što je on počinio prošlo nekažnjeno.” (*Sudski postupci u Nirnbergu*, tom. 22, str. 461).

³⁶ Krivično djelo nepoštivanja suda je prezentirano kao primjer krivičnog djela prema općim pravnim načelima (vidi *Tužitelj protiv Tadića* (žalba Vujina), predmet br. IT-91-1-A-R77, presuda Haškog tribunala od 27. februara 2001, tačka 15).

³⁷ Stoga se Veliko vijeće trebalo vrlo jasno distancirati od nesretne odluke u predmetu *Naletilić protiv Hrvatske* (br. 51891/99), u kojem je Sud tumačio Član 7§ 2 Konvencije

Politički i pravosudni kontekst predmeta

Zakon o Sudu BiH, kojim se nametnulo osnivanje Suda BiH, je dana 12. novembra 2000. godine donio Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu. Sud BiH je efektivno ustanovio Parlament Bosne i Hercegovine dana 3. jula 2002. godine donošenjem Zakona o Sudu BiH. Novi Krivični zakon BiH je stupio na snagu 1. marta 2003. Pravilnik o pregledu predmeta ratnih zločina je objavljen 28. decembra 2004. Specijalno vijeće za ratne zločine pri Sudu BiH je počelo sa radom 9. marta 2005. U junu 2008. godine, Vijeće ministara BiH je usvojilo Strategiju za reformu sektora pravde u BiH 2008 – 2012. Ova strategija je rezultat zajedničkih napora ministarstava pravde na nivou države, entiteta i kantona, kao i Pravosudne komisije Brčko distrikta i Visokog sudskog i tužilačkog vijeća. Dana 29. decembra 2008. godine, Vijeće ministara BiH je usvojilo Državnu strategiju za rad na predmetima ratnih zločina, koja je predstavljala dodatak strategiji tranzicione pravde.

Nakon pravosudnih reformi 2003. godine, definirale su se četiri nadležnosti: BiH, Distrikt Brčko, Federacija BiH i Republika Srpska. Pravosudna organizacija nije ustanovila mehanizam za rješavanje pitanja i harmonizaciju sudske prakse i različitih pravnih tumačenja. To je za posljedicu imalo da su Sud BiH i vrhovni sudovi oba entiteta donosili presude sa vrlo različitim zaključcima u pogledu ključnih pravnih pitanja, što je rezultiralo razlikama u sudskoj praksi i pravnom tumačenju. Zapravo, tokom 2008. godine, Ministarstvo pravde BiH je zaključilo da „Ova nepredvidivost utječe na način na koji se BiH doživljava na međunarodnoj pravnoj sceni i BiH se izlaže riziku kršenja konvencija”³⁸. Istu političku zabrinutost je izrazila Parlamentarna skupština Vijeća Evrope, na primjer u svojoj Rezoluciji 1626 (2008), o poštivanju obećanja i preuzetih obaveza od strane Bosne i Hercegovine: „još uvijek postoje nekonzistentnosti u primjeni krivičnog prava na različitim sudovima na državnom i entitetskom nivou u odnosu na ratne zločine, što dovodi do nejednakosti tretmana građana u svjetlu Evropske konvencije o ljudskim pravima”³⁹, i OSCE, u svom pregledu petogodišnjeg procesuiranja ratnih zločina u Bosni i Hercegovini, koji se poziva na „situaciju očigledne nejednakosti pred zakonom u predmetima ratnih zločina koji se procesuiraju pred različitim

kao primjenjiv na tvrdnju aplikanta da bi mogao dobiti težu kaznu od Haškog tribunala nego što bi to bio slučaj pred domaćim sudovima. Iz dva razloga: prvo, ovo tumačenje Člana 7 § 2 je problematično; drugo, *Naletilić* se odnosio na predmet u kojem je međunarodni tužitelj optužio aplikanta pred međunarodnim tribunalom za zločin koji je definiran u međunarodnom pravu, dok se u ovom predmetu radi o aplikantima koji su optuženi pred domaćim sudom za krivično djelo koje je predviđeno domaćim zakonom.

³⁸ Strategija za reforme sektora pravde u Bosni i Hercegovini 2008–2012, Sarajevo, juni 2008, str. 70.

³⁹ Isto političko mišljenje dijeli i Venecijanska komisija u svom Mišljenju 648/2011, tačke 38 i 65.

sudovima u BiH. U praksi, to znači da osobe osuđene za ratne zločine pred različitim sudovima mogu dobiti veoma različite kazne.”⁴⁰

Neujednačena sudska praksa je dodatno pogoršana premiještanjem predmeta iz njihove prirodne nadležnosti, kao što je i samo Vijeće ministara BiH priznalo pozivajući se na „nekonzistentnu praksu pregleda, preuzimanja i prenošenja predmeta ratnih zločina između Suda i Tužilaštva i drugih sudova i tužilaštava i nepostojanje dogovorenih kriterija za ocjenu osjetljivosti i složenosti predmeta”.⁴¹ Zapravo, nakon usvajanja Orijentacionih kriterija Tužilaštva 2004. godine, takozvani „vrlo osjetljivi“ zločini su trebali biti zadržani pri Specijalnom odjelu za ratne zločine Tužilaštva BiH, a „osjetljivi“ zločini su trebali biti upućeni kantonalnim i okružnim tužilaštvima u mjestima gdje su se događaji i dogodili prema opisu činjeničnog stanja. Ove smjernice su bile veoma nejasne i, što je još gore, nisu primjenjivane konzistentno. Pojednostavljeno rečeno, ovakav metod „krivičnog gonjenja od slučaja do slučaja“ nije dobro funkcionirao jer je „samo produbio već postojeći kaos o tome šta, ko i kako bi se trebalo uraditi.”⁴² Nedostatak tužilačke strategije za uspostavljanje prioriteta i odabir predmeta te nepostojanje materijalnog obrazloženja za odabir sudećeg suda od strane tužioca, kao i nepostojanje djelotvorne sudske revizije tog izbora, dovelo je do značajne nesigurnosti u pogledu prioriteta i izbora tužioca, pa su čak i neki političari postavili pitanje o objektivnosti tužilaštva u procesu odabira predmeta zbog činjenice da je 90% predmeta pred Vijećem za ratne zločine uključivalo optužene Srbe.⁴³

Organi vlasti su tek 2008. godine razradili pisanu državnu strategiju s ciljem razvijanja sistematskog pristupa predmetima i dodjele resursa u predmetima ratnih zločina.⁴⁴ Da bi se predmeti birali i njihova složenost ocjenjivala na jedinstven i objektivnan način, što bi olakšalo proces donošenja odluke u pogledu preuzimanja ili prenošenja predmeta, Sud BiH i

⁴⁰ OSCE, Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini: Procesuiranje predmeta ratnih zločina od 2005. do 2010, maj 2011, str. 19. Vidi također Međunarodni centar za tranzicijsku pravdu, Bosna i Hercegovina, podnesak Univerzalnom periodičnom pregledu sedme sjednice UN-ovog Vijeća za ljudska prava, septembar 2009; HRW, U iščekivanju: Ostvarivanje pravde u slučajevima ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti i genocida na kantonalnim i okružnim sudovima u Bosni i Hercegovini, juli 2008; i HRW, Ostvarivanje pravde u slučajevima ratnih zločina, iskustva međunarodne podrške suđenjima pred Sudom BiH, mart 2012.

⁴¹ Vijeće ministara BiH, Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina, 28. decembar 2008, str. 4.

⁴² Zekerija Mujkanović, *The Orientation Criteria document in Bosnia and Herzegovina (Dokument o orijentacionim kriterijima)*, u Publikaciji FICHL Serija br. 4 (2010, drugo izdanje), strana 88.

⁴³ HRW, *Narrowing the Impunity Gap; Trials before Bosnia's War Crimes Chamber (Reduciranje nekažnjivosti; Sudeња pred Vijećem za ratne zločine Suda BiH)*, februar 2007, str. 9.

⁴⁴ HRW, *Ostvarivanje pravde u slučajevima ratnih zločina*, citirano u gornjem tekstu, str. 42.

Tužilaštvo BiH, uz učešće drugih sudskih i tužilačkih organa, sastavili su kriterije za ocjenu složenosti predmeta. Nakon toga, Član 449 Zakona o krivičnom postupku BiH – rješavanje predmeta primljenih u rad kod drugih sudova, odnosno tužilaštava – je izmijenjen zakonom (koji je objavljen u Službenom listu **glasniku**) br. 93/09, koji je uveo sljedeće kriterije za prijenos i dodjelu predmeta: „težinu krivičnog djela, svojstva počinitelja i ostale okolnosti važne za ocjenu složenosti predmeta”⁴⁵.

Ocjena činjenica ovoga predmeta prema evropskom standardu

Činjenice ovoga predmeta se moraju ocijeniti u odnosu na informacije o političkom i pravosudnom sistemu i u svjetlu gore pomenutih principa. A zaključak je neizbježan. Oba aplikanta su bila predmet proizvoljne krivične presude koja im je donijela stroge retroaktivne kazne. Očigledni dokaz ove proizvoljnosti jeste da je aplikant Damjanović osuđen prema Zakonu iz 2003. godine na kaznu zatvora od 11 godina pred Sudom BiH za premlaćivanje, što predstavlja više nego duplo veću najnižu moguću kaznu koja je prihvatljiva prema Zakonu iz 1976. godine. Ovaj zaključak je još jači u slučaju aplikanta Maktoufa, koji je prema Zakonu iz 2003. godine osuđen na kaznu zatvora od pet godina, što predstavlja pet puta veću najnižu kaznu koja se mogla izreći prema Zakonu iz 1976. godine.

⁴⁵ Kao što je zaključio Međunarodni centar za tranzicijsku pravdu, “kriteriji za ocjenu složenosti predmeta predstavljaju spisak faktora koji se trebaju uzeti u obzir prilikom odlučivanja da li će se postupak voditi pred Sudom BiH. Ukratko, kriteriji su veoma široki i ne pružaju jasne smjernice u pogledu toga koje uvjete treba ispuniti da bi se opravdalo označavanje predmeta kao “najsloženiji” ili “manje složen” (Bosna i Hercegovina, podnesak, citirano u gornjem tekstu). Široka priroda ovih kriterija, a posebno kriterija “ostalih okolnosti važnih za ocjenu složenosti predmeta” je posebno problematična. Čovjek se mora prisjetiti principa prirodnog odnosno zakonitog sudije i svečane zabrane vanrednih krivičnih sudova, koja je sadržana u Članu 8 ACHR i u ustavnim odredbama čitavog niza zemalja, kao što su Član 135 (2) Albanskog ustava, Član 85(2) Ustava Andore, Član 176 (5) revidiranog Ustava Angole, Član 18 Ustava Argentine, Član 92 Ustava Armenije, Član 125 (VI) Ustava Azerbejdžana, Članovi 14 i 116 (II) Ustava Bolivije, Član 5 (XXXVII) Ustava Brazila, Član 19 (3) Ustava Čilea, Član 61 Ustavnog zakona Danske, Član 123 (2) Ustava Istočnog Timora, Član 15 Ustava El Salvadora, Član 78 (4) Ustava Etiopije, Član 101 Njemačkog Ustava (*Grundgesetz*), Članovi 25 i 102 Ustava Italije, Član 76 Ustava Japana, Član 33 (1) Ustava Lihtenštajna, Član 111 Ustava Litvanije, Član 86 Ustava Luksemburga, Član XXV (1) Ustava Makedonije, Član 118 Ustava Crne Gore, Član 13 Ustava Meksika, Član 167 (2) Ustava Mozambika, Član 4 (8) Ustava Nigerije, Član 17 (3) Ustava Paragvaja, Član 139 (3) Ustava Perua, Član 172 (2) Ustava Poljske, Član 209 (3) Ustava Portugala, Član 126 (5) Ustava Rumunije, Član 118 (3) Ustava Rusije, Član 143 Ustava Ruande, Član 39 (7) Ustava Svetog Tome i Principa, Član 48 (1) Ustava Slovačke, Član 117 Ustava Španjolske, Član 11 Švedskog instrumenta vlasti, Član 30 (1) Ustava Švicarske, Član 125 Ustava Ukrajine i Član 19 Ustava Urugvaja. Različite klauzule u pogledu prenosa i izuzimanja krivičnih predmeta su u prošlosti bile od ključnog značaja za rad takvih sudova i nisu prihvatljive prema principu prirodnog odnosno zakonitog sudije.

Aplikantu Maktoufu je izrečena najniža moguća kazna prema Zakonu iz 2003. godine za one koji pomažu u izvršenju ratnih zločina, dok je aplikantu Damjanoviću izrečena kazna koja je malo iznad minimuma koji je predviđen istim Zakonom za glavne počinitelje ratnih zločina, jer su sudovi pridali važnost olakotnim okolnostima prilikom izricanja kazne. Da su sudovi primijenili iste olakotne kriterije za izricanje kazne prema Zakonu iz 1976. godine, kao što su mogli, oni bi neophodno morali izreći aplikantima znatno manje kazne. Ovo poređenje *in concreto* između kazni koje su izrečene aplikantima i onih kakve su oni mogli očekivati prema Zakonu iz 1976. godine, jasno ukazuju na to da je Zakon iz 1976. bio *lex mitior*, a Zakon iz 2003. godine *lex gravior*.⁴⁶ Djelujući na ovakav način, domaći sudovi ne samo da su prekršili Član 4 (2) Krivičnog zakona BiH iz 2003. godine, već također i Član 7 § 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁴⁷

Zaključak

Kako su domaći sudovi proizvoljno i retroaktivno primjenjivali *lex gravior*, ja nalazim da je došlo do kršenja Člana 7 § 1 ECHR. Pravno dejstvo utvrđivanja povrede Člana 7 jeste da se osuđujuće presude aplikantima moraju poništiti od strane nadležnog državnog suda. Član 7 propisuje pravo od kojeg nema odstupanja, što je jasno navedeno u Članu 15. Ukoliko osuđujuće presude aplikantima ostanu valjane, uprkos zaključku da predstavljaju kršenje Člana 7, to bi predstavljalo *de facto* odstupanje od Člana 7. Takvo odstupanje ne samo da bi obesnažilo nalaz Suda u ovoj presudi da je došlo do kršenja, već također i Član 15. Ukoliko tužena država i dalje bude željela krivično goniti počinitelje za navodna krivična djela koja su aplikanti počinili tokom rata u BiH, neophodno je održati ponovljeno suđenje. Kada je Anselm von Feuerbach skovao, u § 24 njegovog djela *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* iz 1801, latinski termin *nulla poena sine lege*, on je također dodao da ovaj princip ne dozvoljava nikakva izuzeća: on mora biti na raspolaganju svim počiniteljima bez obzira da li su njihova krivična djela sitna ili brutalna.

⁴⁶ Ovaj predmet je vrlo sličan onome iz priopćenja br. 981/2001, koje se citira u gornjem tekstu, tačka 7(4). Kao i u ovome predmetu, gosp. Gómez Casafranca je osuđen na minimalnu zatvorsku kaznu od 25 godina prema novom zakonu, što je predstavljala više nego duplo veću minimalnu kaznu koja je bila propisana ranijim zakonom, a domaći sudovi nisu dali nikakvo objašnjenje u pogledu toga kakva bi kazna bila prema starom zakonu da je on još uvijek bio primjenjiv.

⁴⁷ Predmeti gosp. Damjanovića i gosp. Maktoufa jasno ilustriraju zaključak do kojeg je došla i sama tužena vlada u pogledu opće situacije, koja je prethodno opisana, u vezi sa organizacijom sudova i tužilaštava u BiH (Vijeće ministara BiH, Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina, 28. decembar 2008, str. 15).