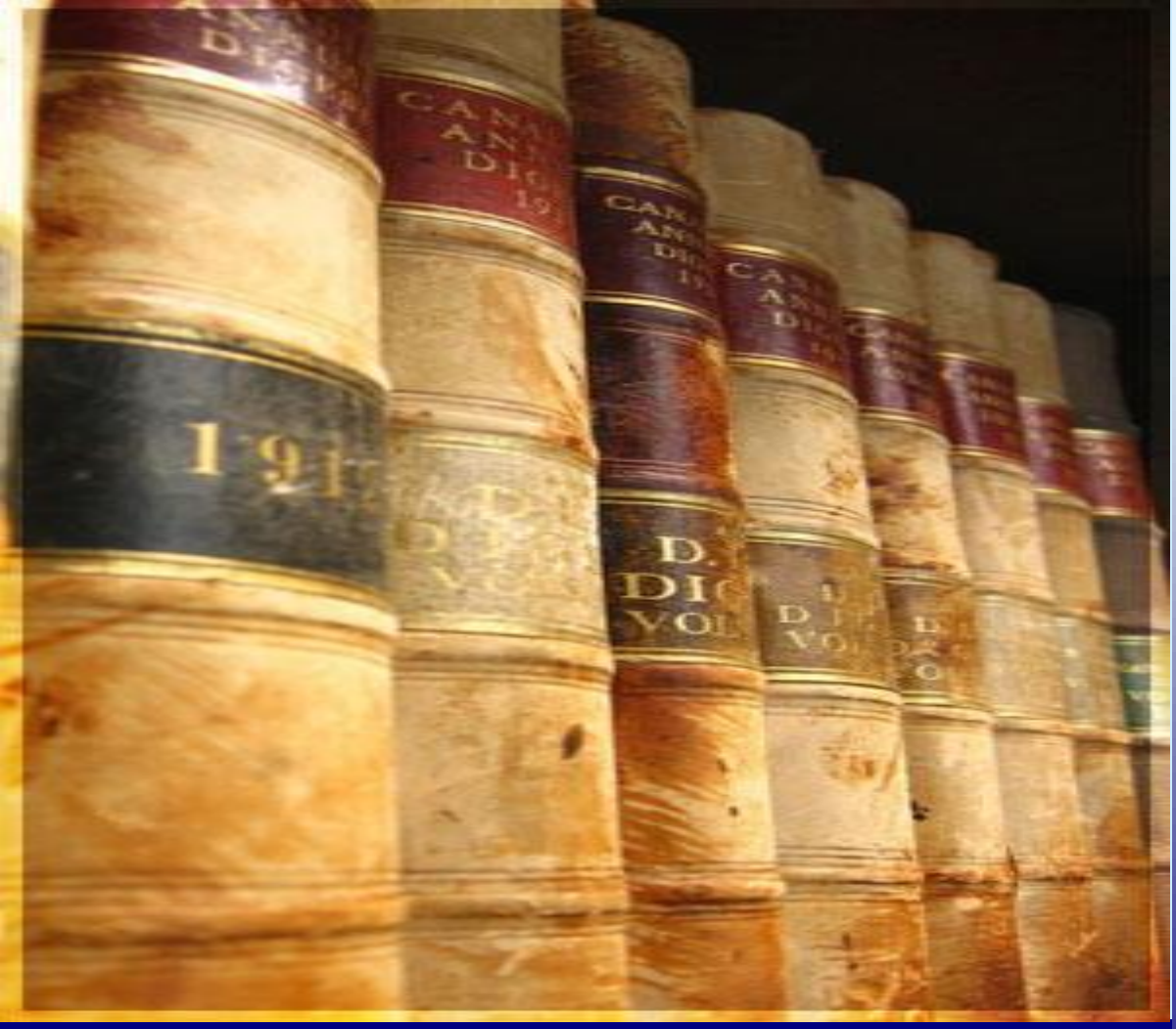

OKO Reporter o ratnim zločinima

Broj 11
Jesen/zima 2010

OKO

Одсјек Кривичне Одбране
Odsjek Krivične Odbrane
CRIMINAL DEFENCE SECTION

Sadržaj

Izještaji sa seminara

Treća godišnja konferencija OKO-a 3
Procesni institut prigovora 6
Žalbeni osnovi u predmetima ratnog zločina 10
Komandna odgovornost i UZP 13

Članci i informacije

Udruženi zločinački poduhvat III 17
Odgovornost države: KD prisilni nestanak 22
Krivično djelo progona 30
Primjenjivo pravo 36
Izmjene i dopune relevantnih zakona 40

Izvještaji o predmetima

Suljagić protiv BiH, ESLjP 43
Perković Stojan, Sud BiH 44
Bundalo i dr., Sud BiH 45

Uvod

NAPOMENA: OKO Reporter je kvartalna publikacija, koja nije indeksirana u relevantnim bibliografskim bazama podataka i ne podliježe naučno-izdavačkim standardima vezanim za recenziju i kategoriziranje u naučni rad. OKO Reporter sadrži nekategorizirane radove (prikazi, izvještaji, informacije) te autorska djela koja po svojim karakteristikama spadaju u pravno-istraživačke priloge iz struke, čija je jedina namjera informisanje branilaca i deseminacija podataka relevantnih za kvalitativno unaprijeđenje odbrana u predmetima ratnih zločina pred Sudom BiH. U ovom broju, između ostalog, donosimo sažetke najnovijih odluka Suda BiH, izvještaje sa seminara kontinuirane stručne edukacije održanih u drugoj polovini 2010. godine, te članke o primjenjivom pravu pred Sudom BiH.

Nadamo se da će vam ovaj broj Reportera biti koristan i očekujemo vaše prijedloge i sugestije za naredna izdanja.

Redakcija

Jasmina Pjanić, glavni i odgovorni urednik

Džanela Mršević, izvršni urednik

OKO Reporter o ratnim zločinima

Odsjek krivične odbrane (OKO)

Skenderija 15

71000 Sarajevo

Bosna i Hercegovina

oko@okobih.ba

www.okobih.ba

+387 33 560 260

Saradnici

Zahvaljujemo se pravnicima i pripravnicima OKO-a koji su učestvovavali u pripremi ovog broja. Zahvaljujemo se i autorima stručnih članaka, koji su dali saglasnost za objavljivanje članaka u OKO Reporteru.

Prijava i objava članaka

Vaši članci o aktuelnim pitanjima i dešavanjima, kako u zemlji tako i u inostranstvu, od značaja za unaprijeđenje rada branilaca i odbrane predmeta ratnih zločina su dobrodošli. Za detalje, molimo kontaktirajte urednika.

Citiranje

OKO Reporter o ratnim zločinima može se citirati i to po godini, broju izdanja i stranici. Ova stranica u verziji na lokalnom jeziku je citirana kao (2010) 11 OKO RRZ 2, a ekvivalent na engleskom jeziku je (2010) 11 OKO WCR 2.

Treća godišnja konferencija OKO-a

Pripremila Jasenka Ferizović

Dana 12.12.2009 u hotelu Radon Plaza u Sarajevu održana je Treća godišnja konferencija Odsjeka krivične odbrane Ureda registrara Suda BiH i Ministarstva pravde BiH pod nazivom „Međunarodno krivično pravo u praksi: Odbrana predmeta ratnih zločina“, na kojoj su sa učesnicima svoja iskustva stečena u radu na predmetima ratnih zločina podijelili dr. Wolfgang Schomburg, bivši sudija Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu MKSJ) i Predsjedavajući Centra za krivično pravo i pravdu, zatim dr. Alexander Zahar, profesor međunarodnog krivičnog prava i član tima odbrane Radovana Karadžića u postupku pred MKSJ, potom Đorđe Dozet, advokat iz Beograda i branilac Ilije Jurišića, te Dragomir Vukoje, sudija Apelacionog odjeljenja Suda BiH. Konferenciju kojoj je prisustvovalo 114 učesnika, kako advokata ovlaštenih za postupanje pred Odjelom I i Odjelom II Suda BiH, tako i brojnih gostiju, pozdravnim govorom otvorila je gospođa Jasmina Pjanić Njuhović, direktorica Odsjeka krivične odbrane. Gospođa Pjanić Njuhović rezimirala je aktivnosti Odsjeka u prethodnoj godini, istaknuvši da lista advokata ovlaštenih za postupanje pred Sudom BiH broji 215 advokata, od kojih su 143 advokata ovlaštena za postupanje pred Odjelom I, a 72 advokata za postupanje pred Odjelom II Suda BiH, kao i da je u organizaciji Odsjeka krivične odbrane tokom 2009. godine održano 16 seminara, tj. ukupno 184 sati edukativnog programa, na kojima su prisustvovala 362 učesnika. Prisutne je obavijestila i o tome da je 01.07.2009 godine započela tranzicija Odsjeka krivične odbrane pod okrilje Sektora za pravosudna tijela Ministarstva pravde BiH, s tim da nadležnost i način rada Odsjeka ostaju isti kao i do sada, što znači da će Odsjek krivične odbrane, skupa sa advokatima, nastaviti raditi na unaprijeđenju načela ravnopravnosti stranaka u postupku, a kroz to i na ostvarenju jednog od temeljnih ljudskih prava – prava na pravično suđenje.

Nakon gospođe Pjanić Njuhović, učesnicima se obratio advokat Refik Serdarević koji je konstatovao da su aktivnosti i podrška koju Odsjek krivične odbrane pruža braniocima u postupcima pred Sudom BiH od neizmjernog značaja, posebno ako se ima u vidu da je reformom procesnog zakonodavstva iz 2003. godine odbrana stavljena u nepovoljniji položaj, prvenstveno zbog toga što je teret dokazivanja u krivičnom postupku pao na stranke. Sve poteškoće sa kojima se susreću branioci dodatno su izražene u predmetima ratnih zločina koji su izuzetno obimni i složeni, te je pomoć koju pružaju uposlenici Odsjeka zaista neprocjenjiva. Advokat Serdarević se zahvalio Odsjeku krivične odbrane i na organizaciji seminara kontinuiranog stručnog usavršavanja koji su advokatima, kako zbog aktuelnih tema, tako i zbog eminentnih predavača, jedinstvena prilika da dodatno usavrše vještine zastupanja i steknu nova praktična znanja.

Prvi predavač na konferenciji bio je gospodin Dragomir Vukoje, sudija Apelacionog odjeljenja Suda BiH koji je govorio na temu „Pravo na pravično suđenje“. Sudija Vukoje je na početku izlaganja naglasio da je smisao prava da služi pravdi, a ne pukoj svrsishodnosti, kao i da se pravna država ne može zasnivati na podrivanju prava. Pravičnost, kao opšti međunarodni standard koji se postiže u postupku primjene prava i koji se sagledava u odnosu na cijeli postupak, mogao bi se definisati kao „humano i nepristrasno dodirivanje pravde“. Pravo na pravično suđenje zagarantovano je odredbama člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljem tekstu EKLJP), člana 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, te članovima 2. i 4. Protokola br. 7 uz EKLJP. U nastavku je gospodin Vukoje obradio pojedine aspekte prava na pravično suđenje, naglasivši posebno da procesni subjekti moraju imati jednake mogućnosti da utiču na ishod krivičnog postupka, te da sudske odluke moraju biti obrazložene i zakonite. Vezano za načelo *audiatur et altera pars* koje se u našem zakonodavstu posebno manifestuje kroz zabranu suđenja u odsustvu, sudija se osvrnuo na stav Suda BiH da nema povrede prava na pravično suđenje ukoliko optuženi koji se nalazi u pritvoru odbije da prisustvuje suđenju. Podcrtao je i važnost načela kontradiktornosti kao i principa jednakosti oružja, skrenuvši advokatima posebno pažnju na presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Edwards protiv Velike Britanije* koja se, između ostalog, bavi i pravom na pristup dokumentaciji, što je često predmet sporenja između stranaka i u postupcima pred Sudom BiH. Glede prava na izvođenje dokaza, sudija Vukoje je konstatovao da je ono ograničeno načelima efikasnosti i ekonomičnosti, te je skrenuo pažnju da je efikasnost postupaka koji se vode pred Sudom BiH često ugrožena obimnim dokaznim spisima punim nepotrebnih dokaza. Ovaj problem je, smatra predavač, veoma dobro uočio i gospodin Ian Bonomy, sudija MKSJ, kada je rekao da „adversarnom postupku ponekad nedostaje fokus“. Pravo na pravično suđenje obuhvata i pravo na adekvatno obrazložene sudske odluke (obzirom da obrazloženje sudske odluke predstavlja ne samo osnovu za podnošenje pravnog lijeka, već ukazuje i na poštovanje dostojanstva subjekta), zatim prezumpciju nevinosti i pravo na slobodnu komunikaciju osumnjičenog odnosno optuženog i njegovog branioca. I Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu ZKP BiH) propisuje načelo prezumpcije nevinosti na koje se advokati često pozivaju u svojim žalbama, a sadrži i odredbu kojom se osumnjičenom odnosno optuženom dopušta da nesmetano komunicira

sa svojim braniocem, čime se donekle pokušava nadomjestiti nepovoljniji položaj osumnjičenog/optuženog u odnosu na državni aparat. Svoje predavanje sudija Vukoje završio je konstatacijom da je krivični postupak indikator stepena razvoja demokratije u određenom društvu, te da uvijek treba nastojati uspostaviti ravnotežu između dvije vječne tendencije u krivičnom procesnom pravu – prve, koja se odnosi na osiguranje efikasne borbe protiv kriminaliteta i druge, koja se tiče zaštite ljudskih prava.

U drugom dijelu prijepodnevne sesije, predavanje na temu „Efektivna odbrana – ljudsko pravo, ljudska dužnost“ održao je dr. Wolfgang Schomburg, bivši sudija MKSJ, Predsjedavajući Centra za krivično pravo i pravdu i profesor na Univerzitetu Durham u Velikoj Britaniji. Dr. Schomburg je na početku izlaganja istakao da i sam potiče iz kontinentalnog pravnog područja, te da razumije probleme sa kojima se advokati susreću nakon reforme procesnog zakonodavstva koja je obilježena uplivom brojnih anglo-američkih procesnih instituta. Pogrešno je, smatra predavač, teret dokazivanja prebacivati na stranke u postupku, jer se time ugrožava princip jednakosti oružja. Kada bi teret dokazivanja ležao na sudu, stranke bi imale jednake mogućnosti pristupa spisu, a i sudu bi bilo lakše donositi odluke jer ne bi postojali dokazi kojima sud ne bi imao pristup kao što je to sada slučaj, obzirom da tužilac cijeni koji dokumenti su relevantni za postupak, a koji ne. Dr. Schomburg je izrazio svoje zadovoljstvo činjenicom da sudije i advokati koji postupaju pred Sudom BiH moraju zadovoljavati određene kriterije, što nije slučaj kada je u pitanju postupanje pred MKSJ, pa velike probleme stvara okolnost da su suci uglavnom osobe koje nemaju iskustva u praksi, već se pravom bave sa naučnog aspekta. Pravo na odbranu putem branioca nije samo pravo optuženog, već i garancija pravednog postupka. U vezi s tim predavač se kritički osvrnuo na stavove MKSJ vezano za pravo na samozastupanje, smatrajući pogrešnim stav koji je zauzet 2001. godine u predmetu *Milošević,* prema kojem optuženom ne treba nametati advokata jer bi to bilo kršenje međunarodnog običajnog prava. Miloševiću je 2004. godine, zbog slabog zdravstvenog stanja ipak dodijeljen branilac, a Sud je zauzeo stav da svako ograničenje prava na samozastupanje treba biti limitirano. U vezi sa ograničavanjem ovog prava, dr. Schomburg se osvrnuo na praksu MKSJ u određenim predmetima i u vezi s tim naglasio da postavljanje tzv. „prijatelja suda“, koji je u funkciji medijatora između Suda i optuženog , a samim time i u sukobu interesa, ili pak tzv. „standby“ branioca koji ima ovlaštenje da pruža pomoć optuženom kada on nije u sudnici, te da se stara da optuženi ne ometa postupak, nije dovoljno efikasno da bi se ostvarili interesi pravde. U nastavku izlaganja dao je kratak osvrt i na odredbe ZKP BiH, istaknuvši svoje zadovoljstvo članom 5. tog Zakona koji propisuje prava osumnjičenog prilikom hapšenja, dok je mišljenja da bi bilo bolje kada bi Zakon propisivao i obavezu advokata na postupanje u svojstvu odbrane. Na pitanja učesnikâ konferencije, odgovorio je da smatra da je član 47. ZKP BiH u potpunosti usklađen sa zahtjevima iz člana 6. EKLJP, te da ne postoji bolje rješenje od onog koje je propisano odredbom člana 45. ZKP-a, a koja odredba zahtijeva da advokati imaju određen kvalitet, omogućava optuženom da bira advokata, te nalaže Sudu da, ukoliko osumnjičeni/optuženi ne izabere advokata, istog odredi prema abecednom redu.

Poslijepodnevnu sesiju otvorio je gospodin Đorđe Dozet, advokat iz Republike Srbije koji je govorio na temu „Odbrana ratnih zločina u Srbiji“. Advokat Dozet se kritički osvrnuo na stanje u krivičnom pravosuđu u Republici Srbiji, posebno u predmetima ratnih zločina koji su, prema njegovim riječima, do te mjere ispolitizirani da je ponekad veći problem braniti nevinog klijenta nego onog koji je zaista počinio krivično djelo. Iako je Zakon o krivičnom postupku Republike Srbije nakon donošenja novela „moderniziran“, što se posebno uočava kod odredbi koje omogućavaju npr. svjedočenje putem video linka, korištenje dokaza iz postupaka provedenih pred MKSJ, potom kod odredbi koje definišu pojam zaštićenog svjedoka i sl., prava osumnjičenih/ optuženih su i dalje veoma ograničena. Ta ograničenja se posebno manifestuju kroz djelovanje istražnih sudija koji odbrani ograničavaju pristup spisu, istražnim radnjama, ne postupaju po zahtjevima odbrane u pogledu dokaza koje treba pribaviti, itd. Osim toga, branilac uopšte nema uticaja na dinamiku odvijanja krivičnog postupka, redoslijed izvođenja dokaza, a ne postoji ni mogućnost da odbrana izvede svoje dokaze, jer postoje samo dokazi suda. Takođe, sudovi nemaju obavezu da obavijeste odbranu o tome koji svjedoci će biti saslušani. U ovakvim uslovima advokatima ne preostaje ništa drugo nego da poštuju zakon, grade odnos povjerenja sa branjenicima i da se u njihovom interesu, kada god je to moguće, podnescima obraćaju sudovima, pa makar takvi podnesci unaprijed bili i osuđeni na neuspjeh. Kao primjer takvih podnesaka, predavač je naveo prethodne prigovore na optužnicu i žalbe na rješenja o određivanju pritvora. Advokat Dozet je svojim kolegama savjetovao da klijentima za koje su sigurni da su nevini uvijek sugeriraju da iznesu svoju odbranu, jer sudije često imaju predrasude prema onima koji se opredijele za odbranu šutnjom.

Posljednje predavanje na temu „Jačanje pristupa odbrane po pitanju udruženog zločinačkog poduhvata i završnih riječi“održao je dr. Alexander Zahar, profesor međunarodnog krivičnog prava i član tima odbrane Radovana Karadžića u postupku pred MKSJ. Dr. Zahar je udruženi zločinački poduhvat (u daljem tekstu UZP) okarakterisao kao princip koji je u teoriji veoma dobro razrađen, ali veoma ranjiv u praksi, a svoje navode potkrijepio je kako odlomcima iz presuda MKSJ, tako i odlomcima iz presuda donesenih u postupcima pred Odjelom I Suda BiH. Cilj UZP-a kao oblika krivične odgovornosti je da pruži mogućnost da osoba odgovara i za krivična djela drugih kao da ih je sama učinila. Ova doktrina prvi put je pred MKSJ primjenjena u predmetu *Tadić*, da bi kasnije u predmetu *Krajišnik* bila „rastegnuta“ do neslućenih razmjera. Upravo u tom predmetu, Pretresno vijeće je otkrilo „Ahilovu petu“ UZP-a, te naglasilo da je za postojanje istog neophodno da se, pored

zajedničkog cilja, dokaže i da je određena grupa zajednički djelovala na ostvarenju tog cilja. Profesor Zahar je izrazio svoje zadovoljstvo činjenicom da je Sud BiH u predmetima *Mitrović* i *Božić i dr.* odbio da primijeni doktrinu UZP-a u njenom najširem obimu, naglašavajući da nije dovoljno da su učesnici UZP-a imali isti cilj, već su se morali udružiti i zajednički djelovati kako bi ga ostvarili, da bi se primjena ovog principa uopšte mogla razmatrati. Predavač je advokatima skrenuo pažnju i na postojanje tzv. „skrivenog" četvrtog elementa komandne odgovornosti o kojem presude MKSJ ne govore ništa, a koji je nesporan. Radi se zapravo o zakonskoj dužnosti nadređenog da spriječi ili kazni nezakonito ponašanje svojih podređenih. Ovaj element na koji se ispravno u svojim završnim riječima pozvala i odbrana u predmetu *Savić i dr.* pred Sudom BiH, ne može se automatski deducirati iz postojanja odnosa nadređeni-podređeni, pa tako tužilac, u slučajevima u kojima optuženi nije bio pripadnik redovnih vojnih ili policijskih snaga, mora dokazati da je on imao zakonsku dužnost da spriječi nezakonito ponašanje lica koja su mu navodno bila podređena. U nastavku izlaganja dr. Zahar je ukazao na novi način rada pretresnih vijeća MKSJ koji se sastoji u tome da se presuda piše paralelno sa odvijanjem glavnog pretresa. Naime, za razliku od dosadašnjeg metoda prema kojem je vijeće čekalo završetak dokaznog postupka da bi se upustilo u ocjenu izvedenih dokaza, sada se ocjena dokaza vrši na dnevnoj bazi što se pokazalo kao veoma efikasan pristup, pa je tako presuda u predmetu *Krajišnik* objavljena već tri sedmice nakon iznošenja završnih riječi. Pretpostavljajući da i sudije Suda BiH zbog kompleksnosti predmeta ratnih zločina presude izrađuju na sličan način, predavač je sugerirao advokatima da svojim završnim riječima daju isključivo analitički karakter i da izbjegavaju generalizacije bilo kojeg tipa kao i pretjeranu emocionalnost kako bi njihova završna riječ postigla maksimalan efekat na vijeće koje od stranaka u postupku očekuje da u završnim riječima prije svega ukažu na propuste suprotne strane.

Treću godišnju konferenciju Odsjeka krivične odbrane zatvorila je gospođa Jasmina Pjanić Njuhović, zahvalivši se predavačima i učesnicima i poželjevši im mnogo uspjeha u predstojećoj godini.

Domaćini i predavači na Trećoj godišnjoj konferenciji OKO-a

Učesnici na Trećoj godišnjoj konferenciji OKO-a

Procesni institut prigovora

Izvještaj sa seminara kontinuiranog stručnog usavršavanja, pripremila Anja Loga

Dana 09.10.2009. godine Odsjek krivične odbrane je u Sarajevu, u sklopu programa kontinuiranog stručnog usavršavanja, organizirao seminar na temu procesnog instituta prigovora. Predavači su bili David Re, sudija Suda BiH i advokat Advokatske komore FBiH Senad Kreho.

Jutarnju sesiju je započeo advokat Senad Kreho sa uvodnim napomenama o navedenoj temi. Naime, polazeći od same definicije, prigovor je zahtjev da se sud izjasni o prihvatljivosti određenog dokaza (bilo da je riječ o dokazu materijalne prirode ili svjedočenju). Svrha prigovaranja je da se spriječi ulaganje spornog dokaza u spis ili razmatranje određenih informacija. Prigovor ne treba smatrati neprijateljskim postupkom prema suprotnoj strani, jer je prigovor zapravo samo obavještavanje suda da jedna strana smatra da određeni dokument ili pitanje ili postupak suprotne strane izaziva neki vid neslaganja druge strane. Sud je dužan odlučiti o prigovoru, bilo odmah, bilo nakon nekog vremena (nekada se odluka ne može odmah donijeti, nekada je nužno vijećanje, a nekada pribavljanje dodatnih informacija). Postoji i opcija ulaganja prigovora u pismenoj formi tj. u formi podneska, što u situaciji na Sudu BiH (dakle, u nedostatku transkripata) može biti učinkovitije. Naravno, ovaj način ulaganja prigovora je apsolutno neprimjenjiv u nekim situacijama, na primjer kod ulaganja prigovora prilikom direktnog ili unakrsnog ispitivanja svjedoka, kada je nužna brza reakcija u sudnici.

Bitno je naglasiti da prigovor nije ništa drugo nego signal sudijama da postoji nesuglasnost među strankama u postupku koja se tiče određenog proceduralnog pravila. Ukoliko nema prigovora, sudija može uvoditi dokaze u spis bez prethodnog donošenja posebne odluke. Međutim, nekada je nužno o prigovorima strategijski odlučivati, pa tako npr. nema razloga ulagati prigovore na dokumente ili pitanja koja ne nanose štetu konceptu odbrane. Iako praksa čestog ulaganja prigovora može impresionirati branjenika, ista može i dugoročno nanijeti štetu odbrani, jer može iritirati sudije. U postupcima se tako nerijetko ulaže prigovor autentičnosti određenih dokumenata koji ima smisla samo ukoliko uvođenje određenog dokumenta u sudski spis može nanijeti štetu konceptu odbrane, međutim, ako to nije slučaj, ovaj prigovor gubi svrhu.

Nesporno je, konstatovao je advokat Kreho, da kada je u pitanju procesna podjela dokaza, imamo dokaze optužbe i dokaze odbrane, te pismene (posredne) odnosno usmene (neposredne) dokaze. Pri ovoj podjeli dokaza treba imati na umu i mogućnost da određeni dokazi budu izvedeni kao dokazi suda. Jasno je da se ovoj vrsti dokaza ne moze uložiti prigovor relevantnosti jer njih sud uglavnom zahtijeva samo u situacijama kada je neko pitanje ostalo nerazriješeno.

Jedan od problema, istakao je predavač, koji se sve češće počinje javljati pred Sudom BiH jeste situacija kada se radi o odbranama u predmetima u kojima ima više optuženih. Naravno, u idealnim situacijama se odbrane ne nalaze u koliziji, tako da si uzajamno ne prigovaraju na određene dokaze. Međutim, ostaje pitanje šta da se radi kada određeni dokazi pomažu jednoj, a idu na štetu druge odbrane. Jasno je da se ovdje radi o taktičkoj odluci šta uraditi, s obzirom da sukob odbrana bilo kakve vrste ide na ruku samo jednoj strani u postupku, a to je Tužilaštvo.

Strategija vođenja predmeta razvija se iz teorije predmeta. Iz te teorije predmeta proizilaze i prigovori koji se ulažu tijekom suđenja, pa tako, prilikom ulaganja prigovora, treba paziti da isti bude usklađen sa teorijom predmeta. Dakle, ukoliko neki dokument apsolutno ne nanosi štetu konceptu odbrane, prigovaranje njegovom uvođenju u spis zaista nema nikakvu svrhu. Nekada se može dogoditi da suprotna strana postavlja takva pitanja svjedocima, ili u spis ulaže materijalne dokaze za koje se čini da postoji osnova za prigovaranje. Međutim, prije ulaganja prigovora nužno je razmisliti da li će se odgovor na to pitanje ili ulaganje tog dokumenta negativno odraziti na ono što odbrana pokušava dokazati.

Prilikom odlučivanja da li prigovoriti ili ne, treba imati na umu i proces donošenja odluke. Naime, tijekom glavnog pretresa, branilac često nema vremena za procjenu da li je ulaganje prigovora svrsishodno, jer za odluku o prigovoru na raspolaganju ima samo par sekundi. Na primjer, tijekom ispitivanja svjedoka, ukoliko branilac smatra da pitanje suprotne strane iz nekog razloga zaslužuje prigovor, da bi isti bio svrsishodan, mora biti iznesen prije nego što svjedok odgovori na pitanje. Proces donošenja odluke o ulaganju prigovora u osnovi ima tri faze: prepoznavanje da postoji razlog za prigovaranje povodom nekog pitanja, dokaza ili sl. (ovo je obično nešto što branioci instinktivno znaju jer neka pitanja jednostavno „zvuče“ pogrešno), zatim formulisanje prigovora u smislu iznalaženja adekvatnog obrazloženja kojim će biti potkrijepljen, te na kraju, procjena da li konkretni prigovor uopšte vrijedi ulagati, obzirom da nema prevelike koristi od ulaganja prigovora kojeg suprotna strana može lako riješiti preformulacijom svog pitanja ili ukoliko informacija koju će suprotna strana dobiti na osnovu svog neodgovarajućeg pitanja ne čini štetu konceptu odbrane. Sudije će najčešće prepoznati o kakvom se prigovoru radi i bez nekog opširnog obrazloženja, pa je dovoljno da branilac u par

rečenica ukaže na razloge ulaganja prigovora.

Predavač je naglasio da je, prilikom donošenja odluke o prigovoru, najvažnije planiranje. S obzirom da je suprotna strana, sukladno pravilima ZKP-a, obavezna da unaprijed objelodani relevantne dokumente kao i izjave svjedoka, branilac može unaprijed planirati moguće prigovore.

Što se tiče načina prigovaranja, ono mora biti: jasno, koncizno, pravovremeno i vidljivo. Prigovori se mogu uložiti standardnim metodom, tj. ustajanjem i izgovaranjem riječi: „Prigovor, časni Sude"; Ili „Prigovor relevantnosti, časni Sude". U većini slučajeva je to dosta jednostavno i vijeće će odmah shvatiti šta želite reći. Međutim, postoji mogućnost i da se ulaganje prigovora pretvori u raspravu, što se ne bi trebalo dešavati jer se prigovorima ne bi trebao osporavati cijeli slučaj suprotne strane, već samo određeno pitanje, dokument i sl. Postoji i mogućnost ulaganja tzv. „stalnog prigovora",. Ovaj prigovor se ulaže na način stranka u postupku zamoli vijeće da se u zapisnik unese njen stalni prigovor na određeno pitanje, kako ista ne bi stalno ustajala i ulaganjem prigovora usporavala odvijanje glavnog pretresa. Primjer situacije u kojoj se može uložiti „stalni prigovor: Svjedok se ne može sjetiti imena lica koja su se s njim nalazila tijekom predmetnog događaja, pa suprotna strana postavlja pitanja tipa: „Sjećate li se da je s Vama bila osoba XY?", „Sjećate li se da je s Vama bila osoba XX", „Sjećate li se da je s Vama bila osoba XXY?" U takvoj situaciji, umjesto da na svako pitanje ulažete prigovor protiv ovakvog načina „osvježavanja" sjećanja svjedoka, može se uložiti stalni prigovor na ovakav način ispitivanja. Prigovor mora biti ***jasan***, što znači prije ulaganja istog treba upaliti mikrofon, te glasno dati do znanja vijeću da postoji prigovor o kojem treba odlučiti. Prigovor takođe mora biti ***koncizan***, pa kroz njega ne treba iznositi suvišne komentare i zaključke. Zahtjev da prigovor treba biti uložen ***pravovremeno*** znači odmah po pojavljivanju razloga za njegovo ulaganje, što se posebno odnosi na prigovore koji su u vezi sa ispitivanjem svjedoka. Naime, ako se ulaže prigovor na neko pitanje suprotne strane, ta vrsta prigovora će imati smisla samo ukoliko prigovor bude uložen prije nego što svjedok odgovori na pitanje, jer ukoliko već odgovori, onda prigovor gubi svoj smisao. Zbog toga se vraćamo na ono što je prije rečeno, a to je da prigovori, kao i sve ostalo, moraju biti planirani unaprijed. Naravno, jasno je da se ne može predvidjeti da će suprotna strana tokom direktnog ispitivanja postaviti navodeće pitanje, ali je moguće pripremiti se za osporavanje dokumenata, nalaza i mišljenja vještaka i sl. Konačno, prigovor mora biti ***vidljiv*** jer je cilj upozoriti vijeće na činjenicu da mu se želite obratiti. Vidljivost prigovora može se postići ustajanjem, a čim, s druge strane, također iskazujete i svoje poštovanje vijeću.

Dalje, predavač je naglasio da prilikom prigovaranja treba izbjeći povisivanje glasa, zatim ograničiti "govorne prigovore" na odgovarajuću prigodu, potom izbjegavati obraćanje drugoj strani. Takođe ne treba nastupati isuviše teatralno ili iznositi bilo kakve uvrede.(vidi članove 150. i 242. ZKP BiH). Ovo bi bile neke osnovne napomene o tome kako se iznose prigovori. Kao što je predavač više puta napomenuo, prigovor je obavještenje sudu da između strana postoji neslaganje o određenom problemu. Prigovor ne smije biti shvaćen kao napad na suprotnu stranu. Prilikom ulaganja prigovora, treba se obraćati vijeću, a ne suprotnoj strani. Suprotna strana može odgovoriti na prigovor. Posebno je važno, a istovremeno i teško, izbjeći formulacije koje zvuče uvredljivo za suprotnu stranu. Ako ni na koji način ne možete izbjeći spominjanje suprotne strane, najbolje je samo reći npr: *"Uvaženi kolega, zastupnik optužbe, postavlja već po drugi put navodeće pitanje svom svjedoku, molim Sud za pouku da se ovakav način ispitivanja prekine"* .

Pitanja koja treba imati na umu kada se ulažu prigovori:

a) ***postavljanje pitanja koja mogu dovesti do prigovora*** — da li etično postavljati pitanja koja mogu dovesti do prigovora u nadi da će suprotna strana propustiti da uloži prigovor? (primjer: B: „Da li je istina da ste otpušteni s posla zbog pijanstva?" T: „Prigovor, relevantnost", B: „Povlačim pitanje. (u sebi: „Svakako se nisam ni nadao da ću dobiti odgovor, bilo je bitno samo da kod suda dovedem u sumnju kredibilitet ovog svjedoka")

b) ***ulaganje upitnih prigovora*** — prigovore za koje smo sigurni da ih ne možemo kvalitetno obrazložiti ne vrijedi ulagati. Uzmimo za primjer da suprotna strana ulaže dokument koji je iznimno štetan za našeg branjenika. Ukoliko ne postoji neki od zakonski propisanih prigovora koji je moguće istaći protiv navedenog dokumenta, bolje je ne ulagati nikakav prigovor. Na taj način, ako ništa, nećete skrenuti pažnju svim prisutnim koju važnost pridajete dotičnom dokumentu

c) ***ulaganje „taktičkih prigovora"*** - kod ulaganja „taktičkih prigovora" se ne radi o stvarnom prigovoru, već o prigovoru koji će suprotnu stranu zbuniti, prekinuti joj koncetraciju, tijek ispitivanja, izbaciti je „iz takta". Naravno, ukoliko se ovaj prigovor prečesto koristi, njegov cilj će ubrzo svima postati očit.

Vezano za pitanja na koja možemo stavljati prigovore i za vrste prigovora, predavač je istakao da pažnju treba obratiti na slijedeće:

a. **Navodeće pitanje:** Navodeće pitanje je ono koje već sadrži ili predlaže odgovor. Navodeća pitanja su zabranjena tijekom direktnog ispitivanja, ali dozvoljena za vrijeme unakrsnog ispitivanja. (ukoliko tijekom svog direktnog ispitivanja „dobijemo" ovakav prigovor, relativno je jednostavno preformulisati pitanje).

b. **Spojeno pitanje**: Spojeno pitanje sadrži više pitanja koja se ne tiču nužno iste stvari, odnosno zahtijeva

više odgovora (npr. „Da li se vozilo kretalo lijevom trakom i bljeskalo svjetlima?”)

c. **Preširoka pitanja**: Preširoko pitanje je ono koje nije dovoljno specificirano (npr. pitanje poput „Kada napuštate kuću ujutro?” je preširoko, jer ne specificira dan u sedmici za koji se zahtjeva odgovor.)

d. **Argumentativno pitanje**: Ova vrsta pitanja je formulisana tako da svjedoku sugerira da prihvati sažetak ili zaključak osobe koja mu je postavila pitanje, umjesto da odgovori na njega

e. **Govori**: Od svjedoka se zahtjeva da svjedoče u formi pitanja i odgovora, pa ovakav način ispitivanja garantuje da će suprotna strana imati priliku uložiti prigovor prije nego što svjedok odgovori.

f. **Upitano i odgovoreno**: Stranama u postupku nije dozvoljeno da ponavljaju pitanja koja su već postavljena i na koje je svjedok već dao odgovor, pa tako svako suvišno ponavljanje pitanja za sobom povlači mogućnost ulaganja prigovora.

g. **Donošenje zaključka o činjenicama koje nisu dokazane**: Prigovoru podliježu i pitanja koja sadrže izjavu o činjenicama koje još nisu dokazane. Ova vrsta pitanja se obično postavlja tijekom unakrsnog ispitivanja. Povod za prigovor je činjenica da na ta pitanja ne može biti odgovoreno bez pribjegavanja pretpostavkama.

h. **Rekla-kazala**: U odnosu na ovu vrstu prigovora postoji veliki broj iznimki poput npr.uzbuđenog saopštavanja, stanja uma, bilježenja prošlog sjećanja, službene zabilješke, reputacije osobe, prijašnjeg svjedočenja, izjave na samrti, izjave protiv interesa.

i. **Irelevatnost**: Prigovor irelevantnosti se ulaže u odnosu na dokaze kojima se ne dokazuje ništa ili kojima se dokazuje nešto što nema veze sa pitanjem o kojem se odlučuje.

j. **Karakterni dokazi**: Ukoliko bi tužilac kao dokaz uložio npr. raniju presudu kojom je optuženi oglašen krivim, takav postupak bio bi adekvatan osnov za ulaganje prigovora jer se prijašnjim osudama ne može dokazivati krivica za krivično djelo za koje se trenutno sudi. Naravno, kada je u pitanju odmjeravanje kazne, ovakav dokaz je dopušten. U istu kategoriju dokaza spadaju i pitanja o prijašnjem seksualnom ponašanju, kao i bilo kakva druga pitanja koja se tiču reputacije.

k. **Nedostatak ličnog znanja**: Svjedoci (osim stručnjaka) moraju svjedočiti na osnovu ličnog, čulnog opažanja.

l. **Mišljenje laika**: Laicima je zabranjeno iznositi mišljenja i zaključke u vezi sa pitanjima koja zahtijevaju određeno stručno znanje.

m. **Spekulacije**: Nije dozvoljeno od svjedoka tražiti da špekulišu i nagađaju. Pitanja ove vrste najčešće se postavljaju u formi hipoteze.

n. **Pravilo najboljeg dokaza**: Svaka strana u postupku mora svoju teoriju potkrijepiti najboljim dokazima koji joj stoje na raspolaganju. Dakle, ukoliko se ulaže kopija nekog dokumenta, to zahtijeva i objašnjenje zašto nije pribavljen original. Isto se odnosi npr. na svjedočenje o postojanju nekog dokumenta, ali bez ulaganja dotičnog dokumenta u sudski spis.

o. **Privilegija**: Treba voditi računa o zakonskim iznimkama koje se odnose na lica koja ne mogu/ne moraju svjedočiti, i/ili odgovarati na određena pitanja ukoliko bi ih odgovor na ta pitanja izložio krivičnom gonjenju.

Advokat Kreho je učesnicima seminara gore navedeno ilustrovao kroz nekoliko praktičnih primjera koje u nastavku navodimo:

Npr. U slučaju da advokat postavi pitanje poput: *„Je li istina da je na semaforu bilo upaljeno zeleno svijetlo kada ste prilazili raskrsnici?”,* tužilac će vjerovatno ustati i uložiti prigovor uz obrazoženje da advokat svjedoka navodi na odgovor. Sudija/predsjednik vijeća će ovaj prigovor usvojiti i naložiti advokatu da preformuliše pitanje.Isto tako, ukoliko bi advokat pitao svjedoka o informacijama koje je ovaj dobio od treće osobe koja je bila očevidac događaja, tužilac će uložiti tzv. „rekla-kazala” prigovor koji će sud najvjerovatnije i usvojiti. Takođe, treba imati u vidu da je ponekad moguće opravdati pitanje na koje suprotna strana uloži prigovor relevantnosti, pa tako npr. ukoliko advokat svjedoku postavi pitanje poput *„Da li je istina da ste to jutro prije nesreće imali zakazan važan sastanak?”,* a tužilac na isto uloži prigovor uz obrazloženje da svjedokov poslovni sastanak nije bitan za ono što je predmet krivičnog postupka, advokat može reći da je namjera odbrane da pokaže da je optuženi to jutro brzo vozio zato što je imao zakazan sastanak sa jednim klijentom na koji je u vrijeme nesreće već kasnio, kao i činjenicu da je taj sastanak bio veoma važan za optuženog jer bi njegovo propuštanje za njega značilo veliki poslovni gubitak. Nakon ovakvog obrazloženja sudija/predsjednik vijeća bi trebao odbiti prigovor i dopustiti pitanje.

Predavanje advokata Senada Krehe završeno je obradom jednog veoma značajnog problema, a to je kako odgovoriti na prigovor suprotne strane. Odgovor na prigovor suprotne strane mora biti ***specifičan*** i mora se

ticati isključivo prigovora koji je suprotna strana uložila, pa tako, ako se radi o prigovoru autentičnosti, treba objasniti porijeklo/autentičnost dokumenta. Baš kao i samo ulaganje prigovora, ni odgovor na prigovor suprotne strane nije vrijeme za pravljenje velikih govora. Odgovor na prigovor suprotne strane je također nešto što se može planirati tijekom priprema za suđenje. U tom smislu, najčešći prigovor koji čujemo u praksi je prigovor relevantnosti, na koji je relativno lako odgovoriti: *„Odgovor na ovo pitanje je relevantan, časni Sude, jer doprinosi mom konceptu odbrane, odnosno potvrđuje svjedočenje svjedoka „P“.* Također, nekada može biti strateška odluka uopće ne odgovarati na prigovor suprotne strane, nego jednostavno npr. preformulisati pitanje koje je izazvalo prigovor. Zlatno je pravilo kod ulaganja prigovora da se strane u postupku ovom prilikom ne bi trebale obraćati jedna drugoj, a posebno ne ulaziti u verbalne duele.

U poslijepodnevnoj sesiji seminara predavanje je održao sudija David Re. U svom uvodnom izlaganju sudija je govorio o različitim pristupima u adversarnom i *common law* sistemu kada su u pitanju stranačke dispozicije i samo prigovaranje. Obzirom da je gotovo čitav svoj radni vijek proveo radeći u hibridnom sistemu kakav imamo na MKSJ i na Sudu BiH, razlike između ova dva sistema su mu veoma dobro poznate. Dok se *common law* sistem većinom bazira na precedentima i slučajevima sa vrhovnih sudova, adversarni sistem je u tom pogledu veoma strog i baziran na zakonu. Tu imamo jasno definisane strane, tužilaštvo i odbranu, a sud je taj koji odlučuje npr. da li će dopustiti repliku odbrani. U hibridnim sistemima kao što je ovaj u BiH, svjedoci se mogu pozivati bilo kada u toku postupka. Interesantno je spomenuti da u zemlji sa *common law* tradicijom, u slučaju da poslije iznošenja slučaja tužilaštva sud smatra da slučaj tužilaštva nije dokazan, sud će donijeti presudu i bez provođenja dokaznog postupka odbrane. Nasuprot tome, u adversarnom (stranačkom) sistemu, sud će pitati odbranu da li će izvoditi svoje dokaze, saslušavati svjedoke i sl. Sudija Re istakao je još jednu razliku između ova dva sistema, a to je suočavanje svjedoka, procesnu mogućnost koju *common law* sistem ne poznaje. Međutim postavlja se pitanje koliko je suočavanje svjedoka zaista produktivno, obzirom da u većini slučajeva niti jedan svjedok neće odstupiti od svog prvobitnog iskaza.

Sudija Re dalje naglašava da je prigovaranje posebna vještina koja se treba naučiti. U vezi s tim postavljaju se razna pitanja poput kako i kada prigovoriti, da li je ovaj prigovor neophodan, pomažem li ili odmažem svom klijentu i slučaju i sl. Sudija je naveo jedan primjer sa suđenja pred MKSJ, gdje se stranke kod ispitivanja svjedoka mogu i vremenski ograničiti. U slučaju da je dokaz irelevantan, suprotna strana ima dvije strateške mogućnosti — može ili prigovoriti ili jednostavno dopustiti da protivnik „protraći” taj sat vremena, obzirom da time ni na koji način neće naštetiti njenoj teoriji predmeta. Drugo pitanje se odnosi na ulaganje dokaza za vrijeme dokaznog postupka suprotne strane. Predavač smatra da je takav način ulaganja dokaza koristan jer je ekonomičan, a i olakšava sudu donošenje odluka.

Sudija Re je učesnicima skrenuo pažnju da se prigovori kojima se osporava zakonitost dokaza mogu unaprijed veoma dobro pripremiti, te je preporučio da se to čini pismenim putem. Naglasio je i da mnogi prigovori mogu naštetiti konceptu odbrane, kao i da treba paziti da se prigovaranje ne pretvori u raspravu sa suprotnom stranom. Dalje je sudija preporučio da se stranke prije početka suđenja pokušaju dogovoriti o tome koji su dokazi nesporni, čime će se doprinijeti efikasnosti i ekonomičnosti postupka, što će sud svakako znati cijeniti. Ukoliko je pak strategija odbrane da ne sarađuje previše sa tužiocem, predavač je konstatovao da bi bilo pohvalno, posebno ako se radi o složenom predmetu, da se dokazi grupišu prema vrsti prigovora koja se na njih ulaže, odnosno da se dokazi na koje nema prigovora jednostavno uvedu u spis.

Isto tako može se desiti da se stranke u pogledu nalaza vještaka slažu samo s jednim njegovim djelom. U tom slučaju uvijek je moguće dogovoriti se sa suprotnom stranom da se taj dio vještakovog nalaza i dokazi vezani uz njega učine nespornim, čime ćete, s jedne strane pokazati da cijenite vrijeme suda, a s druge sami sebi olakšati posao jer će vam preostati da svoju pažnju usmjerite samo na pobijanje onog dijela nalaza koji je sporan. Sudija je sugerirao advokatima da uvijek insistraju da prigovor koji su uložili uđe na zapisnik čak i onda kada nije usvojen. Ulaganje prigovora „rekla-kazala” je stvar strateške odluke koja zavisi od koncepta odbrane. Što se tiče prigovora na pitanje koje u sebi već sadrži odgovor, to je validan prigovor koji se treba uvijek istaći. Isti je slučaj i kada prigovarate da suprotna strana pogrešno citira ono što je svjedok rekao. U takvim slučajevima bi bilo idealno kada biste to mogli dokazati predočavanjem pismenog iskaza svjedoka, odnosno reprodukovanjem audio zapisa. Također, legitiman prigovor je i onaj koji se ulaže ako svjedok daje svoje mišljenje o nečemu ili zaključuje, s tim da je suvišno prigovarati ukoliko ono o čemu on govori vama ide u prilog ili vam ne šteti. Isto tako, prigovorima su sklona i složena pitanja — neće nikome biti od koristi ako je svjedok na jedno složeno pitanje odgovorio samo sa „da” ili „ne” jer ni vi, a ni vijeće ne znate na koje pitanje je zapravo dao odgovor.

Seminar koji su i predavači i učesnici ocijenili kao vrlo uspješan, završen je razgovorom o aktuelnim pitanjima poput npr. toga da je stadij potvrđivanja optužnice sveden na puku formalnost, čime je i ulaganje prethodnih prigovora izgubilo svoj smisao.

Učesnici seminara u 2009. godini

Žalbeni osnovi u predmetima ratnog zločina

Izvještaj sa seminara kontinuiranog stručnog usavršavanja, pripremila Jasenka Ferizović

Dana 02. oktobra 2009. godine, u organizaciji Odsjeka krivične odbrane održan je još jedan u nizu seminara kontinuiranog stručnog usavršavanja na kojem su predavači bili Dragomir Vukoje, sudija Apelacionog odjeljenja Suda BiH i Kyle Wood, tužilac Ureda tužioca MKSJ.

Sudija Vukoje je u svom dijelu predavanja detaljno obradio žalbene osnove sukladno Zakonu o krivičnom postupku BiH (u daljem tekstu ZKP BiH), te dao korisne savjete vezano za samo obrazlaganje žalbe tokom sjednice apelacionog vijeća. Konstatovao je da strane u postupku često obrazlaganje žalbe svode samo na puko iščitavanje napisanog teksta ili dijelova istog, podcjenjujući govor tijela kao faktor znatno utiče na efekat koji iznesena argumentacija ostavlja na vijeće. Sugerirao je učesnicima da tokom svog izlaganja obrate pažnju na gestikulaciju, izraz lica, kontakt očima, jačinu i boju glasa, te da izbjegavaju upotrebu poštapalica, kao i da iskoriste snagu tišine na način da će, u trenucima koji su ključni, napraviti pauzu u govoru i tako dodatno privući pažnju članova vijeća. Sudija Vukoje je naglasio da je svjestan činjenice da su predmeti ratnih zločina izuzetno složeni i obimni, i da je veoma teško memorirati tekst žalbe i potom ga interpretirati pazeći pritom da prezentacija bude popraćena i svim gore pomenutim efektima, ali je u tom pravcu predložio učesnicima da na sjednici apelacionog vijeća svoje izlaganje ne opterećuju suvišnim detaljima, već da iznesu samo one činjenice koje smatraju najbitnijim. Na taj način će uspjeti zadržati pažnju vijeća i njihova argumentacija će zasigurno polučiti bolji rezultat, jer ne treba zaboraviti činjenicu da su i sudije obični ljudi na koje će koncizno i kvalitetno izlaganje imati snažniji učinak nego višesatno monotono iščitavanje žalbenog podneska zagušenog nepotrebnim detaljima, a koji su članovi vijeća već imali priliku pročitati.

Poslijepodnevna sesija bila je rezervisana za predavanje tužioca Kylea Wooda koji je govorio o obrazlaganju žalbenih osnova. On se u svom izlaganju osvrnuo prvenstveno na praksu MKSJ, ukazavši na određene razlike

koje postoje u odnosu na pravo u BiH. Tako npr., dok prema Pravilu 108.[1] Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ, strana koja želi uložiti žalbu na presudu mora u roku od 30 dana od dana izricanja presude podnijeti najavu žalbe u kojoj će navesti žalbene osnove, odluku koju osporava, greške za koje tvrdi da su učinjene, kao i svoj žalbeni prijedlog, naše procesno pravo uopšte ne poznaje procesni institut najave žalbe. Osim toga, postoje i neke razlike koje se odnose na procesne rokove vezano za ulaganje žalbenog podneska, podneska respondenta i replike na podnesak respondenta. Gospodin Wood je objasnio da strankama, prema članu 25. Statuta MKSJ[2], na raspolaganju stoje samo dva žalbena osnova, i to:

a) greška u primjeni prava koja obesnažuje odluku

b) greška u utvrđivanju činjeničnog stanja zbog koje je došlo do neostvarenja pravde

Vezano za prvi osnov, nije dovoljno da strana koja se na njega poziva samo konstatuje da je došlo do greške u primjeni prava, već mora dokazati da je riječ o greški koja je takvog intenziteta da obesnažuje odluku, te jasno obrazložiti na koji način je do toga došlo i kako takva greška utiče na žalioca. Glede drugog žalbenog osnova, predavač je primijetio da je on veoma sličan članu 299[3]. ZKP-a BiH, jer daje ovlast apelacionom vijeću da zaključak pretresnog vijeća zamijeni svojim, ali pod uslovom da ni jedan razuman presuditelj činjenica ne bi mogao doći do pobijanog zaključka, što je izuzetno visok standard koji se u praksi veoma rijetko ostvaruje. Gospodin Wood je dalje naglasio da žalbena vijeća MKSJ od žalioca očekuju da precizno istakne na koji način je pretresno vijeće pogriješilo i zbog čega smatra da bi apelaciono vijeće trebalo ispraviti tu grešku. U tom pravcu, advokatima je skrenuta pažnja na tzv. „Sažetak odbačenih navoda“ iz predmeta *Brđanin* koji zapravo predstavlja svojevrsni priručnik kojim je Apelaciono vijeće žaliocima dalo do znanja koje argumente smatra toliko slabim da će ih odbaciti bez upuštanja u meritum. Pažljivim ispitivanjem prakse MKSJ, dolazi se do zaključka da su „odbačeni navodi“ prošireni sa prvobitnih osam na slijedećih 14 kategorija:

a) Kategorija 1: Osporavanje činjeničnih nalaza na kojima se ne zasniva osuđujuća presuda *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Martić, paragrafi 16-17.)*

b) Kategorija 2: Argumenti koji pogrešno predstavljaju činjenične nalaze ili dokaze pretresnog vijeća, odnosno koji zanemaruju druge relevantne činjenične nalaze *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Martić, paragraf 18., 155.)*

c) Kategorija 3: Nepotkrijepljene tvrdnje da pretresno vijeće nije pravilno ocijenilo relevantne dokaze odnosno da određenim dokazima nije pridalo adekvatan značaj *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Martić, paragraf 19., 151.)*

d) Kategorija 4: Tvrdnje nepotkrijepljene bilo kakvim dokazima *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Martić, paragraf 20., 154.)*

e) Kategorija 5: Argumenti kojima se osporava oslanjanje odnosno neoslanjanje pretresnog vijeća na konkretan dokaz *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Martić, paragraf 21.)*

f) Kategorija 6: Nepotkrijepljene tvrdnje da je pretresno vijeće propustilo da razmotri relevantne dokaze *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Strugar, paragraf 24.)*

1 Pravilo 108. Pravilnika o postupku i dokazima:
“Strana koja želi da uloži žalbu na presudu mora u roku od trideset dana od dana izricanja presude podnijeti najavu žalbe u kojoj će navesti žalbene osnove. Žalilac takođe treba navesti koji nalog, odluku ili rješenje osporava, tačan datum zavođenja i/ili stranicu transkripta, te u čemu se sastoje greške za koje tvrdi da su učinjene i svoj žalbeni prijedlog. Žalbeno vijeće može, ako mu se podneskom pokaže valjan razlog, odobriti izmjenu žalbenih osnova.”

2 Član 25. Statuta MKSJ:
“1. Žalbeno vijeće rješava po žalbama osoba koje su osudila pretresna vijeća i po žalbama tužioca na sljedećim osnovama:
(a) greška u primjeni prava koja obesnažuje odluku, ili
(b) greška u utvrđivanju činjeničnog stanja zbog koje je došlo do neostvarenja pravde.

2. Žalbeno vijeće može odluke pretresnih vijeća potvrditi, poništiti ili preinačiti. “

3 Član 299. ZKP BiH:
(1)“Presuda se može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja kad je Sud neku odlučnu činjenicu pogrešno utvrdio ili je nije utvrdio.
(2) Nepotpuno utvrđeno činjenično stanje postoji i kad na to ukazuju nove činjenice ili novi dokazi.“

g) Kategorija 7: Argumenti koji su očigledno nerelevantni i koji govore u prilog osporavanom zaključku *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Brđanin, paragrafi 26. i 30.)*

h) Kategorija 8: Osporavanje činjeničnih nalaza tamo gdje je njihova relevantnost nejasna ili gdje je žalilac nije objasnio *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Brđanin, paragraf 31.)*

i) Kategorija 9: Ponavljanje argumenata koji su već izneseni tokom suđenja, bez ukazivanja na grešku pretresnog vijeća *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Galić, paragrafi 10. i 303.)*

j) Kategorija 10: Osporavanje zaključaka pretresnog vijeća bez dokumentovanja svojih navoda *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Galić, paragraf 297.)*

k) Kategorija 11: Tvrdnje o postojanju greške bazirane na dokazima koji uopšte nisu ušli u spis prvostepenog vijeća *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Galić , paragrafi 311-313.)*

l) Kategorija 12: Argumenti koji izlaze iz okvira najave žalbe *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Galić, paragraf 78.)*

m) Kategorija 13: Argumenti koji su izlišni, koji se ponavljaju ili su već sadržani u drugim argumentima *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Galić, paragraf 246.)*

n) Kategorija 14: Podnesci koji su nejasni, kontradiktorni, ili imaju druge formalne i očigledne nedostatke *(presuda Apelacionog vijeća u predmetu Mrkšić, paragraf 17.)*

Dakle, radi se zapravo o listi grešaka koje bi strane u postupku, bez obzira da li je riječ o licima koja postupaju pred MKSJ ili pred nekim drugim sudom, trebale izbjegavati ukoliko žele da sačine adekvatan žalbeni podnesak. U nastavku predavanja tužilac Wood je sa prisutnima podijelio iskustva iz svoje prakse, te im dao nekoliko savjeta o tome kako napisati ubjedljivu žalbu. Kao najvažnije istaknuo je ono što se iz gore navedenih 14 kategorija razloga za odbacivanje žalbenih navoda moglo zaključiti, a to je da slabo obrazložena žalba ima trostruki negativni efekat – kao prvo, šteti klijentu, kao drugo, dodatno otežava zadatak ubjeđivanja vijeća u ispravnost vlastitih tvrdnji, i konačno, kao treće, otežava posao i samom tužiocu i vijeću koji moraju uložiti vanredne napore da odgonetnu šta je zapravo bila intencija žalioca. Predavač se pozvao i na mišljenja eksperata u ovoj oblasti, pa je tako advokatima dao slijedeće sugestije:

a) Budite jednostavni, jasni i što direktniji, i, kako bi sudija Scalia[4] rekao, „cijenite jasnoću više od svih ostalih elemenata stila“ jer „što su jasniji vaši argumenti, to će vašem protivniku biti teže da ih pogrešno protumači“.

b) Iznesite ključne elemente vaše žalbe u onim trenucima u kojima je stepen koncentracije članova vijeća na najvišem nivou. Iako nema sumnje da su sudije sposobni i pametni ljudi, činjenica je i to da oni imaju mnogo posla, pa će utoliko više cijeniti vašu konciznost.

c) Prije nego napišete određeni argument, izrecite ga pred nekim ko ne poznaje slučaj jer ćete tako najbolje utvrditi da li je vaša formulacija dovoljno jasna.

d) Budite svjesni da se sudije kroz svoj posao susreću sa velikim brojem informacija, pa se potrudite da svoj podnesak učinite što razumljivijim i jednostavnijim za memorisanje.

e) Kada se vaši argumenti odnose na činjenična pitanja, nastojte svoje navode što detaljnije ilustrovati, pa tako npr., ukoliko ste tužilac, nemojte reći „optuženi je žrtvama nanio ozbiljne i trajne tjelesne povrede“, nego recite „optuženi je žrtvu udarao po glavi, rukama i nogama metalnom šipkom koja je bila duga jedan metar. Zbog tih povreda oštećeni danas hrama i nije sposoban da podigne predmet koji je teži od deset kg.“

f) Nikada ne napadajte svog protivnika, već njegove tvrdnje. Napadi na ličnost protivnika samo će skrenuti pažnju vijeća sa vaših argumenata.

g) Uvijek nastojte da ostavite sebi dovoljno vremena za uređivanje žalbenog podneska.

U završnom dijelu predavanja, tužilac Wood se osvrnuo na presudu Apelacionog vijeća u predmetu *Krajišnik*, obradivši posebno usvojene žalbene osnove iz žalbenog podneska *Amicus Curiae*. Tako gospodin Collin Nicholls (*Amicus Curiae* u predmetu *Krajišnik*) u svom trećem žalbenom osnovu (podosnov 3 (A), paragrafi

4 Antonin Gregory Scalia, sudija Vrhovnog suda SAD-a

139-140.) navodi slijedeće: *„Vijeće je zaključilo da je postojao UZP ogromnih razmjera koji se sastojao od dviju zasebnih komponenti: rukovodstvene komponente na Palama i „običnih“ učesnika. U vezi sa „običnim“ učesnicima, Vijeće specificira neiscrpnu listu takvih učesnika i poziva se na određene generičke skupine, ne navodeći pojedince. „Vijeće konstatuje da na osnovu dokaza nije moguće u potpunosti navesti sve učesnike tog UZP-a, a čak i kada bi bilo moguće, to ne bi bilo ni poželjno ni neophodno.“ Sudeći po toj tvrdnji, osuđujuća presuda izrečena žaliocu zasniva se na djelima i ponašanju pojedinaca koji se u Presudi ne imenuju i vezi s kojima nije van razumne sumnje pokazano da su sa žaliocem dijelili zajednički plan. Vijeće je propustilo donijeti zaključak o suštinski pravno relevantnoj činjenici koja se tiče merituma, što predstavlja grešku u primjeni prava.“* Apelaciono vijeće je u svojoj presudi konstatovalo da je Pretresno vijeće doista pogriješilo zato što je propustilo konkretno navesti da li su svi ili samo neki od lokalnih političara, vojnika, policijskih komandanata i paravojnih vođa koji se pominju u paragrafu 1087[5]. Prvostepene presude bili članovi UZP-a, te je stoga ovaj žalbeni podosnov i prihvaćen.U žalbenom podosnovu 3 (B), *Amicus Curiae* je, između ostalog, u paragrafu 142. naveo i slijedeće: *„Vijeće je pogriješilo u primjeni prava proglasivši žalioca odgovornim za taj zločin koji obuhvata ubistva, bez da je zaključilo da je žalilac dijelio zajedničku namjeru da izvrši ubistva ili istrebljivanje. Vijeće je u svojoj analizi dokazivalo namjeru pomoću pojma „povratne sprege koordinacije i podrške“. Međutim, Vijeće ne pominje lišavanja života počinjena prethodnih mjeseci, kao ni bilo koji drugi dokaz koji bi pokazao da je žalilac u aprilu 1992. godine imao potrebnu namjeru da izvrši ubistvo.“* Žalbeno vijeće je u paragrafu 177. presude konstatovalo da je Pretresno vijeće počinilo grešku u primjeni prava koja se ogleda u tome da nije donijelo nužne zaključke za osuđujuću presudu Krajišniku u vezi sa dodatnim krivičnim djelima koja nisu bila uključena u prvobitni zajednički cilj UZP-a, te je stoga i ovaj žalbeni podosnov djelimično usvojen i dio osuđujuće presude Pretresnog vijeća za dodatna krivična djela iz tačaka 3., 4. i 5. je ukinut.

Nakon tužiočevog izlaganja uslijedila je diskusija između advokata i predavačâ kojom je i završen seminar.

Komandna odgovornost i UZP

Izvještaj sa seminara kontinuiranog stručnog usavršavanja, pripremila Anja Loga

Odsjek krivične odbrane je dana 16. oktobra 2009. godine u Bijeljini organizovao seminar na temu komandne odgovornosti i udruženog zločinačkog poduhvata. Predavači na seminaru su bili advokati Borislav Pisarević i Tomislav Višnjić.

Advokat Pisarević je svoje izlaganje započeo samom definicijom komandne odgovornosti. Krivična odgovornost nadređenih proizilazi ili iz direktnih radnji i postupaka nadređenog ili iz njegovih kažnjivih propusta. Jasna je krivična odgovornost nadređenog lica koje je izdalo protivzakonito naređenje, odnosno, naredilo da se počini neko krivično djelo. Ono što je propisano u novom Krivičnom zakonu BiH (član 180 stav 2) je krivična odgovornost nadređenog koji nije spriječio zločin podređenog ili podređenog nije odvratio od nezakonitog ponašanja, te svoje podređene koji su počinili takva djela nije kaznio.

Što se tiče historijskog razvoja komandne odgovornosti, nužno je spomenuti, istakao je predavač, da iako se komandna odgovornost kao takva ne pominje u Statutima Nirnberškog i Tokijskog suda, a to pitanje nije bilo obrađeno niti u Zakonu broj 10 Kontrolnog savjeta, u velikom broju postupaka protiv prvenstveno japanskih i njemačkih vojnih vođa, vojni sudovi i tribunali su se oslanjali na princip komandne odgovornosti za nečinjenje kao valjanu osnovu za pripisivanje pojedinačne krivične odgovornosti nadređenima za krivična djela podređenih. Na primjer, pred Međunarodnim vojnim sudom u Nirnbergu, komandna odgovornost je proširena tako da uključuje i civile, pa npr. u slučaju agresivnog rata, trebalo je ispuniti zahtjev da je optuženik bio ¨vođa¨, ¨planer¨ ili da je ¨pripadao političkom nivou¨ da bi bio osuđen po ovoj osnovi. Zanimljivo je spomenuti i zaključak suda u predmetu Soemo Toyoda, kad je sud zaključio: *„Najprostije rečeno, može se kazati da ovaj sud vjeruje da se princip komandne odgovornosti sastoji u tome da, ako je optuženi znao ili je, da je uložio razumnu količinu truda, trebao da zna za počinjenje zvjerstava od strane njegovih neposrednih ili drugih podređenih, koja su bez ikakve sjenke sumnje dokazana pred ovim Sudom, ili pak za postojanje prakse koja bi*

5 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu Krajišnik, IT-00-39-T; 27.septembar 2006, str.391; paragraf 1087.: “Vijeće konstatuje da se UZP čiji je učesnik bio optuženi sastojao od osoba koje su se nalazile po cijeloj teritoriji republike bosanskih Srba. Na Palama se nalazila rukovodstvena komponenta te grupe i u njoj su, pored ostalih, bili optuženi, Radovan Karadžić, Biljana Plavšić, Nikola Koljević, Momčilo Mandić, Velibor Ostojić, Mićo Stanišić i, od 12. maja 1992., general Ratko Mladić. Obični učesnici UZP-a bili su lokalni političari, vojni i policijski komandanti, paravojne vođe i drugi. Njihova baza bile su regije i opštine republike bosanskih Srba i oni su održavali tijesne veze s Palama.”

takva zvjerstva omogućila, te ako je svojim propuštanjem da preduzme neki korak da kazni počinioce omogućio da se zvjerstva nastave, nije izvršio svoju dužnost kao komandant i mora biti kažnjen."

U u članu 180. st. 2 Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine propisano je slijedeće: „Činjenica da je neko od krivičnih djela iz člana 171. do 175. i člana 177. do 179. ovog zakona učinjeno od strane podređenog, ne oslobađa njemu **nadređenu osobu** od krivične odgovornosti ukoliko je ta određena osoba **znala ili mogla znati** da se njen podređeni sprema učiniti takvo djelo, odnosno da je već učinio takvo djelo, a nadređena osoba je propustila da preduzme **nužne i razumne mjere da spriječi učinjenje krivičnog djela, odnosno da učinitelj tog djela bude kažnjen."** Također, u članu 7. stav 3. Statuta MKSJ propisano je: Ukoliko je neko od djela navedenih u članovima od 2. do 5. ovog Statuta počinio podređeni, njegov nadređeni ne može biti oslobođen krivične odgovornosti ako je znao ili je bilo razloga da zna da se podređeni sprema počiniti takva djela ili da ih je već počinio, a on nije preduzeo nužne i razumne mjere da spriječi takva djela ili kazni počinioce. Prema članu 180. (2) KZ BiH, ali i jurisprudenciji MKSJ i MKSR, da bi lice moglo biti oglašeno krivim sukladno doktrini komandne odgovornosti, moraju biti ispunjeni slijedeći uvjeti :

- odnos podređeni-nadređeni
- znanje ili razlog da se zna da se podređeni sprema učiniti ili da je već učinio takva djela
- propust nadređenog da poduzme neophodne ili razumne mjere da spriječi takva djela ili da kazni počinioce

Doktrina komandne odgovornosti objašnjena u presudi *Mucić et al (predmet Čelebići)* i jurisprudenciji MKSJ je od tada pratila osnovne definicije, tj.elemente koje su u tom predmetu razvijeni. Na samom početku analize komandne odgovornosti Vijeće je u presudi *Čelebići* primjetilo da *"uslov da postoji odnos nadređeni-podređeni, koji po riječima Komentara Dopunskog protokola I treba posmatrati "u sklopu hijerarhije koja obuhvata pojam kontrole," postaje naročito problematičan u situacijama kao što je bila ona u bivšoj Jugoslaviji tokom predmetnog perioda, tj. u situacijama gdje dolazi do raspada dotadašnjih formalnih struktura i gdje, u prelaznom periodu, nove, možda i improvizovane, strukture komande mogu biti nedorečene i nedefinisane". (*presuda u predmetu *Čelebići*, par. 354.) Na temelju toga, Vijeće je dalo istu važnost i *de facto* i *de jure* odnosu podređeni-nadređeni. Sukladno jurisprudenciji MKSJ, '**nije bitno da li je ta moć [nadređenog] bazirana na *de jure* ili *de facto* poziciji'**.(presuda u predmetu *Orić*, par.309;) Nadalje, u presudi *Čelebići* se navodi i slijedeće: *'Doktrina komandne odgovornosti je u konačnici zasnovana na moći nadređenog da kontroliše postupke svojih podređenih.'*(presuda u predmetu *Čelebići*, par.377.) a *'za primjenu principa odgovornosti nadređenog neophodno je da nadređena osoba ima efektivnu kontrolu nad osobama koje su počinile prvobitna kršenja međunarodnog humanitarnog prava, u smislu da je imala stvarnu mogućnost da spriječi i kazni izvršenje tih prekršaja.'(*presuda u predmetu *Orić*, par. 309)

Drugi element komandne odgovornosti je znanje optuženog. Predavač je naglasio da nadređeno lice može biti odgovorno samo ukoliko je znalo ili imalo razloga da zna da se njegovi podređeni spremaju da počine zločin ili su ga već počinili.

Stvarno znanje. Što se tiče stvarnog znanja optuženog, vijeće MKSJ u predmetu *Čelebići* kaže da '*u nedostatku direktnih dokaza o tome da je nadređeni znao za krivična djela podređenih, takvo znanje se ne može pretpostaviti, već se mora utvrditi putem indicija.'* (presuda u predmetu *Čelebići*, par. 386.).

Imputirano znanje. U slučaju da stvarno znanje nadređenog nije dokazano, bilo direktno ili kroz indicije, onda postoji drugi test koji se tiče *mens rea* u komandnoj odgovornosti, tj., da li je nadređeni imao razloga da zna da se podređeni spremaju da počine ili da su već počinili određene zločine. U takvim slučajevima, *'Nema nikakve sumnje da nadređeni koji jednostavno ignoriše informacije koje de facto posjeduje, a koje neizbježno navode na zaključak da su njegovi podređeni izvršili, ili će izvršiti krivična djela, krajnje ozbiljno zanemaruje svoju dužnost, za što ga se može smatrati krivično odgovornim po doktrini o odgovornosti nadređenog. Za razliku od toga, stvari postaju neizvjesne kad nadređeni takvih informacija nema zbog toga što ne nadgleda svoje podređene na adekvatan način.'*(presuda u predmetu *Orić,* para. 321; presuda u predmetu *Blaškić*, par. 332)

Treći uvjet je propuštanje nadređenog da spriječi ili kazni svoje podređene. Čitajući zakon, vidimo da su propisane dvije tačno određene dužnosti: prvo, ako je nadređeni informisan da će njegovi podređeni počiniti određene zločine, onda ima dužnost da to **spriječi**. S druge strane, ako je nadređeni saznao za zločine nakon što su počinjeni, onda mu je dužnost da **kazni** odgovorne. Kakogod, ove dvije dužnosti su **konzekutivne a ne alternativne**, što znači da nadređeni ima obavezu da djeluje odmah po primitku informacije da će zločini biti počinjeni ili da su već bili počinjeni. To je potvrđeno u mnogim presudama MKSJ. (vidi npr. Presudu u predmetu *Stakić* , par. 461). „*Kao prirodna posljedica kriterijuma koje je Pretresno vijeće prihvatilo o konceptu nadređene osobe, zaključujemo da se nadređenog treba smatrati krivično odgovornim za to što nije preduzeo one mjere koje su u granicama njegovih materijalnih mogućnosti."* (presuda u predmetu *Čelebići,* par. 395.)

Advokat Pisarević zaključuje da posjedovanje *de jure* ovlaštenja samo po sebi ne mora biti dovoljno za utvrđivanje komandne odgovornosti, ako se ne manifestuje u stvarnoj kontroli, iako sud može pretpostaviti da posjedovanje *de jure* ovlaštenja *prima facie* podrazumijeva stvarnu kontrolu, u slučaju da se ne dokaže suprotno. Što se tiče odnosa nadređeni-podređeni, zahtijeva se da komandant ima "stvarnu kontrolu" odnosno

bitne ovlasti da spriječi krivična djela ili kazni kriminalno ponašanje. S tim u vezi, dovoljna je i privremena stvarna kontrola u relevantnom vremenskom periodu.

Pretresna vijeća MKSJ su ustanovila određene radnje koje spadaju u "bitne ovlasti" nadređenih, a koje obuhvaćaju: utvrđivanje relevantnih činjenica nekog događaja, otvaranje istrage ako se dogodi krivično djelo, prijavljivanje krivičnog djela nadležnim vlastima, hapšenje počinitelja i njihovo disciplinovanje, razrješenje podređenih komandanata, raspuštanje cijele jedinice počinitelja, te, kao posljednje sredstvo, i upotrebu sile protiv počinitelja.

Znanje kao element komandne odgovornosti sastoji se u tome da kod optuženog postoji psihički element iz člana 7. stav 3. Statuta MKSJ, tj. da je "znao" ili "morao znati" da je podređeni počinio krivično djelo ili se spremao da ga počini, kao i to da je nadređeni morao imati opće informacije koje bi mu ukazale na krivična djela koja su počinili njegovi podređeni. Te informacije mogu predstavljati "stvarno saznanje" ili "saznanja koja upućuju na potrebu za rasvjetljavanjem". Indicije mogu varirati zavisno od geografske i vremenske distance između nadređenog i dotičnog zločina, pa što je distanca manja, to je manje indicija potrebno da se utvrdi postojanje stvarnog saznanja. Karakterne crte podređenih i nedostatak uputa podređenima mogu ukazivati na to da je nadređeni imao potrebno znanje. Informacije koje su dovoljne da optuženog navedu na dalje rasvjetljavanje događaja ne moraju biti takve prirode da same po sebi nameću zaključak da se zločin dogodio. Pretresno vijeće u predmetu Čelebići je zaključilo: *"Dovoljno je da su informacije nadređenog navele na dalje istrage, ili drugim riječima, da su ukazale na potrebu dodatne istrage kako bi se utvrdilo da li su njegovi podređeni počinili ili se spremaju počiniti krivična djela."* Potrebno je samo da su relevantne informacije bile na raspolaganju ili u posjedu nadređenog. Nije neophodno da se nadređeni zaista i upoznao s tim informacijama.

Sprečavanje i kažnjavanje kao mjere koje je nadređeni dužan poduzeti nisu alternativne, nego konzekutivne, a koje su to "neophodne ili razumne mjere" zavisi od okolnosti svake pojedinačne situacije. Adekvatnost tih mjera proporcionalna je bitnim ovlastima nadređenog za sprečavanje ili kažnjavanje. Komandanti imaju obavezu da kazne počinitelje zločina kad su ti počinitelji njihovi podređeni i kad saznaju za takve zločine.To često otvara pitanja koja spadaju u djelokrug vojnog pravosuđa ili drugih vidova domaćeg zakonodavstva. U Odluci po interlokutornoj žalbi u predmetu *Hadžihasanović i Kubura* stoji da se krivična odgovornost ne može pripisati u situacijama kada komandant nije bio nadređeni počinitelju u vrijeme izvršenja krivičnog djela čak i kada se radi samo o propustu da se isti kazni. Iako se optuženi može teretiti i za naređivanje zločina i za komandnu odgovornost za zločine, on ne može biti osuđen po oba ova vida krivične odgovornosti. Za isto krivično djelo Dakle, optuženi ne može biti osuđen zbog naređivanja zločina i nesprečavanja zločina kojeg je on naredio odnosno nekažnjavanja počinioca zločina kojeg je on naredio.

Po završetku svog predavanja, advokat Pisarević se osvrnuo na neka otvorena pitanja koja se javljaju u našem pravosuđu, prvenstveno na Sudu BiH, **a tiču se** vojne odnosno civilne komande, retroaktivne primjene KZ BiH i povezanosti udruženog zločinačkog poduhvata i komandne odgovornosti.

Popodnevnu sesiju seminara nastavio je advokat Tomislav Višnjić, predavanjem na temu udruženog zločinačkog poduhvata.

Član 7.(1) Statuta MKSJ pod nazivom "Individualna krivična odgovornost" predviđa slijedeće: *"Osoba koja je planirala, podsticala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i podržala planiranje, pripremu ili izvršenje nekog od krivičnih djela navedenih u članovima 2. do 5. snosi individualnu odgovornost za to krivično djelo."* Sudska praksa MKSJ pod pojmom "počinjenje" iz člana 7. stav 1. podrazumijeva i saučestvovanje u udruženom zločinačkom poduhvatu. Postoje tri vrste UZP-a. Prvi oblik je UZP I ili "Osnovni" - kod ovog oblika UZP-a svi učesnici, koji djeluju u skladu sa zajedničkim ciljem, posjeduju istu namjeru da počine zločin ili osnovno krivično djelo, a počinilac zločina ili osnovnog krivičnog djela je jedan ili više učesnika ili druge osobe koje djeluju po njihovom naređenju. UZP II ili "Sistematični" se odnosi na slučajeve u kojima optuženi ili drugi učesnici UZP-a, u cilju ostvarivanja zajedničkog zločinačkog cilja, iskoriste osobe koje pored toga (ili umjesto toga) što izvršavaju *actus reus* zločina/djela koja su dio zajedničkog cilja, počine i zločine/djela koja prevazilaze okvir tog cilja. I konačno, UZP III ili "Produženi" - optuženom se može pripisati odgovornost i za krivična djela koja prevazilaze okvire zločinačkog cilja pod uslovom da je učestvovao u zajedničkom zločinačkom cilju sa namjerom da ga pospješi, i ukoliko je (a) bilo predvidivo počinjenje takvih drugih zločina, te (b) ukoliko je on samovoljno prihvatio taj rizik.

Sve tri kategorije imaju ove zajedničke elemente: više osoba; zajednički plan, namjeru ili cilj koji se svodi na ili obuhvata počinjenje zločina/osnovnog krivičnog djela predviđenog Statutom, te učešće optuženog u zajedničkom planu, namjeri ili cilju. Što se tiče zajedničkog plana/cilja, on se može se ostvariti spontano. Njegovo postojanje se može zaključiti iz ukupnosti okolnosti, uključujući način na koji su zločini počinjeni (obrazac). Nije potrebno predočiti dokument o postojanju zajedničkog plana ili cilja.

Kada govorimo o učešću u UZP-u, fizički čin/prisustvo nije nužno, a može se učestvovati i propuštanjem. Potrebno je samo djelovati (ili propustiti djelovanje) *"na određeni način…koji je usmjeren ka ostvarenju zajedničkog plana ili cilja".* Također, doprinos ne mora biti veliki, ali treba biti "značajan". Za psihološki element za svaku od tri kategorije UZP-a potrebna je određena distinkcija između elemenata. (Vidi presudu Pretresnog vijeća MKSJ u predmetu *Milutinović i dr.)*

Predavač ističe da se kod zločina kao što je progon zahtijeva posebna namjera, pa pomagač ili podržavalac mora biti svjestan da su zločini koje potpomaže ili podržava izvršeni sa posebnom namjerom. Kod komandne odgovornosti iz člana 7. (3) Statuta, nadređeni ne može biti oslobođen krivične odgovornosti ako je znao ili je bilo razloga da zna da podređeni namjerava da izvrši zločin ili da ga je već izvršio. Stvarno znanje vojnog komandanta može se lakše dokazati ako je on dio organizovane strukture. U slučaju neformalnih komandanata, standard dokazivanja stvarnog znanja će biti viši. Što je nadređeni fizički udaljeniji, potrebno je više dodatnih indicija da se dokaže da je znao za zločine. Nadređeni će biti odgovoran ako je imao informacije koje su ukazivale na moguće izvršenje zločina od strane potčinjenih. Kod krivičnog djela genocida iz članova 4(3) (a) / 2(3)(a) Statuta, mora postojati direktna ili indirektna namjera da se izvrši zločin. Postojanje posebne namjere ogleda se u zavjeri da se izvrši genocid. (članovi 4(3) (b) / 2(3)(b) Statuta). Grupa koja je napravila dogovor da se počini genocid, mora imati zajedničku namjeru za izvršenje genocida. Izvršilac mora svojim radnjama podsticati drugog na izvršenje genocida, stvarajući kod njega nepohodnu *mens rea*. Izvršilac mora imati posebnu namjeru za izvršenje genocida.

Predavač se osvrnuo na zakone koji propisuju UZP na sličan način, pa je tako spomenuo i KZ BiH (član 180.), zatim Zakon o dogovoru za počinjenje krivičnih djela SAD-a; Statute "RICO" (*Racketeer Influenced* and *Corrupt Organizations)* i "CCE" (The continuing criminal enterprise)

U nastavku seminara, advokat Višnjić je govorio o pomaganju i podržavanju udruženog zločinačkog poduhvata. Fizički element pomaganja i podržavanja podrazumijeva da mora biti dokazano da je optuženi obezbijedio praktičnu pomoć, ohrabrenje ili moralnu podršku učiniocu krivičnog djela. Takva praktična pomoć, ohrabrenje ili moralna podrška imaju bitan efekat na izvršenje zločina. Optuženi može da pruži pomoć i podsticaj ne samo putem činjenja, već i putem nečinjenja. Također, pomoć će postojati i ako postoji zakonska dužnost djelovanja, ako optuženi ima mogućnost da djeluje, te ako ne djeluje bilo sa namjerom ostvarivanja kriminalnih posljedica ili uz svijest i saglasnost da će posljedice nastati, ako nečinjenje rezultira izvršenjem zločina.

Predavač je istakao da optuženi može pomoći i podstaći učinitelje u jednoj ili više od tri moguće faze zločina – „planiranje, priprema ili izvršenje"" – i pružiti praktičnu pomoć, ohrabrenje ili moralnu podršku prije, u toku ili nakon što se zločin dogodi. Ne traži se dokaz plana ili sporazuma između pomagača i podstrekača i neposrednog ili posrednog izvršioca. Isto tako, nije nužno da pomagač/podržavalac zna za tačno krivično djelo koje je bilo namjeravano i koje je na kraju počinjeno. Ako je svjestan da će neko od više krivičnih djela vjerovatno biti počinjeno, a onda se jedno od tih krivičnih djela i počini, on je namjeravao da pomogne izvršenju tog krivičnog djela i kriv je kao pomagač i podržavalac. *Actus reus* pomaganja i podržavanja podrazumjeva da podrška pomagača i podržavaoca ima znatan uticaj na počinjenje krivičnog djela. Optuženi mora znati da njegovo djelovanje ili propuštanje da djeluje pomažu neposrednom ili posrednom učiniocu u izvršenju krivičnog djela.

"Jednostavno osudite sve!": udruženi zločinački poduhvat III

Actus non facit reum nisi mens sit rea, pripremila Nina Kisić

U predmetima pred *ad hoc* tribunalima sve se više pridaje važnost doktrinama udruženog zločinačkog poduhvata (u daljem tekstu UZP) i komandne odgovornosti (u daljem tekstu KO) kojima se obuhvaćaju i oni koji možda nisu direktni počinitelji zločina (takozvani indirektni počinitelji). Ovaj trend je također sve prisutniji u predmetima pred Sudom Bosne i Hercegovine[1].

Obje doktrine mogu biti korisne metode optuživanja i mogućeg osuđivanja osoba koje bi u protivnom izbjegle krivično gonjenje. Međutim, u slučaju njihove neprimjerene primjene legitimnost svih sudova koji ove doktrine primjenjuju može biti dovedena u pitanje, a na praksu Suda BiH bačena mrlja zbog podrivanja i ugrožavanja utvrđenih principa pravičnosti[2].

Ovo ocrtavaju dva osnovna elementa za svako krivično djelo: za svako krivično djelo postoji *actus reus*, odnosno fizička radnja koja predstavlja krivično djelo, i *mens rea*, odnosno subjektivni element počinitelja koji može biti različite vrste.

Kada su *ad hoc* sudovi započeli rad, postojala je praksa pripreme i podizanja optužnica koje su bile u najmanju ruku neprecizne. Nažalost, čini se da je Sud BiH[3] u tom pogledu potaknut praksom Tužiteljstva MKSJ (iako su neke procedure Tužiteljstva MKSJ odlične – vidi Priručnik o razvijenim sudskim praksama MKSJ[4] - ovaj konkretan metod postupanja uzrokuje zabrinutost).

Praksa podizanja optužnica sa neodređenim/nejasnim vidovima odgovornosti, kao i korištenje proširenja krivične odgovornosti općenito može biti rezultat tužiteljske težnje da se osigura što više osuđujućih presuda. To samo po sebi nije problematično, jer je osiguravanje osuđujućih presuda osnovni zadatak tužiteljstva. Međutim, iako ovo samo po sebi ne predstavlja problem, on se može pojaviti ukoliko želja da bude donijeta osuđujuća presuda preraste u preširoko optuživanje. Razmotrimo na primjer situacije u kojima tužitelji optuže osobu za odgovornost za krivična djela po svakom mogućem članu, a zatim odaberu koje aspekte će iznijeti ili zanemariti na glavnom pretresu, ili ne naprave nikakav izbor i ostave pretresnom vijeću da o tome odluči. Ovakva se strategija može očekivati, jer će tužitelj vjerovatno koristiti svaku moguću priliku za dobivanje osuđujuće presude. Osuđujuće presude donose priznanje Sudu (i što je još bitnije Tužiteljstvu), te veće pohvale zbog pripisivanja krivice pojedincima za zločine koji su se dogodili tokom rata. Naravno, jasno je da osuđujuće presude, premda bitne, nisu jedina svrha suđenja za ratne zločine. Druga bitna svrha takvih suđenja je istina i pomirenje koji se mogu postići samo pravičnim suđenjima[5].

Postoji značajna razlika između rada Suda BiH i MKSJ i MKSR. Orijentiranost Tribunala na rezultat ima smisla, s obzirom na Strategiju okončanja rada UN koja određuje rok za rad svih *ad hoc* sudova. Ovakav pristup, naravno, nema smisla u suđenjima pred Sudom BiH, jer se primjenjuje Krivični zakon BiH[6] i ne postoji „rok" nakon čijeg isteka bi Sud BiH prestao s radom[7].

1 Za ilustraciju, ako se usporede optužnice koje je podiglo Tužiteljstvo BiH dolazimo do sljedećih rezultata: 2005. godine od ukupno 6 optužnica samo jedna je sadržavala UZP, 2006. godine taj broj je porastao na 5 od ukupno 21 optužnice, 2007. godine 6 od ukupno 16 optužnica, 2008. godine 10 od ukupno 24 optužnice i 2009. godine 6 od ukupno 16 optužnica. Što se tiče presuda, 2005. godine donesena je samo jedna i UZP nije bio predmet te presude, 2006. godine doneseno je 8 presuda od kojih ni jedna nije sadržavala UZP, 2007. godine doneseno je 10 presuda i još uvijek se nije pojavio UZP, a onda se situacija mijenja u 2008. godini i od ukupno 21 donesene presude u 8 se navodi UZP kao vid odgovornosti. U 2009. godini se UZP pojavljuje u 5 od ukupno 12 presuda.

2 Kada se govori o praksi Suda BiH treba imati na umu jednu stvar, a to je da je Sud BiH domaći sud koji radi u skladu sa domaćim zakonima i to u veoma legalističkoj zemlji. Također, UZP po mišljenju autora ovog teksta ne može predstavljati iznimku sukladno članu 7. stav 2. EKLJP, jer je očigledno da UZP nije krivično djelo, već vid odgovornosti.

3 Konkretno, Tužiteljstvo priprema optužnicu, ali sve optužnice mora potvrditi sam Sud.

4 Priručnik o ustanovljenim procedurama MKSJ dostupan je na: http://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/ICTY_Manual_on_Developed_Practices.pdf

5 Autor je naravno upoznat sa drugim instrumentima tranzicijske pravde, ali o njima neće govoriti, pošto se ovaj članak bavi samo pravnim pitanjima.

6 Autor se poziva na Krivični zakon BiH, kao primjenjivi zakon pred Sudom BiH. Ovo ne utiče na činjenicu da je zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja krivičnih djela bio Krivični zakon SFRJ, koji je propisivao većinu vidova odgovornosti po kojima su se mogli osuditi počinitelji ratnih zločina. Iako je u jednom predmetu pred Sudom BiH primijenjen Krivični zakon SFRJ (Kurtović), u svrhe ovog članka autor će se pozivati na Krivični zakon BiH kao primjenjivi zakon, jer još uvijek nije jasno koji će zakon primijeniti druga vijeća Suda BiH (iz presude Žalbenog vijeća u predmetu Kurtović proizilazi stav Apelacionog vijeća da se svaki predmet treba razmotriti *in concreto* u smislu primjene materijalnog zakona).

7 Ovim se ne želi reći da procesuiranje predmeta ratnih zločina ne treba biti što brže, iz raznih razloga: pravne sigurnosti za potencijalne počinitelje, pravde za žrtve, (tužne) činjenice da svjedoci umiru i njihova sjećanja blijede itd.

Cilj ovog članka je da izvrši prilično detaljnu analizu UZP –a (posebno takozvanog proširenog tipa, UZP III), ali ne i da ustvrdi da ovaj institut nema nikakve vrijednosti. UZP je očigledno jedan od vidova odgovornosti[8], ali se po mišljenju autora ovog članka ne bi trebao koristiti neselektivno i bez konkretizacije, kao što je to trenutno slučaj u nekim predmetima koji su okončani ili su u toku pred Sudom BiH.
U skladu s članom 7. stav 1. Statuta MKSJ i članom 6. stav 1. Statuta MKSR, doktrina UZP-a[9] dopušta da se individualna krivična odgovornost pripiše pojedincima koji nisu fizički „izvršili" zločine iz članova 2., 3., 4. odnosno 5. Statuta MKSJ, već su bili dio grupe koju je činilo dvoje ili više ljudi sa zajedničkim ciljem počinjenja tih zločina i koji su na naki način doprinijeli počinjenju tih zločina. Članovi 2. do 5. Statuta MKSJ propisuju krivična djela teških kršenja Ženevskih konvencija, kršenja zakona i običaja ratovanja, genocida i zločina protiv čovječnosti[10].
Svrha instituta komandne odgovornosti jeste da se nadređeni, na primjer, političar ili vojni zapovjednik, smatra zakonski odgovornim za radnje svojih podređenih. Odgovornost nadređenog proizilazi iz člana 7. stav 3. Statuta MKSJ. Po članu 7. stav 3. nadređeni može odgovarati za propust da spriječi ili kazni radnje njegovih podređenih iz članova 2, 3, 4. i/ili 5. Statuta MKSJ, ako je nadređeni znao ili mogao znati da će zločini biti ili su već počinjeni[11]. Radnje podređenih mogu uključivati „*planiranje, poticanje, naređivanje, počinjenje ili pomaganje i podržavanje*" jednog od navedenih krivičnih djela[12].
Bitno je naglasiti da po članu 7. stav 3. Statuta MKSJ, nadređeni nije odgovoran za osnovna krivična djela njegovog podređenog, već je odgovoran za propust da spriječi ili kazni kriminalne radnje podređenog ("*odgovorni za propust da spriječi zločin ili spriječi nezakonito ponašanje [njihovih] podređenih*.")[13].
Svrha doktrine UZP-a jeste da se osigura da se pojedinci koji možda nisu fizički „počinili" krivična djela iz članova 2., 3., 4. i/ili 5. Statuta MKSJ, već su bili dio grupe dvoje ili više ljudi sa zajedničkim ciljem da počine te zločine i doprinijeli izvršenju tih zločina, mogu smatrati odgovornima za iste. UZP se zapravo ne pojavljuje u Statutu MKSJ[14] (kao ni u KZ BiH). Međutim, Žalbeno vijeće MKSJ ga je priznalo kao implicitni dio pojma „počinio" u članu 7. stav 1. Statuta MKSJ[15], pa ako bismo razmatrali ove odredbe analogno, UZP bi potpadao pod pojam „učinio" iz člana 180. stav 1. KZ BiH.
Žalbeno vijeće u predmetu *Tadić*[16] došlo je do dva bitna utvrđenja koja su doktrinu UZP-a uvela u savremeno međunarodno krivično pravo. Prvo, na osnovu prakse nakon Drugog svjetskog rata, međunarodnih konvencija i domaćeg krivičnog prava, Žalbeno vijeće je utvrdilo da je UZP bio dio „*običajnog međunarodnog prava u vrijeme dešavanja u bivšoj Jugoslaviji.*[17]" Drugo, Žalbeno vijeće je utvrdilo da doktrina UZP-a potpada pod značenje pojma 'počinio' u članu 7. stav 1. Statuta MKSJ[18]. Kasnije presude Žalbenog vijeća su potvrdile ovakvo tumačenje člana 7. stav 1. Statuta MKSJ[19].

8 Iako se u dosadašnjim predmetima pred Sudom BiH za UZP teretilo i o njemu odlučivalo po članu 180. stav 1. Krivičnog zakona, što može uzrokovati određenu zabunu, jer su svi drugi vidovi odgovornosti sadržani u drugom dijelu Krivičnog zakona (Opći dio, Glava 5). Član 180. je u takozvanom posebnom dijelu KZ, gdje su navedena konkretna krivična djela, a jasno je da UZP sam po sebi nije krivično djelo, već vid odgovorosti.
9 U 42 optužnice podignute u periodu od 25.6.2001. do 1.1.2004. godine u MKSJ, čak 27 se "eksplicitno zasniva na doktrini UZP-a", a još 7 se na UZP poziva implicitno. To znači da se 81% optužnica potvrđenih u tom periodu zasniva na ovoj doktrini.
10 Postoji mala razlika između člana 7. stav 1. Statuta MKSJ i člana 180. stav 1. KZ BiH. U Statutu MKSJ navodi se riječ "počinio", a u KZ BiH "učini". Ova razlika je semantičke prirode, iako se čini da je tekst KZ BiH bolji, barem u svrhu jasnijeg razumijevanja djela koja su počinjena/učinjena propuštanjem (počinjeno propuštanjem naspram učinjeno propuštanjem).
11 *Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju,* aneks Rezolucije Vijeća sigurnosti br. 827, SC Res 827, UN SCOR, 48th sess, 3217th mtg, UN Doc S/RES/927 (1993), član 7. stav 3. ("Statut MKSJ"); Tužitelj protiv Nasera Orića (Presuda) [2008] IT-03-68-A, 3.7.2008, pasus 21; Tužitelj protiv Zejnila Delalića i dr. (Presuda) [2001] IT-96-21-A, 20.2.2001, pasus 225.
12 *Tužitelj protiv Orića* [2008] IT-03-68-A, pasus 21; *Tužitelj protiv Vidoja Blagojevića i Dragana Jokića (Presuda)* [2007] IT -02-60-A, 9.5.2007, pasusi 280-282
13 *Tužitelj protiv Blagojevića* [2007] IT-02-60-A, pasus 281; *Tužitelj protiv Delalića* [2001] IT-96-21-A, pasus 225.
14 *Statut MKSJ,* član 7. stav 1.
15 Ibidem. Član 7. stav 1. određuje da *'Osoba koja je planirala, poticala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i podržala planiranje, pripremu ili izvršenje nekog od krivičnih djela snosi individualnu odgovornost za to krivično djelo*.'
16 Tužitelj protiv Duška Tadića (Presuda) [1999] IT-94-1-A, 15.7.1999.
17 Tužitelj protiv Radoslava Brđanina (Presuda) [2007] IT-99-36-A, 3.4.2007, pasus 363: "Žalbeno vijeće je u predmetu Tadić zauzelo stav da je u vrijeme zbivanja u bivšoj Jugoslaviji udruženi zločinački poduhvat kao oblik odgovornosti postojao u međunarodnom običajnom pravu. Vijeće se tako izjasnilo nakon što je preispitalo relevantne međunarodne ugovore i nacionalno zakonodavstvo, kao i nekoliko sudskih postupaka u vezi sa ratnim zločinima iz II svjetskog rata, i zaključilo da se na osnovu tih izvora može zaključiti da je UZP kao vid odgovornosti u skladu s načelima krivične odgovornosti u međunarodnom običajnom pravu"
18 Tužitelj protiv Duška Tadića (Presuda) [1999] IT-94-1-A, 15.7.1999., pasusi 187-188
19 Tužitelj protiv Kvočke i dr. (Presuda) [2005] IT-98-30/1-A, 28.2.2005., pasus 79; Tužitelj protiv Krnojelca [2003] IT-97-25-A, 17.9.2003, pasus 73

Tri su kategorije UZP-a: osnovni (UZP I), sistemski (UZP II) i prošireni (UZP III)[20].
Ovaj se članak fokusira na UZP III. Optuženi će biti osuđen za neko krivično djelo po UZP-u III ako je imao namjeru da sudjeluje i doprinese zajedničkom cilju, te:

(a) ukoliko je mogao predvidjeti[21] da bi krivično djelo „*mogao počiniiti jedan ili drugi pripadnici grupe*“[22]; i

(b) ukoliko je optuženi „*svjesno preuzeo taj rizik*“[23] „*pridruživanjem ili daljnjim sudjelovanjem u UZP-u*“[24].

Prošireni oblik udruženog zločinačkog poduhvata primjenjiv je samo na tzv. predvidiva krivična djela, odnosno krivična djela koja su (i) počinjena izvan okvira zajedničkog zločinačkog plana, jer ne čine njegov sastavni dio, ali (ii) su svejedno prirodna i predvidiva posljedica njegovog provođenja[25]. To znači da se može odlučivati da li je optuženi možda također saizvršilac drugih djela koja su, iako izvan okvira zajedničkog zločinačkog plana, prirodne i predvidive posljedice njegovog provođenja, samo ako se utvrdi da je optuženi supočinitelj glavnih krivičnih djela osnovnog ili sistemskog poduhvata[26].
Veliku zabrinutost u vezi sa primjenom UZP-a III u oblasti međunarodnog krivičnog prava izaziva postojanje i objektivne i subjektivne mogućnosti da se učesnik smatra odgovornim za krivične radnje koje nije niti namjeravao izvršiti niti je u njima sudjelovao. Također je nepravedno da se odgovornost stvarnog počinitelja (onog ko je počinio djelo izvan okvira zajedničkog plana) subjektivno preispituje, a da se odgovornost učesnika preispituje objektivno. Ova situacija dovodi do vrlo nelogičnih i očigledno nepravednih rezultata. Zamislimo na trenutak da je zajednički plan ili konačni cilj bio prisilno premještanje osoba jedne nacionalnosti iz njihovog sela, tokom kojeg je jedna ili više žrtava ubijena iz vatrenog oružja. Iako ubojstvo možda nije izričito priznato kao dio zajedničkog plana, u svakom slučaju se moglo predvidjeti da bi prisilno premještanje civila pod prijetnjom oružjem vrlo vjerovatno moglo rezultirati smrću jednog ili više tih civila. Tužiteljstvo će morati izvan razumne sumnje dokazati da je osoba koja je pucala to učinila s namjerom da počini ubojstvo. No, kada se radi o navodnom učesniku u UZP-a III, Tužiteljstvo ne samo da ne mora dokazati *mens rea,* već mora dokazati samo predvidivost.
Štaviše, ako je optuženi zaista učestvovao u zločinima koji su izvan okvira početnog plana “zajedničke nakane“ kao pomagač ili podržavatelj, opravdano će mu šanse za oslobađajuću presudu biti veće, kao što će i optužba morati dokazivati veći stepen svijesti, odnosno da je optuženi znao da će glavni počinitelj posjedovati umišljaj neophodan za dato krivično djelo[27].
Teoretičari su ovo komentirali na slijedeći način: “*Kombinirajući neodređeni stepen učešća sa najmanjim mogućim oblikom* ***mens rea*** *u jednom izuzetno fleksibilnom neselektivnom pristupu u pogledu oblika odgovornosti, sudije MKSR-a i MKSJ-a su stvorile svojevrsnu zamku. Praktično svako ko se našao na pogrešnom mjestu u pogrešno vrijeme, a pripada pogrešnoj etničkoj skupini i radi ono što je prirodno da osoba u toj situaciji radi, može biti odgovoran za genocid, bez obzira što ta osoba nije imala nikakvu kontrolu nad situacijom.*”[28]
Po nekim autorima (kako teoretičarima tako i praktičarima), prošireni oblik udruženog zločinačkog poduhvata bi se mogao primijeniti i u situacijama u kojima optuženi nije svjestan da je počinjenje predvidivih zločina moguća posljedica provođenja zajedničkog zločinačkog plana[29]. Sve dok je optuženi objektivno u poziciji da predvidi tu mogućnost, irelevantno je da li je on zaista predviđa[30].

20 UZP I se pojavljuje kada svi članovi UZP-a, postupajući u skladu sa “zajedničkim ciljem, imaju istu zločinačku namjeru”. Iako svaki član može imati različitu ulogu, moraju postupati u skladu sa zajedničkim planom i imati istu namjeru da počine krivično djelo. UZP II karakterizira “organizirani sistem maltretiranja” uspostavljen radi postizanja zajedničkog zločinačkog cilja. Obično se primjenjuje u kontekstu koncentracionih logora. UZP III se pojavljuje kada jedan član UZP-a počini krivično djelo izvan okvira zajedničkog cilja, ali djelo koje je “prirodna i predvidiva posljedica” provođenja zajedničkog plana.
21 *Tužitelj protiv Brđanina* [2007] IT-99-36-A, pasus 365; *Tužitelj protiv Blaškića* [2004] IT-95-14-A, pasus 33.
22 *Tužitelj protiv Kvočke* [2005] IT-98-30/1-A, pasus 86; *Tužitelj protiv Blaškića,* n 39 na [33];
23 *Tužitelj protiv Brđanina* [2007] IT-99-36-A, pasus 365;
24 *Tužitelj protiv Brđanina* [2007] IT-99-36-A, pasus 365; *Tužitelj protiv Tadića* [1999] IT-94-1-A, pasus 220.
25 *Vidi posebno Tužitelj protiv Tadića,* Presuda Žalbenog vijeća, pasusi 204, 228; i *Tužitelj protiv* Vasiljevića Presuda žalbenog vijeća, pasus 99 i *Tužitelj protiv* Krajišnika Presuda Pretresnog vijeća (vidi gore 24), u pasusu 81;
26 Hector Olasolo: Udruženi zločinački poduhvat i njegov prošireni oblik: Da li saizvršilaštvo koje ukazuje na odgovornost glavnog počinitelja predstavlja pojam akcesorne odgovornosti ili oblik partnerstva u zločinu?, Springer, 2009.
27 *Tužitelj protiv Tadića,* Presuda po žalbi, pasus 229.
28 Linda Engvall, Prošireni udruženi zločinački poduhvat u međunarodnom krivičnom pravu 60 (juni 2005.) (magistarski rad, Univerzitet u Lundu).
29 Cassese Memorandum o prijateljima suda http://www.antoniocassese.it/italiano/reports/Amicus_Curiae_Brief_27_October_2008.pdf pasusi 26–27.
30 Ibid.

Premda ga njegovi zagovornici opravdavaju u svjetlu potrebe da je neophodna posebna pažnja onih koji pristupaju zajedničkim zločinačkim planovima, sudska praksa *ad hoc* sudova konzistentno odbija uvođenje bilo kakvog standarda nehata[31].

U odluci u predmetu *Milutinović*, Žalbeno vijeće je utvrdilo da se udruženi zločinački poduhvat sam po sebi ne smatra zasebnim krivičnim djelom "*nego samo vidom počinjenja nekog od krivičnih dela definisanih u članovima 2. do 5. Statuta*.[32]" U presudi u predmetu *Stakić*, Pretresno vijeće II primjećuje da se u vezi s elementom *mens rea* udruženog zločinačkog poduhvata, u članu 7(1) navode "*samo oblici odgovornosti" koji "ne mogu promijeniti ili zamijeniti elemente krivičnih djela definisano u Statutu,*" a da se naročito "*ne mogu mijenjati uslovi za mens rea u pogledu krivičnog djela navedenog u Statutu*.[33]"

Neke sudije MKSJ-a objeručke prihvaćaju i u potpunosti odobravaju doktrinu UZP-a "*kao efikasnog instrumenta za prevazilaženje problema pripisivanja individualne krivične odgovornosti za zločine propisane međunarodnim pravom*.[34]" Drugi su mišljenja da je koncept 'udruženog zločinačkog poduhvata,' od kako ga je žalbeno vijeće u predmetu *Tadić* stvorilo i inkorporiralo u sudsku praksu MKSJ-a, "*samo izazvao pomutnju i doveo do uzaludnog trošenja vremena.*[35]" Mišljenje Pretresnog vijeća u predmetu *Stakić* je da bi se "*prije no što prijeđemo na razmatranje odgovornosti u smislu pravnog termina "udruženog zločinačkog poduhvata", valjalo nešto izravnije pozabaviti "počinjenjem" u tradicionalnom smislu te riječi*.[36]"

Prema Presudi Žalbenog vijeća u predmetu *Stakić,* za primjenu odgovornosti za treću kategoriju udruženog zločinačkog poduhvata moraju se utvrditi slijedeći elementi:

> " (a) da su počinjena krivična djela van okvira zajedničkog cilja; (b) da su ta djela bila prirodna i predvidiva posljedica provođenja u djelo zajedničkog cilja i (c) da je učesnik udruženog zločinačkog poduhvata bio svjestan da su takva djela moguća posljedica provođenja zajedničkog cilja, te da je s tom sviješću ipak nastavio djelovati na ostvarenju zajedničkog cilja.[37]"

Jedno od pitanja koje se postavlja prilikom primjene UZP-a III kao oblika odgovornosti jeste pitanje da li se pretpostavlja da su dati zločini razumno predvidiva ili moguća posljedica. Ukoliko bi se prihvatio standard moguće posljedice, jasno je da bi se UZP III u potpunosti pretvorio u kolektivnu odgovornost, jer manje - više sve predstavlja moguću posljedicu bilo koje radnje. Ovaj problem je pokrenut pred pretresnim vijećem u predmetu *Tužitelj protiv Karadžića*: "*navode koji se odnose na odgovornost za treći oblik udruženog zločinačkog poduhvata u vezi sa svakom tačkom Optužnice treba odbaciti iz razloga što ovaj Tribunal nema nadležnost da njega procesuira za nenamjeravane radnje koje je „mogao" počiniti neko od učesnika u udruženom zločinačkom poduhvatu, i koje su stoga bile „moguća" posljedica namjeravanog zajedničkog plana. Umjesto toga, relevantan standard prema mišljenju optuženog je da su radnje bile "prirodna" posljedica toga plana, te da ih je stoga optuženi predvidio kao "vjerovatne*"[38]. U vezi sa ovim zahtjevom, Pretresno vijeće je smatralo da najadekvatnija formulacija elementa svijesti trećeg oblika UZP-a ("JCE III") glasi "*razumno predvidive posljedice*[39]" tj. "*predviđanje optuženog da će vjerovatno biti počinjeni zločini izvan glavnog plana", za razliku od formulacije u Optužnici o "mogućoj posljedici*.[40]"

Žalbeno vijeće je u predmetu *Martić* došlo do sličnog zaključka: "*Da bi se optuženi smatrao odgovornim za treću kategoriju UZP-a, nije dovoljno da je on stvorio uslove koji su omogućili činjenje zločina koji nije*

31 *Vidi između ostalog Tužitelj protiv Stakića* - Presuda pretresnog vijeća (fusnota 14 iznad), pasus 587; Tužitelj protiv Stanislava Galića (Presuda) MKSJ-98-29-T (5.12.2003.), pasusi 54– 55; Tužitelj protiv Brđanina — Presuda pretresnog vijeća (fusnota 26 iznad) pasus 386; Tužitelj protiv Nasera Orića (Presuda) MKSJ-03-68-T (30.6. 2006.) pasus 348.

32 *Tužitelj protiv Milutinovića i drugih.*, IT-99-37-AR72, *Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost– udruženi zločinački poduhvat*, 21.5.2003, pasus 44.

33 *Tužitelj protiv Stakića*, IT-97-24-T, Presuda od 31.7.2003, pasus 437.

34 Za sistematičnu pravnu analizu odredbi o 'udruženom zločinačkom poduhvatu' u praksi MKSJ, vidi *Verena Haan*, 'Razvoj koncepta udruženog zločinačkog poduhvata u Međunarodnom sudu za bivšu Jugoslaviju', Komentar međunarodnog krivičnog prava 5 (2005.) 167-201.

35 *Tužitelj protiv Blagoja Simića i drugih, predmet br.* IT-95-9-T, Presuda žalbenog vijeća, 17.10.2003, Izdvojeno i djelimično protivno mišljenje sudije Per-Johana Lindholma, pasusi 2-5: " Ograđujem se od pojma ili doktrine udruženog zločinačkog poduhvata kako u ovom predmetu tako i inače. Pojam takozvanog osnovnog vida udruženog zločinačkog poduhvata, po mom mišljenju, nema nikakav svoj zasebni sadržaj. Riječ je o pukom novom nazivu za pojam ili doktrinu koja je već odavno poznata u većini pravosudnih sistema i u međunarodnom krivičnom pravu, a to je saučesništvo.… Ako je pojam udruženog zločinačkog poduhvata zamišljen tako da osim učešća saizvršilaca obuhvata i nešto drugo, taj pojam je, čini se, u opreci s upotrebom izraza "počiniti" iz člana 7(1) Statuta."

36 *Tužitelj protiv Stakića,* Presuda pretresnog vijeća, pasus 438.

37 *Tužitelj protiv Stakića,* Presuda žalbenog vijeća, pasus 87

38 *Tužitelj protiv Karadžića*, Zahtjev o predvidivosti, pasus 1-4.

39 "Premda se može činiti da je pitanje da li je optuženi trebao predvidjeti da je počinjenje neplaniranih krivičnih djela i djela izvan glavnog plana moguće ili vjerovatno više teoretsko, optuženi u adversarnom sistemu Tribunala ima pravo da zna prije početka suđenja koji će se to subjektivni element primjenjivati po pitanju njegove individualne krivične odgovornosti", *Tužitelj protiv Karadžića*, Odluka o šest preliminarnih zahtjeva kojima se osporava nadležnost, 28.04.2009, pasus 45.

40 Odluka po Podnesku Tužiteljstva kojim se izjavljuje žalba na Odluku Pretresnog vijeća o predvidivosti kod UZP-a III, 25.6.2009, Tužitelj protiv Karadžića, pasus 4.

obuhvaćen zajedničkim ciljem; zapravo je neophodno da je optuženi mogao da predvidi da će doći do takvog zločina i da je on svjesno prihvatio rizik da bi taj zločin mogao biti počinjen.[41]" Ovdje je naglasak na znanju i stanju svijesti optuženog. To predstavlja neophodni suštinski element svijesti. Bitno je ono što je on predvidio.
Treća kategorija UZP-a je posebno kontraverzna jer mnogi nacionalni sistemi ne poznaju odgovornost učesnika u zajedničkom planu za djela koja izlaze izvan okvira zajedničkog cilja[42]. U Njemačkoj, Holandiji i Švicarskoj, na primjer, ovaj oblik odgovornosti nije ugrađen u nacionalne krivične zakone[43].
Još jedan kontraverzni aspekt UZP-a III je njegova primjena na takozvane zločine sa specifičnom namjerom: "*navode u tački 1 (genocid), 2 (genocid)*[44]*, i 3 (progon) Optužnice treba odbaciti jer se odnose na navodnu krivičnu odgovornost optuženog na osnovu odgovornosti za treću kategoriju udruženog zločinačkog poduhvata, koji ne zahtijeva od njega da ima posebnu namjeru neophodnu za počinjenje ovih krivičnih djela. Optuženi nadalje navodi da član 7. stav 1. Statuta ne poznaje upotrebu ovog oblika odgovornosti za osudu njega (ili bilo kojeg drugog optuženog) kao „glavnog počinitelja" krivičnih djela sa specifičnom namjero*m.[45]"
Međutim, Žalbeno vijeće je u predmetu *Brđanin* konkretno odlučilo da se ovaj oblik odgovornosti primjenjuje na krivična djela sa specifičnom namjerom i u tom predmetu nije bilo suprotnog mišljenja, ali je postojalo izdvojeno mišljenje.
Odnos između različitih teorija odgovornosti i adekvatne kazne je već odavno nejasan u međunarodnom krivičnom pravu[46]. Žalbeno vijeće MKSJ-a je tek u skorije vrijeme – jedanaest godina od nastanka Tribunala – zaključilo da "*Žalbeno vijeće smatra da je pomaganje i podržavanje oblik odgovornosti koji, uopšteno uzevši, zahtijeva blažu kaznu od kazne primjerene odgovornosti saizvršioca.*[47]" Osim što je razjasnilo ovu razliku između pomaganja i podržavanja i izvršilaštva, žalbeno vijeće nije eksplicitno kazalo da kazna treba odražavati tačan doprinos pojedinca u UZP-u. Krajnja kazna za optuženog štaviše odražava mnoge faktore pored uloge pojedinca u datom krivičnom djelu: težina krivičnog djela, a ne učešće optuženog, je „primarno polazište" kod odmjeravanja kazni u MKSJ[48].Druge relevantne okolnosti uključuju broj žrtava, patnju žrtava i saradnju optuženog sa tužiteljstvom[49]. Općenito međunarodna praksa odmjeravanja kazne ostaje prilično neodređena[50].

Zaključak

UZP III otvara čitav spektar aspekata krivnje na osnovu udruživanja i daje argumente onima koji sumnjaju u strogost i nepristranost međunarodnog suda. Ako je urota mezimče tužiteljstva SAD[51], onda je teško uvidjeti kako bi UZP mogao prerasti u išta manje od atomske bombe u međunarodnom tužiteljskom arsenalu[52].
Sudija MKSJ David Hunt je napisao da se "*ovaj Međunarodni sud neće ocjenjivati po broju osuđujućih presuda koje donese. . . nego po tome koliko su njegova suđenja pravična,*[53]" a to isto važi i za Sud BiH. Ovo je osnovni razlog zašto bi se koncept udruženog zločinačkog poduhvata trebao primjenjivati sa velikim oprezom.
Sudije u MKSJ-u su prepustile previše kontrole u ruke međunarodnih tužitelja odobravanjem postojećeg statusa doktrine UZP-a. Trebali bi zahtijevati da tužitelji tješnje povežu ponašanje pojedinaca sa opsegom kriminalnih radnji koje su obuhvaćene navodnim poduhvatom. Umjesto što traže da se opseg poduhvata paušalno ograniči, sudije bi trebale zahtijevati da tužitelji dokažu da je optuženi dao značajan doprinos udruženom zločinačkom poduhvatu za koji se tereti.
Takav uvjet bi ograničio opseg udruženog zločinačkog poduhvata koji može biti predmet krivičnog gonjenja, a i osigurao bi da se udruženi zločinački poduhvat koristi prvenstveno za visokopozicionirane čelnike[54]. Postoji realna bojazan da se ista situacija može pojaviti pred Sudom BiH ukoliko bi se nastavilo sa do sada utvrđenom praksom.

41 Tužitelj protiv Martića, predmet br. IT-95-II-A, Presuda, 8.10. 2008., pasus 83.
42 Britanska doktrina zajedničkog cilja, na kojoj se zasniva UZP, skoro isključivo se međutim koristi za radnje koje izlaze izvan okvira glavnog cilja dogovora između učesnika u uroti. *Vidi* K.J.M. SMITH, SAVREMENI TRAKTAT O ZAKONODAVSTVU IZ OBLASTI KRIVIČNOG SAUČESNIŠTVA 49 (1991).
43 Marco Sassoli & Laura M. Olson, *Presuda Žalbenog vijeća MKSJ u meritumu u predmetu Tadić*, 82 INT'L REV. RED CROSS 733, 749 (2000).
44 Po tački 1 Optužnice, g. Karadžić se tereti za genocid u različitim općinama u BiH, a po tački 2 se tereti za genocid u Srebrenici;
45 *Tužitelj protiv Karadžića*, Zahtjev u vezi sa krivičnim djelima sa specifičnom namjerom, pasusi 1-5.
46 Allison Marston Danner, Uspostavljanje hijerarhije krivičnih djela kod odmjeravanja kazni u međunarodnom krivičnom pravu, 87 Va. L. Rev. 415, 432-37 (2001)
47 *Tužitelj protiv Vasiljevića*, Presuda po žalbi, pasus 182
48 Presuda po žalbi u predmetu Čelebići, pasus 731
49 Tužitelj protiv Ranka Češića, Presuda o kazni, Pretresno vijeće MKSJ, pasusi 31-32; 58-62 (11.3.2004.)
50 Mark Drumbl, Kolektivno nasilje i individualna kazna: Kriminalitet masovnog zvjerstva, Pravni žurnal Univerziteta Northwestern 133 (2005).
51 Harrison protiv Sjedinjenih Država, 7 F.2d 259, 263 (2. okrug, 1925)
52 William A. Schabas, *Mens Rea i Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju*, 37 NEW ENG. L. REV. 1015, 1032 (2003) (karakterizirajući UZP kao "magičnu formulu" Tužiteljstva)
53 *Tužitelj protiv Miloševića*, Izdvojeno mišljenje sudije Davida Hunta o prihvatljivosti glavnih dokaza u obliku pismenih izjava, pasus 22, Žalbeno vijeće MKSJ, IT-02-54-AR73.4 (21.10.2003.)
54 „Kažnjiva udruživanja: Udruženi zločinački poduhvat, komandna odgovornost i razvoj međunarodnog krivičnog prava", Allison Marston Danner i Jenny S. Martinez

Odgovornost države za krivično djelo prisilnog nestanka[1]

Autor Toby M. Cadman[2]

I. UVOD

Ovo je drugi dio[3] rada o suprotstavljenim interesima u vezi sa obezbijeđenjem adekvatnog obeštećenja žrtvama zločina(direktnim i indirektnim). U prvom dijelu rada razmatrana je široka priroda državne odgovornosti. U ovom, drugom dijelu, razmotriće se dužnost da se istraže, krivično gone i sankcionišu teška kršenja ljudskih prava, što je pitanje od fundamentalnog značaja za osiguranje efikasne zaštite prava pojedinca i ključ za koncept odgovornosti države. Uprkos činjenici da ovaj koncept nije izričito naveden u sporazumima o ljudskim pravima, on se pojavio u komentarima na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu: MPGPP) i sudskoj praksi različitih regionalnih tijela koja se bave ljudskim pravima.

II. Univerzalni nivo

Opšti komentar br. 20 na član 7. MPGPP[4] navodi da nije dovoljno samo primijeniti član 7. MPGPP (zabrana mučenja), nego zahtijeva i primjenu zakonskih, upravnih, sudskih i drugih mjera za sprječavanje zabranjenih oblika zlostavljanja. Razmatrajući ovu dužnost Komitet za ljudska prava Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: Komitet) navodi da mogu postojati okolnosti u kojima bi propust da se osigura poštovanje prava doveo do povreda tih istih prava od strane država kao rezultat dozvoljavanja ili nepreduzimanja odgovarajućih mjera da se spriječe ili, što je još važnije, da se pokaže odgovarajuća revnost da se istraži, sankcioniše ili popravi šteta uzrokovana takvim djelima ne-državnih aktera.

Shodno tome, a s tim u vezi, Komitet za ljudska prava je usvojio stav da su dva prava koja su garantovana MPGPP, pravo na zaštitu od povreda ljudskih prava i pravo na obeštećenje, blisko povezana i moraju biti primijenjena zajedno da bi imala ikakvog efekta.[5] Ovo je važna stavka koja mora biti primijenjena da bi instrumenti ljudskih prava uopšte imali svrhu, naročito u odnosu na krivično djelo prisilnog nestanka.

Da bi reafirmisao ovaj stav, Komitet za ljudska prava u predmetu *Chongwe*[6] zaključio je da dužnost iz člana 2. stav 3. tačka a) MPGPP uključuje dužnost da se obezbjedi efikasan pravni lijek i da se preduzmu "adekvatne mjere" da se zaštiti lična bezbjednost pojedinca. Pored toga, smatralo se da je država morala provesti nezavisnu istragu i ubrzati postupak protiv svih poznatih počinilaca. I na kraju, navedeno je da, ukoliko se ustanovi da je identifikovani počinilac djelovao u zvaničnom svojstvu, žrtvi treba isplatiti odštetu[7].

Što se tiče dužnosti da se istraže slučajevi smrti koje su prouzrokovali predstavnici države, Komitet za ljudska prava primijetio je da u slučajevima gdje vansudska pogubljenja zatvorenika čine dio državne prakse koja se ne kažnjava, država, da bi ispunila svoje obaveze mora preduzeti hitne korake da popravi ovo stanje[8].

1 Puni naziv članka: "Odgovornost države za krivično djelo prisilnog nestanka i diskreciono pravo Tužilaštva u politici odabira predmeta" - Ovaj članak je sažetak autorovog magistarskog rada (iz međunarodnog krivičnog prava) pod naslovom *"Inkompatibilnost dužnosti države da istraži, krivično goni i sankcionira počinitelje prisilnog nestanka i diskrecionog prava tužilaštva u odabiru predmeta"* objavljenog u februaru 2009. godine

2 Autor je radio kao pravni savjetnik u Tužilaštvu Bosne i Hercegovine i kao rukovodilac Službe za pravnu podršku pri Odjelu za ratne zločine, a trenutno je član Udruženja pravnika Engleske i Walesa sa užom specijalnošću iz oblasti međunarodnog prava, ljudskih prava i ekstradicijskog prava. Trenutno je na dužnosti višeg krunskog tužioca Tužilaštva Krune pri Posebnom odjelu za kriminal, Ekstradicijska jedinica u Londonu.

3 Prvi dio članka objavljen je u OKO Reporteru broj 9

4 Kompilacija opštih komentara Ujedinjenih nacija, str. 140, stav 8. KLJP je naročito naglasio nedostatak horizontalnog efekta člana 2. stav 1. u odnosu na pozitivne obaveze države, ali je naveo da on može biti u potpunosti iskazan samo ako je pojedinac zaštićen, i to ne samo od kršenja prava iz MPGPP od strane predstavnika države, nego i od djela koja čine privatna lica ili subjekti koja mogu ugroziti uživanje tih prava.

5 *Ibid*.

6 Saopštenje br. 821/1998, *R. Chongwe protiv Zambije (Stavovi usvojeni 25.10.2000.g.)*, UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. II), str. 142, stav 5.3. U predmetu *Chongwe,* Komitet je naveo da je Zambija odbila da provede nezavisnu istragu u vezi sa otvaranjem vatre na civila (koja je umalo završila njegovom smrću) od strane policajca, a da istraga koja je bila pokrenuta nije bila zaključena u razumnom roku niti njeni rezultati objelodanjeni nakon više od tri godine.

7 *Ibid.* stav 7. Nedavno je Komitet za ljudska prava Ujedinjenih nacija podržao ovaj stav u saopštenju u predmetu *Lalath Rajapakse protiv Šri Lanke,* br. 1250/2004, CCPR/C/87/D/1250/2004, stavovi usvojeni 14.7.2006., stav 9.5. Takođe vidi predmet br. 213/1986, *H.C.M.A. protiv Nizozemske*, stavovi usvojeni 30.3.1989.; predmet br. 275/1988, *S.E. protiv Argentine*, stavovi usvojeni 26.3.1990.; predmet br. 343-345/1988, *R.A.., V.N. i drugi protiv Argentine*, stavovi usvojeni 26.3.1990.

8 UN doc. GAOR, a/56/40 (vol. 1), str. 55, stav 8. KLJP navodi praksu prema kojoj organi za provođenje zakona i vojni organi Dominikanske Republike čiji je zadatak istraga nezakonite trgovine drogom uživaju znatan imunitet od krivičnog gonjenja za prekomjernu upotrebu sile.

Komitet protiv mučenja Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: Komitet protiv mučenja) usvojio je sličan stav u nekoliko izvještaja navodeći da propust da se istraže navodi o mučenju i da se provede hitna, nepristrasna i potpuna istraga nije u skladu sa članovima 12. i 13. Konvencije protiv mučenja[9].

Što se tiče slučajeva nestanaka u Gvatemali, Komitet protiv mučenja izrazio je zabrinutost zbog nedostatka nezavisne komisije *"čime je nastavljeno postojanje nekažnjivosti kao rezultat uzastopnog neizvršavanja dužnosti od strane vladinih tijela odgovornih za sprječavanje, istraživanje i kažnjavanje"*[10] *zločina* prisilnog nestanka. U vezi s ovim, Komitet je preporučio da se osnuje nezavisna komisija[11].

Koncept uspostavljanja komisije za "utvrđivanje činjenica" ili "istragu" je, po mišljenju ovog autora, problematičan, zato što se mora ispitati šta ona namjerava da postigne. Ako je svrha samo da se dođe do istine, onda se može reći da ona služi svrsi. Međutim, ona se češće koristi kao mehanizam pritiska na tužilaštvo pri čemu se ne razmatra kakvu dokaznu vrijednost mogu imati informacije do kojih ona dođe. Iako se mora priznati da je pravo na istinu međunarodnim pravom priznato pravo, treba također navesti da komisija za utvrđivanje činjenica ili istragu *ne predstavlja* komisiju za istinu i pomirenje i da rezultati do kojih dođe jedna takva komisija ne moraju nužno dovesti do uspješnog krivičnog gonjenja ili do utvrđivanja istine i do pomirenja[12].

Također se mora navesti da standardi dokazivanja koje usvoji jedna istražna komisija (što je različito od prave krivične istrage) i jedno tijelo za monitoring ljudskih prava, pri analizi dokaza i svjedočenja ne dosežu do *krivičnog* standarda dokazivanja[13]. Ovim se ne želi reći da je uspostava jedne takve komisije neosnovana, jer bi to bilo u suprotnosti sa univerzalnim principima ljudskih prava. Međutim, moraju se jasno priznati ograničenja takvog jednog procesa i priznati da on nužno ne promoviše istinu ili pomirenje.

Ova pitanja moraju se imati u vidu pri razmatranju dokle ovo pravo neupitno seže.

III. Interamerički sud za ljudska prava

Interamerički sud za ljudska prava usvojio je sličan stav, potvrđujući obavezu da se istraže i kazne djela koja predstavljaju povrede međunarodnog prava[14]. Ovaj stav je jasno izražen u predmetu *Velasquez-Rodriguez* u kojem je Interamerički sud smatrao da je polazna tačka da država ima službenu dužnost da istraži *svaku* situaciju koja uključuje kršenje prava zaštićenih Američkom konvencijom o ljudskim pravima i da isti princip važi i za djela ne-državnih aktera, s obzirom da bi suprotno postupanje omogućilo pojedincima i grupama da postupaju slobodno i nekažnjivo[15]. Međutim, Sud je također definisao da se dužnost ne krši samom činjenicom da istraga nije dovela do zadovoljavajućeg rezultata, nego prije time što istraga nije provedena na ozbiljan način ili nije uopšte provedena[16].

S ovim u vezi, Interamerički sud priznao je neizbježne poteškoće da se istraži *svaka* prijava i da se otklone očekivanja da svaka istraga mora završiti uspješnim krivičnim gonjenjem i na kraju kažnjavanjem optuženog. To je, naravno, nemoguće očekivanje koje s vremenom jača nepovjerenje u sistem, što je naročito slučaj u BiH. Međutim, u predmetu *Velasquez-Rodriguez,* Interamerički sud je zaključio da obaveza države postoji dok god je sudbina određene osobe neizvjesna[17]. U predmetu "*Ulična djeca*"[18], bez obzira na bilo koju sudsku odluku ili odluku o činjenicama koju donesu vlasti, ako država ne istraži *zločin* ona time ipak krši svoju dužnost činjenja. Ovaj posljednji stav je posebno važan i vraća se na koncept da krivično djelo mora biti predmet istrage.

9 *Vidi npr.* Treći periodični izvještaj Bjelorusije (UN doc. GAOR, A/56/44, str. 21, stav 45(e) i stavovi 46(b) i (d)).
10 UN CAT (KPM) (UN doc. GAOR, A/56/44) Izvještaj Gvatemale, str. 33, stav 73(b).
11 *Ibid.* str. 33, stav 73(e).
12 Vidi, na primjer, iskustva Komisija za Srebrenicu i Sarajevo u BiH koje su osnovane da istražuju zločine prije nego da dođu do istine.
13 Vidi predmet *Velasquez-Rodriguez*, stavovi 127-128. Također vidi Međunarodni sud pravde, predmet *Krfski kanal*, Meritum, Presuda, Izvještaji Međunarodnog suda pravde 1949.; Vojne i paravojne aktivnosti u i protiv Nikaragve (*Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država*), Meritum, Presuda, Izvještaji Međunarodnog suda pravde 1986., stavovi 29-30 i 59-60. U predmetu *Velasquez-Rodriguez,* Sud je bio sljedećeg mišljenja (stav 134):

> "Međunarodna zaštita ljudskih prava ne treba se miješati sa krivičnim pravosuđem. Države se ne pojavljuju pred sudovima kao optuženi za krivične radnje. Cilj međunarodnog prava ljudskih prava nije da se kazne oni pojedinci koji su krivi za kršenja, već prije da se zaštite žrtve i da se obezbijedi naknada za štetu koja je nanesena kao rezultat djela odgovornih država."

14 *Vidi* Interamerički sud za ljudska prava, *Villagran Morales i drugi* (predmet "Ulična djeca"), str. 194, stav 225). Također treba navesti da Interamerički sud, za razliku od Evropskog suda, ima pravo da razmatra i druge međunarodne ugovore osim Američke konvencije o ljudskim pravima pri odlučivanju te, u tom svjetlu, može razmatrati prava i obaveze koji proističu iz međunarodnog humanitarnog prava (vidi član 29. stav b) Američke konvencije).
15 *Op. cit. Velasquez-Rodriguez*, stav 176.
16 *Ibid.*, stav 177.
17 *Op. cit.* stav 179.
18 *Op. cit.*

IV. Evropski sud za ljudska prava

Pristup Evropskog suda, iako to nije izričito propisano Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, je da ta dužnost postoji naročito u vezi sa pravom na život. Ovaj stav je izražen u nekoliko predmeta, a najviše u predmetu *Kipar protiv Turske*[19] i predmetu *Avsar protiv Turske*[20]. U predmetu *Avsar protiv Turske,* Evropski sud je smatrao da je Turska prekršila prava žrtve iz člana 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima time što nije provela efikasnu istragu u razumnom roku čiji cilj bi bio otkrivanje okolnosti koje su dovele do smrti žrtve. Konkretno, Evropski sud je sumirao svoju raniju praksu smatrajući da je osnovna svrha istrage da obezbijedi stvarnu primjenu nacionalnih zakona[21], da vlasti moraju postupati na vlastitu inicijativu nakon što saznaju za događaj[22], da se istraga treba provesti odmah i ekspeditivno[23], da je od vitalne važnosti da istragu provode osobe koje nisu povezane sa samim događajem[24] i koje su sposobne dovesti do utvrđenja da li je ponašanje bilo opravdano[25]. U vezi sa ovim posljednjim testom potrebno je imati na umu da ovo nije test rezultata, već sredstva koje je korišteno, tj. da li su vlasti preduzele opravdane mjere koje su im bile na raspolaganju da bi osigurale dokaze koji se odnose na dati događaj.

Shodno tome, Evropski sud jasno priznaje postojanje dužnosti i njenu ulogu u obezbjeđenju vladavine prava, ali takođe priznaje da mogu postojati okolnosti koje ometaju efikasnu istragu.

V. Bosna i Hercegovina

U nekoliko predmeta koje su pokrenule žrtve zločina prisilnog nestanka u BiH, Dom za ljudska prava (u daljem tekstu: Dom) bio je primoran da se pozabavi pitanjem prava u kontekstu oružanog sukoba u kojem je nekoliko hiljada ljudi nestalo[26], a približno 100.000 ljudi izgubilo život[27]. S tim u vezi, Dom je razmatrao žalbe na osnovu članova 3., 5. i 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima i u svakom predmetu odbio da dodatno razmotri žalbe na osnovu člana 13[28].

Prva dva predmeta koja su se odnosila na prisilni nestanak ticala su se nestanka oca Matanovića i njegovih starih roditelja u avgustu 1995. godine[29], i poznatijeg slučaja nestanka pukovnika Avde Palića u julu 1995.

19 *Op. cit.*
20 Evropski sud za ljudska prava, Tužba br. 25657/94, na 391, ECHR 2001-VII.
21 *Vidi npr.* Evropski sud za ljudska prava, McCann i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, str. 49, stav 161; Kaya protiv Turske, presuda od 19.2.1998., *Izvještaji* 1998-I, str. 329, stav 105; *Ilhan protiv Turske* [Veliko vijeće], br. 22277/93, stav 63, ECHR 2000-VII; Güleç protiv Turske, presuda od 27.7.1998., *Izvještaji* 1998-IV, stavovi 81-82; *Öğur protiv Turske* [Veliko vijeće], br. 21954/93, stavovi 91-92, ECHR 1999-III.
22 Evropski sud za ljudska prava, *Tanrıkulu protiv Turske* [Veliko vijeće], br. 23763/94, ECHR 1999-IV, stav 109; *Gül protiv Turske*, br. 22676/93, (Sect. 4), stav 89, presuda od 14.12.2000.
23 *Vidi npr.* Evropski sud za ljudska prava, Yaşa protiv Turske, presuda od 2.9.1998., *Izvještaji* 1998-IV, str. 2439-2440, stav 102-104.
24 *Op. cit. Avsar*, stav 394.
25 Evropski sud za ljudska prava, Kaya protiv Turske, gorecitirana presuda, str. 324, stav 87.
26 Za ažuriranu statistiku vidi Međunarodni komitet crvenog križa u BiH (vidi http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/bosnia_herzegovina!Open).
27 *Vidi* Istraživačko-dokumentacioni centar, *Ljudski gubici u BiH 1991-1995.* (Bosanska knjiga mrtvih).
28 Dom za ljudska prava je bio spriječen da razmatra žalbe koje se odnose na pravo na život iz člana 2. budući da su djela počinjena prije stupanja na snagu Opšteg okvirnog sporazuma za mir 14.12.1995. godine bila van njegove nadležnosti *ratione temporis*.
29 *Vidi* predmet Doma za ljudska prava br. CH/96/1, *Josip, Božana i Tomislav Matanović*, Odluka o meritumu od 11.7.1997., stav 64, Odluke o prihvatljivosti i meritumu iz marta 1996. i decembra 1997. godine. Takođe vidi Izvještaj organizacije Amnesty International: BiH – "'Nestali' Otac Tomislav Matanović i njegovi roditelji". AI Index: EUR 63/006/2002. Dana 24.8.1995. godine, policija bosanskih Srba je odvela Oca Tomislava Matanovića u policijsku stanicu u Prijedoru, navodno iz bezbjedonosnih razloga. Idućeg dana vraćen je u dom svojih roditelja gdje je zadržan u kućnom pritvoru pod paskom policije do 19. septembra. Dana 19.9.1995. godine Otac Tomislav Matanović i njegovi roditelji su odvedeni iz svog doma u policijsku stanicu Urije u Prijedoru. Od tada vlasti bosanskih Srba nisu ni otvoreno priznale da su Otac Tomislav Matanović ili njegovi roditelji bili zatvoreni niti su dale bilo kakve razloge za njihovo hapšenje. U stvari, vlasti Republike Srpske su pokušale da sakriju njihov nestanak tvrdeći da su žrtve otišle iz zemlje (vidi stav Odluke Doma). Prema Draganu Bulajiću (tadašnjem predsjedniku Državne komisije Republike Srpske za razmjenu ratnih zarobljenika i nestale osobe), Otac Matanović je bio na spisku od 12 zarobljenika koje su trebali razmijeniti Republika Srpska i bosanska vlada 21.12.1995. godine. Bosanska vlada navodno nije prihvatila ovu ponudu pa se razmjena nije ni desila. Drugi nepotvrđeni izvještaji navode da je Otac Matanović ponuđen za razmjenu 30.3.1996. godine, ali da bosanska vlada opet nije prihvatila ponudu.

godine[30]. U oba predmeta, Dom je bio mišljenja da se radi o prisilnom nestanku prema Deklaraciji Ujedinjenih nacija te, uz primjenu prakse Komiteta za ljudska prava[31], da se od vlasti traži da: (a) odmah provedu potpunu istragu kojom će se moći ispitati sve činjenice u vezi sa njihovim nestankom; (b) oslobodi ove osobe, ukoliko su još žive, ili, u suprotnom, da učini njihove posmrtne ostatke dostupnim njihovim porodicama; i (c) objelodani sve informacije i nalaze u vezi sa njihovom sudbinom i mjestom gdje se oni nalaze[32].

Pri razmatranju slučajeva *masovnih* nestanaka koji se većinom tiču Srebrenice, Dom je usvojio dosljedan mada restriktivan pristup[33]. Dom je smatrao da je jedini efikasan lijek za povredu prava na istinu iz člana 3. Evropske konvencije u predmetima masovnog nestanka, jeste da se naredi istraga[34]. Kasnije, u predmetu *Husković i drugi*, Dom je otišao korak dalje s obzirom da je ovaj problem već bio predmet postupka pred MKSJ[35] a pokrenuta je i istraga na lokalnom nivou. Međutim, smatralo se da je lokalna istraga površna i politizirana, tj. da joj cilj nije bio da se utvrdi istina. Shodno tome, Dom je smatrao da samo provođenje krivičnog postupka ne doseže nivo efikasne istrage i da svaki pokušaj provođenja površne istrage samo čini kršenja težim[36]. Ovaj stav je naročito važan jer ponovo naglašava da, iako njen uspjeh nije nepobitan, istraga mora biti provedena na ozbiljan način.

VI. Rasprava o pristupu koji vodi računa o ljudskim pravima

Pojam ozbiljnosti u preduzimanju istrage je ključan, s obzirom da se od svake istrage mora očekivati da bude *efikasna* i da joj je cilj *otkrivanje* istine. Međutim, kao što je već pomenuto, ovaj proces se mora razlikovati od procesa govorenja istine. Ono što se ovdje razmatra je krivična istraga čiji je cilj da se počinioci privedu pravdi, a manje je važna potreba društva da zna istinu o tome šta se desilo. Očito, s vremena na vrijeme postoji tanka linija između ovih poimanja, ali mora se imati na umu da je za suđenje u krivičnom postupku, naročito u adversarnom pravnom sistemu, manje važno utvrđivanje istine u društvenom kontekstu, a više utvrđivanje van razumne sumnje da li je neki pojedinac ili grupa pojedinaca počinila inkriminisana krivična djela. Naravno, to utvrđenje može poslužiti da se zaliječe rane žrtava ako krivični postupak završi uspješno, ali je činjenica da može malo pomoći u tome ako je neuspješan, čak i kada su vlasti provele efikasnu istragu sa ciljem da se utvrdi istina. U svjetlu ovoga, žrtve moraju biti svjesne ograničenja postupka i da krivična istraga može biti ispravno sprovedena, a da ipak bude neuspješna. Ona takođe može biti uspješna u smislu da se pojedinac počinilac osudi, ali učiniti malo za neku određenu žrtvu koja nije identifikovana u krivičnom postupku[37]. Konačno, ona može imati malo uticaja na utvrđivanje odgovornosti koju snosi država jer je dozvolila činjenje zločina i može uraditi malo u smislu pravnog lijeka.

30 *Vidi* predmet Doma za ljudska prava br. CH/99/3196, *Avdo i Esma Palić*, Odluka o prihvatljivosti i meritumu od 9.12.2000., Odluke o prihvatljivosti i meritumu iz jula i decembra 2000. Pukovnik Palić je imao zakazan sastanak sa generalom Rupertom Smithom iz UNPROFOR-a (mirovne misije Ujedinjenih nacija u BiH) i pripadnicima Vojske Republike Srpske (generalom Ratkom Mladićem i generalom Zdravkom Tolimirom, protiv kojih je kasnije MKSJ podigao optužnicu) da bi se pregovaralo o mirovnom sporazumu. Na žalost, predstavnici UNPROFOR-a nisu se pojavili i pukovnik Palić je silom odveden sa sastanka i zatvoren u Vlasenici, a zatim u vojnom zatvoru u Bijeljini u sjeveroistočnoj Bosni. Iskazi svjedoka potvrđuju njegovo zatočenje tokom druge polovine 1995. godine, ali on od tada nije viđen. Njegova supruga Esma Palić se neustrašivo ali bezuspješno bori od njegovog nestanka. Istragu o ovom pitanju trenutno vodi Tužilaštvo BiH, ali se vjeruje da se osumnjičeni, ako se uopšte ijedan može identifikovati, kriju u Republici Srbiji pod zaštitom ustavne klauzule kojom se zabranjuje ekstradicija državljana Srbije. Esma Palić je nedavno podnijela žalbu Evropskom sudu za ljudska prava zbog nedostatka primjenjivog pravnog lijeka u državi BiH. Predmet još nije riješen.

31 *Vidi Elena Quinteros protiv Urugvaja*, Saopštenje br. 107/1981 od 17.9.1981., Izvještaji Komiteta za ljudska prava (1983), stav 16; *Celis Laureano protiv Perua* od 25.3.1996., Saopštenje br. 540/1993, Izvještaji Komiteta za ljudska prava (1997), Tom II, stav 8.5; i *Katombe L. Tshishimbi protiv Zaira* od 25.3.1996., Saopštenje br. 542/1993, Izvještaji Komiteta za ljudska prava (1997), Tom II, stav 7.

32 Op.cit., *Avdo i Esma Palić protiv Republike Srpske*, stav 89.

33 Dom je bio izložen jakoj kritici zbog načina na koji je postupao sa žalbama po masovnim nestancima, naročito zbog odluke da odbaci veliki broj žalbi koje je razmatrao nakon prve odluke koja se odnosila na Srebrenicu. Dom se takođe može kritikovati zbog svog nedosljednog pristupa pri određivanju novčane odštete u slučajevima pojedinačnih nestanaka, ali ne i slučajevima masovnih nestanaka. Međutim, to nije predmet ovog rada.

34 Vidi predmet Doma za ljudska prava br. CH/02/12551 i drugi, Odluka o prihvatljivosti i meritumu od 22.12.2003., odluke iz jula i decembra 2003. godine. Međutim, u predmetu *Husković i drugi*, Dom za ljudska prava je takođe naredio isplatu od približno 50.000 eura u zajedničku korist svih porodica koje su bile žrtve događaja od 10.5.1993. godine kada su pripadnici Hrvatskog vijeća obrane (HVO) oteli 13 pripadnika Armije BiH. Međutim, ova nadoknada trebala se koristiti prema Statutu Državnog instituta za nestale osobe u svrhu utvrđivanja sudbine 13 nestalih pripadnika Armije BiH (stav 94).

35 Vidi MKSJ, predmet br. IT-98-34-T, *Tužilac protiv Mladena Naletilića i Vinka Martinovića ("Tuta i Štela")*.

36 Op. cit., Husković i drugi, stav 70.

37 Jedan od problema koji su povezani sa ovim takozvanim procesom iscjeljenja je da istraga može biti ograničena na određeno kriminalno ponašanje, ali time se ne otkriva ukupnost počinjenih zločina. Zbog ovoga je moguće da neka određena žrtva uopšte ne bude uključena u istragu.

VII. Selektivna pravda

U postupku krivičnog gonjenja za masovne nestanke, pojam "selektivnosti" je neizbježna stvarnost u međunarodnoj pravdi i javlja se na dva nivoa. Prvo, u vezi sa onim djelima koja se definišu kao "ratni zločini" i, drugo, u vezi sa onim djelima za koje postoji spremnost ili volja za krivično gonjenje. Naravno, ovo utiče na prava žrtava u smislu zadovoljenja pravde. Na primjer, odluka da se ne vrši krivično gonjenje[38] ili odluka da se krivično ne goni svako kriminalno ponašanje, može lišiti žrtvu njenih prava, naročito prava na efikasan pravni lijek[39].

Postoji mnogo razloga zašto se krivični predmeti ne procesuiraju. Ograničenja mogu biti finansijske ili političke prirode ili rezultat najosnovnijih praktičnih problema, tj. nepostojanja optuženog čije optuženje može biti održivo, nedostupnost optuženog ili nepostojanje preživjelih svjedoka. U MKSJ-u se selekcija uvijek zasnivala na principu da je njegov cilj da procesuira najviše rukovodstvo i to je reafirmisano i Rezolucijom Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija[40]. Još jedna stvar koja zahtijeva razmatranje u bosanskom kontekstu je ideja prenošenja krivičnog postupka putem međunarodnih instrumenata i bilateralnih/multilateralnih sporazuma. Što se tiče krivičnog gonjenja za ratni zločin, vodi se velika rasprava o prebacivanju postupaka u susjedne zemlje zbog ustavnih zabrana ekstradicije državljana i drugih komplikacija. Problem do kojeg to dovodi je da se ne može reći da je država provela efikasnu istragu što uzrokuje ozbiljne sumnje u prava žrtava i njihovih porodica da traže obeštećenje za povrede članova 2. i 3. Evropske konvencije. Jasno je da će i dalje biti potrebno razmotriti ovo pitanje.

Da bi se mogao rješavati veliki broj predmeta, očito je da je potreban jasan, transparentan i sistematski pristup kojim se utvrđuju prioriteti i predmeti za krivično gonjenje biraju na pravedan i transparentan način koji služi cijelom društvu. Ovo je bio jedan od vodećih principa u pristupanju problemu ratnih zločina u BiH. U tom kontekstu u julu 2007. godine, ministar pravde BiH je na zahtjev tadašnjeg glavnog tužioca osnovao ekspertnu radnu grupu da sačini nacrt "Državne strategije za rad na predmetima ratnih zločina"[41]. Nacrt Strategije usvojilo je Vijeće ministara BiH 30.12.2008. godine[42].

Jedan od glavnih aspekata Državne strategije postalo je pitanje tužilačke nezavisnosti i diskrecionog prava odabira predmeta. S tim u vezi, bivši šef Posebnog odjela za ratne zločine Tužilaštva BiH (u daljem tekstu: PORZ), g. David Schwendiman, često je isticao da odluke koje se donose kao odgovor na vanjske pritiske

38 Vidi McCormack, T.L.H., *Selektivna reakcija na zvjerstva (Selective Reaction to Atrocity)*, (1996-1997), 60 Albany Law Review, 681, 683. Također vidi McCormack, T.L.H., i Simpson, G., *Zakon o ratnim zločinima: Nacionalni i međunarodni pristup (The Law of War Crimes: National and International Approaches)* (The Hague: Martinus Nijihoff, 1997), str. 1, str. 8-9, u kojem se razmatra selektivnost u odnosu na pitanje zašto neki ratni zločini ostaju nekažnjeni. Simpson navodi da "svako suđenje za ratni zločin predstavlja primjenu djelimične pravde toliko da nas podsjeća da većina ratnih zločina ostaje nekažnjena. Ako jesu kažnjeni u Jugoslaviji, zašto nisu u Somaliji; ako jesu u Ruandi, zašto nisu u Gvatemali?"

39 Na primjer, nedavno je švicarska nevladina organizacija "Trial" (Suđenje) podnijela niz žalbi Evropskom sudu protiv BiH zato što BiH nije istražila izvjestan broj nestanaka i izvansudskih pogubljenja na Korićanskim stijenama u srednjoj Bosni. Vidjeti Balkan Investigative Reporting Network, *Predmet Korićanske stijene u Strazburu*, 20.10.2008. (http://www.bim.ba/en/138/10/14118/). U žalbi Evropskom sudu navodi se:

> "... civili su izvedeni iz zatvoreničkog logora Trnopolje da bi bili pušteni na slobodu. Na tom putu više od 200 muškaraca je izdvojeno od ostatka grupe i odvedeno na Korićanske stijene na Vlašiću. Nakon što su skinuti sa autobusa, zatvorenicima je rečeno da kleknu uz ivicu stijene. Zatim su srpski policajci pucali na njih. Samo 12 osoba je preživjelo. Ubrzo nakon toga mjesto zločina je očišćeno i tijela žrtava su nestala. Tijela još nisu nađena..."

Ono što je interesantno je da je ovaj problem bio predmet sudskog postupka pred MKSJ. Darko Mrđa (vidi predmet br. IT-02-59, Tužilac protiv Mrđe, Osuđujuća presuda od 31.3.2004.) je nakon priznanja krivice oglašen krivim za te događaje i osuđen na kaznu zatvora od 17 godina. Pored toga, nakon ovoga je Tužilaštvo BiH uhapsilo i podiglo optužnicu protiv četiri osobe.

40 Rezolucija Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija 827 od 25.5.1993. *et seq.,* i 1481 (2003) od 19.5.2003. Također vidi *Tužilac protiv Delalića i drugih ("Čelebići")*, presuda, IT-96-21-A, 20.2.2001., stav 611.

41 Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina koju je usvojilo Vijeće ministara BiH 30.12.2008. godine priznaje da će biti potrebno 15 godina za procesuiranje svih predmeta ratnog zločina a sedam godina za procesuiranje najtežih predmeta.

42 Nakon što je Strategija usvojena, predsjedavajući Vijeća Ministara BiH je naveo da je ona od vitalne važnosti zato što predstavlja sistematski pristup pitanju ratnih zločina i daje smjernice za resurse potrebne za procesuiranje *svih* predmeta ratnog zločina (citirano u izvještaju Balkan Investigative Reporting Network, Alic, A., 30.12.2008., http://www.bim.ba/en/147/10/15826/), čime je problem ponovljen zbog stvaranja očekivanja da *svi* ratni zločini budu krivično gonjeni. Dodatno razočaravajuće je da je samo jedan mjesec nakon što je dalo uopštenu izjavu podrške državnoj strategiji Vijeće ministara BiH smanjilo budžet institucija koje se bave procesuiranjem ratnih zločina za 1 milion eura, što je približno jedna šestina ukupnog budžeta (http://www.sudbih.gov.ba/?id=1139&jezik=e).

narušavaju kredibilitet postupka[43] i da za posljedicu imaju "oportunitetne troškove" koji utiču na mogućnost da se procesuiraju oni predmeti koji se smatraju najvažnijim. Navodi se da je često ponavljana retorika da će svi predmeti ratnog zločina biti sudski procesuirani, kako su to mnogi pojedinci u BiH, i domaći i strani, izjavili, izrazito nerealna i da opterećuje oslabljeni krivičnopravni sistem nerazumnim očekivanjima. Naravno, to otvara prostor alternativnoj pravdi, što bi moguće i bilo više u interesu javnosti. Pristup PORZ-a da se krivično gone samo oni predmeti koji se smatraju najvažnijim, bio je hrabra i veoma potrebna odluka jer joj je cilj bio da reaguje na nerazumno visoko postavljena očekivanja. Naravno, takva odluka utiče na prava žrtava ukoliko se ne napravi ispravan odabir predmeta za procesuiranje. Takođe je moguće da utiče na tranziciju pravosuđa u zemlji.

Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina u BiH ima novi pristup odabiru predmeta tako što je, s jedne strane, priznala nezavisnost tužioca, ali, s druge strane, odredila da krajnju odluku o nadležnosti donosi Sud, kao što je slučaj i sa Međunarodnim krivičnim sudom[44]. Naravno, ovaj argument ima dvije strane, zato što se, sa jedne strane, od tužioca zahtijeva da donosi odluke u javnom interesu koje samo on može donijeti, a pod ovim se podrazumijeva da jedino tužilac ima dovoljno znanja o događajima koji su predmet istrage da bi znao koji je zločin, prema dokazima, teži, ili predmet urgentniji od nekog drugog. Međutim, sa druge strane, mora postojati neki oblik sudske odgovornosti za odluke koje tužilac donosi da bi se osiguralo da one nisu proizvoljne i da su u interesu žrtava zločina. Ostaje pitanje da li će sistem u BiH postići ravnotežu u rješavanju ovog pitanja.

VII. Opšti principi tužilačkog diskrecionog prava

Da bi ispravno vršio svoju dužnost pri donošenju odluke o optuženju, tužilac mora podlijegati transparentnim kriterijima i standardima koji regulišu takve odluke[45.]. Smjernice i standardi koji se primjenjuju na odluke o optuženju, moraju biti dostupni javnosti onoliko koliko je to potrebno i smjernice moraju u obzir uzeti međunarodne standarde[46] i iskoristiti već potvrđenu dobru praksu iz drugih funkcionalnih krivičnopravnih sistema[47]. One takođe moraju biti dosljedne i usklađene sa domaćim zakonodavstvom kao i praksom u regiji u kojoj se primjenjuju.

Međutim, problem koji obaveza istraživanja i gonjenja stvara kada je opterećena sa kriminalnim ponašanjem velikih razmjera je da mora postojati shvatanje da se neće moći rješavati *svaki* zločin ili navod o zločinu[48]. Ovo je tačka na kojoj se vraćamo na pitanje bavljenja potrebama društva a ne pojedinca.

Mora se prihvatiti da je sistem odabira predmeta za istragu potreban, i to takav koji priznaje da percepcija "selektivne pravde", iako ima dobre namjere, rijetko uspijeva da u potpunosti uzme u obzir pojedinačne žrtve, čak iako nastoji da se pozabavi potrebama društva kao cjeline[49]. Svaki sistem primjene objektivnih i subjektivnih kriterija[50] dovodi do pitanja da li će, tamo gdje se predmeti biraju na osnovu njihove očite

43 Schwendiman, D.J.S:, *Odabir predmeta ratnih zločina za istragu i krivično gonjenje: izbjegavanje oportunitetnih troškova bavljenja prelaganim predmetima* (*Selecting war crimes cases for investigation and prosecution: avoiding the opportunity costs of picking low hanging fruit*), otvoreno pismo, str. 5:

> "... odluke koje se tiču izbora predmeta i prioriteta su donesene uglavnom kao dogovor na javni i politički pritisak od strane vladinih tijela, političara, nevladinih organizacija, grupa preživjelih i privatnih lica, od kojih mnogi imaju ciljeve koji nisu nužno vezani za ili zainteresovani za razvoj ili uspjeh jakog i nezavisnog krivičnopravnog sistema."

44 *Vidi* član 17-19. Statuta Međunarodnog krivičnog suda o pitanju prihvatljivosti kojim se Sudu dodjeljuje ovlaštenje da utvrdi "težinu". Takođe vidi, Clark P., Pravo, politika i pragmatizam: Međunarodni krivični sud i odabir predmeta u Demokratskoj Republici Kongo i u Ugandi (*Law, Politics and Pragmatism: The ICC and Case Selection in the Democratic Republic of Congo and Uganda)* (http:// sel.isn.ch/serviceengine/FileContent?serviceID=47&fileid=44088345-F8EF-EC46-767A-014D987BB3FD&lng=en).

45 *Vidi npr.*, Smjernice o ulozi tužilaca koje je usvojio 8. kongres UN-a o prevenciji zločina i postupku prema počiniocima (Guidelines on the Role of Prosecutors, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders), Havana, Kuba, 27.8.-7.9.1990., stav 17:
U zemljama u kojima tužioci imaju diskrecione ovlasti, zakon ili objavljena pravila ili propisi pružiće smjernice u svrhu jačanja pravednosti i dosljednosti pristupa pri donošenju odluka u postupku krivičnog gonjenja, uključujući pokretanje ili obustavu krivičnog gonjenja.

46 *Vidi npr.*, Smjernice o ulozi tužilaca koje je usvojio 8. kongres UN-a o prevenciji zločina i postupku prema počiniocima, Havana, Kuba, 27.8.-7.9.1990.; Međunarodno udruženje tužilaca, Standardi profesionalne odgovornosti i izjava o osnovnim dužnostima i pravima tužilaca (23.4.1999.)

47 *Vidi npr.*, Vijeće Evrope, Komitet ministara, Preporuka (2000) br. 19 o ulozi javnih tužilaštava u krivičnopravnom sistemu (6.10.2000.); Tužilaštvo Krune, Standardi optuživanja (*Charging Standards*) (London: Oxford University Press, 2005.); Američka advokatska komora (ABA), Standardi ABA za krivičnopravni sistem, Tužilačka funkcija (3. izdanje – 1993.); Ministarstvo pravosuđa SAD, Priručnik tužioca SAD, 9-27.00, Principi krivičnog gonjenja na saveznom nivou (januar 2007.); Tužilačke smjernice glavnog tužioca Novog Južnog Velsa (20.10.2003.); Priručnik Državnog tužilaštva (Kanada) (1.3.2006.).

48 Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina, Tužilaštvo BiH, nacrt od 29.5.2008., str. 2, fusnota 1.

49 *Ibid*.

50 Kriteriji za odabir predmeta ratnih zločina u Tužilaštvu BiH koji su usvojeni 2004. godine za osnovu imaju tri pitanja od interesa: (a) težinu krivičnog djela; (B) svojstvo i ulogu počinioca; i (c) druge okolnosti. Jasno je da je ovdje naglasak na *subjektivnim* kriterijima.

kompleksnosti, žrtve shvatiti potpunu i efikasnu istragu kao zadovoljenje pravde[51].

Da bi riješila ovo pitanje subjektivnosti, tužilaštva *moraju* usvojiti interne smjernice o optuživanju kojim je polazni stav da je svaki predmet jedinstven i da se mora razmatrati zasebno[52], ali da neki osnovni principi rukovode *sve* odluke. Ovim putem osigurava se da će tužilac pažljivo ocijeniti dokaze prije podnošenja optužnice kako bi se izbjegla mogućnost da pojedinci budu nepravedno ili nepotrebno optuženi, čime bi i šanse za uspjeh takvog optuženja bile manje od osnovano očekivanih[53]. Kao što je ranije navedeno, tužioci takođe moraju štititi javni interes[54] i ne smiju pokrenuti ili nastaviti krivično gonjenje ili bi trebali da učine sve da obustave postupak kada nepristrasna istraga ili stanje dokaza tokom ili prije suđenja ukazuju da je optužba neosnovana[55]. Na posljetku, tužioci uvijek moraju raditi u interesu pravde, a ne samo u interesu postizanja osuđujuće presude[56].

Da bi se iskoristilo diskreciono pravo da se osoba optuži za krivično djelo, ovlasti se moraju primjenjivati na što objektivniji i otvoreniji način. Korištenje diskrecionog prava mora se primjenjivati nepristrasno sa ciljem utvrđivanja šta i kako se desilo i tačne identifikacije osobe ili osoba koje su odgovorne po zakonu. Ovo se naročito odnosi na krivično gonjenje za ratni zločin gdje odluke o optuženju *moraju* u obzir uzeti javni interes. Ovo se ponovo vezuje za pravo društva da zna istinu, s obzirom na to da je uloga tužioca u predmetima ratnih zločina kao nezavisnog i nepristrasnog selektora činjenica, važna, budući da ona nesumnjivo doprinosi otkrivanju istine za žrtve u širem smislu.

Međutim, bez obzira na bilo koji nalaz nekog tijela za ljudska prava da vlasti moraju istražiti neki nestanak, pri donošenju takvih odluka tužilac *mora* imati ovlasti da ih donosi samo onda kada on smatra da su zakonski prihvatljivi dokazi dovoljni, i količinom i kvalitetom, da bi mogli dovesti do osuđujuće presude koja će se održati i u drugostepenom postupku[57]. Dalje, tužilac mora odlučiti da li će, i kada će krivično goniti nekoga čak i kada postoje dokazi za osuđujuću presudu, i ako se donese odluka o gonjenju, koje optužbe trebaju biti uključene da bi se najbolje iskoristili resursi tužilaštva[58]. Upravo je ova subjektivnost odluke o krivičnom gonjenju ono zbog čega su potrebni standardi kojima bi se tužilac mogao rukovoditi, budući da ona ima direktan uticaj na prava žrtava i na društvo u cjelini[59].

Jedan od rukovodećih principa mora biti da je nerealno očekivati da će se procesuirati svaki slučaj ili da će

51 S tim u vezi, često se postavlja pitanje sa čime se poredi pitanje kompleksnosti. Da li je to test kompleksnosti u poređenju sa svim poznatim zločinima ili u poređenju sa zločinima koji služi kao uzorak? Upravo ovdje se subjektivnost onoga ko donosi odluku nalazi na najopasnijoj tačci, te bi nedostatak jasnih principa i previd u postupku značio da je sistem podložan zloupotrebama.

52 *Vidi npr.*, Tužilaštvo Krune, Odjeljak 2: Opšti principi, 2.1., str. 4.

53 *Vidi* Tužilaštvo Krune, Standardi optuživanja, str. 4; 2. Opšti principi, 2.2, str. 4. *Vidi takođe* Smjernice o ulozi tužilaca, stav 13(a).

54 *Vidi npr.*, Smjernice o ulozi tužilaca, stav 13(b):

> "Štititi javni interes, djelovati objektivno, ispravno procijeniti položaj osumnjičenog i žrtve i obratiti pažnju na sve bitne okolnosti, bez obzira na to da li su one u korist ili na štetu osumnjičenog."

55 *Vidi npr.*, Smjernice o ulozi tužilaca, stav 14.

56 *Vidi* Tužilaštvo Krune, Standardi optuživanja (London: Oxford University Press, 2005.), 2. Opšti principi, 2.3, str. 4.

57 *Vidi* Tužilaštvo Krune, Standardi optuživanja, str. 6. Standardi optuživanja koji važe za Tužilaštvo Krune navode određeni broj pitanja koja tužilac mora postaviti da bi utvrdio da li su ti standardi zadovoljeni, uključujući i pitanje da li bi sud mogao odbaciti dokaze koje tužilac mora da koristi da bi osigurao osuđujuću presudu (5.4(a)), da li je vjerovatno da bi se identifikacija optuženog mogla osporiti i da li su dokazi na koje se tužilac mora osloniti pri identifikaciji dovoljno jaki (5.4(e)), da li postoji sumnja u tačnost ili kredibilitet svjedoka kojeg tužilac mora koristiti (5.4(f)). *Vidi takođe* Standardi ABA za krivičnopravni sistem, Tužilačka funkcija (1993.), Standard 3-3.9(a), Diskreciono pravo pri odluci o optuženju; Ministarstvo pravosuđa SAD, Priručnik tužioca SAD, 9-27.00, Principi krivičnog gonjenja na saveznom nivou (januar 2007.), 9-27.220 – Osnovi za pokretanje ili odbacivanje krivičnog gonjenja; Tužilačke smjernice glavnog tužioca Novog Južnog Velsa (20.10.2003.). 4 – Odluka da se pokrene krivično gonjenje, tj. test na prvi pogled (da li su dostupni prihvatljivi dokazi kojima se može utvrditi svaki element krivičnog djela), primjenjen zajedno sa utvrđenjem da li se može ili ne može reći da ne postoji osnovana mogućnost osuđujuće presude od strane razumne porote (ili drugog presuditelja o činjenicama) koja je ispravno poučena o zakonu (jačina dostupnih dokaza i uvjerljivost argumenta optužbe u svjetlu očekivanog toka postupka); i odluka da li diskrecioni faktori ipak diktiraju da predmet ne treba nastavljati u interesu javnosti; Priručnik Državnog tužilaštva (Kanada) (1.3.2006.), 15 – Odluka da se pokrene krivično gonjenje, 15.2 Mišljenje o politici provođenja.

58 *Vidi npr.*, Vijeće Evrope, Komitet ministara, Preporuka (2000) br. 19 o ulozi javnih tužilaštava u krivičnopravnom sistemu (6.10.2000.).

59 Pri donošenju odluke tužilac će možda trebati da razmotri praktična pitanja kao što su dostupni resursi. Međutim, i Evropski sud (vidi npr., Evropski sud za ljudska prava, *Ledonne (br. 2) protiv Italije*, presuda o meritumu od 12.5.1999., stav 23) i Dom za ljudska prava (vidi npr., Dom za ljudska prava, *Zoran Bašić i Željko Ćosić protiv Federacije BiH*, predmet br. CH/02/11108 i CH/02/11326, odluka o meritumu od 5.5.2003., odluke iz januara i juna 2003., stav 183), pri čemu je Dom primijenio praksu Evropskog suda, su dosljedno smatrali da je odgovornost države da organizuje pravosudni sistem na takav način da osigura razumno ekspeditivan postupak za pojedinačne predmete i da organizuje svoj pravni sistem na takav način da omogući sudovima da ispune uslove iz Evropske konvencije.

svaka osoba koja bi trebala krivično odgovarati biti dovedena pred sud. Bilo bi neiskreno prema žrtvama i obmanjujuće prema javnosti podržavati tu ideju, a i domaća i međunarodna zajednica moraju se smatrati odgovornim za kontinuirano održavanje takvih nerealnih očekivanja. Međutim, koncentrisanjem na mali broj *najvažnijih* predmeta u kratkom vremenskom periodu vjerovatnija je mogućnost ponovne uspostave reda. Uprkos tome, mora doći vrijeme kada će se zemlja umoriti od bavljenja ratnim zločinima i biće potrebni alternativni mehanizmi. Pri donošenju ove procjene trebaće se pozabaviti potrebama društva kao cjeline radije nego potrebama pojedinaca[60].

Shodno tome, kao što su tužilaštva i zagovarala u brojnim prilikama, ojačao je stav po kome se, da bi se očuvali resursi i da bi se osiguralo da odgovara najveći broj onih koji trebaju odgovarati, mora dati prioritet krivičnom gonjenju onih koji su vršili najviše uticaja i imali ili koristili najveće ovlasti u odnosu na zločine za koje postoje dokazi da su počinjeni[61]. Naravno, ovo ima negativan uticaj na prava žrtava, pošto je obično slučaj da su oni koji vrše najveći uticaj tokom sukoba, rijetko i direktni počinioci. Oni mogu biti i vrlo često jesu, jako udaljeni od žrtava i preživjelih.

Takođe, pri odlučivanju na kojim predmetima treba raditi i kojim redom, važnost treba pridati onim predmetima u kojima su zločini ostavili najveće posljedice u regijama ili zajednicama u kojima su počinjeni. Da bi se ostvario ovaj cilj, znanje je ključni faktor. Zajedničko shvatanje svih tužilačkih organa koji se bave istraživanjem i gonjenjem ratnih zločina je da bi bez znanja o tome šta se dogodilo tokom sukoba i bez znanja o nivou viktimizacije i ko su bili ključni protagonisti, svaki odabir bio potpuno subjektivan[62].

VIII. Završni zaključak

Na početku prvog dijela ovog rada postavljeno je pitanje do kojeg su nivoa dva koncepta koja se razmatraju kompatibilna. Glavni zaključak je da nisu kompatibilna i da u stvari rade jedan protiv drugog. Najjednostavnije rečeno, radi se o pravima pojedinca naspram prava društva, i istina je da se oni malo tiču jedan drugog.

Problem koji je identifikovan i razmotren u ovom radu je da je fundamentalno pravo žrtve na obeštećenje samo djelimično ostvarivo. Direktna ili indirektna žrtva zločina koji su zabranjeni po međunarodnom pravu zahtijeva individualizaciju, a cilj države je da riješi probleme sukoba u globalnijem kontekstu primjenjujući opštiji pristup koji utiče na prava društva. Da bi se ispravile posljedice masovnih zločina kakvi su se desili u BiH, odgovor mora biti odmjeren, promišljen i dosljedan. Ovaj pristup, naravno, ima posljedice po prava pojedinačnih žrtava na puno obeštećenje, ali država mora procijeniti koliko ima resursa da se pozabavi sa masovnim zahtjevima. Ovo, naravno, izlaže državu mogućnosti da trpi kaznene posljedice zbog svog propusta da istraži, krivično goni i sankcioniše krivično djelo prisilnog nestanka, ali je i dalje nerealno očekivati da se svaki zločin procesuira i svaki počinilac privede pravdi.

Navodi se da mnoga pitanja koja su ovdje razmatrana neće biti od utjehe žrtvama koje žele da otkriju sudbinu i mjesto gdje se nalaze nestali članovi njihovih porodica. Malo znači preživjelim članovima porodica žrtava zločina počinjenih u cijeloj bivšoj Jugoslaviji, to što mnogi od onih koji su počinili najteže zločine od Holokausta, neće nikad biti privedeni pred lice pravde. Žrtvama ništa ne znači što sudski postupci ukažu na zločine počinjene tokom sukoba i otkriju politički i vojni aparat odgovoran za te zločine. Ako politički ili tužilački postupak teži da izabere aspekte ovih tragičnih događaja i na jednoj strani ostavi veliki broj žrtava "u interesu pravde", žrtvama je teško shvatiti kako je pravda time zadovoljena. Selektivnost ostaje nužno zlo u ovom procesu. Ono što je prilično jasno je da će institucije koje se bave ljudskim pravima u mnogo narednih godina i dalje biti preplavljene žalbama vrste o kojoj je bilo riječ u ovom radu.

60 Pri donošenju procjene šta i koliko treba uraditi polazi se ispravno od počinioca. U kontekstu BiH, pojedinci na svim stranama tokom sukoba koji su planirali i naređivali operacije ili ih omogućavali, oni koji su pokrenuli događaje koji su doveli do katastrofe, i oni koji su jednostavno bili kadar koji je obavio prljavi posao, pješadija katastrofe, bi svi zajedno trebali biti kandidati za krivično gonjenje; a onoliko koliko se resursa tome može posvetiti, njih treba dovesti pred sud da odgovaraju dokle god mogu biti identifikovani, dokle god postoje zakonito prikupljeni dokazi koji se mogu koristiti a koji su dovoljno jaki da dovedu do osuđujuće presude, i dokle god im se može garantovati poštena mogućnost da se brane tako da rezultati budu vjerodostojni i da se kao takvi poštuju.

61 Ovo je stav koji je zauzela većina *ad hoc* međunarodnih sudova (vidi npr., obraćanje Carle del Ponte, tužioca MKSJ Savjetu bezbjednosti UN 23.11.2004. godine (CDP/P.I.S./917-e) http://www.un.org/icty/pressreal/2004/p917-e.htm) o gonjenju najviših rukovodilaca.

62 U BiH kontekstu, ovo utvrđenje je u velikoj mjeri zasnovano na vjerodostojnoj demografskoj analizi sukoba koju je uradio Odsjek za istraživanje i analizu Tužilaštva BiH tokom 2007. i 2008. godine, uključujući i obrazložene i potkrijepljene procjene o potvrđenom broju civila koji su izgubili život, broju interno raseljenih osoba i posljedici na procentualnu zastupljenost u regiji iz koje su raseljeni, i broju, veličini i prirodi logora u jednom kraju ili zajednici. Demografska analiza sukoba je najobjektivniji i najnepristrasniji način koji je dostupan tužilaštvu da ustanovi koji predmeti trebaju biti prvi procesuirani.

Krivično djelo progona

Pripremila Anja Loga

Definiranje progona

U našem pozitivnom krivičnom zakonodavstvu krivično djelo progona propisano je članom 172. stav 1. tačka h), a definirano istim članom u stavu 2. tačka g), i to u okviru krivičnog djela Zločin protiv čovječnosti čija dispozicija glasi: *Ko, kao dio širokog ili sistematičnog napada usmjerenog bilo protiv kojeg civilnog stanovništva, znajući za takav napad, učini koje od ovih djela:*

***tačka h)* progon bilo koje grupe ljudi ili kolektiva na političkoj, rasnoj, nacionalnoj, etničkoj, kulturnoj, vjerskoj, spolnoj ili drugoj osnovi koja je univerzalno prihvaćena kao nedopustiva po međunarodnom pravu, u vezi s bilo kojim krivičnim djelom iz ovog stava ovog člana, bilo kojim krivičnim djelom propisanim u ovom zakonu ili bilo kojim krivičnim djelom u nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine;**

Naš zakonodavac definiše progon u stavu 2. navedenog člana *na slijedeći način:*

U smislu stava I. ovog člana sljedeći pojmovi imaju ovo značenje: g) Progon jeste namjerno i teško, međunarodnom pravu suprotno uskraćivanje osnovnih prava, zbog pripadnosti skupini ljudi ili zajednici.

Sukladno citiranoj definiciji, prema članu 172. stav 1., tačka h) KZ BiH, elementi krivičnog djela progona kao zločina protiv čovječnosti su:

1) namjerno i teško uskraćivanje osnovnih prava;

2) suprotno međunarodnom pravu;

3) zbog pripadnosti skupini ljudi ili zajednici[1];

4) protiv bilo koje grupe ljudi ili kolektiva na političkoj, rasnoj, nacionalnoj,etničkoj, kulturnoj, vjerskoj, spolnoj ili drugoj osnovi koja je univerzalno prihvaćena kao nedopustiva po međunarodnom pravu; i

5) u vezi s bilo kojim krivičnim djelom iz ovog stava ovog člana zakona, bilo kojim krivičnim djelom propisanim u ovom zakonu ili bilo kojim krivičnim djelom u nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine.

Osnov za inkriminaciju je Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (u daljnjem tekstu MKSJ), preciznije rečeno, u članu 5. stav h) Statuta MKSJ[2].

U presudi Pretresnog vijeća u predmetu *Kupreškić i dr.* o krivičnom djelu progona navodi se slijedeće: *„U presudi u predmetu Tužilac protiv Tadića Pretresno vijeće II zauzelo je stav da je progon oblik diskriminacije na osnovu rase, religije ili političkog mišljenja sa namjerom i rezultatom kršenja temeljnih prava pojedinca. Nije nužno postojanje zasebnog djela nečovječne prirode da bi postojao progon, već i sama diskriminacija čini djelo nečovječnim. Pretresno vijeće smatralo je da zločin progona obuhvata najrazličitija djela uključujući između ostalog djela fizičke, ekonomske ili pravne prirode kojima se krše osnovna ili temeljna prava pojedinca. Diskriminacija mora biti sprovedena na jednom od navedenih osnova da bi predstavljala progon.*[3]" Međutim,*"nije dovoljno definirati središnji skup djela i ostaviti periferna djela u stanju nedefiniranosti da bi progon predstavljao zločin protiv čovječnosti. Moraju postojati jasno definirane granice vrsta djela koja se mogu kvalificirati kao progon. Iako je područje ljudskih prava dinamično i u širenju, ne može svako uskraćivanje ljudskih prava predstavljati zločin protiv čovječnosti."* [4]

1 "Kada je riječ o vjerskim, rasnim ili političkim karakteristikama ciljane grupe traženim za zločin progona, Pretresno vijeće upućuje na prvostepenu presudu u predmetu *Naletilić*: ... ciljana grupa ne uključuje samo one osobe koje *lično* posjeduju (vjerske, rasne ili političke) karakteristike grupe. Pojam ciljane grupe valja tumačiti široko, i on može, konkretno, obuhvaćati osobe koje *počinilac definira kao pripadnike grupe-žrtve zbog njihove bliske povezanosti ili simpatija za grupu-žrtvu*. … *Simić, Tadić, and Zarić*, prvostepena presuda, 2003, par. 49
" Među ciljanim pojedincima mogu da budu osobe "koje *počinilac definira kao pripadnike grupe-žrtve zbog njihove bliske povezanosti ili simpatija za grupu-žrtvu*", "budući da je počinilac taj koji definira grupu-žrtvu, dok žrtve protiv kojih je napad usmjeren nemaju uticaja na definiciju svog statusa".'" *Stakić*, prvostepena presuda, 2003, par. 734
2 **Član 5 Zločini protiv čovječnosti,** Međunarodni sud je nadležan da krivično goni osobe odgovorne za sljedeća krivična djela kada su počinjena u oružanom sukobu, bilo međunarodnog bilo unutrašnjeg karaktera, i usmjerena protiv civilnog stanovništva: (h) progoni na političkoj, rasnoj i vjerskoj osnovi;
7(2)(g) Statuta MKS-a koji navodi da "progon označava namjerno i teško uskraćivanje temeljnih prava suprotno međunarodnom pravu kojem je razlog identitet grupe ili kolektiva"
3 *Kupreškić i dr,* prvostepena presuda,2000, par 161;
4 *Kupreškić i dr,* prvostepena presuda,2000, par 618

Elementi krivičnog djela progona

Stav je mnogih vijeća MKSJ-a da se progon kao zločin protiv čovječnosti sastoji u radnji ili propustu:

1. koja su *de facto* diskriminacija i uskraćuju ili narušavaju neko temeljno pravo definisano međunarodnim običajnim ili ugovornim pravom (*actus reus*);

2. koja su izvršena hotimično, sa namjerom diskriminacije po jednoj od navedenih osnova, tačnije, na osnovi rasne, vjerske ili političke pripadnosti (*mens rea*).[5]

U žalbenoj presudi u predmetu *Kvočka i dr.* Vijeće MKSJ zaključuje: *„pozivajući se na praksu Međunarodnog suda, Pretresno vijeće je dalo slijedeću definiciju krivičnog djela progona: „(1) mora postojati diskriminatorno djelo ili propust; (2) osnova za to djelo ili propust mora biti zasnovana na rasi, vjeri ili politici; i (3) mora postojati namjera da se prekrše osnovna ili temeljna prava pojedinaca“ te je, nešto uopštenije, progon definisalo kao „grubo i flagrantno uskraćivanje na diskriminatornoj osnovi nekog temeljnog prava koje je utvrđeno međunarodnim običajnim ili konvecionalnim pravom, a koje dostiže isti stepen težine kao i druga djela zabranjena članom 5.“ Žalbeno vijeće nije ustanovilo nikakvu grešku u vezi sa bitnim obilježjima koje je utvrdilo Pretresno vijeće, ali se radije opredjeljuje za formulaciju iz Drugostepene presude u predmetu Krnojelac.“*[6]

Kao elemente krivičnog djela progona također se navodi i *„ ... a) da je postojao oružani sukob, b) da je optuženi, na način povezan sa rasprostranjenim ili sistematskim napadom usmjerenim protiv civilnog stanovništva, počinio radnje ili propuste nad žrtvom ili populacijom-žrtvom kršeći time neko osnovno odnosno temeljno ljudsko pravo, c) da je ponašanje optuženog imalo političku, rasnu ili vjersku osnovu, kao i traženu diskriminacionu namjeru, i d) da je optuženi bio svjestan šireg konteksta u kojem se odvija njegovo ponašanje.“*[7]

„... Da bi se utvrdilo da je počinjen progon kao zločin protiv čovječnosti, valja dokazati sljedeće elemente:(i) počinilac je počinio diskriminatorno djelo ili propust; (ii) tim djelom ili propustom uskraćeno je ili narušeno neko temeljno pravo definirano međunarodnim običajnim ili ugovornim pravom; (iii) počinilac je djelo ili propust počinio s namjerom diskriminacije na rasnoj, vjerskoj ili političkoj osnovi; (iv) ispunjeni su opći uvjeti za zločin protiv čovječnosti prema članu 5. Statuta.[8]

***Actus reus* progona**

Na osnovu sudske prakse[9] može se izdvojiti nekoliko obilježja *actus reusa* krivičnog djela progona:

1. Međunarodno običajno pravo usvaja dosta široku široku definiciju progona.
2. U sklop krivičnog djela progona ulaze i djela koja su nabrojana u članu 5. Statuta MKSJ.
3. Progon također može obuhvatati i druga djela diskriminacije koja nisu nabrojana u članu 5. Statuta, tj. djela koja su zabranjena drugim članovima Statuta, te djela koja uopšte nisu obuhvaćena Statutom.
4. Progon se obično koristi kako bi se opisao niz djela, mada se i jedno djelo može podvesti pod pojam progona[10].
5. Diskriminirajuća djela koja čine sastavni dio progona ne smiju se posmatrati odvojeno nego u svojoj ukupnosti.

Dosta je zanimljivo kako se djela koja, iako u osnovi ne predstavljaju krivično djelo, mogu u određenim slučajevima tretirati kao dio krivičnog djela progona. U *actus reus* krivičnog djela progona spadaju ona djela koja su nabrojana u članu 5. Statuta, kao i ona djela koja mogu naći negdje drugo u Statutu kao i ona djela koja nisu izričito zabranjena Statutom. S tim u vezi u praksi MKSJ-a nalazimo na slijedeće zaključke vijeća:

5 *Blaškić,* žalbena presuda*,* 2004, par. 131; vidi isto *Vasiljević,* žalbena presuda*,* 2004, par. 113; *Krnojelac*, žalbena presuda, 2003, par. 185; *Blagojević i Jokić*, prvostepena presuda, 2005, par. 579; *Brđanin*, prvostepena presuda, 2004, par. 992; *Simić, Tadić, and Zarić*, prvostepena presuda, 17 Oktobar, 2003, par. 47; *Stakić*, prvostepena presuda, 31 juli, 2003, par. 732; *Deronjić*, *žalbena presuda*,2005, par. 109*; Kvočka i dr.* žalbena presuda, 2005, par. 320, 454; *Kordić and Čerkez ,žalbena presuda*, 2004, par. 101, 671;

6 *Kvočka i dr.*, žalbena presuda, 2005, para. 319-320;

7 *Tužilac protiv Blagojevića i Jokića* IT-02-60-T, izmijenjena spojena optužnica od 14 maja 2004; par 58, u optužnici se dalje navodi par. 59 : “Kao što je opisano u ovoj izmijenjenoj spojenoj optužnici, zločin progona počinjen je, izvršen i sproveden sljedećim sredstvima i načinom: a)ubistvom hiljada civila bosanskih Muslimana uključujući muškarce, žene, djecu i starce, b) okrutnim i nečovječnim postupanjem sa civilima bosanskim Muslimanima, uključujući teška premlaćivanja u Potočarima i u objektima za zatočavanje u Bratuncu i Zvorniku, c) terorisanjem civila bosanskih Muslimana u Srebrenici i u Potočarima, d) uništavanjem lične imovine i predmeta u vlasništvu bosanskih Muslimana, i e) prisilnim premještanjem bosanskih Muslimana iz srebreničke enklave.”;

8 *Naletilić i Martinović* prvostepena presuda, para. 634;

9 Npr. presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Kupreškić i dr.*, 2000, par. 615, 617;

10 *Kupreškić i dr.*, prvostepena presuda, 2000, par. 624; *Vasiljević*, žalbena presuda, 2004 par. 113;

"Žalbeno vijeće ocjenjuje u stvari da se zločin progona može javiti u različitim oblicima. Može se raditi o nekom od drugih djela koja član 5. Statuta definira kao krivična djela ili o nekom od djela inkriminisanih prema drugim članovima Statuta.[11]"

Kada se radi o radnjama ili djelima koja nisu obuhvaćena Statutom, tu se mora ispuniti još jedan dodatni uslov tj. da postoji grubo ili flagrantno uskraćivanje temeljnih ljudskih prava.
„Nije svako uskraćivanje temeljnog ljudskog prava dovoljno teško da bi predstavljalo zločin protiv čovječnosti. Jasno je da, kada je u pitanju ovaj Međunarodni sud, progon može obuhvatati djela navedena u Statutu, kao i djela koja nisu navedena u Statutu. Radnje i propusti navedeni u drugim stavovima člana 5. Statuta dovoljno su teški sami po sebi. Ostale radnje i propusti (bilo da su navedeni u drugim članovima Statuta ili da uopšte nisu obuhvaćeni Statutom) moraju ispuniti jedan dodatni kriterijum: Takve radnje i propusti moraju dosezati isti nivo težine kao i drugi zločini protiv čovječnosti navedeni u članu 5. Statuta. Taj kriterij će ispunjavati samo grubo ili flagrantno uskraćivanje temeljnih ljudskih prava. Prilikom primjene ovog kriterijuma, radnje i propusti se ne smiju posmatrati izolovano, već u svom kontekstu, i mora se odvagnuti njihov kumulativni efekt. Pretresno vijeće u predmetu Krnojelac je takođe konstatovalo da, zajedno ili zasebno, "djela moraju doseći nivo progona iako se ne traži da se svako osnovno djelo za koje se tereti može smatrati kršenjem međunarodnog prava"[12].
Djela koja nisu nabrojana u članu 5. Statuta moraju biti iste težine kao ona djela nabrojana u članu 5.

„Žalbeno vijeće smatra da, "mada se progon uglavnom odnosi na niz djela, jedno djelo može biti dovoljno, sve dok to djelo ili propust stvarno diskriminira, te je izvršeno smišljeno s namjerom da se diskriminira po jednoj od osnova iz spiska". Osim toga, djela u osnovi progona kao zločina protiv čovječnosti, bilo da se promatraju izdvojeno ili u vezi s drugim djelima, moraju predstavljati djelo progona čija je težina jednaka težini krivičnih djela nabrojanih u članu 5. Statuta." (...) Žalbeno vijeće smatra da je Pretresno vijeće propustilo da pomene da bi krivična djela progona, posmatrana zasebno ili zajedno, trebala dosezati razinu težine koju imaju druga krivična djela nabrojana u članu 5. Statuta. Čini se da je ono smatralo da osnovna djela dovoljno teškima čini činjenica da su počinjena s diskriminatornom namjerom, što je pogrešno[13].

"Da bi se ispoštovao princip nullum crimen sine lege certa, moraju postojati "jasno definirane granice vrsta djela koja se mogu kvalificirati kao progon". Djela progona koja nisu navedena u članu 5. ili drugdje u Statutu moraju dosegnuti isti nivo težine ili ozbiljnosti kao druga djela navedena u članu 5. Prilikom razmatranja da li neka radnja ili propust dosežu taj prag, radnje se ne smiju razmatrati izolovano, nego ih valja ispitati u kontekstu i s obzirom na njihov mogući kumulativni efekt. Djelo koje se može učiniti neuporedivim s drugim djelima navedenim u članu 5. može da dosegne traženi nivo težine ako je imalo, ili je bilo vjerovatno da će imati, zbog konteksta u kojem je izvršeno, posljedicu sličnu posljedicama drugih djela. Pretresno vijeće neće ponavljati ove dodatne elemente krivičnog djela u vezi sa svakim od niže opisanih djela.[14]"
Što se tiče djela koja se smatraju djelima progona, a koja se ne nalaze ni članu 5. niti negdje drugo u Statutu, mnoga vijeća zauzimaju stav da se takva djela, ako se posmatraju zajedno sa drugim djelima, mogu podvesti pod zločin progona.
"(…)"Progon" je ono djelo koje mora imati istu težinu kao nabrojani zločini. Djelo u osnovi ne mora biti jedan od zločina nabrojanih u članu 5. Statuta. Ono ne mora biti nijedan od zločina navedenih drugdje u Statutu.
Zapravo, ono samo po sebi ne mora biti zločin koji se navodi bilo gdje u međunarodnom krivičnom pravu: ono ne mora čak ni predstavljati zločin. Kao što je navedeno u predmetu *Ministarstva*:

> *Progon Jevreja odvijao se postojano, korak po korak, pa do konačne smrti u podmuklom obliku. Jevrejima u Njemačkoj prvo su uskraćena prava koja proističu iz državljanstva. Potom su im uskraćena prava da predaju u školama, da se bave profesionalnim poslovima, da se obrazuju, da se bave poduzetničkim djelatnostima, zabranjeno im je da stupaju u brak, izuzev među sobom, odnosno s osobama svoje vjere; bili su podvrgnuti hapšenjima i zatočenju u koncentracionim logorima, batinanjima, sakaćenju i mučenju; imovina im je konfiskovana; skupljeni su u geta; prisiljavani su da emigriraju i da plate dozvolu za emigraciju; deportovani su na Istok, gdje su ih tjerali da rade do iznemoglosti i smrti; ; postali su robovska radna snaga; i konačno, ubijeno ih je više od šest miliona.*

11 *Krnojelac*, žalbena presuda, 2003, para. 219;
12 *Simić, Tadić, i Zarić*, prvostepena presuda, 2003, par. 48; vidi isto *Brđanin*, prvostepena presuda, 2004, par. 994; *Kvočka i dr.,* prvostepena presuda, 2001, par. 185; *Kupreškić i dr.,* prvostepena presuda, 2000, par. 581, 614-615;
13 *Blaškić,* žalbena presuda, 2004, par. 135 i 137; vidi isto *Kvočka i dr.*, žalbena presuda, 2005, par. 321; *Kordić and Čerkez,* žalbena presuda, 2004, par. 671; *Vasiljević,* prvostepena presuda, 2002, par. 247; *Kvočka i dr.,* prvostepena presuda, 2001, par. 185;
14 *Stakić,* prvostepena presuda, 2003, par. 736;

Citirajući taj predmet, Pretresno vijeće u predmetu *Kvočka* kasnije je navelo:

> *[U] praksi suđenja za zločine počinjene u Drugom svjetskom ratu smatralo [se] da djela ili propusti kao što su onemogućavanje otvaranja bankovnih računa, uskraćivanje mogućnosti za obrazovanje ili zaposlenje ili prava na izbor supružnika Jevrejima na osnovu njihove vjere, predstavljaju progone. Tako djela koja sama po sebi nisu krivična mogu ipak postati krivična djela progona ukoliko su počinjena s namjerom diskriminacije.*

Iz toga slijedi da djelo u osnovi samo po sebi ne mora da predstavlja zločin; stoga se ne može ni postaviti pitanje da li ono ima istu težinu kao neki od nabrojanih zločina. Međutim, to djelo, posmatrano odvojeno ili kumulativno s drugim djelima, može da dosegne zločin progona. Pitanje koje iz toga proizlazi jeste na koji se to stepen progona Statut odnosi. Progon može postojati na različitim stepenima. Mislim da bi ovdje bilo razumno reći da se Statut odnosi samo na one slučajeve u kojima stepen težine dokazanog progona doseže stepen težine jednog od nabrojanih zločina.[15]"

Na primjer "(…) Pretresno vijeće nalazi da "namjerno i sistematsko ubijanje civila bosanskih Muslimana", kao i njihovo "organizirano lišavanje slobode i protjerivanje iz Ahmića" mogu predstavljati progon, i to stoga što se ta djela mogu okvalificirati kao ubistvo, zatvaranje i deportacija koji su explicite navedeni u članu 5. Statuta.[16]"

Mens rea progona

Mens rea progona se sastoji od: znanja optuženog da postoji široki sistematični napad na civilno stanovništvo i da djela optuženog ulaze u okvir tog napada, namjere da se izvrši djelo u osnovi progona i postojanja diskriminatorne namjere[17].

Ovdje je posebno interesantno postojanje diskriminatorne namjere koja je jedan od elemenata *mens rea*.

"U skladu sa jurisprudencijom Međunarodnog suda, Žalbeno vijeće smatra da se dokazivanje posebne persekutorne namjere iza persekutornog plana ili politike, tj. uklanjanje ciljanih osoba iz društva ili ljudske zajednice, ne traži da bi se utvrdila mens rea počinioca koji je izvršio fizička djela u osnovi progona. Žalbeno vijeće nadalje odbacuje žaliočevu tvrdnju da diskriminatorni cilj sam za sebe nije dovoljan da se utvrdi mens rea za krivično djelo progona. Pretresno vijeće je u paragrafu 235. Prvostepene presude ispravno zaključilo da je mens rea za progon "posebna namjera da se naškodi ljudskoj osobi kao pripadniku određene zajednice ili grupe". Žalbeno vijeće naglašava da u pravu ne postoji zahtjev da akter posjeduje ne samo diskriminatornu nego i "persekutornu namjeru[18]".

"Pretresno vijeće smatra da izraz "diskriminatorna namjera" označava traženi "dolus specialis"[19].

Zahtjev za utvrđivanje *mens rea* progona je veći nego za ostale zločine protiv čovječnosti, ali manji nego za genocid. U tom smislu, i progon kao zločin protiv čovječnosti i krivično djelo genocida veoma su slični, jer se vrše prema osobama koje pripadaju određenoj grupi. Bitno je da se utvrdi postojanje diskriminacije, tj. da su žrtve mete zbog svojih etničkih, rasnih ili vjerskih karakteristika, a kod krivičnog djela progona i zbog političke pripadnosti[20].

Mens rea za progon je "posebna namjera da se naškodi ljudskoj osobi kao pripadniku određene zajednice ili grupe.[21]"

"Diskriminatorna osnova postoji kada neka osoba postane meta napada iz vjerskih, političkih ili rasnih razloga, tj. zbog pripadnosti određenoj grupi-žrtvi koju napada grupa-počinilac. Vijeće se slaže s mišljenjem iznesenim u Prvostepenoj presudi u predmetu Kvočka i dr. da ciljana grupa ne uključuje samo one osobe koje lično posjeduju (vjerske, rasne ili političke) karakteristike grupe. Pojam ciljane grupe valja tumačiti široko, i on može, konkretno, obuhvaćati osobe koje počinilac definira kao pripadnike grupe-žrtve zbog njihove bliske povezanosti ili simpatija za grupu-žrtvu. Vijeće smatra da je takvo tumačenje u skladu s temeljnim smislom odredbe kojom se zabranjuje progon, budući da je počinilac taj koji definira grupu-žrtvu, dok žrtve protiv kojih je napad usmjeren nemaju uticaja na definiciju svog statusa. Vijeće je mišljenja da u takvim slučajevima stvarna diskriminacija postoji onda kada su žrtve de facto diskriminirane zbog onoga ko ili što one jesu iz perspektive počinilaca.[22]"

15 *Krnojelac*, žalbena presuda, Izdvojeno mišljenje Sudije Shahabuddeen, 2003, par. 6-7;
16 *Kupreškić i dr*. prvostepena presuda, 2000, par. 629
17 *Stakić*, žalbena presuda, 2003, par.328, vidi isto *Simić, Tadić, i Zarić,* žalbena presuda, 2003, par. 51; vidi isto *Kordić i Čerkez,* žalbena presuda, 2004, par. 110, 674; *Blaškić,* žalbena presuda, 2004, par. 164; *Kvočka i dr* ,žalbena presuda, 2005, par. 460; *Stakić,* prvostepena presuda, 2003, par. 738; *Stakić*, prvostepena presuda, 2003, par 738 "Pretresno vijeće podsjeća da se *mens rea* za krivično djelo progona, osim znanja koje se traži za sve zločine protiv čovječnosti navedene u članu 5. Statuta, sastoji od:namjere da se počini djelo u osnovi, i namjere da se diskriminiše na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi.
18 *Blaškić,* žalbena presuda, 2004, par. 165;
19 *Stakić, ,* prvostepena presuda, 2003, par. 737;
20 *Kupreškić i dr.,* prvostepena presuda, 2000, par. 636;
21 *Blaškic,* žalbena presuda, 2004, par. 165;
22 *Naletilić i Martinović,* prvostepena presuda, 2003, par. 636;

U dosadašnjoj praksi ustaljeni su zaključci da je postojanje namjere diskriminacije i na samo jednoj od moguća tri osnova[23] dovoljno da se ispuni uslov za *mens rea* kod progona[24].

(...)Zaključak o postojanju te namjere ne može se izvesti direktno iz opšteg diskriminatornog karaktera napada okvalifikovanog kao zločin protiv čovječnosti; takav kontekst ne mora sâm po sebi predstavljati dokaz diskriminatorne namjere. Međutim, diskriminatorna namjera se može izvesti iz takvog konteksta pod uslovom da, s obzirom na činjenice predmeta, okolnosti u kojima su počinjena navodna djela potvrđuju postojanje takve namjere. Okolnosti koje se mogu uzeti u obzir uključuju sistematski karakter zločina počinjenih nad nekom rasnom ili vjerskom grupom i opšti stav navodnog počinioca koji je vidljiv iz njegovog ponašanja[25].

"Namjera diskriminacije mora biti vezana za konkretno djelo (djela) koje se optuženom stavlja na teret kao progon. Kada takva djela čine dio nekog napada diskriminatorskog karaktera, taj kontekst može predstavljati dovoljan osnov za zaljučak o diskriminatorskoj namjeri za svako pojedino djelo. Žalbeno vijeće je zaključilo da "takav kontekst ne može sam po sebi predstavljati dokaz namjere da se diskriminira", ali da se "može izvesti zaključak da je postojala diskriminatorna namjera ako, razmatrajući činjenice predmeta, okolnosti u kojima su počinjena krivična djela potvrđuju postojanje takve namjere.,[26]"

"(...) Nije dovoljno da je optuženi bio samo svjestan da činjenično djeluje na način koji predstavlja diskriminaciju. Da bi se uslov svjesne diskriminacijske namjere optuženog smatrao ispunjenim, nije nužno da postoji politički program diskriminacije odnosno - u slučaju da je pokazano da takva politika jeste postojala - ne traži se dokaz da je optuženi učestvovao u kreiranju te politike ili prakse diskriminacije na nekom nivou vlasti.[27]" "Neki čin je diskriminatorski kada se žrtva uzima na metu zbog svoje pripadnosti grupi koju počinilac definiše na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi. Radnjom ili propustom mora se stvarno vršiti diskriminacija, odnosno, nije dovoljna diskriminatorska namjera, već dotična radnja ili propust mora za posljedicu imati diskriminaciju.[28]"

"Nije dovoljno da optuženi bude svjestan da stvarno djeluje na način koji diskriminira[29], nego mora imati i svjesnu namjeru da diskriminira." "Iako namjera da se diskriminiše i ne mora imati glavnu ulogu u činu, ona svakako mora biti značajna.[30]"

"Pretresno vijeće je izričito primijetilo da zločini protiv čovječnosti mogu biti počinjeni iz čisto ličnih razloga. Žalbeno vijeće potvrđuje da relevantna sudska praksa i duh međunarodnih pravila u vezi sa zločinima protiv čovječnosti jasno pokazuju da, prema običajnom pravu, "čisto lični razlozi" ne stječu nikakvu relevantnost kod utvrđivanja postojanja zločina protiv čovječnosti. Valja razlikovati motiv i namjeru. Lični motivi, kao što su namirivanje starih računa ili lični dobitak, ne isključuju diskriminatornu namjeru. Oni mogu postati relevantni u stadiju odmjeravanja kazne kao olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti, ali ne spadaju među preduslove nužne da bi neko ponašanje ušlo u okvire definicije zločina protiv čovječnosti. (...)[31]"

Radnje progona

Jedno djelo može se smatrati progonom ako se se dokaže da je učinjeno sa diskriminatornom namjerom.

„Žalbeno vijeće smatra da, "mada se progon uglavnom odnosi na niz djela, jedno djelo može biti dovoljno, sve dok to djelo ili propust stvarno diskriminira te je izvršeno smišljeno s namjerom da se diskriminira po jednoj od osnova iz spiska". Osim toga, djela u osnovi progona kao zločina protiv čovječnosti, bilo da se promatraju izdvojeno ili u vezi s drugim djelima, moraju predstavljati djelo progona čija je težina jednaka težini krivičnih djela nabrojanih u članu 5 Statuta[32]. Jasan je stav Vijeća MKSJ-a da tužilaštvo mora optužiti za tačno nabrojana djela ili počinjenja kada su u pitanju pojedina djela progona. Svjesni samo činjenice da su mnoge optužnice Tužilaštva BiH u velikoj mjeri vrlo neprecizno napisane, pa često dolazi do zabune za koja djela je optuženi optužen. S tim u vezi, nužno je spomenuti nekoliko stavova vijećâ MKSJ kada je u pitanju nepreciziranje djela u optužnici. Praksa MKSJ je vrlo jasna po tom pitanju — optuženi mora tačno znati za što ga se optužuje, da bi se mogao efikasno braniti. (ovo pravo je zagarantovano i članom 6. EKLJP) Pa tako

23 Progon na osnovu političke, rasne ili vjerske pripadnosti;
24 *Simić, Tadić, i Zarić*, prvostepena presuda, 2003, para. 52:
25 *Kvočka i dr. žalbena presuda*, 2005, par. 460; vidi isto *Kvočka i dr., žalbena presuda,* 2005, par. 366; *Kordić i Čerkez, žalbena presuda*, 2004, par. 110, 674; *Blaškić, žalbena presuda*, 2004, par. 164; *Krnojelac*, *žalbena presuda*, 2003, par. 184; *Blagojević and Jokić* ,prvostepena presuda, 2005, par. 584; *Brđanin*, prvostepena presuda, 2004, par. 997.
26 Blagojević i Jokić, prvostepena presuda, 2005, par. 584
27 Vasiljević, prvostepena presuda, 2002, par. 248;
28 Blagojević i Jokić, prvostepena presuda, 2005, par. 583
29 Krnojelac, prvostepena presuda, 2003, par.. 435
30 Krnojelac, prvostepena presuda, 2003, par.. 435
31 Kvočka i dr. žalbena presuda, 2005, par. 463
32 *Kordić i Čerkez,* žalbena presuda, 2004, par. 102: *Blaškić, žalbena presuda,* 2004, par. 135; vidi isto *Vasiljević, žalbena presuda* ,2004, par. 113; *Blagojević i Jokić*, prvostepena presuda, 2005, par. 582; *Brđanin*, prvostepena presuda, 2004, par. 994; vidi isto *Simić, Tadić,i Zarić, prvostepena presuda*, 2003, par. 50 (same); *Krnojelac*, prvostepena presuda, 2002, par. 433;

žalbeno vijeće u predmetu *Blaškić* primjećuje da je: *(...) optužba dužna da pojedina djela tereti kao progon. Pretresno vijeće zatim mora razmotriti da li takva djela, bilo pojedinačno ili zajedno, predstavljaju progon. S tim u vezi mora se pokazati da su djela u osnovi progona predstavljala zločin protiv čovječnosti u običajnom međunarodnog pravu u vrijeme kada je optuženi, prema navodima, počinio krivično djelo. Kao što je već navedeno, ta djela moraju predstavljati uskraćivanje ili povredu temeljnih prava predviđenih običajnim međunarodnim pravom. Nije tačno je da svako djelo počinjeno s diskriminatornom namjerom predstavlja progon kao djelo protiv čovječnosti.*[33]*"*

„U vezi s konkretnošću optužbi, Pretresno vijeće podsjeća na Drugostepenu presudu u predmetu Kupreškić i drugi u kojoj stoji da optužba mora teretiti za konkretna djela kao za progone, kao što je već razmatrano ranije u tekstu. Žalbeno vijeće je zaključilo da "činjenica da je krivično djelo progona tzv. 'krovno' krivično djelo ne znači da u optužnici ne treba poimenično navesti materijalne aspekte teze Tužilaštva, jednako detaljno kao i kod drugih krivičnih djela. Progon se ne može, zbog svog neodređenog karaktera, koristiti kao univerzalna optužba" i Pretresno vijeće odbacuje svaki pokušaj optužbe da to učini korištenjem rastezljivog izraza "uključujući".

Iz tog razloga, Pretresno vijeće neće razmatrati nikakvo drugo uskraćivanje temeljnih prava koje optužba nije izričito navela u optužnici. Optuženi je u dovoljnoj mjeri obaviješten samo o onim optužbama koje su izričito navedene u optužnici, pa se stoga od drugih optužbi nije u stanju braniti[34]*.*

Neka od djela koja se smatraju progonima, a koja su počinjena sa diskriminatornom namjerom su: zatvaranje, protivpravno zatočenje civila ili povreda ličnih sloboda,ubistvo, deportacija ili prisilno premještanje, hvatanje, prikupljanje, odvajanje i prisilno odvođenje civila u logore, sveobuhvatno razaranje domova i imovine, razaranje gradova i sela i druge javne ili privatne imovine i pljačkanje imovine, napadi na gradove, gradiće i sela, kopanje rovova i korištenje talaca i živih štitova, uništavanje i nanošenje štete vjerskim i obrazovnim institucijama i seksualno nasilje[35]*.*

Osim toga djela progona su pretstavljala, prema praksi Međunarodnog suda u Nürnbergu, i djela kao što su onemogućavanje otvaranja bankovnih računa, uskraćivanje mogućnosti za obrazovanje ili zaposlenje ili prava na izbor supružnika Jevrejima na osnovu njihove vjere.

Tako djela koja sama po sebi nisu krivična mogu ipak dobiti karakter progona ukoliko su počinjena s namjerom diskriminacije. U Prvostepenoj presudi u predmetu *Kordić* navedeno je sljedeće: *"Kako se ne bi prekršio princip legaliteta, za djela koja su u optužnici svrstana pod progon mora se pokazati da su u vrijeme počinjenja predstavljala krivično djelo po međunarodnom pravu." Pretresno vijeće ovaj navod tumači tako kao da on znači da djela navedena u Izmijenjenoj optužnici, zajedno ili odvojeno, moraju predstavljati progone, a ne da se svako navedeno diskriminatorno djelo mora pojedinačno smatrati kršenjem međunarodnog prava*[36]*.*

Djela koja nisu dosegla stupanj težine da bi bi ulazila u domen progona, u praksi nalazimo da preuzimanje vlasti silom ne doseže, per se, nivo težine drugih zločina protiv čovječnosti i samo za sebe ne predstavlja progon[37]*, ispitivanje uhapšenih i zatočenih bosanskih Hrvata, bosanskih Muslimana i drugih nesrpskih civila i njihovo prisiljavanje da potpišu lažne i iznuđene izjave, kada se terete sami za sebe, ne dosežu neophodnu težinu da bi činili djelo progona i zločin protiv čovječnosti*[38]*, kao i sljedeća djela nisu navedena drugdje u Statutu i nisu dovoljno teška da bi bila na istom stepenu težine kao i druga djela nabrojena u članu 5. Statuta. Ohrabrivanje i promicanje mržnje na političkoj i drugim osnovama i otpuštanje i smjenjivanje bosanskih Muslimana iz organa vlasti i sl.*[39]

Umjesto zaključka

Kada optužba karakteriše pojedina djela kao progon, nužno je da se razmotri da li ta djela bilo pojedinačno bilo zajedno predstavljaju progon. Mora se utvrditi da su ta djela u osnovi progona predstavljala zločin protiv čovječnosti u običajnom međunarodnom pravu u vrijeme kada je optuženi navodno počinio zločin. Osim toga

33 *Blaškić,* žalbena presuda, 2004, par. 139; *Kupreškić i dr.* Prvostepena presuda, 2000, par. 626-627 " Pretresno vijeće primjećuje da se s obzirom na svoju široku definiciju progona Tužilaštvo u iznošenju svojih teza ne može jednostavno oslanjati na opštu optužbu za "progon". To bi se kosilo sa pojmom legaliteta. Da bi se poštivao princip legaliteta, Tužilaštvo mora teretiti za konkretna djela (a izgleda da je to i urađeno u ovom predmetu). Za ta bi se djela trebalo teretiti sa dovoljno detalja kako bi optuženi mogli u potpunosti pripremiti svoju odbranu. Sve u svemu, optužba za progon mora sadržati sljedeće elemente:a) one elemente koji su potrebni za sve zločine protiv čovječnosti po Statutu; b) grubo ili flagrantno uskraćivanje temeljnog prava koje dosiže isti stepen težine kao i druga djela zabranjena članom 5;c) diskriminatornu osnovu.";

34 *Stakić,* prvostepena presuda, 2003, par. 771-772;

35 *Kvočka i dr..,* prvostepena presuda, 2001, par. 186;

36 Ibid.

*37 Simić, Tadić, i Zarić ,*prvostepena presuda, 2003, par. 55-56;

38 *Simić, Tadić, i Zarić ,*prvostepena presuda, 2003, par. 67 i 69;

39 *Kordić and Čerkez,,* prvostepena presuda, 2001, par. 208-210

ta djela moraju predstavljati uskraćivanje ili povredu temeljnih prava. Djela progona moraju biti jedanko teška ili ozbiljna kao i ostala djela iz člana 5. Statuta. Nije dovoljno da su djela počinjena sa diskriminatornom namjerom. Također, ne predstavlja svako djelo koje je učinjeno sa diskriminatornom namjerom progon kao krivično djelo protiv čovječnosti[40].

Isto tako nije bitno da se identifikuje koja prava se imaju smatrati temeljnim pravima u svrhu progona[41].

Kod krivičnog djela progona mora postojati *namjera* da to djelo prouzrokuje *i dovede do* kršenja osnovnih ili temeljnih prava pojedinca. Premda se u Statutu ne zahtijeva izričito da se diskriminacija vrši protiv pripadnika neke ciljane grupe, radnja ili propust moraju imati za posljedicu stvarnu diskriminaciju, a ne samo biti vršeni s namjerom diskriminacije."

40 Blaškić, žalbena presuda, 2004, par. 139. i 160.;
41 Stakić, prvostepena presuda, 2003, par. 773;

Primjenjivo pravo

Presuda br. X-KRŽ-06/299 od 25.03.2009. g., u predmetu protiv Zijada Kurtovića, pripremila Aida Bešlija

Pitanje primjene Krivičnog zakona BiH je, čini se od početka djelovanja Suda BiH (u daljem tekstu: Sud), predmet raznih diskusija i polemika, između advokata odnosno odbrane sa jedne strane i Suda sa druge strane. Međutim, prije nego se osvrnemo na razloge njihovog neslaganja, potrebno je naglasiti zašto se ovo pitanje primjene zakona uopće i postavlja.

Naime, nesporna je činjenica da je u vrijeme izvršenja krivičnih djela ratnog zločina i zločina protiv čovječnosti na području BiH, na snazi u Bosni i Hercegovini bio preuzeti Krivični zakon SFRJ („Službene novine SFRJ", broj 44/76; u daljem tekstu: KZ SFRJ). U glavi XVI ovog zakona su, pod nazivom *Krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava*, u odredbama od čl. 142. do čl. 160., definirana krivična djela ratnog zločina i genocida, a među kojima i krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz čl. 142., krivično djelo Ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika iz čl. 413., zatim Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz čl. 144., itd. Za sva ova najteža kršenja Ženevskih konvencija, ovaj zakon je propisao kao najmanju kaznu zatvora pet godina ili smrtnu kaznu za najteže oblike ovih djela.

Međutim, naknadno, tačnije 2003. godine, usvojen je Krivični zakon BiH, u skladu sa kojim postupa i Sud BiH, a kojim su takođe regulisana ova djela, uključujući i krivično djelo Zločin protiv čovječnosti, s tim da je najmanja predviđena kazna za ova djela 10 godina zatvora ili kazna dugotrajnog zatvora. Obzirom da je došlo do izmjene relevantnih zakona nakon što su ova djela počinjena za vrijeme oružanog sukoba u BiH, to se onda nužno nameće pitanje primjene zakona, odnosno koji od ova dva zakona primijeniti na učinioce gore pomenutih djela.

U suštini, odgovor na ovo pitanje daje odredba čl. 4. KZ BiH, koja se odnosi na vremensko važenje krivičnog zakona, a koja zapravo propisuje načelnu zabranu retroaktivne primjene zakona, kao i obligatorno odstupanje od te zabrane.

Naime, pravilo je da se uvijek primjenjuje onaj zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, no, u situaciji kada se naknadno izmijeni zakon, onda se će primijeniti onaj zakon koji je blaži za učinitelja. Izmjenama i dopunama KZ BiH ubačen je i čl. 4a) koji, može se reći, predstavlja *izuzetak od izuzetka,* jer omogućava suđenje i kažnjavanje za svako činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa *načelima međunarodnog prava*, bez obzira na prethodno pomenuta pravila vremenskog važenja krivičnog zakona i obavezu primjene blažeg zakona.

Upravo odredba čl. 4. KZ BiH (u vezi sa principom zakonitosti iz čl. 3. KZ BiH, čl. 7. st.1. EKLJP, te čl. 15. MPGPP) je, kada je u pitanju primjena zakona za krivična djela ratnih zločina počinjena na teritoriji BiH, dovela do neslaganja između odbrane i Suda. Naime, odbrana stoji na stanovištu da je, kada su u pitanju pomenuta krivična djela, raniji zakon (KZ SFRJ) kao zakon vremena izvršenja krivičnog djela blaži za učinioce tih djela, u odnosu na kasnije usvojeni KZ BiH. Kao osnovni razlog za to, ističe se da je zapravo ranijim zakonom bila predviđena blaža kazna, budući da je kao najmanja kazna bila propisana kazna zatvora u trajanju od 5 godina. Za najteže oblike ovih djela bila je predviđena smrtna kazna, s tim da ju sud gotovo nikada nije izricao, nego je u tim situacijama izricao maksimalne predviđene kazne zatvora u trajanju od 15 godina.

S druge strane Sud je zauzeo stav, koji je iskazao u više pravosnažnih presuda, da je KZ BiH blaži za

učinioca, jer isti predviđa kaznu zatvora najmanje 10 godina ili dugotrajni zatvor. (vidi presude Suda BiH br. X-KRŽ-05/96-1 od 05.05.2009.g. u predmetu Mirko Pekez i dr. ili presudu Ustavnog suda BiH br. AP-1785/06 u predmetu Maktouf.) Naime, Sud polazi od stanovišta da je kazna dugotrajnog zatvora u svakom slučaju blaža od smrtne kazne, te ne prihvata kao adekvatan razlog za primjenu KZ SFRJ to što raniji sudovi govoto nikada nisu izricali smrtnu kaznu, čak i kada su bili ispunjeni svi uvjeti za njeno izricanje. Upravo iz tog razloga mišljenje je Suda da je, donošenjem Ustava BiH i ratifikacijom evropskih konvencija kojim je zabranjena smrtna kazna, zapravo postojeći pravni sistem blaži za učinioca.

Međutim, uzimajući u obzir stav Ustavnog suda BiH u već pomenutoj odluci br. AP-1785/06 iz paragrafa br. 84. gdje se navodi..“ *ipak različita primjena zakona u sličnim predmetima se dozvoljava, ako iza nje postoji razuman i opravdan razlog...“ ,*Sud BiH je u presudi br. X-KRŽ-06/299 od 25.03.2009.g. u predmetu protiv Kurtović Zijada smatrao da je u konkretnom slučaju za konkretnog učinioca bio blaži KZ SFRJ.

Presuda br. X-KRŽ-06/299 od 25.03.2009.g.

Naime, u presudi br. X-KRŽ-06/299 od 25.03.2009.g. drugostepeno vijeće je djelimično uvažilo žalbu branioca optuženog na način da je presudu Suda br. X-KR-06/299 od 30.04.2008.g. preinačio u pravnoj ocjeni i pravnoj kvalifikaciji djela. U cilju pojašnjenja stava Apelacionog vijeća, da je u ovom konkretnom slučaju trebalo ipak primijeniti preuzeti zakon kao blaži za optuženog, u nastavku ćemo istu analizirati u njenom relevantom dijelu.

a) Analiza presude u dijelu koji se odnosi na KD Ratni zločin protiv civilnog stanovništa

Naime, kada su u pitanju tačke optužnice br. KT-RZ 115/06 od 10.05.2007.g., od br. 1. do br. 10., a koje se, prema prvostepenoj presudi, odnose na krivična djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništa i Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika za koje je optuženi prvostepeno i osuđen, Apelaciono vijeće zauzima sljedeći stav:

Prije svega, Apelaciono vijeće je mišljenja da se sve radnje iz tačaka 1. do 10. optužnice mogu podvesti pod krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz čl. 173. KZ BiH, iz slijedećeg razloga: U konkretnom slučaju, lica koja su lišena slobode odnosno svjedoci-žrtve koji su bili zatočeni u Crkvi, su prilikom lišavanja slobode tj. prilikom istovara ispred Crkve, ...*bili u civilnom odjelu, bez naoružanja i izvan borbenog konteksta...* (str. 13. pasus 1.) Upravo iz tog razloga su ona već u trenutku lišavanja slobode zapravo smatrana za „zaštićena lica“ koja kao takva uživaju zaštitu u skladu sa čl. 3. IV Ženevske konvecije. Obzirom da je čl. 3. zajednički za sve četiri Ženevske konvencije i njihove Protokole, to sa tog aspekta više nije ni bilo važno da li su ova lica bili civili ili pripadnici oružanih snaga, kada svakako po istom članu obje kategorije lica uživaju jednaku zaštitu.

S druge strane, iz zapisnika o saslušanju svjedoka kao i iz ostalih dokaza proizilazi da su ova lica bila lišavana slobode samo iz razloga što su svi bili Hrvati rimokatoličke vjeroispovjesti, te su upravo iz tog razloga bila zatočena, i podvrgnuta mučenju i ostalim oblicima torture, tako da i sa tog aspekta više nije bitno da li su bili civili ili pripadnici oružanih snaga (str. 14. pasus 1.).

Nadalje, i same radnje izvršenja koje je optuženi primjenjivao prema ovim licima predstavljaju, same po sebi, kršenje pravila međunarodnog prava, iz kojeg razloga takođe više nije presudno o kojoj kategoriji lica se radi, kada su takve radnje svakako zabranjene prema čl. 3. Konvencije, kako prema civilima tako i prema pripadnicima oružanih snaga.

Tako da, kada se sve ovo uzme u obzir, Apelaciono vijeće je mišljenja da je sve radnje trebalo podvesti pod čl. 173. KZ BiH, odnosno okvalifikovati kao krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva.

Međutim, isto ovo djelo je predviđeno i odredbama KZ SFRJ i to u čl. 142. kao i odredbama međunarodnog prava. Dakle, ako je već isto djelo predviđeno u oba zakona, postavlja se pitanje koji zakon treba primijeniti. Odgovor na to pitanje daje odredba čl. 4. st. 2. KZ BiH kojom je predviđena obligatorna primjena blažeg zakona (napominjemo da ovdje nije potrebno uzeti u obzir odredbe čl. 4.a, jer je predmetno krivično djelo u vrijeme učinjenja već bilo propisano u domaćem nacionalnom zakonodavstvu). Prilikom utvrđivanja koji zakon je blaži u slučaju kada je isto djelo predviđeno kao krivično djelo u oba zakona, a ne postoji neki drugi osnov koji bi određeni zakon činio blažim, onda sud ocjenu blažeg zakona vrši na osnovu visine zaprijećene kazne. Naime, za učinioca je blaži onaj krivični zakon koji ga, u odnosu na konkretno krivično djelo, stavlja u povoljniji položaj u pogledu izricanja visine krivičnopravne sankcije. S tim u vezi, uzimajući u obzir visinu kazni u oba zakona, proizilazi da je blaži KZ BiH, jer isti predviđa zatvorsku kaznu u trajanju od najmanje 10 godina ili kaznu dugotrajnog zatvora, dok stari zakon propisuje zatvorsku kaznu u trajanju od najmanje pet godina ili smrtnu kaznu. Iz tog ugla gledano, jasno je zašto je prvostepeno vijeće primijenilo KZ BiH kao blaži (vidi presudu br. X-KRŽ-05/96-1 od 05.05.2009.g. i presudu br. AP-1785/06 u predmetu Maktouf).

Ali, kada se uzme u obzir način na koji je prvostepeno vijeće u konkretnom slučaju odmjerilo kazne za svako počinjeno djelo, odnosno da je za svako od krivičnih djela izrečena minimalna visina predviđene kazne od 10 godina, onda se, po mišljenju Apelacionog vijeća, dolazi do slijedećeg zaključka. Naime, prvostepeni sud je cijeneći sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti bio mišljenja da bi se i izricanjem najmanje predviđene kazne od 10 godina postigla svrha kažnjavanja, iz čega Apelaciono vijeće zaključuje da je zapravo prvostepeno vijeće imalo intenciju da optuženog blaže kazni. Upravo kada se uzme u obzir ovaj momenat, Apelaciono vijeće smatra da je onda prvostepeno vijeće trebalo primijeniti KZ SFRJ, jer on kao posebni

minimum propisane kazne sadržavao kaznu zatvora u trajanju od 5 godina, što je naravno povoljnije za optuženog. Samim tim je prvostepeno vijeće bilo u obavezi da u takvoj situaciji primjeni KZ SFRJ kao zakon koji je povoljniji za optuženog. (str. 29. paragraf 128-132).

Osim toga, Apelaciono vijeće je mišljenja da prvostepeno vijeće nije pravilno odmjerilo kaznu, odnosno da nije pravilno ocijenilo sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti prilikom odmjeravanja kazne, a što proizilazi iz visine kazni koje je Apelaciono vijeće utvrdilo u svojoj presudi.

Da bi se pojasnio ovaj stav Apelacionog vijeća važno je istaći to da se *smatra da treba npr. primijeniti zakon koji ima niži posebni minimum ako se pri odmjeravanju kazne sud kreće ka nižoj kazni, a da treba primijeniti zakon koji predviđa niži maksimum ako se sud kreće ka većoj kazni (vidi završne riječi odbrane u predmetu Tužilac protiv Kujundžić Predraga)*. U slučaju nejasnoća koji od ova dva zakona je blaži, onda primjenom principa zakonitosti i pravila zabrane retroaktivne primjene zakona, treba primijeniti onaj zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Naravno ovdje je, radi razjašnjenja mogućih nesuglasica bitno spomenuti i to, da se nikada ne može unaprijed predvidjeti da li će sud prilikom odmjeravanja kazne više pribjeći onoj minimalnoj ili maksimalnoj kazni, budući da isto ovisi o ocjeni svih dokaza, pa bi s toga bilo nemoguće ovaj stav koristiti kao unaprijed prihvaćen, odnosno koristiti ga već prilikom donošenja prvostepene presude. Međutim u konkretnom slučaju, prvostepeni sud se već odlučio za najnižu kaznu, pa je u takvoj situaciji Apelaciono vijeće, obzirom na naprijed navedeno, zauzelo stav da je prvostepeno vijeće trebalo onda primijeniti stari zakon. To opet ukazuje na činjenicu da je ovakav stav Apelacionog vijeća primjenjiv samo za konkretnu situaciju, u smislu da prema ocjeni vijeća, primjena starog zakona uistinu daje povoljniji ishod u datom slučaju, za datog učinioca.

Slijedom naprijed navedenog, a u cilju razrješenja već ranije pomenutog neslaganja odbrane i Suda oko primjene blažeg zakona, dolazi se do zaključka da je Apelaciono vijeće stava da se od pravila *tempus regit actum* može odstupiti samo u interesu optuženog, odnosno da u situaciji kada je, nakon što je počinjeno krivično djelo došlo do izmjene zakona u relevantnom dijelu, da će se primijeniti onaj zakon koji je blaži za učinioca. Ali, pitanje ocjene blažeg zakona za učinioca se, prema načelu konkretnosti, uvijek određuje upoređivanjem *in concreto* (a ne *in abstracto*), tj. ocjenom svih relevantnih okolnosti i činjenica datog slučaja, a sve obzirom na konkretnog počinioca.

To nadalje znači da, ako sud procijeni da je za konkretnog učinioca i za konkretno djelo povoljniji novi zakon (ili zakon tempore crimini), to nikako ne znači da će isti biti povoljniji i za nekog drugog počinioca istog djela, nego to opet zahtjeva procjenu svih konkretnih okolnosti. Treba naglasiti i to da ovakav stav Apelacionog vijeća **ne znači** da je ono mišljenja da je preuzeti zakon SFRJ generalno blaži od KZ BiH, nego je Sud do ovog zaključka došao prije svega cijeneći sve relevantne činjenice i okolnosti *in conreto*, vodeći pri tome računa o tome kako je i zašto prvostepeno vijeće izreklo minimalne kazne. Prema tome, poenta je u tome da se ovakav stav **ne može** smatrati za općeprihvaćen, odnosno ne može poslužiti kao sudski precedent u ostalim sudskim postupcima kada je u pitanju primjena zakona odnosno procjena koji je zakon blaži, niti se drugi mogu pozivati na njega kao na pravosnažno okončanu stvar. Isti je primjenjiv samo za konkretnog učinioca i konkretno djelo, a što je Apelaciono vijeće naglasilo u obrazloženju predmetne presude. Prema tome, ova presuda i stav Apelacionog vijeća ne može se koristiti u odbranu stava kako je KZ SFRJ blaži za učinioca od KZ BiH, a što je generalno prihvaćen stav odbrana pred Sudom BiH. S druge strane, stav Apelacionog vijeća u pomenutoj presudi ne mijenja ranije zauzeti stav Suda u vezi ocjene blažeg zakona, a koji stav je već ranije objašnjen. Sve ovo upućuje na to, da se ocjena blažeg zakona, odnosno pitanje primjene zakona, ipak utvrđuje za svaki konkretan slučaj posebno, tj.ocjena se vrši *in concreto*.

Sumiranjem svega rečenog, dolazi se do zaključka da se radnje izvršenja u prvostepenoj presudi nisu podvele pod odgovarajuću pravnu normu, nego je iste trebalo podvesti pod čl. 173. KZ BiH. S druge strane, uzimajući u obzir način kako je prvostepeni sud odmjerio kaznu (tj. da je za svako od dijela utvrdio najmanju predviđenu kaznu), onda je trebao, primjenom odredaba čl 4. KZ BiH, primijeniti blaži zakon, a to je **u konkretnom slučaju** bio KZ SFRJ, budući da i on reguliše isto krivično djelo, ali predviđa niži posebni minimum, pa bi umjesto 10 godina izrekao 5 godina zatvora.

b) Analiza presude u dijelu koji se odnosi na KD Uništavanje kulturnih i istorijskih spomenika

Nadalje, kada je u pitanju radnja iz tačke 11. iste optužnice, prvostepeno vijeće je istu podvelo pod čl. 179. KZ BiH, a to je krivično djelo Povreda zakona i običaja rata. Međutim Apelaciono vijeće je i ovdje mišljenja da je prvostepeni sud ponovo podveo radnje izvršenja pod pogrešnu normu, u smislu da je iste trebao podvesti pod čl. 183. KZ BiH (Uništavanje kulturnih, historijskih i religijskih spomenika). Naime, i ovaj član takođe obuhvata uništavanje religijskih ustanova, a da pri tome predviđa blažu kaznu, obzirom da je za isto djelo iz čl. 179. KZ BiH predviđena kazna zatvora najmanje 10 godina ili dugotrajni zatvor, dok je u čl. 183. istog zakona predviđena kazna zatvora od 1 do 10 godina. Dakle Apelaciono vijeće je mišljenja da čl. 183. inkriminira i uništenje religijskih ustanova, pa polazeći od obaveze Suda da nađe najadekvatniju pravnu kvalifikaciju, zatim polazeći od odredbe čl. 4. KZ BiH, kao i svih ostalih okolnosti slučaja, prvostepeno vijeće je trebalo primijeniti ovu odredbu (str.24. paragraf 106,107). Ali, i stari zakon u čl. 151. reguliše ovo djelo, a da za isto predviđa blažu kaznu. Slijedom toga da je prvostepeni sud i za ovo krivično djelo u svojoj presudi utvrdio najnižu

kaznu zatvora u trajanju od 10 godina, onda je prema mišljenju Apelacionog vijeća, iz razloga koji su već ranije pojašnjeni, trebao u konkretnom slučaju primijeniti stari zakon, odnosno odredbu čl. 151. KZ SFRJ kao zakona blažeg za opuženog, pa bi umjesto 10 godina, izrekao 1 godinu zatvora.

Kada je u pitanju čl. 151. KZ SFRJ, odnosno kada je u pitanju njegova primjenjivost u konkretnom slučaju, budući da eksplicitno ne navodi i vjerske ustanove, Apelaciono vijeće navodi da čl. 151. kao takav predstavlja blanketnu normu koja se poziva na odredbe međunarodnog prava. U tom kontekstu je Apelaciono vijeće primijenilo odredbe Haške konvencije iz 1907. odnosno njen čl. 56., a kojim članom je predviđen način postupanja sa vjerskim ustanovama, kao i odredbe Haške konvencije iz 1954. odnosno njen Protokol II, kao i čl. 16. II Ženevske konvencije, koji svi akti predstavljaju dio pravila međunarodnog prava. Samim tim je u konkretnom slučaju primjenjiva odredba čl. 151. KZ SFRJ (str. 27. paragraf 123-129).

Iz svega naprijed navedenog jasno proizilazi da je u predmetnoj presudi Apelaciono vijeće zauzelo stav da je, *in concreto,* KZ SFRJ bio blaži za optuženog Kurtović Zijada, i to na osnovu procjene svih okolnosti i činjenica datog slučaja, a uzimajući u obzir i način odmjeravanja kazne za svako pojedinačno djelo u prvostepenoj presudi. Naime, polazeći od načela zakonitosti iz čl. 3 ZKP-a BiH, odnosno iz čl. 7.st.1. EKLJP, a primjenom odredbe čl.4.st.1.i 2. ZKP BiH, Apelaciono vijeće je bilo mišljenja da je u konkretnom slučaju trebalo ipak primijeniti KZ SFRJ kao blaži. Međutim to nikako ne znači da je Sud stanovišta kako i ubuduće treba na isti način postupiti, nego upravo upućuje na to da se procjena blažeg zakona vrši uvijek *in concreto*, tj. u odnosu na konkretno djelo i konkretnog učinioca.

Specifičnost ove presude ogleda se u tome što je Apelaciono vijeće, uzevši u obzir činjenicu da je prvostepeni sud imao intenciju da optuženog Kurtovića blaže kazni jer je za svako od djela utvrdio minimalne predviđene kazne, te uzimajući u obzir i to da su sva djela koja se opuženom stavljaju na teret propisana i u zakonu koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, dakle procjenom svih tih relevantnih okolnosti, došlo je do zaključka da se ipak ima primijeniti stari zakon. Takođe, ovdje je specifično i mišljenje Apelacionog vijeća u vezi sa krivičnim djelom Uništavanje kulturnih i istorijskih spomenika iz čl. 151. preuzetog zakona. Naime, vijeće zauzima stav da je ovaj član primjenjiv na konkretnu situaciju, budući da ovo djelo inkriminira i radnje koje je počinio optuženi Kurtović, koje radnje nisu eksplicitno navedene u samoj odredbi, ali kako je riječ o blanketnoj normi, to se Vijeće poziva na relevantne odredbe iz Haških konvencija. Ali ne samo iz ovog razloga, nego i zbog toga što je članom 151. predviđena manja kazna za ovo djelo, iz kojeg razloga je KZ SFRJ blaži, pa se ovaj zakon kao povoljniji za učinioca, morao primijeniti na optuženog Kurtovića. Upravo iz svega navedenog, Apelaciono vijeće je odlučilo kao u dispozitivu presude br. X-KRŽ-06/299 od 25.03.2009. godine.

Izmjene i dopune relevantnih zakona iz 2009. godine

U nastavku prenosimo Izmjene i dopune advokatima relevantnih zakona, konkretno Zakona o Sudu BiH ("Službeni glasnik BiH", broj 97/09) i Tužilaštvu BiH ("Službeni glasnik BiH", broj 97/09), koje je donio Visoki predstavnih za BiH dana 14.12.2009. godine i Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", broj 93/09).

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine

Član 1.

(Izmjena u članu 24.)

(1) U Zakonu o Sudu Bosne i Hercegovine – Prečišćeni tekst ("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 49/09 i 74/09; u daljem tekstu: Zakon), član 24., stavovi (1) do (5) mijenjaju se i glase:

"(1) U prijelaznom periodu, dužnost registrara iz člana 17., stav (5), ovog Zakona obavljat će registrar Suda iz Sporazuma o Uredu registrara za Odjel I za ratne zločine i Odjel II za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Krivičnog i Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine, kao i Posebnog odjela za ratne zločine te Posebnog odjela za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Tužilaštva Bosne i Hercegovine, kao i o uspostavi Tranzicijskog vijeća, kojim se zamjenjuje Sporazum o uspostavi Ureda registrara od 01. decembra 2004. i Aneks tog sporazuma**("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine – Međunarodni ugovori, br. 3/07; u daljem tekstu: Sporazum o Uredu registrara). Prijelazni period će trajati do 31. decembra 2012. godine.**

(2) U prijelaznom periodu iz stava (1) ovog člana, Poslovnik Suda, u dijelu koji se odnosi na odjele iz Sporazuma o Uredu registrara, može se donositi i mijenjati isključivo nakon konsultacija u pisanom obliku s registrarom Suda iz Sporazuma o Uredu registrara.

(3) U prijelaznom periodu iz stava (1) ovog člana, izvjestan broj međunarodnih sudija može se imenovati u Sud, kako bi radili na predmetima dodijeljenim Odjelu I za ratne zločine Krivičnog i Apelacionog odjeljenja. Međunarodne sudije ne mogu biti državljani Bosne i Hercegovine niti državljani bilo koje od susjednih država.

(4) U prijelaznom periodu iz stava (1) ovog člana, ali najkasnije do **31. jula 2011. godine**, ministar pravde, ministar finansija i Vijeće ministara, zajedno s Fiskalnim vijećem, izradit će finansijski plan kako bi omogućili postepeni prijenos pozicija na koje su imenovani međunarodne sudije na državljane Bosne i Hercegovine, te omogućili propisno pružanje usluga podrške kako je navedeno u Sporazumu o Uredu registrara. Finansijski plan će se reflektirati u Zakonu o izvršenju budžeta za 2012. godinu.

(5) Po isteku prijelaznog perioda iz stava (1) ovog člana, dužnost registrara iz člana 17., stav (5), ovog Zakona obavljat će registrar iz Sporazuma o Uredu registrara u dodatnom periodu kojeg će odrediti Tranzicijsko vijeće uspostavljeno Sporazumom o Uredu registrara, ali ne kraće od šest mjeseci, s ciljem da se ispune svi tehnički preduvjeti za okončanje tranzicijskog procesa."

(2) Stavovi (6) i (7) člana 24. Zakona brišu se.

(3) Dosadašnji stavovi (8) i (9) člana 24. Zakona postaju stavovi (6) i (7).

Član 2.

(Stupanje na snagu i objavljivanje)

Ovaj Zakon stupa na snagu trećeg dana od dana objavljivanja na službenoj internetskoj stranici Ureda visokog predstavnika, odnosno narednog dana od dana objavljivanja u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", zavisno od toga koji od ova dva dana nastupi ranije.

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Tužilaštvu Bosne i Hercegovine

Član 1.

(Izmjena u članu 14.)

U Zakonu o Tužilaštvu Bosne i Hercegovine – Prečišćeni tekst ("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 49/09; u daljem tekstu: Zakon), član 14., stav (3) mijenja se i glasi:

"Unutrašnja organizacija posebnih odjela uređuje se internim pravilnicima koje odobrava glavni tužilac."

Član 2.

(Izmjena u članu 15.)

U članu 15. Zakona, stav (3) mijenja se i glasi:

"Ured registrara pruža usluge podrške Tužilaštvu. Registrar rukovodi radom Ureda registrara Tužilaštva."

Član 3.

(Izmjena i dopuna u članu 19.)

(1) U članu 19. Zakona, stavovi (1) i (2) mijenjaju se i glase:

"(1) U prijelaznom periodu međunarodni tužioci se mogu imenovati u Tužilaštvo, kako bi radili na predmetima dodijeljenim Posebnom odjelu za ratne zločine. Međunarodni tužioci ne mogu biti državljani Bosne i Hercegovine niti državljani bilo koje od susjednih država. **Prijelazni period će trajati do 31. decembra 2012. godine**.

(2) Što je prije moguće, Vijeće ministara, Fiskalno vijeće, i Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine će osigurati zadovoljavajuće finansiranje za Tužilaštvo, na osnovu preporuke Tranzicijskog vijeća uspostavljenog Sporazumom o Uredu registrara za Odjel I za ratne zločine i Odjel II za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Krivičnog i Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine, kao i Posebnog odjela za ratne zločine te Posebnog odjela za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Tužilaštva Bosne i Hercegovine, kao i o uspostavi Tranzicijskog vijeća, kojim se zamjenjuje Sporazum o uspostavi Ureda registrara od 01. decembra 2004. i Aneksom tog sporazuma**("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine – Međunarodni ugovori, br. 3/07; u daljem tekstu: Sporazum o Uredu registrara)**, da se međunarodni tužioci imenovani u Posebni odjel za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Tužilaštva Bosne i Hercegovine **zamijene državljanima Bosne i Hercegovine**."

(2) Iza stava (2) člana 19 Zakona, dodaje se novi stav (3), koji glasi:

"(3) U prijelaznom periodu iz stava (1) ovog člana, ali najkasnije do **31. jula 2011. godine**, ministar pravde, ministar finansija i Vijeće ministara, zajedno s Fiskalnim vijećem, izradit će finansijski plan kako bi omogućili postepeni prijenos pozicija na koje su imenovani međunarodni tužioci na osnovu stava (1) ovog člana na državljane Bosne i Hercegovine, te omogućili propisno pružanje usluga podrške kako je navedeno u Sporazumu o Uredu registrara. Finansijski plan će se reflektirati u Zakonu o izvršenju budžeta za 2012. godinu."

(3) Dosadašnji stavovi (3) i (4) člana 19. Zakona postaju stavovi (4) i (5).

Član 4.

(Izmjena u članu 20.)

Član 20. Zakona mijenja se i glasi:

"(1) U prijelaznom periodu iz člana 19., stav (1), ovog Zakona, dužnost registrara će obavljati registrar Tužilaštva iz Sporazuma o Uredu registrara**."**

(2) Po isteku prijelaznog perioda iz člana 19., stav (1) ovog Zakona, dužnost registrara obavljat će registrar Tužilaštva iz Sporazuma o Uredu registrara u dodatnom periodu kojeg će odrediti Tranzicijsko vijeće uspostavljeno Sporazumom o Uredu registrara, ali ne kraće od šest mjeseci, s ciljem da se ispune svi tehnički preduvjeti za okončanje tranzicijskog procesa."

Član 5.

(Stupanje na snagu)

Ovaj Zakon stupa na snagu trećeg dana od dana objavljivanja na službenoj internetskoj stranici Ureda visokog predstavnika, odnosno narednog dana od dana objavljivanja u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", zavisno od toga koji od ova dva dana nastupi ranije.

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine

Član 1.

U Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", br. 36/03, 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 i 16/09), iza člana 27. dodaje se novi član 27a. koji glasi:

"Član 27a.

Prenošenje vođenja postupka za krivična djela iz Glave XVII KZBiH

(1) Ako se postupak vodi za krivična djela iz čl. 171. do 183. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, Sud može rješenjem prenijeti vođenje postupka drugom sudu na čijem je području pokušano ili izvršeno krivično djelo,

najkasnije do zakazivanja glavnog pretresa, a uzimajući u obzir težinu krivičnog djela, svojstva počinioca i ostale okolnosti važne za ocjenu složenosti predmeta.

(2) Sud rješenje iz stava (1) ovog člana može donijeti i na prijedlog stranaka ili branioca, a u fazi istrage samo na prijedlog tužioca.

(3) Rješenje iz stava (1) ovog člana donosi Vijeće sastavljeno od trojice sudija iz člana 24. stav 7) ovog zakona. Protiv rješenja Vijeća žalba nije dopuštena."

Član 2.

U članu 45. u stavu (6) u drugoj rečenici iza riječi "Sud" dodaju se riječi: "redoslijedom s liste advokata".

Iza stava (6) dodaje se novi stav (7) koji glasi:

"(7) Ako pozvani advokat nije u mogućnosti da preuzme odbranu, Sud poziva sljedećeg advokata s liste advokata. Sud obavještava nadležnu advokatsku komoru o odbijanju pozvanog advokata da preuzme odbranu po službenoj dužnosti."

Član 3.

U članu 46. stav (2) u drugoj rečenici iza riječi "vijeća" stavlja se zarez i dodaju se riječi: "u skladu s članom 45. stav (6)".

Član 4.

U članu 138. stav (1) mijenja se i glasi:

"(1) Kada izrekne presudu na kaznu zatvora, Sud može optuženom odrediti pritvor, odnosno pritvor će biti produžen ako je to neophodno radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka, uzimajući u obzir sve okolnosti vezane za izvršenje krivičnog djela, odnosno ličnost počinioca.

Ako izrekne presudu na kaznu zatvora od pet godina ili težu kaznu, Sud će odmah odrediti ili produžiti pritvor. U ovim slučajevima donosi se posebno rješenje, a žalba protiv rješenja ne zadržava njegovo izvršenje."

Član 5.

Naslov "GLAVA XXX - POSTUPAK ZA PRUŽANJE MEDUNARODNE PRAVNE POMOĆI I IZVRŠENJE MEĐUNARODNIH UGOVORA U KRIVIČNOPRAVNIM STVARIMA" briše se.

Čl. 407., 408., 409., 410., 412. i 413. brišu se.

Dosadašnji član 411. postaje član 407.

Član 6.

Naslov "GLAVA XXXI - POSTUPAK ZA IZRUČENJE OSUMNJIČENIH, ODNOSNO OPTUŽENIH I OSUĐENIH OSOBA" briše se.

Čl. od 414. do 431. brišu se.

Član 7.

Dosadašnje glave od XXXII do XXXIV postaju glave od XXX do XXXII.

Član 8.

U članu 449. u stavu (2) iza riječi "branitelja," briše se riječ "ne", a iza riječi "predmet" dodaju se riječi: "a uzimajući u obzir težinu krivičnog djela, svojstva počinioca i ostale okolnosti važne za ocjenu složenosti predmeta".

Član 9.

Ovlašćuju se Ustavnopravna komisija Predstavničkog doma i Ustavnopravna komisija Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH da utvrde prečišćeni tekst Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

Član 10.

Ovaj Zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u "Službenom glasniku BiH".

Suljagić protiv BiH

Izvještaj o predmetu pred Evropskim sudom za ljudska prava

Ustavni sud BiH je krajem 2009. godine razmotrio i presudu Evropskog suda za ljudska prava iz predmeta Suljagić protiv Bosne i Hercegovine, aplikacija broj 27912/02 od 3. novembra 2009. godine, koja se tiče stare devizne štednje. Zbog značaja ove odluke za javnost, Ustavni sud BiH ukazuje na saopćenje Evropskog suda za ljudska prava koje se odnosi na ovu odluku. U ovom saopćenju su dati osnovni zaključci (dostupno na Internet-stranici:

http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=37107582&skin=hudoc-pr-en&action=request/)

Sažetak Odluke Suda

Kao prvo, Sud je primijetio, bez obzira na činjenicu što je zahtjev podnesen 2002. godine, da bi se on ograničio na analizu sadašnje legislative o staroj deviznoj štednji.

Kad je riječ o žalbi podnosioca aplikacije o ograničenim gotovinskim uplatama, Sud je konstatovao da je, osim inicijalnih uplata, prema planu amortizacije za vladine obveznice, podnosilac imao pravo da primi cijeli iznos svoje stare devizne štednje u osam rata. Uzimajući u obzir učinak rata i stalne reforme privredne strukture, Sud je smatrao da država može ograničiti pristup štednji. Sud nije vidio nijedan razlog zašto podnosilac zahtjeva ne bi bio u mogućnosti da proda svoje obveznice za bilo koji iznos koji je približan njihovoj nominalnoj vrijednosti. Štaviše, od njega se nije tražilo da ih proda, ali, umjesto toga, mogao je da izabere gotovinske uplate u osam rata od kojih je jednu već primio. Kad je u pitanju kamata za period od januara 1992. do aprila 2006. godine, Sud je uzeo u obzir činjenicu da su se susjedne zemlje, koje su imale slične planove otplate, složile u tome da isplate znatno veće kamate. Ipak, Sud nije smatrao da je ovaj faktor dovoljan razlog da se donese zaključak da je sadašnja legislativa suprotna članu 1. Protokola broj 1, te je u tome slijedio argument Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da je poslije rata potrebno rekonstruirati državnu ekonomiju.

Međutim, Sud se složio sa podnosiocem zahtjeva da je implementacija zakona nezadovoljavajuća. Zbog činjenice da obveznice koje su dospijevale u martu 2008. godine nisu bile emitirane, podnosilac zahtjeva i dalje nije mogao da ih proda na berzi i tako dođe do prijevremenih gotovinskih isplata. Štaviše, to je dovelo do kašnjenja u plaćanju rata.

Bez obzira na činjenicu da je „stara“ devizna štednja, koja je naslijeđena od bivše SFRJ, predstavljala značajan teret za države nasljednice, vladavina zakona koja se nalazi u osnovi Evropske konvencije zahtijevala je od ugovornih strana da dosljedno primjenjuju zakone koje su donijele. Sud je, stoga, iznio jednoglasno mišljenje da je zbog manjkave implementacije zakona povrijeđen član 1. Protokola broj 1.

Osim toga, Sud je jednoglasno odlučio da odgodi za šest mjeseci, računajući od datuma kada je presuda postala pravosnažna, postupke koji se odnose na staru deviznu štednju u bilo kojem predmetu u Federaciji Bosne i Hercegovine i Distriktu Brčko u kojem su aplikanti dobili verifikaciju certifikata (kao aplikant u ovom predmetu).

Prema članu 46. (obavezujuće i izvršne presude), Sud je istakao da se predmet odnosi na sistemski problem, naime, na nepostojanje plana otplaćivanja devizne štednje koja datira iz vremena prije raspadanja SFRJ. Taj problem se nalazi u više od 1.350 sličnih aplikacija koje su podnesene Sudu. Sud je jednoglasno odlučio da Bosna i Hercegovina mora osigurati, u roku od šest mjeseci od datuma kada presuda postane pravosnažna, da se emitiraju vladine obveznice u Federaciji Bosne i Hercegovine, da se isplate zaostale rate i da, u slučaju kašnjenja isplate rata, bude plaćena zakonska zatezna kamata.“ (neslužbeni prevod sa engleskog jezika Ustavnog suda BiH)

Perković Stojan, predmet broj X-KR-09/662

Izvještaj o predmetu pred Sudom BiH

Nakon prihvatanja sporazuma o priznanju krivnje, Sudsko vijeće osudilo je Stojana Perkovića na 12 godina zatvora zbog zločina počinjenih na području Rogatice.

Perković je 24.12.2009. godine osuđen za učešće u širokom i sistematičnom napadu usmjerenom protiv civilnog nesrpskog stanovništva Rogatice, u okviru kojeg je sudjelovao u ubistvima, premlaćivanjima, progonu i prisilnim nestancima civila u selima Surovi, Mesići i Varošište.

Sudsko vijeće je također oglasilo Perkovića krivim za silovanje zaštićene svjedokinje X1 počinjeno tokom 1992. godine u selu Varošište.

"Sud smatra da je izvedeno dovoljno dokaza da je optuženi počinio pojedinačne inkriminacije koje mu se stavljaju na teret, te da su one počinjene u sklopu širokog i sistematskog napada", kazala je Mira Smajlović, predsjedavajuća Sudskog vijeća.

Prije izricanja presude, Sudu se obratio i optuženi, koji je uputio izvinjenje svim žrtvama. "Nikad nisam želio ovaj rat i živio sam s komšijama bez obzira na nacionalnost. Znam da se zlo dešavalo i dogodile su se ružne stvari koje nisam želio. Iskreno saosjećam s bolom i patnjom svih žrtava, jer sam i sâm to iskusio, te još jednom želim da izrazim iskreno kajanje svim žrtvama", kazao je Perković.

Suđenje Perkoviću, nekadašnjem komandiru čete Vojske Republike Srpske (VRS) u mjestu Lađevine, počelo je u junu 2009., a sporazum kojim je optuženi priznao krivicu i koji je predviđao kaznu zatvora između 10 i 14 godina, potpisan je 17. decembra ove godine.

Sud BiH je optuženog oslobodio plaćanja troškova postupka, te mu je presudom produžen pritvor u kojem se nalazi od januara 2009. godine.

Kao olakšavajuće okolnosti prilikom izricanja presude Sud je prihvatio saradnju koju je optuženi ostvario s Tužilaštvom BiH, iskreno kajanje koje je uputio žrtvama, kao i to što je "invalid i starija osoba".

Otežavajuće okolnosti, prema ocjeni Suda, predstavljaju veći broj žrtava i brojnost zločina za koje se Perković tereti.

U završnoj riječi, koju je iznijelo na ovom ročištu, Državno tužilaštvo je istaklo da je Perković, "kao nadređena osoba u VRS-u, voljno učestvovao u napadu", ali i to da je saradnja koju je obećao potpisivanjem sporazuma "već pokazala rezultate".

"Također, javno priznanje daje vid satisfakcije žrtvama i svjedocima, koji se pošteđuju retraumatizacija tokom svjedočenja", kazala je tužiteljica Božidarka Dodik.

Perkovićeva Odbrana je istakla kako optuženi "nosi teško breme krivice", te da je zbog toga potpisao sporazum s Tužilaštvom BiH.

"Čuli ste svjedoke koji su preživjeli tragediju zbog bola i gubitka najmilijih. Uvjeravam vas da je Perković to nosio najteže. Imali smo prilike vidjeti kako iz pretresa u pretres on tone", rekao je Miodrag Stojanović, branilac optuženog.

Javnost je bila isključena s dijela ročišta na kojem je Odbrana govorila Sudskom vijeću o "imenima i pozicijama koje je Perković otkrio u saradnji s tužiocem".

Napomena čitaocima: OKO objavljuje isključivo izvještaje o predmetima koji su pred Sudom BiH, Odjelom I za ratne zločine, u periodu od objavljivanja posljednjeg broja OKO Reportera za ratne zločine, okončani prvostepenom ili drugostepenom presudom. U ovom broju vam donosimo izvještaje o predmetima: Perković Stojan i Bundalo i dr. Izvještaje je sačinila Balkanska istraživačka mreža, a više izvještaja možete pronaći na web stranici www.bim.ba (Balkanska istraživačka mreža, BIRN BiH). Članci su preuzeti uz saglasnost urednika.

Bundalo i dr., predmet broj X-KR-09/419

Izvještaj o predmetu pred Sudom BiH

Nepravosnažnom presudom Suda BiH, 21.12.2009. godine, Ratko Bundalo je osuđen na 19, Neđo Zeljaja na 15 godina zatvora, dok je Đorđislav Aškraba oslobođen krivice za zločine u Kalinoviku.

Bundalo, bivši komandant Taktičke grupe Kalinovik, i Neđo Zeljaja, bivši komandir Stanice javne bezbjednosti (SJB) u ovom gradu, proglašeni su krivim za zločin protiv čovječnosti počinjen na području općine Kalinovik.
Zeljaja i Bundalo su proglašeni krivima jer su – kako stoji u nepravosnažnoj presudi – od maja 1992. do marta 1993. godine, u vrijeme širokog i sistematičnog napada, kao svjesni učesnici udruženog zločinačkog poduhvata vršili progon na području Kalinovika, ubistvima, hapšenjima, prisilnim preseljenjima, nanošenjem tjelesnih ozljeda, te uništavanjem imovine.

"Bundalo i Zeljaja su bili učesnici udruženog zločinačkog poduhvata zajedno sa Grujom Lalovićem, predsjednikom izvršne vlasti u Kalinoviku, Boškom Govedaricom, načelnikom SJB-a Kalinovik, te ostalim članovima Ratnog i Kriznog štaba opštine Kalinovik. Nesumnjivo je dokazano da je riječ o udruživanju više lica čiji je cilj bio progon bošnjačkog stanovništva", kazao je Staniša Gluhajić, predsjedavajući Sudskog vijeća. Đorđislav Aškraba je oslobođen svih tačaka optužnice, a Sudsko vijeće je naglasilo da "nisu mogli van razumne sumnje utvrditi da je učinio djelo koje mu se optužnicom stavlja na teret".

Sud je utvrdio da je Aškraba bio komandir straže u "Barutnom magacinu", ali ne i da li je znao ili mogao znati da će izvedeni zatvorenici biti ubijeni. "U kritična tri dana u 'Barutnom magacinu', Aškraba je zatvorenike izvodio po odobrenju visokih vojnih ličnosti", zaključilo je Sudsko vijeće. Obrazlažući presudu, sudija Gluhajić je rekao da je na području Kalinovika ubijeno oko stotinu civila, na desetine ih je nestalo, te da su žene i djevojke, neke maloljetne, silovane. "U zatočeničkim objektima na području Kalinovika bilo je zatvoreno oko 300 osoba. Među objektima u kojima su zatvarani pretežno muškarci je logor 'Barutni magacin', koji je bio pod vojnom kontrolom i opasan žicom, te Osnovna škola 'Miladin Radojević', gdje je stražu vršila policija", kazao je Gluhajić. U zatočeničkim objektima, kako je zaključilo Sudsko vijeće, bila je "izuzetna povezanost vojske i policije" i sve aktivnosti su bile "zajednički iskoordinirane". Sud BiH je, kako je kazao sudija Gluhajić, na osnovu iskaza svjedoka i materijalnih dokaza, utvrdio da je Ratko Bundalo bio "komandant Taktičke grupe čija je zona odgovornosti bila Kalinovik", dok je Zeljaja "*de facto* bio komandir SJB-a Kalinovik".

"Nismo prihvatili alibije Odbranâ za Bundala i Zeljaju jer su u suprotnosti s nekim materijalnim dokazima. Bundalo je bio na liječenju od 7. augusta 1992. godine, dok za Zeljaju nema dokaza da je bio na bolovanju. Prije odlaska na liječenje Bundalo je bio aktivan, kao i Zeljaja, u Kalinoviku", kazao je Gluhajić.
Neđo Zeljaja, smatra Sud BiH, bio je "neposredni nadređeni policajcima" i ništa nije uradio da se onemogući pristup zatvorenicima. "Ostvaren je progon radi zajedničke svrhe. Ovaj progon je imao diskriminatorsku namjeru prema bošnjačkom stanovništvu", kazao je Gluhajić. Prilikom odmjeravanja kazne, za Bundala su kao olakšavajuće okolnosti uzete činjenice da je porodičan čovjek, da je starije životne dobi, te da nije kažnjavan, dok je otežavajuća okolnost to što je imao najviši položaj u Kalinoviku.

Za Zeljaju je također uzeto u obzir da je porodičan čovjek, da je pomagao nekim Bošnjacima u Kalinoviku, te to "što nije dopustio da vojnici zapale Osnovnu školu 'Miladin Radojević' dok su u njoj bili zatvorenici".
Bundalo i Zeljaja, prema presudi, oslobođeni su tri tačke optužnice, jer je utvrđeno da nedostaju "bitni elementi djela, a naročito posljedice djela". Oslobođeni su odgovornosti da su početkom augusta 1992. godine držali zatočene civile četiri dana bez ikakvog obroka, da su zatočene žene i muškarci svakodnevno fizički zlostavljani od vojnika i u prisustvu policajaca, te da su 8. augusta iste godine pripadnici jedinice Pere Eleza više sati udarali jednu žensku osobu. Elez je tokom 1992. godine bio komandant Miljevinskog bataljona iz Foče. Smatra se da je poginuo u toku rata. Bundalo i Zeljaja su oslobođeni tačke optužnice u kojoj se tvrdi da su nepoznati vojnici iz Osnovne škole "Miladin Radojević" izveli grupu žena koje su kamionima odvezli na farmu "Pavlovac", gdje su neke silovane. Bundalu i Zeljaji je nakon izricanja presude produžen pritvor, dok je Aškrabi ukinut.
Na ovu presudu postoji mogućnost žalbe.

Odsjek krivične odbrane (OKO) je odsjek krivične odbrane Ureda registrara Suda BiH čiji je zadatak da osigura najviše standarde odbrane tokom suđenja u predmetima ratnih zločina.

www.okobih.ba

Одсјек Кривичне Одбране
Odsjek Krivične Odbrane
CRIMINAL DEFENCE SECTION

OKO Reporter o ratnim zločinima

OKO Reporter o ratnim zločinima se objavljuje nekoliko puta godišnje i namjenjen je za informisanje o suđenjima za ratne zločine u jugoistočnoj Evropi, a posebno pred Sudom Bosne i Hercegovine.

Objavljen na jezicima naroda u BiH, Reporter će biti izvor informacija o pravnim dešavanjima na domaćim suđenjima, a sadržavaće i članke koji se odnose na specifične probleme koji se pojavljuju u praksi.

Skenderija 15
71000 Sarajevo
Tel: +38733 560 260
Fax: +38733 560 270
oko@okobih.ba
www.okobih.ba