Bosna i Hercegovina

Ministarstvo pravde

OKO Reporter o ratnim zločinima

Broj 16
2013

OKO

Одсјек кривичне одбране
Odsjek krivične odbrane
Criminal defence section

Sadržaj

Članci

Osnovi za određivanje pritvora u svjetlu međunarodnih standarda i domaćeg prava i prakse 3

Primjenjivost UZP-a pred sudovima u BiH sa posebnim osvrtom na utemeljenost doktrine u međunarodnom pravu 16

Pojava i razvoj inkriminacija ratnih zločina u domaćem zakonodavstvu 22

Nečovječno postupanje sa osvrtom na sudsku praksu žalbenog vijeća MKSJ 27

Informacije

Interesantni primjeri prakse Suda BiH 51

ESLjP: novine u online pretraživanju 53

Sudnica Suda BiH

Napomene

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 izvještaje sa seminara kontinuirane stručne edukacije održanih u toku 2012. godine, članke o primjenjivom pravu pred Sudom BiH, te nove i bitne odluke međunarodnih sudova.

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

Redakcija

Jasmina Pjanić Njuhović, glavni i odgovorni urednik

Džanela Salkić Mršević, izvršni urednik

OKO Reporter o ratnim zločinima

Odsjek krivične odbrane (OKO) Ministarstva pravde BiH

Skenderija 15

71000 Sarajevo

Bosna i Hercegovina

oko@okobih.ba

www.okobih.ba

+387 33 560 260

Saradnici

Zahvaljujemo se pravnicima OKO-a koji su učestvovavali u pripremi ovog broja. Zahvaljujemo se 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 (2013) 16 OKO RRZ 2, a ekvivalent na engleskom jeziku je (2013) 16 OKO WCR 2.

Osnovi za određivanje pritvora

Akademik prof. Miodrag N. Simović, redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci i predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, doc. dr Vladimir M. Simović, Fakultet za bezbjednost i zaštitu u Banjoj Luci

Sažetak

Autori se u radu bave pritvorom kao mjerom kojom se oduzima osnovno ljudsko pravo na slobodu, i to u kontekstu međunarodnopravnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava i judikature Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Utvrđuje se i obrazlaže da se pravo na slobodu ličnosti ubraja u jedno od najznačajnijih ljudskih prava, te da član 5 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda pruža zaštitu tako da niko ne smije biti proizvoljno lišen slobode. Proizvoljnost lišavanja slobode ocjenjuje se, u prvom redu, u odnosu na poštovanje proceduralnih zahtjeva zakona o krivičnom postupku, koji, uz to, mora biti usklađen sa evropskim standardima i posebno Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Prema članu II/1 Ustava Bosne i Hercegovine, Bosna i Hercegovina i oba entiteta će osigurati najviši nivo međunarodno priznatih prava i osnovnih sloboda. Pravo na ličnu slobodu je osnovno ljudsko pravo i kao takvo je inkorporisano u Ustav Bosne i Hercegovine. Ograničenja tog prava su predviđena relevantnim zakonima u Bosni i Hercegovini kojima je regulisano lišavanje slobode.

Ključne riječi: Ustav Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Evropski sud za ljudska prava, pravo na slobodu, pritvor.

I. PRAVO NA SLOBODU KAO OSNOVNO LJUDSKO PRAVO

Cilj Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[1] nije da garantuje prava koja su teoretska i iluzorna, nego prava koja su provediva i djelotvorna[2]. S tim u vezi, prava utvrđena u članu 5 Konvencije prema svom sadržaju ubrajaju se u osnovna prava zaštićena Konvencijom, odmah poslije prava na život. Pravo na slobodu ličnosti ubraja u jedno od najznačajnijih ljudskih prava, te član 5 Konvencije daje zaštitu da niko ne može biti proizvoljno lišen slobode. Član 5 Konvencije pruža zaštitu prava na slobodu i zabranjuje proizvoljan odnos prema ograničavanju tog prava. Proizvoljnost lišavanja slobode se cijeni u prvom redu u odnosu na poštovanje proceduralnih zahtjeva zakona koji je primijenjen u konkretnom slučaju, koji, uz to, mora biti usklađen sa standardima iz Konvencije[3]. Odredbe člana 5 Konvencije štite pravo na ličnu slobodu u njegovom klasičnom smislu, što znači fizičku slobodu lica[4], a ne odnose se na ograničenja slobode kretanja (*restrictions on liberty of movement*) koja su regulisana odredbama člana 2 Protokola 4.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine[5] podsjeća na to da je Evropski sud za ljudska prava[6] konzistentno ponavljao to da je u svakom predmetu u kojem je zakonom uklonjena sudska sloboda odlučivanja nespojiva sa Konvencijom i svaki pritvor zasnovan na takvoj odredbi je nezakonit[7]. Takođe, prema stavu Evropskog suda, bilo koji sistem u kojem je pritvor obavezan je *per se* inkompatibilan sa Konvencijom[8]. Evropski sud je, takođe, smatrao da, ukoliko službeno lice u sudu nema ovlašćenja da oslobodi podnosioca prijave, tada bi produženi pritvor bio nezakonit[9].

Izuzeci od zabrane lišavanja slobode dati su u članu 5 stav 1 Konvencije, koji sadrži pobrojane slučajeve kada je lišavanje slobode dopušteno. To je jedan iscrpan popis koji se mora usko tumačiti[10]. Samo takav pristup je konzistentan s ciljem i svrhom člana 5 Konvencije, tj. da osigura da niko neće proizvoljno biti lišen slobode.[11] Osim toga, lišavanje slobode samo po sebi mora biti nametnuto u skladu sa suštinskim proceduralnim propisima i pravilima primjenjivog nacionalnog zakona. Ako nacionalni zakon ne poštuje neki suštinski proceduralni zahtjev ili ne ispunjava neki proceduralni aspekt, čak i kada prema stanovištu suda to nije suštinski važno, to može dovesti do kršenja člana 5 stav 1[12].

1 U daljnjem tekstu: Konvencija.
2 Vid. Evropski sud, *Articoi protiv Italije*, presuda od 13. maja 1980- godine, serija A broj 37, str. 16, stav 339.
3 Vid. Josipović, (1998), 29-37
4 *Engel and others v. Netherlands* , iz 1976. godine, stav 58.
5 U daljnjem tekstu: Ustavni sud.
6 U daljnjem tekstu: Evropski sud.
7 Vidi, Evropski sud, *Fox Campbell i Harley protiv Ujedinjenog Kraljevstva,* presuda od 30. avgusta 1990. godine i 27. marta 1991. godine, serija A broj 182.
8 Vidi, Evropski sud, *Ilijkov protiv Bugarske*, presuda od 26. jula 2001. godine, stav 84.
9 Vidi, Evropski sud, presuda *Schiesser protiv Švajcarske* od 4. decembra 1979, serija A.
10 Vidi Evropski sud, *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 18. januara 1978. godine, serija A-25.
11 Vidi Evropski sud, *Quinn,* presuda od 22. marta 1995. godine, serija A-311 i *Winterwerp,* presuda od 24. oktobra 1979. godine, serija A-33.
12 Vidi Evropski sud, *Bozano,* presuda od 18. decembra 1986. godine, serija A-111 i *Van der Leer,* presuda od 21. februara 1990. godine, serija A-170.

II. EVROPSKO KONVENCIJSKO PRAVO O PRITVARANJU U KRIVIČNOM POSTUPKU

Pravo na slobodu nije apsolutno ljudsko pravo, pa u cilju njegove zaštite Konvencija propisuje uslove pod kojim država može pojedincu oduzeti slobodu koji se mogu podijeliti u četiri grupe. Prvo, u odredbi člana 5 Konvencije taksativno se nabrajaju slučajevi u kojima je dopušteno licu oduzeti slobodu. Evropski sud je rekao da je lista slučajeva u kojima se dopušta oduzimanje slobode konačna, te da je jedino njihovo usko tumačenje saglasno cilju i svrsi te odredbe[13]. Drugo, oduzimanje slobode u navedenim slučajevima mora biti "zakonito" (engl. *lawful,* franc. *la détention régulière,* njem. *rechtmäßig*) pod čime se razumije postojanje valjanog zakonom propisanog materijalnopravnog osnova, odnosno opravdanih razloga u konkretnom slučaju koji isključuju arbitrarnost nadležnih organa[14]. Treće, sloboda se može oduzeti samo u postupku propisanom zakonom. Međutim, oduzimanje slobode pojedincu saglasno postupku propisanom unutrašnjim pravom samo po sebi nije odlučujuće za povredu Konvencije jer nijedno oduzimanje slobode koje je arbitrarno nikada se ne može smatrati zakonitim[15]. Evropski sud je u više navrata rekao da se produženje pritvora može opravdati samo na osnovu relevantnih i dovoljnih razloga za zaštitu javnog interesa (*relevant and sufficient public interest reasons*) koji, usprkos pretpostavci nevinosti, pretežu nad načelom poštovanja lične slobode[16]. Četvrto, odredbama st. 2, 3 i 4 člana 5 Konvencije propisana su odgovarajuća procesna prava uhapšenim, zadržanim ili zatvorenim licima. Uz to, "procesne forme koje zahtijeva Konvencija ne moraju nužno biti identične u svakom slučaju gdje se zahtijeva intervencija suda. Radi utvrđivanja osigurava li postupak adekvatne garancije, mora se uzeti u obzir posebna priroda okolnosti u kojima se postupak odvija.[17]"

U skladu sa članom 5 stav 1 tačka c) Konvencije, lice može biti pritvoreno samo u okviru krivičnog postupka, tj. da bi bilo izvedeno pred nadležni sud zbog osnovane sumnje da je učinilo krivično djelo[18]. Postojanje osnovane sumnje da je lice lišeno slobode učinilo krivično djelo koje mu se stavlja na teret je *conditio sine qua non* za određivanje ili produženje pritvora[19], ali to nakon određenog vremena nije dovoljno, već se mora procijeniti da li za pritvor postoje relevantni i dovoljni razlozi[20].

Osnovana sumnja da je učinjeno krivično djelo pretpostavlja postojanje činjenica i informacija koje bi zadovoljile objektivnog posmatrača da je lice u pitanju moglo učiniti krivično djelo. Dalje, postojanje osnovane sumnje zahtijeva da činjenice na kojima se zasniva mogu potpadati pod neki dio kriminalnog ponašanja propisanog krivičnim zakonom. Pri tome, u trenutku određivanja pritvora ne mora biti sa sigurnošću utvrđeno da je krivično djelo zaista i učinjeno, te ne mora biti utvrđena njegova priroda. U skladu sa članom 5 stav 1 Konvencije, zakonitost pritvora ocjenjuje se na osnovu domaćeg zakona, odnosno mora imati pravni osnov u domaćem zakonu, s tim da lišavanje slobode mora biti u skladu sa svrhom člana 5, tj. lice u pitanju mora biti zaštićeno od proizvoljnosti.

Ustavni sud naglašava kako se prilikom razmatranja zakonitosti daljnjeg produžetka pritvora apelantima neće (i ne treba) ograničiti na razmatranje osnova pritvora eksplicitno navedenih u članu 5 stav 1 tačka c) Evropske konvencije. Kroz praksu Evropskog suda, koju konstantno podržava i Ustavni sud, kao razlozi za određivanje, odnosno daljnje produžavanje pritvora prihvaćeni su: a) „rizik od prikrivanja dokaza",[21] b) „ozbiljnost prekršaja"[22], c) „implicitna opasnost uticaja na svjedoke[23], d) „opasnost od dosluha (dogovora)[24]", e) „rizik od pritiska na svjedoke"[25] i f) „očuvanje javnog reda"[26].

Član 5 stav 2 Konvencije zahtijeva da pritvoreno lice bude odmah ("u najkraćem roku" - *promptly*) obaviješteno „o svakoj optužbi protiv njega". Obaveza iz člana 5 stav 2 na određeni način se podudara sa obavezom iz člana 6 stav 3 tačka a) Konvencije. Međutim, ove dvije obaveze se razlikuju po cilju koji se njima želi ostvariti: dok je svrha člana 5 stav 2 da omogući osumnjičenom da dovede u pitanje zakonitost pritvora, svrha člana 6 stav 3 tačka a) Konvencije je da omogući optuženom da dobije sve informacije koje su potrebne za pripremanje odbrane. Stoga je, prema mišljenju Ustavnog suda, obaveza obavještavanja uhapšenog o razlozima hapšenja i svim optužbama protiv njega iz člana 5 stav 2 Konvencije po svom obimu više ograničena (uža) nego ona iz člana 6 stav 3 tačka a) Konvencije, pa je za njeno ostvarivanje potrebno i

13 *Ireland v. United Kingdom* **,** iz 1979. i *Van der Leer v. Netherlands* , iz 1990. godine.
14 Đurđević, Tripalo, 554.
15 *Winterwerp v. Netherlands,* iz 1979. godine, stav 45.
16 Npr. *Kreps v. Poland,* iz 2001. godine.
17 *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (Slučaj belgijskih skitnica) iz 1970. godine, stav 78).
18 Vidi Evropski sud, *Jėčius v. Litvania*, aplikacija broj 34578/97, stav 50, ECHR 2000-IX.
19 „Pošto tužilac u prijedlogu za produženje pritvora nije naveo konkretne činjenice i dokaze iz kojih bi proizilazilo da su ispunjeni svi zakonom kumulativno propisani uslovi za produženje pritvora po osnovu člana 146 stav 1 tačka d) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, sud je pravilno postupio kada je pobijanim rješenjem odbio prijedlog tužioca za produženje pritvora" (rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, broj 03 0 K 007525 11 Kž. od 9. avgusta 2011. godine).
20 Vidi Evropski sud, *Trzaska protiv Poljske*, presuda od 11. jula 2000. godine, aplikacija broj 25792/94, stav 63.
21 Vidi presudu u predmetu *Wemhoff* od 27. juna 1968. godine.
22 Vidi presudu u predmetu *Kemmache* od 27. novembra 1991. godine.
23 Vidi presudu u predmetu *Ringeisen* od 16. jula 1971. godine.
24 Vidi presudu u predmetu *B protiv Austrije* od 28. marta 1990. godine.
25 Vidi presudu u predmetu *Letellier* od 26. juna 1991. godine.
26 *Ibid.*

dovoljno da osumnjičeni bude upoznat sa razlozima i dokazima koji se tiču pritvora. Takođe, „[…] obavještenje o razlozima pritvaranja koje se traži po članu 5 stav 2 ne mora biti formulisano u određenom obliku […]“[27]. Osim toga, Evropski sud je u predmetu *Lamy protiv Belgije* zaključio da u ovoj fazi postupka ne postoji obaveza da se na raspolaganje odbrani optuženog lica stavi na uvid dosije, te da nema povrede člana 5 stav 2 Konvencije u situaciji kad su u nalogu za hapšenje, koji je dostavljen aplikantu, navedeni ne samo razlozi za lišenje slobode već i detaljne optužbe protiv njega[28].

Odredba člana 5 stav 3 Konvencije zahtijeva da je lice lišeno slobode u skladu s članom 5 stav 1 tačka c) Konvencije, tj. da je lišavanje „zakonito“ u smislu navedenog člana[29], a obuhvata podjednako i proceduralnu i materijalnu zaštitu takvih lica. Evropski sud je zaključio da poštovanje člana 5 stav 3 Konvencije zahtijeva da sudska vlast preispita sva pitanja u vezi s pritvorom, te da odluku o pritvoru donese pozivajući se na objektivne kriterije predviđene zakonom. Sud se u odnosu na lica lišena slobode i produženja pritvora ne može oslanjati na pretpostavke i tvrdnje *in abstracto*, jer moraju postojati konkretne činjenične okolnosti koje će podržati navode tužioca i eventualnu sudsku odluku. Razlozi za produžetak pritvora biće prihvatljivi samo ako su doista primjenjivi na okolnosti datog lica[30]. Prema daljnjem stavu Evropskog suda, opravdanost pritvora zavisi i od okolnosti konkretnog slučaja, koje moraju biti takve da upućuju na postojanje opšteg (javnog) interesa koji je tako važan i značajan da, usprkos presumpciji nevinosti, preteže nad principom poštovanja slobode pojedinca[31].

Osim naglašavanja izuzetnog značaja člana 5 stav 3 Konvencije, Evropski sud je u više svojih presuda utvrdio kršenje navedenog člana kada pritvoreno lice nije odmah, tj. u najkraćem mogućem vremenu, izvedeno pred sudiju. Naročito je naglasio da „glavna svrha ovog stava u vezi sa članom 5 stav 1 tačka c) jeste da pruži pojedincima lišenim slobode specijalne garancije: postupak sudske prirode čija je svrha da osigura da niko neće biti proizvoljno lišen slobode[32], kao i „da osigura da svako hapšenje ili pritvor budu što je moguće kraći“[33]. Pitanje razumnog roka ne može se ocjenjivati apstraktno, pa nije ustanovljen maksimalan rok trajanja pritvora, već se procjenjuje s obzirom na okolnosti svakog predmeta[34]. Stoga je Evropski sud prihvatao kao razumne i rokove suđenja pritvorenika u trajanju dvije godine i sedam mjeseci[35], pa čak i četiri i po godine[36], ali je smatrao kršenjem Konvencije pritvor u trajanju četiri godine i tri mjeseca[37], te pet godina i 11 mjeseci, iako se radilo o složenom predmetu[38]. Ili, u slučaju kada ni jedan od podnosilaca predstavke nije zapravo izveden pred sudiju ili sudskog službenika dok je bio u pritvoru, koji je trajao četiri dana i šest sati u jednom, a šest dana i 16 i po sati u drugom slučaju, utvrđena je povreda člana 5 stav 3 Konvencije[39]. Uz to, u slučaju kada podnosilac predstavke nije bio izveden pred vojni sud pet dana nakon hapšenja, takođe je utvrđena povreda člana 5 stav 3 Konvencije[40].

Imajući u vidu navedenu praksu Evropskog suda, koju Ustavni sud podržava, vidljivo je koliki se značaj daje članu 5 stav 3 Evropske konvencije, te da su utvrđivane povrede navedenog člana ukoliko se u roku od četiri ili pet dana uhapšeno lice ne izvede pred sudiju, dok bi, s druge strane, bila apsolutno nedopustiva situacija da se uhapšena lica uopšte ne izvode pred sudiju prije početka suđenja. Konvencijsko pravo na pristup sudu savremeni je izraz istorijskog prava na *habeas corpus*, sudskog naloga za ocjenu zakonitosti hapšenja kojim se od vremena srednjeg vijeka u Engleskoj osiguravala sudska kontrola odluke o oduzimanju lične slobode[41]

Ustavni sud, takođe, ukazuje na praksu Evropskog suda koji je zaključio da je pri odlučivanju o opravdanosti određivanja pritvora osumnjičenom ili optuženom težina krivičnog djela koje mu se stavlja na teret, svakako, relevantan element za odlučivanje. Zbog toga, Evropski sud prihvata da ozbiljnost optužbi i težina zaprijećene kazne predstavljaju inicijalni rizik koji nadležni organi mogu opravdano uzeti u obzir. Međutim, Evropski sud je, istovremeno, naglasio da ozbiljnost i težina optužbi ne mogu biti argument koji, sam po sebi, može opravdati produženje pritvora[42], već da je neophodno u takvim slučajevima utvrditi i da li postoje drugi razlozi koji takvu

27 Vidi Evropski sud, *Fox, Campbell i Hartley,* presuda od 30. avgusta 1990. godine, serija A, broj 182.
28 Presuda od 30. marta 1989. godine, serija A, broj 151, st. 31 i 32.
29 Vidi presude *B. protiv Austrije* od 28. marta 1990. godine, serija A-175 i *Quinn* od 22. marta 1995. godine, serija A-311.
30 Vidi Evropski sud, odluke *Stögmüller protiv Austrije*, serija A, br. 9, 10, 11 i 69 (1979-1980), 1 EHRR 155 i *Clooth protiv Belgije*, broj 12718/87, serija A, broj 225, 12.1991 (1992), 14 EHRR 717.
31 *Idem*, stav 84.
32 Vidi Evropski sud, *Schiesser protiv Švajcarske,* presuda od 4. decembra 1979. godine, serija A, broj 34 i *Skoogstrom protiv Švedske,* presuda od 15. jula 1983. godine, serija A, broj 83.
33 Vid. Izvještaje od 13. jula 1983. godine, str. 13, 30 i 31.
34 Đurđević, Tripalo, 560.
35 *Contrada protiv Italije* iz 1998. godine.
36 *W protiv Švajcarske* iz 1993. godine.
37 *Kreps protiv Poljske* iz 2001. godine.
38 *Erdem v. Germany* iz 2002. godine.
39 Vidi *Brogan protiv Ujedinjenog Kraljevstva,* presuda od 29. novembra 1988. godine, serija A-145-B.
40 Vidi presudu *Koster* od 28. novembra 1991. godine, serija A-221.
41 Đurđević, Tripalo, 561.
42 Vidi, Evropski sud, *Ilijkov protiv Bugarske*, presuda od 26. jula 2001. godine, aplikacija broj 33977/96, st. 80 i 81.

odluku opravdavaju. Kada su takvi razlozi „relevantni“ i „dovoljni“, onda se mora utvrditi i da li su nadležne vlasti pokazale „naročitu revnost“ u vođenju postupka[43].
Član 5 stav 4 Konvencije predviđa da lice lišeno slobode hapšenjem ili pritvaranjem ima pravo na osporavanje zakonitosti takvog lišenja slobode pred sudom, odnosno pred sudskim organom koji mora biti nezavisan i nepristrasan i koji mora imati nadležnost da donese obavezujuću odluku koja može voditi i puštanju lica na slobodu[44]. Ovaj organ mora, takođe, pružiti „proceduralne garancije koje su odgovarajuće za konkretnu vrstu lišavanja slobode“, a koje nisu „značajno manje“ od garancija u krivičnom postupku, kada lišavanje slobode ima za rezultat dugotrajno zatvaranje lica. Ove garancije naročito podrazumijevaju usmenu raspravu uz pravnu pomoć u postupku u kojem učestvuju obje strane, razmatranje zakonitosti pritvora u najširem smislu, te odluku koja mora biti donesena brzo. Garancije koje pruža član 5 stav 4 moraju biti osigurane u domaćem zakonu, a pravni lijek mora biti djelotvoran i dovoljno siguran, tj. mora postojati mogućnost ispitivanja zakonitosti samog pritvora, a ne samo postupka ili zloupotrebe ovlašćenja. Kontrola materijalnopravnih pretpostavki nužna je jer i jedna formalno legalna odluka može biti nezakonita, *inter alia*, ako nadležna vlast zloupotrijebi svoja ovlašćenja postupajući u zloj vjeri, hirovito ili s pogrešnim ciljem, ako odluka nije potkrijepljena dovoljnim dokazima ili ako njenu činjeničnu osnovu nijedno razumno lice ne bi moglo prihvatiti[45].
Član 5 stav 4 Konvencije garantuje licu lišenom slobode da mora imati pristup „sudu“ koji bi mogao ispitati zakonitost kako inicijalnog lišavanja slobode, tako i produženja trajanja te mjere. Prema praksi Evropskog suda, ključni element ove obaveze je da nadzor nad zakonitošću lišavanja slobode mora vršiti sud, ali to ne mora biti „klasični sud koji je integrisan u standardnu sudsku mašineriju države“[46]. Međutim, to mora biti organ koji ima „sudski karakter“. Da bi imao „sudski karakter“, taj organ mora biti „nezavisan od izvršne vlasti i strana u postupku“[47], te mora imati nadležnost da donese obavezujuću odluku koja može voditi i puštanju lica na slobodu. Iz organizacijskog aspekta sud mora biti nezavisan od izvršne vlasti, kao i od stranaka u slučaju[48]. Ovaj organ mora, takođe, pružiti „proceduralne garancije koje su odgovarajuće za konkretnu vrstu lišavanja slobode“, koje nisu „značajno manje“ od garancija u krivičnom postupku, kada je rezultat lišavanja slobode dugotrajno zatvaranje lica. Ove garancije, naročito, podrazumijevaju usmenu raspravu uz pravnu pomoć u postupku u kojem učestvuju obje strane, razmatranje zakonitosti pritvora u najširem smislu, te odluku koja mora biti donesena brzo.

Odredba člana 5 stav 4 Konvencije daje pravo licu koje je lišeno slobode da izjavi žalbu kako bi sud „...u kratkom roku razmotrio zakonitost lišavanja slobode...“. Prema praksi Evropskog suda, član 5 stav 4 Konvencije ne garantuje pravo na sudsku kontrolu zakonitosti svih aspekata ili detalja lišavanja slobode, ali pruža krucijalne garancije protiv proizvoljnosti u odlučivanju o lišavanju slobode. Obaveza iz člana 5 stav 4 Konvencije primjenjuje se nezavisno od toga po kojem je osnovu lice lišeno slobode i garantuje licu lišenom slobode da mora imati pristup sudu da bi mogao ispitati zakonitost kako inicijalnog lišavanja slobode, tako i produženja trajanja te mjere. Prema praksi Evropskog suda, ključni elementi obaveze iz odredbe člana 5 stav 4 Konvencije su da nadzor mora vršiti sud, da je provedena usmena rasprava uz pravnu pomoć u postupku u kojem učestvuju obje strane, da se razmatra zakonitost pritvora u najširem smislu i da se takvo preispitivanje desi što je moguće prije.

Praksa je Evropskog suda da nije neophodno da proceduru prema članu 5 stav 4 uvijek prate iste garancije, kao i one potrebne u članu 6 stav 1 Evropske konvencije, ali da moraju postojati garancije koje odgovaraju datoj vrsti lišenja slobode. Naročito, Evropski sud je naglasio da „jednakost strana“ mora biti osigurana posebno u postupku u kojem se razmatra žalba protiv naloga za pritvor[49]. Evropski sud je u navedenom predmetu utvrdio kršenje prava iz člana 5 stav 4 Konvencije, jer je zaključio da podnosilac nije imao mogućnost da komentariše tužiočevu argumentaciju budući da zakon koji je tada važio nije omogućavao podnosiocu ili njegovom advokatu da prisustvuje raspravama suda, dok je ta mogućnost za tužioca postojala, niti je tužilac imao obavezu da svoje podneske dostavi podnosiocu i njegovom advokatu. Princip ravnopravnosti strana koji se primjenjuje u *habeas corpus* postupcima podrazumijeva da postupak mora biti adversaran[50]. U tom svjetlu, [apelant] mora imati pristup spisima istražnih organa koji se koriste za donošenje odluke o pritvoru prije suđenja[51] i mora dobiti sve tužiočeve podneske u vezi s tim*De Wilde, Ooms and Versyp*, stav 76[52].

43 *Idem*, stav 77.
44 Vidi Evropski sud, *De Wilde, Ooms i Versyp protiv Belgije*, presuda od 18. novembra 1971. godine, serija A, broj 12, st. 76 i 77.
45 Đurđević, Tripalo, 562.
46 Vidi, Evropski sud, *Weeks protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 2. marta 1987. godine, serija A broj 114, stav 61.
47 Vidi, Evropski sud, *De Wilde, Ooms i Versyp protiv Belgije*, presuda od 18. novembra 1971. godine, serija A broj 12, st. 76 i 77.
48 *De Wilde, Ooms and Versyp*, stav 76.
49 Vidi Evropski sud, *Niedbala protiv Poljske*, presuda od 4. jula 2000. godine, aplikacija broj 27915/95.
50 *Sanchez-Reisse protiv Švajcarske* (1986. godine) i *Wloch protiv Poljske* (2000. godine).
51 *Lamy protiv Belgije* (1989. godine).
52 *Niedbala protiv Poljske* (2000. godine).

Konvencija u članu 5 stav 5 garantuje svakome ko je uhapšen ili pritvoren suprotno odredbama člana 5 Konvencije pravo na odštetu, što podrazumijeva da je država dužna nezakonito pritvorenom licu osigurati efikasno pravno sredstvo za naknadu štete.

Ustavni sud, takođe, ističe da, prema praksi Evropskog suda, bilo koji pritvor koji je zakonit prema članu 5 Evropske konvencije nameće, po samoj svojoj prirodi, ograničenja u privatni i porodični život. Međutim, bitan dio zatvorenikovog prava na poštovanje porodičnog života jeste taj da mu zatvorske vlasti omogućavaju održavanje kontakta sa užom porodicom. U isto vrijeme, Evropski sud priznaje da su neke mjere kontrole nad zatvorenikovim kontaktima sa vanjskim svijetom potrebne i da same po sebi nisu inkompatibilne sa Konvencijom[53].

III. PRITVORSKI RAZLOZI IZ ČLANA 132 ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE[54]

1. ČLAN 132 STAV 1 TAČ. A) I B)

Član II/3.b) Ustava BiH i član 3 Konvencije štite jedno od „apsolutnih prava“ od čijeg poštovanja države nikada ne mogu odstupiti, a smisao zaštite koju pruža ovo pravo jeste da se spriječe, onemoguće i sankcionišu postupci koji izazivaju mučenje i nehuman i ponižavajući postupak ili kaznu koju državni organi ili pojedinci u njihovo ime provode nad nekim licima. Radi se, dakle, o pozitivnoj obavezi države prema Konvenciji, odnosno obavezi državnih vlasti da preduzmu korake ili mjere da zaštite prava pojedinaca prema Konvenciji. U vezi s navedenim, treba ukazati na praksu Evropskog suda[55] prema kojoj je u pogledu člana 3 Konvencije, u odnosu na prigovore ljekarskog tretmana u pritvoru, usvojen standard dokaza „van razumne sumnje“, a takav dokaz može proizlaziti i iz niza dovoljno jakih, jasnih i saglasnih zaključaka.

U odluci o dopustivosti i meritumu, broj AP 2009/08 od 9. juli 2010. godine[56], polazeći od pozitivne obaveze države da prema članu 3 Konvencije djelotvorno istraži predmetni slučaj, Ustavni sud uočava da je Sud BiH, postupajući po apelantovom zahtjevu da mu se omogući neophodno liječenje u adekvatnoj zdravstvenoj ustanovi, u više navrata naložio, nakon čega je i izvršeno, medicinsko vještačenje apelantovog zdravstvenog stanja, kojeg su izvršili medicinski timovi različitih specijalnosti. S obzirom na to da je vijeće Suda BiH od početka savjesno i detaljno ispitalo apelantove navode o njegovom zdravstvenom stanju, te potrebi bolničkog liječenja, kao i da je u tom pravcu izvršilo niz medicinskih vještačenja i pregleda više stručnjaka različitih specijalnosti, to je u konačnici rezultiralo stanovištem nezavisnih stručnjaka da je apelant sposoban pratiti tok suđenja i da nije neophodno njegovo smještanje u odgovarajuću zdravstvenu ustanovu. Stoga, Ustavni sud smatra da je na ovaj način Sud BiH izvršio pozitivnu obavezu države, što je zadovoljio standarde u smislu zahtjeva iz člana 3 Konvencije.

Ustavni sud zapaža da je apelantu pritvor određen u fazi istrage iz razloga predviđenih članom 132 stav 1 tač. a), b) i d) Zakona o krivičnom postupku BiH. Sud BiH je, u pogledu razloga navedenih u tački a) citiranog člana, ocijenio da u konkretnom slučaju postoji realna opasnost od apelantovog bjekstva ukoliko bi se našao na slobodi. Što se tiče razloga propisanih u tački b) stava 1 člana 132 koji se tiču osnovane bojazni da će apelant ukoliko bude na slobodi uništiti, sakriti ili izmijeniti dokaze i ometati krivični postupak uticanjem na svjedoke, Sud BiH je prije svega cijenio činjenicu da se istraga provodi protiv više lica. Prema ocjeni Ustavnog suda, sve okolnosti zajedno ukazuju na opravdanu bojazan da bi apelant boravkom na slobodi mogao uticati na svjedoke, čime je ispunjen uslov za određivanje pritvora iz člana 132 stav 1 tačka b). Sud BiH je takođe razmotrio mogućnost eventualnog izricanja druge mjere obezbjeđenja apelantovog prisustva u smislu odredbe iz člana 131 stav 1 Zakona o krivičnom postupku BiH u skladu sa svojom obavezom da se ne primjenjuje teža mjera ukoliko se ista svrha može postići blažom mjerom, ali je ocijenio da objektivni razlozi opravdavaju mjeru pritvora kojom se jedino može obezbijediti uspješno i nesmetano vođenje krivičnog postupka. Ustavni sud nalazi da okolnosti konkretnog slučaja upućuju na postojanje važnog i značajnog opšteg interesa koji preteže nad načelom poštovanja prava na slobodu pojedinca. Stoga Ustavni sud smatra da su neosnovani apelantovi navodi o povredi prava iz člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5 stav 3 Konvencije.

2. ČLAN 132 STAV 1 TAČ. A), B) I D)

Stav je bivše Evropske komisije za ljudska[57] prava da „opasnost od bjekstva nekog optuženog ne proizlazi samo iz toga što mu je moguće ili lako da pređe granicu […] mora postojati čitav niz okolnosti, posebno, očekivanje optuženog da će mu biti izrečena teška kazna ili posebna nesklonost optuženog prema pritvoru ili ako optuženi nema čvrsto uspostavljene veze u zemlji“. Iz obrazloženja redovnih sudova u odluci Ustavnog

53 Vidi Evropski sud, *Ostrovar protiv Moldavije*, presuda od 15. februara 2006. godine, stav 105 i Evropski sud, *Messina protiv Italije*, broj 2, presuda od 28. septembra 2000. godine, st. 66 i 72.
54 “Službeni glasnik BiH” br. 3/03, 32/03, 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, 16/09 i 93/09.
55 Vidi Evropski sud, presuda *Milenko Toth protiv Hrvatske*, aplikacija broj 64674/01 od 9. jula 2002. godine.
56 Objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 101/10.
57 Vidi Evropska komisije za ljudska prava, *Stogmüller v. Austria*, presuda od 10. novembra 1969. godine.

suda o dopustivosti i meritumu, broj AP 1262/11 od 20. aprila 2011. godine[58], slijedio je zaključak da postoji opasnost da će apelant pobjeći zato što ima državljanstvo Republike Srbije, korisnik je penzije, razveden je i ne živi u domaćinstvu sa svojom djecom, braća mu žive u Novom Pazaru i dobro su materijalno situirani i, prema iskazu svjedoka, odlučni su da na bilo koji način pomognu bratu, te zbog činjenice da je apelant nakon potvrđivanja optužnice postao svjestan da je optužen za krivična djela ratnog zločina protiv civilnog stanovništva i ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika, što mu može biti dodatni motiv za bjekstvo. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud nalazi da iz obrazloženja redovnih sudova slijedi da je zaključak o postojanju opasnosti da će apelant pobjeći izveden nakon analize svih okolnosti pojedinačno, te njihovim dovođenjem u međusobnu vezu, što ne ostavlja utisak proizvoljnosti.

Iz obrazloženja redovnih sudova proizilazilo je da je veliki broj svjedoka, još u fazi istrage, zatražio mjere zaštite zbog postojanja direktnih i indirektnih pritisaka kojima su bili izloženi, kako oni, tako i članovi njihovih porodica, da su prijetnje nastavljene i nakon potvrđivanja optužnica, te da su se na ove okolnosti izjašnjavali svjedoci koji ne samo što su ukazali na uticaj na svjedoke nego i na istražitelje Državne agencije za istrage i zaštitu i tužioca. Iz odgovora Tužilaštva BiH slijedi da je Sud BiH utvrdio postojanje prijetnje za ličnu bezbjednost i sigurnost porodica svjedoka, da je odredio mjere zaštite većem broju svjedoka, te da se trebaju početi izvoditi dokazi posredstvom zaštićenih svjedoka, od kojih neki direktno terete apelanta. Ustavni sud nalazi da obrazloženje ovog pritvorskog osnova nije nimalo proizvoljno. Stoga, Ustavni sud smatra da apelant neosnovano ističe da ne postoje razlozi za pritvor zbog uticaja na svjedoke i tok postupka.

Ustavni sud zapaža da je Sud BiH detaljno i jasno obrazložio zašto smatra da okolnosti pod kojima je izvršeno predmetno krivično djelo u svojoj ukupnosti predstavljaju vanredne okolnosti i stvarnu prijetnju narušavanju javnog reda. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da je Sud BiH dao detaljne i jasne razloge zbog čega je utvrdio da, iz ovog osnova, i dalje postoje uslovi za apelantovo zadržavanje u pritvoru.

U odnosu na apelantove tvrdnje da mu je povrijeđeno ovo pravo, ako se ima u vidu praksa Ustavnog suda i Evropskog suda, Ustavni sud nalazi da navedeni sudovi prilikom utvrđivanja toga da li je povrijeđeno ovo apelantovo pravo uvijek odlučuju u konkretnom slučaju, a kako nije vidljivo da se apelantovo pozivanje odnosi na neke opšte principe, navedeno nije relevantno u konkretnom slučaju.

3. ČLAN 132 STAV 1 TAČKA B)

U odluci o dopustivosti i meritumu, broj AP 6/08 od 13. maja 2008. godine[59], Ustavni sud zapaža da je pritvor apelantu prvi put određen tek nakon potvrđivanja optužnice za krivično djelo zločina protiv čovječnosti. Međutim, Ustavni sud zapaža da to nije bio prvi put da su razmatrani razlozi za određivanje pritvora apelantu. Dalje, Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH pri donošenju ovog rješenja uzeo u obzir prirodu i težinu krivičnog djela koje se apelantu stavlja na teret, a imao je u vidu i činjenicu da su „neki od svjedoka ozbiljno fizički ili psihički traumatizovani okolnostima pod kojim je izvršeno krivično djelo“, kao i da „izvjestan broj svjedoka uslovljava svoje svjedočenje određivanjem mjera zaštite“. Pri ovakvom stanju stvari, Ustavni sud ne može prihvatiti argumente da su razlozi za pritvor po osnovu koluzione opasnosti u konkretnom slučaju opravdani konkretizovanim činjenicama, koje pokazuju da je apelant lično ili posredno pokušao da izvrši uticaj na svjedoke ili eventualne saučesnike. Naime, samo postojanje pretpostavki da bi takvo apelantovo postupanje bilo moguće nije dovoljno, jer sud ne može samo pretpostaviti takvu mogućnost, već mora imati argumente da postoje neke objektivne okolnosti ili konkretne i argumentovane radnje i postupci koji bi bili valjan pravni osnov za određivanje pritvora u konkretnom slučaju. Tužilaštvo BiH u vezi s tim nije predložilo, niti izvelo bilo kakve dokaze, već je svoj prijedlog zasnovalo isključivo na pretpostavkama koje je Sud BiH prihvatio, ali nije valjano obrazložio konkretnu opasnost koja prijeti svjedocima. Činjenica je da se u konkretnom slučaju radi o žrtvama ili članovima porodica žrtava veoma teškog i delikatnog krivičnog djela, ali ta činjenica sama po sebi nije dovoljna da zadovolji standarde iz člana 5 stav 3 Konvencije, već se razlozi za pritvor moraju posmatrati u svjetlu konkretnih okolnosti, a jedna od tih okolnosti je i činjenica da su svjedocima koji osjećaju nelagodu i nesigurnost već određene mjere zaštite. Postupajući na ovaj način, Sud BiH je, u suštini, teret dokazivanja prebacio na apelanta, što je suprotno pravilima iz člana 5 Konvencije prema kojim je pritvor izuzetna mjera ograničavanja prava na slobodu, koja je dopuštena samo u slučajevima tačno pobrojanim u tom članu i pod striktno definisanim uslovima[60]

Dalje, Ustavni sud zapaža da su svi svjedoci saslušani u istrazi, što znači da bi za postojanje pritvorskog osnova prema kojem je apelantu određen pritvor u konkretnom slučaju bilo potrebno da se utvrdi da postoje nove okolnosti, i to u odnosu na svakog pojedinog svjedoka, o čemu Tužilaštvo BiH ništa nije navelo, niti je Sud BiH posebno cijenio. Ustavni sud smatra da se pritvor prema ovom osnovu ne može u cijelosti isključiti u fazi glavnog pretresa, odnosno kad su svjedoci već saslušani u istrazi, ali u konkretnom slučaju nisu navedene bilo kakve posebne i konkretne okolnosti koje bi to opravdale. Činjenica da će apelantu nakon potvrđivanja optužnice biti omogućen uvid u sve dokaze protiv njega, sama po sebi nije dovoljna da bi se zaključilo da

58 Objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 65/11.
59 Objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 49/08.
60 Op. cit., presuda *Ilijkov*, stav 85.

postoji opravdana bojazan da će apelant uticanjem na svjedoke ometati krivični postupak. Ovo tim prije što su za sve svjedoke za koje je to ocijenjeno opravdanim određene mjere zaštite, odnosno njihovi lični podaci su tajna, dok Sud BiH ne odluči drukčije. S druge strane, čak i da su apelantu poznata sva imena svjedoka, sama ta činjenica ne bi bila dovoljna, jer bi Sud BiH morao utvrditi da je apelant posredno ili neposredno uticao ili pokušao da utiče na svjedoke. To *de facto* i *de iure* znači da se određene opasnosti za ometanje krivičnog postupka moraju restriktivno tumačiti i da s vremenom neke od njih prestaju da postoje. U konkretnom slučaju mjera pritvora je dopuštena, kako je to Sud BiH obrazložio, upravo da bi se omogućilo nesmetano svjedočenje svjedoka koji su u istrazi dali svoje iskaze, a nekim od njih su određene i mjere zaštite svjedoka. U takvim okolnostima Sud BiH je propustio da preciznije i konkretnije obrazloži na čemu zasniva svoj zaključak da je prvostepenim rješenjem pravilno zaključeno da će apelant u narednoj fazi postupka uticati ili pokušati da utiče na svjedoke i eventualne saizvršioce, a naročito na svjedoke pod zaštitom i koje konkretne okolnosti na takvu mogućnost upućuju, te da je samo mjerom pritvora, kao procesnom mjerom koja najteže pogađa optuženog, moguće ostvariti cilj koji je Sud BiH već imao u vidu pri određivanju mjera zaštite svjedoka.
Na osnovu izloženog Ustavni sud smatra da je osporenim rješenjima prekršeno apelantovo pravo iz člana 5 stav 3 Konvencije.

Nasuprot tome, u odluci o dopustivosti i meritumu, broj AP 553/08 od 13. maja 2009. godine[61], Ustavni sud zaključuje da ne postoji kršenje člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5 stav 3 Konvencije ako je apelantu produžen pritvor zbog bojazni da će uticajem na svjedoke ometati krivični postupak, a takva bojazan je opravdana konkretnim i valjanim razlozima koji objektivno ukazuju na to da postoje pokušaji ili ozbiljni rizici da se svjedoci zastraše, čak i oni prema kojima su preduzete mjere zaštite, te da se utiče na saizvršioce protiv kojih se, takođe, vodi istraga. Takođe, Ustavni sud smatra da je Sud BiH u osporenim odlukama dovoljno i jasno obrazložio i bojazan da bi apelant, ukoliko bi bio pušten na slobodu, mogao uticati na svjedoke i saizvršioce, te da je u obzir uzeo sve odlučujuće okolnosti, uključujući i interes istrage koja se protiv njih vodi[62].

3.1.Član 5 stav 4 Konvencije

Ne postoji kršenje člana 5 stav 4 Konvencije kad je sud odlučio o žalbama protiv odluke o pritvoru, koje su odvojeno podnijeli apelant i njegov branilac, odvojenim rješenjima koja je donio u roku propisanom zakonom. Naime, zakon propisuje da postoji pravni lijek kojim se odluka o pritvoru može osporavati, te hitni rokovi u kojim se, s obzirom na prirodu ove mjere lišavanja slobode, mora odlučivati, a u konkretnom slučaju ove odredbe u cijelosti su poštovane. S obzirom na ovakav zaključak, Ustavni sud smatra da nije potrebno posebno razmatrati eventualno kršenje prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 Evropske konvencije[63].

3.2.Član 8 Konvencije

U predmetu broj AP 3263/08, od 3. jula 2009. godine[64], Ustavni sud je morao utvrditi da li su se javne vlasti osporenim rješenjima umiješale u apelantovo pravo na poštovanje njegovog privatnog i porodičnog života i, ako je to slučaj, da li je to miješanje bilo opravdano. Ovaj uslov se, u skladu sa značenjem termina Konvencije, sastoji iz više elemenata: (a) miješanje mora biti zasnovano na domaćem ili međunarodnom zakonu; (b) zakon o kojem je riječ mora biti primjereno dostupan tako da pojedinac bude primjereno upućen na okolnosti zakona koje se mogu primijeniti na dati predmet; (c) zakon, takođe, mora biti formulisan sa odgovarajućom tačnošću i jasnoćom kako bi se pojedincu omogućilo da prema njemu prilagodi svoje postupke[65].

Ustavni sud smatra da su osporena rješenja kojima je odbijen apelantov zahtjev kojim je tražio da mu se dopuste posjete i telefonski kontakti sa članovima uže porodice, odnosno kojima je komunikacija sa vanjskim svijetom ograničena samo na kontakte sa njegovim braniocem, rezultirala miješanjem javne vlasti u apelantovo pravo na privatni i porodični život u smislu člana 8 stav 1 Konvencije. Ustavni sud, takođe, mora utvrditi opravdanost ovog miješanja u smislu člana 8 stav 2 Konvencije, odnosno da li je ono bilo u skladu sa zakonom i da li je bilo neophodno u demokratskom društvu da bi se postigao jedan od ciljeva navedenih u članu 8 stav 2 Konvencije.

Ustavni sud zapaža da su osporena rješenja donesena na osnovu Zakona o krivičnom postupku BiH koji je u članu 141 propisao u kojem slučaju prava i slobode pritvorenika mogu biti ograničeni. Dakle, Ustavni sud smatra da je „miješanje“ u apelantovo pravo na privatni i porodični život propisano zakonom. Osim toga, Ustavni sud zapaža da je Zakon o krivičnom postupku BiH javno objavljen u službenom glasilu, da je njegov tekst jasan, pristupačan i predvidiv i time su zadovoljeni i ostali elementi „zakonitog miješanja“ u apelantovo pravo iz člana 8 Konvencije.

61 Objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 74/09.
62 Vidjeti i odluku Ustavnog suda o dopustivosti i meritumu, broj AP 2673/08 od 22. februara 2011. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 48/11.
63 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 6/08 od 13. maja 2008. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 49/08.
64 Odluka objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 82/09.
65 Vidi Evropski sud, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 26. aprila 1979. godine, serija A, broj 30, stav 49.

Miješanje koje je u skladu sa zakonom mora istovremeno biti i neophodna mjera u demokratskom društvu u svrhu postizanja zakonitih ciljeva iz člana 8 stav 2 Konvencije. „Neophodno“ u ovom kontekstu znači da miješanje odgovora „pritiscima društvenih potreba“ i da postoji razumna relacija proporcionalnosti između miješanja i zakonitog cilja kojem se teži[66].

Ustavni sud zapaža da je cilj koji se želi postići mjerama ograničavanja prava i sloboda pritvorenih lica, na način na koji to predviđa član 141 Zakona o krivičnom postupku BiH, osiguranje nesmetanog provođenja istrage, odnosno onemogućavanje ometanja krivičnog postupka, što jeste zakonit cilj u demokratskoj državi. Pri ostvarivanju tog cilja neophodno je, međutim, postići razuman odnos proporcionalnosti između tog zakonitog cilja, s jedne strane, te zaštite apelantovog prava na privatni i porodični život, s druge strane. U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je zakonom uopšteno predviđeno da pritvorenik ima pravo na posjetu lica po svom izboru. Izuzetak je kada sudija za prethodni postupak donese pisanu i obrazloženu odluku o zabrani određenih posjeta zbog njihovog štetnog djelovanja na tok postupka. Osim toga, zakonom je zagarantovano da prava i slobode pritvorenika mogu biti ograničeni samo u mjeri potrebnoj da se ostvari svrha radi koje je određen pritvor. U konkretnom slučaju Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi smatrali da upravo sama svrha određivanja mjere pritvora ne bi bila adekvatno ostvarena ako bi se apelantu omogućila komunikacija sa drugim licima, pa i članovima najuže porodice, osim sa advokatom. Ustavni sud, takođe, ističe da je u konkretnom slučaju apelant bio osumnjičen za izvršenje krivičnog djela organizovanog kriminala u vezi sa zloupotrebom položaja ili ovlašćenja. Dokazi koji su prikupljeni tokom istrage, kako je utvrdio redovni sud, ukazivali su na to da bi apelant, komunicirajući sa drugim licima, pa i članovima najuže porodice, bio u mogućnosti uticati na kvalitet provođenja istražnih radnji i eventualno dokaznog postupka, naročito s obzirom na prirodu krivičnog djela, te način i sredstva njegovog izvršenja. Osim toga, Ustavni sud ističe da su redovni sudovi ocijenili da su razlozi zbog kojih je pritvor bio određen po svojoj prirodi takvi da ograničavaju kontakte osumnjičenog sa vanjskim svijetom zbog čega su izrekli spornu zabranu.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju, u kojem je apelantu bila ograničena komunikacija sa vanjskim svijetom samo na kontakte s njegovim braniocem, pri čemu je ovo ograničenje bilo u ograničenom vremenskom roku i u vezi sa svrhom i razlozima radi kojih je određen pritvor, kako je zakonom i propisano, nije narušen razuman odnos proporcionalnosti u zaštiti zakonitog cilja kojem se teži, s jedne strane, i zaštite apelantovog prava na privatni i porodični život, s druge strane.

4. ČLAN 132 STAV 1 TAČ. B) I D)

4.1. Član 5 stav 1 tačka c) Evropske konvencije

U odluci o dopustivosti i meritumu, broj AP 591/11 od 7. aprila 2011. godine[67], Ustavni sud zapaža da je Sud BiH utvrdio da je, pored postojanja osnovane sumnje kao opšte pretpostavke za izricanje mjere pritvora apelantima, ispunjen i drugi kumulativni uslov, odnosno da u konkretnom slučaju postoje i posebni pritvorski razlozi iz člana 132 stav 1 tač. b) i d). U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je Sud BiH utvrdio da u konkretnom slučaju postoji koluzijska opasnost kao pritvorski osnov iz člana 132 stav 1 tačka b), jer postoji osnovana bojazan da će apelanti uništiti tragove koji su važni za krivični postupak, te da postoje i osobite okolnosti koje pokazuju da će ometati krivični postupak uticajem na svjedoke, saučesnike ili prikrivače. U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je Sud BiH u donesenim rješenjima naglasio kako se u konkretnom slučaju radi o dosta obimnoj i složenoj istrazi, koja obuhvata velik broj osumnjičenih (17) koji se terete za ozbiljna i teška krivična djela i u kojoj je još uvijek u toku analiza dokumentacije prikupljene provođenjem posebnih istražnih radnji. Osim toga, Sud BiH je detaljno obrazložio i razloge zbog kojih smatra da postoji osnovana bojazan za ometanje krivičnog postupka, te postojanje naročite okolnosti u konkretnom krivičnom predmetu. Prema mišljenju Ustavnog suda, Sud BiH je argumentovano obrazložio razloge iz kojih proizlazi da postoje naročite okolnosti koje ukazuju na to da bi apelanti boravkom na slobodi mogli ometati krivični postupak uticanjem na svjedoke i saučesnike, u smislu da promijene svoje iskaze ili da istragu Tužilaštva „usmjere u krivom smjeru“. U takvom zaključku Suda BiH, s obzirom na činjenice konkretnog predmeta, Ustavni sud ne nalazi nikakvu proizvoljnost.

Dalje, Ustavni sud zapaža da su u osporenim odlukama, suprotno navodima apelanata, dati vrlo iscrpni i jasni razlozi koji ukazuju na to da su u konkretnom slučaju ispunjeni uslovi za produženje pritvora iz razloga propisanih članom 132 stav 1 tačka d) Zakona o krivičnom postupku BiH (težina krivičnih djela, okolnost da su apelanti obavljali najviše policijske funkcije, te da usljed posebnih okolnosti, koje je sud detaljno naveo, postoji prijetnja narušavanju javnog reda, kao i izazivanja „uznemirenosti“ javnosti). Data obrazloženja Suda BiH Ustavni sud ne smatra proizvoljnim budući da, prema utvrđenju redovnog suda, egzistiraju vanredne okolnosti koje, u smislu relevantnih odredbi Zakona o krivičnom postupku BiH, produženje pritvora čine opravdanim.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud nije pronašao argumente koji bi opravdavali tvrdnje apelanata da lišavanje slobode u konkretnom slučaju nije bilo u skladu sa „procedurom koja je propisana nacionalnim zakonom“, odnosno da je ono suprotno bilo kojem standardu člana 5 stav 1 tačka c) Evropske konvencije.

66 Vidi Evropski sud, *Niemietz* protiv *Njemačke*, presuda od 16. decembra 1992. godine, serija A, broj 251.
67 Objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 41/11.

4.2. Član 5 stav 2 Evropske konvencije

Ne postoji kršenje člana 5 stav 2 Evropske konvencije u situaciji kada su apelanti prilikom prvog ispitivanja upoznati sa „optužbama“ koje im se stavljaju na teret, te kad su u prisustvu branilaca, nakon upoznavanja sa činjeničnim opisom i pravnom kvalifikacijom krivičnih djela za koja se terete, izjavili da razumiju za šta se sumnjiče i koji su osnovi sumnje protiv njih, te da je svaki potpisao zapisnik o (prvom) ispitivanju, bez stavljanja bilo kakvih primjedbi. Nakon toga, apelanti su upoznati sa „optužbama“ i na ročištima povodom prijedloga Tužilaštva BiH za određivanje i produženje pritvora. Prema tome, Ustavni sud smatra da su navodi apelanata da nisu upoznati sa „optužbama“ neosnovani[68].

4.3. Član 5 stav 3 Evropske konvencije

Ne postoji kršenje člana II/3d) Ustava BiH i člana 5 stav 3 Evropske konvencije ako je apelantu produžen pritvor zbog postojanja osnovane bojazni da će, ukoliko bude pušten na slobodu[69], uticati na svjedoke i saizvršioce, a pri tome postoje okolnosti koje nesumnjivo ukazuju na postojanje ozbiljnog rizika da će doći do zabranjenog uticaja na svjedoke i saizvršioce. To važi i u slučaju ako je apelantu produžen pritvor zbog toga što okolnosti pod kojima je izvršeno predmetno krivično djelo predstavljaju vanredne okolnosti i postoji stvarna prijetnja narušavanju javnog reda ukoliko bi apelant bio pušten na slobodu, te kada je sud u postupku kontrole opravdanosti pritvora utvrdio da i dalje postoje razlozi koji opravdavaju apelantovo zadržavanje u pritvoru i dao jasno obrazloženje, kako u pogledu postojanja osnovane sumnje, tako i u pogledu postojanja posebnih razloga za određivanje pritvora iz člana 132 stav 1 tač. b) i d) Zakona o krivičnom postupku BiH[70].

4.4. Član 5 stav 4 Evropske konvencije

Ne postoji kršenje člana 5 stav 4 Evropske konvencije ako su apelanti imali mogućnost da djelotvorno ospore stavove ili mišljenja Tužilaštva BiH koji su bitni za produženje pritvora, a iz spisa proizlazi da su i upoznati sa sadržajem svih dokaza na kojima je zasnovan prijedlog za produžavanje pritvora, s obzirom na to da su ih osporavali na ročištu za donošenje odluke o produženju pritvora. U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da su apelanti imali mogućnost da djelotvorno ospore stavove ili mišljenja Tužilaštva BiH koji su bitni za produženje pritvora, odnosno da su imali „uvid u očitovanja koja su podnesena i stvarnu mogućnost davati primjedbe na njih“[71]. Takođe, nisu povrijeđena prava apelanata garantovana članom 5 stav 4 Evropske konvencije zbog nedostavljanja naredbi o provođenju posebnih istražnih radnji radi osporavanja zakonitosti dokaza budući da su to pitanja koja će biti predmet ocjene sudova u odluci prilikom rješavanja eventualnih prigovora na optužnicu i odluke o meritumu stvari, dakle prilikom utvrđivanja eventualne krivične optužbe protiv apelanata[72].

IV. PRITVORSKI RAZLOZI IZ ČLANA 189 ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU REPUBLIKE SRPSKE[73]

1. ČLAN 5 STAV 3 EVROPSKE KONVENCIJE Postoji kršenje prava iz člana 5 stav 3 Evropske konvencije kada se protiv lica lišenog slobode odredi, a zatim i produžava pritvor, s tim da to lice nije „odmah“ izvedeno pred sudiju radi davanja iskaza na okolnosti proširenja istrage. Pri tome, nije odlučujuće da li je Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske takvo postupanje striktno propisivao, budući da prema Ustavu BiH odredbe Evropske konvencije imaju prioritet nad svim drugim zakonima i moraju se direktno primjenjivati[74].

Ustavni sud podsjeća na to da standardi Evropske konvencije ne obavezuju sud da prilikom preispitivanja razloga za produženje pritvora u istrazi ispituje osumnjičenog na okolnosti zbog kojih se pritvor produžava. Sud mora imati zakonsku mogućnost da ispituje lice *in personam,* ali to ne znači da u konkretnom slučaju apelant mora biti ispitan na taj način. U predmetu *Sanchez-Reisse protiv Švajcarske* Evropski sud je zaključio da lice mora imati „neke koristi od kontradiktornog postupka“ ako to okolnosti dopuštaju. U navedenom slučaju zaključak je bio da saslušanje aplikanta, čak da se pojavio lično pred sudom, ne bi pomoglo njegovom puštanju na slobodu[75]. Međutim, iz dokumentacije dostavljene Ustavnom sudu i navoda apelacije proizlazi da u konkretnom slučaju apelant prilikom produženja pritvora osporenim rješenjima nije bio izveden pred sudiju i nije mu omogućeno da se izjasni o naredbi o proširenju istrage Specijalnog tužilaštva, kako to nalaže član 5 stav 3 Evropske konvencije.

68 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 591/11 od 7. aprila 2011. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 41/11.

69 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 4000/09 od 25. februara 2010. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 51/10.

70 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2421/10 od 9. novembra 2011. godine.

71 Vidi, *mutatis mutandis*, presudu u predmetu *Brandstetter v. Austria* od 28. avgusta 1991. godine, serija A, broj 211, str. 27, stav 67 i *Garcia Alva v. Germany* od 13. februara 2001. godine, presuda broj 23541/94.

72 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 591/11 od 7. aprila 2011. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 41/11.

73 „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 50/03, 111/04, 115/04 i 29/07. U Prečišćenom tekstu Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 100/09) to je član 197.

74 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1812/07 od 11. novembra 2009. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 23/10.

75 Vidi Evropski sud, presuda od 21. oktobra 1986. godine, serija A, broj 107, stav 51.

Ustavni sud zapaža da, iako prema Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske, koji je važio u vrijeme donošenja osporenih rješenja, nije postojala striktna obaveza da lice koje se pritvara bude izvedeno pred sudiju, ovo nije moglo biti opravdanje za kršenje prava garantovanih Evropskom konvencijom. Naime, prema članu II/2 Ustava BiH, odredbe Evropske konvencije imaju supremaciju nad ostalim zakonima, a prema članu II/6 Ustava BiH svi sudovi i drugi organi vlasti imaju obavezu „da primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode na koje je ukazano u stavu 2". To znači da su redovni sudovi trebali direktno primijeniti odredbe člana 5 stav 3 Evropske konvencije usprkos, u relevantno vrijeme, nepostojanju u Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske striktne obaveze da se uhapšeno lice, tj. lice kojem je određen pritvor, izvede „odmah" pred nadležnog sudiju radi davanja iskaza. U ovom kontekstu, Ustavni sud zapaža da je u međuvremenu došlo do izmjene, odnosno dopune relevantnih zakonskih odredaba na način da su usklađene sa Evropskom konvencijom. Naime, 26. decembra 2008. godine stupio je na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske[76], tako što je članom 188 stav 2 propisano: „Pritvor određuje ili produžuje rješenjem sud na prijedlog tužioca**,** a nakon što sud prethodno sasluša osumnjičenog, odnosno optuženog, na okolnosti razloga zbog kojih se pritvor predlaže [...]". Na ovaj način država je ispunila svoju pozitivnu obavezu usklađivanja svojih propisa sa Evropskom konvencijom i pružila je zakonski okvir za osiguranje licima lišenim slobode garancija iz člana 5 stav 3 Evropske konvencije.

2. ČLAN 189 STAV 1 TAČKA G) I ČLAN 5 ST. 3 I 4 EVROPSKE KONVENCIJE

Postoji kršenje člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5 stav 3 Evropske konvencije u situaciji kada je apelantu produžen pritvor samo na osnovu pretpostavke suda da zbog prirode i težine krivičnog djela za koje se apelant tereti postoji mogućnost ugrožavanja bezbjednosti građana i imovine, a takva bojazan nije obrazložena konkretnim i valjanim razlozima koji bi objektivno ukazivali da javni interes zaštite građana preteže nad pravom pojedinca iz člana 5 Evropske konvencije[77]. Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju izostala potrebna analiza razloga za produženje pritvora i njihova konkretizacija koliko god je to moguće. Naime, obrazloženja iz ranijih rješenja o apelantovom pritvoru ne mogu biti razlog za produženje pritvora, jer je kod svakog produženja potrebno ocjenjivati objektivne okolnosti koje postoje u vrijeme donošenja odluke. Takođe, produženje pritvora se ne može zasnivati na činjenicama koje se apelantu stavljaju na teret kao obilježje krivičnog djela za koje se tereti i povodom kojeg se i vodi krivični postupak u kojem će se tek dokazivati da li je optužba protiv apelanta osnovana. Ustavni sud zapaža da bi formulacija da su „predmetno krivično djelo unaprijed pripremila, isplanirala i organizovala dva lica i da je učinjeno iz bezobzirne osvete u centru grada", koja je navedena kao razlog za produženje pritvora, mogla eventualno pokrenuti i pitanje kršenja prava na presumpciju nevinosti iz člana 6 stav 2 Evropske konvencije. Međutim, kako apelant to pitanje nije postavio u apelaciji, Ustavni sud ga nije ni ispitivao. S druge strane, ne postoji kršenje člana 5 stav 4 Evropske konvencije kad je sud o žalbi protiv odluke o produženju pritvora, koju je apelant podnio, odlučio rješenjem koje je donio u zakonom propisanom roku[78].

3. ČLAN 197 STAV 1 TAČ. A), B) I G) I ČLAN 5 STAV 1 TAČKA C) I ST. 2, 3 I 4 EVROPSKE KONVENCIJE

Postoji kršenje apelantovog prava na slobodu i bezbjednost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5 stav 1 tačka c) Evropske konvencije, jer je određivanje i produžavanje pritvora samo zbog činjenice da osumnjičeni posjeduje dvojno državljanstvo i nekretnine u Republici Srbiji bilo proizvoljno u pogledu postojanja opravdanih i valjanih razloga iz člana 197 stav 1 tačka a), jer redovni sudovi nisu dali bilo kakvo obrazloženje da postoji vjerovatnoća da apelant ima namjeru da bježi, odnosno da izbjegava eventualno suđenje u Bosni i Hercegovini[79].

4. ČLAN 197 STAV 1 TAČ. B) I G) I ČLAN 5 STAV 1 TAČKA C) I ST. 3 I 4 EVROPSKE KONVENCIJE

Ustavni sud zaključuje da ne postoji povreda prava na slobodu ličnosti iz člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5 stav 1 tačka c), te st. 3 i 4 člana 5 Evropske konvencije kada su apelanti lišeni slobode na osnovu odluke suda u kojoj su dati jasni i obrazloženi razlozi o ispunjavanju uslova propisanih zakonom za produženje pritvora, kada su odluke suda donesene uz poštovanje procesnih i materijalnih garancija, te, najzad, kada apelantima nije bila uskraćena mogućnost da budu ispitani u prisustvu branioca i da sud u kratkim rokovima bude preispitao zakonitost pritvora u najširem smislu[80].

76 „Službeni glasnik Republike Srpske" broj 119/08.
77 "Kad mještanin jednog sela, u stanju pijanstva, liši života svog komšiju bez realnog povoda i razloga i pri tom ispolji takvu upornost i okrutnost da to kod građana izazove ogorčenje i strah za vlastitu bezbjednost i bezbjednost njihovih bližnjih, to se može smatrati vanrednim okolnostima u kojim bi puštanje optuženog na slobodu, nedugo nakon učinjenog djela, rezultiralo stvarnom prijetnjom narušavanju javnog reda, što predstavlja razlog iz člana 197 stav 1 tačka g) Zakona o krivičnom postupku" (rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci, 002180 09 Kv. od 9. novembra 2009. godine).
78 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2095/08 od 13. maja 2009. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH" broj 73/09,
79 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1150/10 od 14. septembra 2010. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH" broj 27/11.
80 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 5842/10 od 20. april 2011. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH" broj 81/11.

V. PRITVORSKI RAZLOZI IZ ČLANA 146 ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE[81]

1. ČLAN 146 STAV 1 TAČ. B), C) I D)

U odluci o dopustivosti i meritumu, broj AP 3619/08 od 29. april 2009. godine[82], Ustavni sud upozorava da se sud u odnosu na lica lišena slobode i produženje pritvora ne može oslanjati na pretpostavke i apstraktne tvrdnje, jer moraju postojati konkretne činjenične okolnosti koje će podržati tvrdnju tužioca i eventualnu sudsku odluku. Zbog toga se u ovakvim situacijama ništa ne smije pretpostavljati, već se svakoj činjenici mora dati njen pravi pravno relevantni značaj[83].

U konkretnom slučaju, prvostepeni sud zaključuje da postoji zakonski razlog iz člana 146 stav 1 tačka c) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, s obzirom na to da je optuženi „u dužem vremenskom periodu iznuđivao novac od oštećene u iznosu preko 100.000 KM, prisvojio putničko vozilo i tako pokazao upornost u vršenju krivičnog djela, što dovoljno ukazuje da bi boravkom na slobodi nastavio sa vršenjem istog ili sličnog krivičnog djela“. Iz navedenog je sud zaključio da je spomenuti zakonski razlog za mjeru pritvora zaista prisutan. Međutim, kada bi se prihvatila ova konstrukcija, sudovi bi unaprijed, a da nisu vidjeli niti jedan jedini dokaz i suprotno osnovnim pravnim principima, prihvatili krivicu optuženog za krivična djela koja mu se stavljaju na teret, odnosno prihvatili bi da je apelant kriv za djela za koja još nije ni optužen. Takva praksa je suprotna osnovnim krivičnopravnim principima presumpcije nevinosti i *in dubio pro reo* sadržanim u članu 6 stav 2 Evropske konvencije i njoj saglasnim odredbama čl. 3 i 146 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH. Nije prihvatljivo oslanjati se samo na sumnju u pogledu krivice osumnjičenog ako nema konkretnih dokaza o individualiziranoj apelantovoj krivici.

Pri ovakvom stanju stvari, Ustavni sud u konkretnom slučaju ne može prihvatiti kao opravdane uopštene razloge iznesene u osporenim rješenjima, a koji su dati bez ikakve individualizacije zašto apelantu treba odrediti i produžiti pritvor. Data uopštena obrazloženja bi se mogla odnositi na sve osumnjičene za krivična djela, jer se navodi samo kako postoje pretpostavke da će biti ponovljeno krivično djelo i da će biti ugrožena imovina građana, što samo po sebi, bez konkretnih dokaza i činjenica o tome, nisu dovoljni razlozi za pritvor. Naime, samo postojanje pretpostavki da bi navedeno apelantovo postupanje bilo moguće nije dovoljno, jer sud ne može samo pretpostavljati takvu mogućnost, već mora imati argumente da postoje neke objektivne okolnosti ili konkretne i argumentovane radnje i postupci da je apelant lično ili posredno pokušao da djeluje na opisani način, koji bi bili valjani pravni razlozi i osnov za određivanje i produženje pritvora u konkretnom slučaju.

Činjenica je da se u konkretnom slučaju apelantu stavlja na teret izvršenje krivičnog djela iznude i nedopuštenog držanja oružja ili eksplozivnih materija. Međutim, te činjenice same po sebi nisu, kako je već rečeno, dovoljne kao obrazloženje za produženje pritvora čime u tom smislu osporena rješenja ne zadovoljavaju standarde iz člana 5 stav 3 Evropske konvencije. Razlozi za određivanje i produženje pritvora se moraju posmatrati u svjetlu konkretnih okolnosti pojedinačnog krivičnog djela i učinioca i izvedenim dokazima koji ovakvu mjeru u cijelosti opravdaju. U konkretnom slučaju redovni sudovi nisu u obrazloženjima osporenih rješenja ponudili dokaze da su postupili na takav način. Ustavni sud zapaža da rješenja koja se odnose na određivanje i zadržavanje apelanta u pritvoru nisu bila zasnovana na konkretnoj analizi dokaza niti opravdanosti i neophodnosti takve mjere, nego samo na pretpostavci suda da će apelant ponoviti krivično djelo, odnosno presumpciji suda da je određivanje pritvora neophodno za bezbjednost građana ili imovine. Redovni sudovi su propustili da preciznije i konkretnije obrazlože na čemu zasnivaju svoje zaključke da postoji mogućnost da će apelant nastaviti svoje djelovanje i da će i dalje prijetiti opasnost, kako za oštećenu, tako i za imovinu građana. Posebno je neprihvatljivo navođenje razloga kao što je medijski pritisak i pritisak javnosti na nadležne organe u slučaju neprocesuiranja krivičnog djela koje je apelantu stavljeno na teret, jer se na taj način implicira da nadležni sudski organi nisu nezavisni i nepristrani u svom radu, a što je, takođe, jedna od garancija na koju apelant ima pravo i prema članu II/3.e) Ustava BiH i članu 6 stav 1 Evropske konvencije.

Pravna priroda i struktura krivičnog postupka zasniva se na strogim principima izvjesnosti i sigurnosti kako bi se osigurale garancije domaćeg zakonodavstva i Evropske konvencije da niko ne može biti osuđen prije nego se to dokaže u zakonom predviđenom krivičnom postupku. Sama primjena krivičnopravnih odredaba koje se zasnivaju za apstraktnoj i nedokazanoj opasnosti da će jedno lice, ma za kakvo krivično djelo bilo

81 „Službene novine Federacije BiH“ br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07 i 9/09.
82 Objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 50/09.
83 „Smisao odredbe člana 145 stav 2 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, prema kojoj se pritvor određuje ili produžava rješenjem suda na prijedlog tužioca, a nakon što sud prethodno sasluša osumnjičenog, odnosno optuženog na okolnosti razloga zbog kojih se pritvor predlaže, upravo je u tome da sud pri odlučivanju o prijedlogu za određivanje pritvora uzme u obzir i cijeni navode odbrane koji se odnose na okolnosti razloga zbog kojih se pritvor predlaže. Kako je prvostepeni sud u konkretnom slučaju to propustio učiniti, osnovano se žalbom branioca ističe da pobijano rješenje ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama, te da je time učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312 stav 1 tačka k) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH“ (rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, broj 03 0 K 004755 10 Kž, od 4. novembra 2010. godine).

osumnjičeno, ponoviti takvo djelo, nije valjan pravni razlog i osnov da se donese odluka kojom se ugrožava sloboda i bezbjednost pojedinca. Apstraktna, nedokazana opasnost da će to lice predstavljati prijetnju imovini građana, što je jedan od razloga koji su sudovi naveli, takođe se ubraja u ovu kategoriju osnova koji se ne mogu primijeniti u konkretnom slučaju. Zbog svog značaja, osnov za određivanje pritvora treba, ne samo navesti nego i posebno dokazati i obrazložiti, jer je to od presudne važnosti pri ocjeni da li su u konkretnom slučaju primijenjene odredbe o određivanju mjere pritvora kojom se može postići svrha, što je i eksplicitna odredba člana 145 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH. U obrazloženju treba istaći konkretne činjenice koje opravdavaju primjenu pritvora, što je u ovom slučaju izostalo, jer se samo navođenje teksta zakona i odredbe konkretnog člana, bez njihovog analiziranja i dokazivanja, mora smatrati nezakonitim.

Na osnovu izloženog, Ustavni sud smatra da je osporenim rješenjima prekršeno apelantovo pravo iz člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5 stav 3 Evropske konvencije.

2. ČLAN 146 STAV 1 TAČKA C) I ČLAN 5 STAV 1 TAČKA C) I ST. 3 I 4 EVROPSKE KONVENCIJE

Postoji kršenje apelantovog prava na slobodu i bezbjednost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5 stav 3 u vezi sa stavom 1 tačka c) Evropske konvencije kada je Kantonalni sud propustio da u zakonom propisanom roku izvrši obaveznu dvomjesečnu zakonsku kontrolu opravdanosti apelantovog pritvora, zbog čega je apelantov pritvor u periodu od 14 dana bio nezakonit[84]. Međutim, ne postoji kršenje prava iz člana 5 stav 3 Evropske konvencije u odnosu na opravdanost produženja pritvora, budući da su sudovi u vezi s tim dali dovoljne i jasne razloge koji ni na koji način ne upućuju na proizvoljnost u odlučivanju. Takođe, ne postoji ni kršenje prava iz člana 5 stav 4 Evropske konvencije kada je sud odlučio o prigovorima iznesenim u žalbi optuženog i u posebnoj žalbi njegovog branioca iako formalno nije naveo da je odlučivao i o žalbi koju je izjavio branilac[85].

U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje na to da je, prema standardima člana 5 stav 3 Evropske konvencije, poštovanje zahtjeva za „promptnošću“ sudske revizije pritvora jedna od vitalnih garancija protiv proizvoljnosti. U skladu s tim, na vlastima koje vode pritvor je obaveza da u redovnim intervalima preispitaju opravdanost produžetka pritvora i da ti intervali ne pređu propisane rokove. U konkretnom slučaju, Ustavni sud primjećuje da je Vrhovni sud u nedvosmisleno zaključio da je Kantonalni sud prilikom kontrole pritvora postupao nezakonito zato što je na apelantovu štetu prekoračio zakonski rok kontrole osnovanosti trajanja pritvora apelantu (14 dana). Međutim, Vrhovni sud je zaključio da, uprkos tome, u konkretnoj fazi krivičnog postupka nije u situaciji „da navedene propuste otkloni“. Osim toga, Ustavni sud ističe da je na statusnoj konferenciji pred Kantonalnim sudom apelantov branilac usmeno skrenuo pažnju sudu na nezakonitost apelantovog držanja u pritvoru. Međutim, Kantonalni sud je apelantovom braniocu odgovorio da postoji stav Kantonalnog suda da se ne vrši kontrola opravdanosti pritvora svaka dva mjeseca, kako to propisuje Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH u članu 151, već se to vrši samo po uloženom podnesku optuženog i branioca.

Ustavni sud ističe da je odredbom člana 151 stav 1 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH propisano da se kontrola opravdanosti pritvora vrši po isteku svaka dva mjeseca od dana donošenja posljednjeg rješenja o pritvoru. „Zakonitost“ u konkretnom slučaju treba posmatrati u okviru domaćeg zakona i strogo formalno. Prema mišljenju Ustavnog suda, zakonito je samo ono što u potpunosti odgovara tekstu zakona. U konkretnom slučaju, sastavni dio zakonskog teksta je i obavezna kontrola opravdanosti pritvora svaka dva mjeseca. Ustavni sud smatra da Kantonalni sud nije postupao „promptno“ u smislu člana 5 stav 3 Evropske konvencije kada je sa zakašnjenjem od 14 dana obavio obaveznu zakonsku kontrolu apelantovog pritvora, čime je istovremeno prekršen i princip „zakonitosti“ pritvora iz člana 5 stav 1 tačka c) Evropske konvencije. Ustavni sud, stoga, zaključuje da u odnosu na obavezu periodične sudske revizije pritvora u konkretnom slučaju postoji kršenje prava iz člana 5 stav 3 u vezi sa stavom 1 tačka c) Evropske konvencije.

3. OBLIGATORNI PRITVOR

3.1. Član 5 stav 1 tačka a) i stav 4 Evropske konvencije

Postoji kršenje člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5 stav 1 Evropske konvencije ako je pritvor zasnovan na zakonskoj odredbi kojom je propisan obligatoran pritvor, te, stoga, pritvor nije bio zakonit u smislu principa člana 5 stav 1 Evropske konvencije. Uz to, postoji kršenje člana 5 stav 4 Evropske konvencije kada sud, odlučujući o žalbi protiv odluke o pritvoru, nije preispitao odluku kojom je određen pritvor, već je samo formalno proveo žalbeni postupak, potvrdio prvostepeno rješenje bez mogućnosti razmatranja okolnosti za pritvor s

84 „Smisao redovne kontrole opravdanosti pritvora je u tome da se postojanje uslova za pritvor redovno preispituje u vezi sa razvojem konkretnog krivičnog postupka, pa, dakle, i u vezi sa dokazima koji se izvode na glavnom pretresu. Stoga je sud pri ocjeni daljeg postojanja uslova za pritvor pri redovnoj kontroli opravdanosti pritvora dužan uzeti u obzir cjelinu dotadašnjeg toka krivičnog postupka i, s obzirom na dokaze izvedene na glavnom pretresu, donijeti zaključak o daljem postojanju uslova za pritvor“ (rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, broj 09 0 K 004468 11 Kž 11 od 26. januara 2011. godine).

85 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1518/10 od 13. oktobar 2010. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 37/11.

obzirom na obligatoran karakter pritvora i na taj način pravni lijek koji je apelant izjavio učinio iluzornim[86].

3.2. Član 5 stav 1 Evropske konvencije

S obzirom na to da je apelant lice lišeno slobode prema prvostepenoj presudi nadležnog suda koji je postupio po imperativnoj odredbi člana 348 stav 1 ranije važećeg Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH[87], Ustavni sud smatra da se u konkretnom slučaju radi o lišavanju slobode u smislu člana 5 stav 1 tačka a) Evropske konvencije. U tom kontekstu Ustavni sud ukazuje na stav Evropskog suda prema kojem „[…] lice osuđeno na prvoj instanci, bez obzira na to da li je ili nije bilo pritvoreno do tog momenta, u poziciji je koja je predviđena članom 5 stav 1 tačka a), a koji dopušta lišavanje slobode nakon `osude`. Ovaj posljednji izraz ne može se tumačiti tako da je ograničen samo na slučaj pravnosnažnog osuđivanja […]“[88]. Ustavni sud, stoga, zaključuje da su garancije prava na slobodu i bezbjednost primjenjive na apelanta.

U apelantovom slučaju pritvor je bio određen na osnovu odredaba ranije važećeg Zakona o krivičnom postupku čiji je član 348 stav 1 nalagao obavezu da se optuženom, koji je osuđen na kaznu zatvora od pet godina ili težu kaznu, odredi pritvor u slučaju da se već ne nalazi u pritvoru. S obzirom na to da je apelant na glavnom pretresu osuđen na kaznu zatvora od sedam godina, a nije se već nalazio u pritvoru, sud je postupio prema imperativnoj odredbi navedenog člana, te apelantu odredio pritvor. Dakle, nesporno je da je apelantu određen pritvor u skladu sa zakonom. Međutim, takve odredbe koje su propisivale obligatoran pritvor nisu bile u skladu sa članom 5 stav 1 Evropske konvencije.

Ustavni sud podsjeća da se, u smislu člana II/2 Ustava BiH, prava i slobode određeni u Evropskoj konvenciji direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini i imaju prioritet nad svakim drugim zakonom, pa je i redovni sud, prilikom određivanja pritvora apelantu, trebalo da direktno primijeni odredbe Evropske konvencije, odnosno garancije člana 5 stav 1 Evropske konvencije.

Na osnovu izloženog Ustavni sud smatra da je osporenim rješenjima povrijeđeno pravo na slobodu i bezbjednost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5 stav 1 Evropske konvencije.

3.3. Član 5 stav 4 Konvencije

U konkretnom slučaju nije bilo sporno da je apelant imao mogućnost da uloži žalbu koju je i iskoristio. Međutim, apelant je morao imati na raspolaganju pravni lijek koji bi bio djelotvoran i dovoljno siguran da omogući nadležnom sudu da ispita osnovanost sumnje na osnovu koje se zasniva pritvaranje, te legitimnost cilja koji se želio postići hapšenjem i držanjem u pritvoru. S obzirom na to da je Ustavni sud utvrdio da sud, prilikom određivanja pritvora apelantu, nije postupio u skladu sa odredbama Evropske konvencije, jer nije preispitao okolnosti za pritvor i protiv njega, Ustavni sud zaključuje da i sud u žalbenom postupku nije ispitao osnovanost navoda žalbe, već je postupio po imperativnoj odredbi zakona kojom je pritvor apelantu obavezan, jer je osuđen na kaznu zatvora od sedam godina. Dakle, s obzirom na zakonsku odredbu koja u apelantovom slučaju nalaže obligatorni pritvor, odlučujući o apelantovoj žalbi sud nije preispitao odluku kojom je određen pritvor, već je samo formalno proveo žalbeni postupak i potvrdio prvostepeno rješenje bez mogućnosti razmatranja okolnosti za pritvor i na taj način pravni lijek koji je apelant izjavio učinio iluzornim povodom primjene materijalnog prava. Stoga, Ustavni sud smatra da je povrijeđeno i apelantovo pravo iz člana 5 stav 4 Evropske konvencije. Ustavni sud, na kraju, zapaža da je 1. avgusta 2003. godine, stupanjem na snagu novog Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, odredba obaveznog pritvora izmijenjena i usklađena sa Evropskom konvencijom, tako što je članom 152 propisano: „Kada izrekne presudu na kaznu zatvora, sud će optuženom odrediti pritvor, odnosno pritvor će se produžiti ako postoje razlozi iz člana 146 stav 1 tač. a), c) i d) ovog zakona [...]“. Prema navedenom, a s obzirom na to da je otklonjena neustavnost, Ustavni sud nije smatrao da je potrebno zakonodavcu nalagati da preduzme bilo kakve mjere.

VI. UMJESTO ZAKLJUČKA

Evropski sud i Ustavni sud su tumačenjem navedenih odredaba člana 5 Evropske konvencije kroz svoje odluke na odgovarajući način definisali uslove pod kojima je osumnjičenom, odnosno optuženom u krivičnom postupku dopušteno oduzeti slobodu. Konvencijske odredbe o pritvoru ne samo da obavezuju zakonodavce u Bosni i Hercegovini pri uređenju pritvora, nego i sudove pri tumačenju zakonskih propisa koji regulišu pritvor. S licem koje je osumnjičeno za izvršenje krivičnog djela pri oduzimanju slobode treba postupati kao s nevinim. S druge strane, osnovno je pravo osumnjičenog, odnosno optuženog da se brani sa slobode, s tim da postojanje samo osnovane sumnje ne može biti osnov za oduzimanje slobode. Pritvor se, u pravilu, može odrediti samo radi osiguranja provođenja krivičnog postupka. Izuzetno je dopušteno, kada to zakon propisuje, određivanje pritvora iz preventivnih razloga, radi zaštite javnog poretka od novih krivičnih djela.

86 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 573/07 od 29. aprila 2009. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 75/09.
87 „Službene novine Federacije BiH“ br. 43/98 i 23/99
88 Vidi, Evropski sud, *Wemhoff protiv SR Njemačke,* presuda od 27. juna 1968. godine, serija A broj 7.

NAPOMENA: Članak je objavljen u pravnom časopisu “Pravo i pravda”, godina XI, broj 1 iz 2012. godine, a u OKO Reporteru se objavljuje uz prethodno pribavljenu saglasnost autora.

Primjenjivost UZP-a pred sudovima u BiH

Pripremila Nina Kisić

Uvodna razmatranja

Ovaj članak obrađuje odgovornosti u skladu sa najkontraverznijim vidom učešća u izvršenju krivičnog djela- udruženi zločinački poduhvat, sa posebnim osvrtom na udruženi zločinački poduhvat tipa III, tzv.prošireni udruženi zločinački poduhvat. Ovaj oblik učešća u krivičnom djelu je oblik objektivne odgovornosti na osnovu predviđanja, te stoga i ne čudi da većina međunarodnih, internacionaliziranih sudova, a naročito nacionalnih sudova, odbija ovaj vid učešća u izvršenju krivičnog djela.

Brojni su međunarodni, internacionalizirani i nacionalni sudovi, razmatrali primjenu UZP-a (posebno sa osvrtom na namjeru kod UZP-a III, odnosno, umišljaj potreban za donošenje osuđujuće presude), odnosno, vidova učešća u izvršenju krivičnih djela sličnih institutu u BiH poznatom kao udruženi zločinački poduhvat. Sa iznimkom Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu: MKSJ), Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (u daljem tekstu: MKSR), koja dva tribunala, vrijedi napomenuti, imaju zajedničko apelaciono vijeće, i Specijalni sud za Siera Leone (u daljem tekstu:SCSL), postoji gotovo univerzalni stav da je doktrina UZP-a, posebno njenog proširenog oblika- neprimjenjiva, i to iz razloga što se protivi fundamentalnim načelima pravičnosti (uključujući i činjenicu da ova doktrina nije postojala u međunarodnom pravu do presude Apelacionog vijeća MKSJ u predmetu Tadić, a da i u ovom trenutku postoji protivljenje više sudova primjenjivosti ove doktrine).

Iako se iz dosadašnje sudske prakse pred Sudom BiH (predmeti Rašević i dr., Radić i dr., Mejakić i dr. i Savić, pravosnažne su presude Suda BiH u kojima je UZP prihvaćen kao vid učešća u izvršenju krivičnih djela) ukazuje stav da se ova doktrina može primjenjivati pred sudovima u BiH, a koji stav je potvrđen i odlukom Ustavnog suda BiH u predmetima Mejakić i Gruban, **u ovom članku je iznesena argumentacija o neprimjenjivosti doktrine UZP-a pred sudovima u BiH**.

U međunarodnom krivičnom pravu krivičnoj odgovornosti podliježu samo fizičke osobe kao pojedinci. To je tradicija unutrašnjeg krivičnog prava, na koju su se oslonili prvi pokušaji suđenja za ratne zločine nakon I svjetskog rata, posebno njemačkog cara Wilhelma II na temelju člana 227. ugovora o miru iz Versaillesa od 28.juna 1919.godine, postupci pred njemačkim Vrhovnim sudom u Leipzigu, te neki partikularni ugovori o miru sa poraženim državama.

Premda je Statut Međunarodnog vojnog suda u Nurembergu predviđao i odgovornost "kriminalnih organizacija", pa su kao takve pred tim sudom bile proglašene organizacije SS, Gestapa, tajne policije i vodstva nacističke stranke, ipak niti jednoj nije bila izrečena kazna, već je ta odgovornost samo deklarirana u presudi ostavljajući vlastima država potpisnica pravo da na temelju te deklaracije izvedu pred svoje sudove pojedince koji su pripadali tim organizacijama. Nakon suđenja u Nurembergu i Tokiju, Opšta skupština UN je načelo individualne krivične odgovornosti za međunarodne zločine proglasila kao prvo u nizu sedam tzv."nirnberških načela.[1]"

Istorija **načela individualne krivične odgovornosti** se može notirati od Versaillesa do statuta međunarodnih krivičnih sudova za bivšu SFRJ i za Rwandu, zajedno sa brojnim drugim ustanovama međunarodnog krivičnog prava, u djelovanju pet *ad hoc* međunarodnih istražnih komisija, četiri *ad hoc* međunarodna krivična suda te nekoliko međunarodnopravno osnaženih nacionalnih suđenja za međunarodne zločine. Statuti danjašnjih međunarodnih krivičnih sudova-uključujući i tzv.mješovite ili internacionalizirane krivične sudove-u svojim uvodnim ili načelnim odredbama preuzimaju načelo individualne krivične odgovornosti.

Objektivizirana odgovornost, proglašavanje krivim lica samo na osnovu njihovog prisustva na određenom mjestu, ili funkcionalnog položaja, bez ijednog dokaza o postojanju namjere za počinjenje krivičnih djela ili dokaza o počinjenju krivičnih djela bi dovela do apsolutne kolektivizacije krivnje.

U tom kontekstu, Žalbeno vijeće MKSJ je istaklo da je udruženi zločinački poduhvat naprosto sredstvo počinjenja zločina; on sâm po sebi ne predstavlja krivično djelo[2]. Dakle, niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo radi asocijacije, ili udruživanja, a što je stav čak i MKSJ, koji je jedan od rijetkih sudova pred kojim je ovaj vid učešća u izvršenju krivičnog djela prihvatljiv.

1 Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nurenberg Trial, G.A.Res.95(I) od 11.12.1946, UN Doc.A/64/Add.1;

2 Tužilac protiv Milutinovića i drugih, predmet br.: IT-99-37-AR72, Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost - udruženi zločinački poduhvat, 21. maj 2003., par. 20;

Načelo krivnje u kontekstu neprimjenjivosti doktrine UZPa

Načelo krivnje je jedno od temeljnih načela savremenog krivičnog prava. Ono se izražava kroz maksimu *nulla poena sine culpa* što znači da nema kazne bez krivnje. Krivnja (mens rea) je opšte načelo prava u smislu člana 38. Statuta Međunarodnog suda pravde[3]. Drugim riječima rečeno, objektivna odgovornost, to jest, kažnjavanje zbog prouzročenja posljedice predstavlja koncept napušten u savremenom pravu[4].
U mnogim je sistemima načelo krivnje ustavna kategorija, a u brojnim državama ono je izričito formulisano i u tekstu krivičnog zakona. I u onim državama u kojima načelo krivnje nije eksplicirano kroz ustavne i zakonske tekstove, krivnja je konstitutivni element krivičnog djela i osnova za odmjeravanje kazne.
Oblici krivnje se u postupcima pred MKSJ pretežno utvrđuju po pravilima anglosaksonskog prava, a ne kontintentalnog prava koje je u tom pogledu sofisticiranije i sadrži kriterije za razlikovanje više nivoa i stepena krivnje. Većina evropskih kontinentalnih pravnih poredaka razlikuje namjeru i nehat kao dva temeljna oblika krivnje koji se sastoje od intelektualne (spoznajne) i voluntivne (voljne) komponenete. Intelektualni dio je svijest o djelu, dok se voljna razlikuje zavisno o tome da li počinitelj želi počiniti djelo (izravna namjera), da li na njega pristaje (neizravna namjera) ili pak smatra da ono neće nastupiti ili da će ga moći spriječiti (svjesni nehat). Kod nesvjesnog nehata kao najlakšeg oblika krivnje nedostaje svijest o djelu (intelektualna komponenta) i osnova za prijekor je normativno uračunjavanje-okolnost da je osoba mogla i morala biti svjesna te okolnosti.
S druge strane, u državama anglosaksonskog pravnog kruga, krivnja je obuhvaćena širokim pojmom *mens rea* (guilty mind, skrivljena misao) koja se može temeljiti na subjektivnom, objektivnom i mješovitom kriteriju.

Za razliku od Statuta stalnog Međunarodnog krivičnog suda koji u članu 30. propisuje elemente i sadržaj krivnje kao psihičkog odnosa počinitelja prema djelu (mental element), Statut MKSJa ne sadrži izričitu odredbu o tome koji se oblici krivnje i standardi u njezinom dokazivanju imaju primjeniti u postupku.

Posljedično tome, posebno je nelogično što kod dokazivanja subjektivnog elementa proširenog udruženog zločinačkog poduhvata tužilaštvo ima lakši zadatak nego kada se radi o dokazivanju krivnje (mens rea) kod pomagatelja i podržavatelja. Naime, u slučaju pomaganja i podržavanja, traženi element svijesti je znanje da djela koja čini pomagatelj i podržavatelj pomažu počinjenju konkretnog krivičnog djela od strane glavnog počinioca. S druge strane, kod proširenog UZP-a mora postojati namjera provedbe UZP uz predviđanje počinjenja krivičnih djela koja su izvan okvira UZP. Očito je dakle da kod proširenog UZP ne postoji apsolutno nikakva subjektivna povezanost (u smislu psihičkog odnosa učinioca prema konkretnom krivičnom djelu) između učestvovanja u UZP i počinjenog konkretnog krivičnog djela tj.između sadržaja svijesti učesnika u UZP i fizičkog počinioca konkretnog krivičnog djela.

U nastavku, autor iznosi navode koji se tiču činjenice da, suprotno shvatanjima nekih vijeća MKSJa, MKSRa i SCSLa, elementi udruženog zločinačkog poduhvata nisu prihvaćeni niti ustaljeni u međunarodnoj sudskoj praksi.

Međunarodni i internacionalizirani sudovi-primjenjivost doktrine UZPa

Posebno je značajna činjenica da su Međunarodni krivični sud (u daljem tekstu: MKS) i ECCC (u daljem tekstu: Specijalno vijeće suda u Kambodži) odbili primjenu ovog instituta iz više razloga od kojih se ističu, statutorna ograničenja, kao i nepostojanje ove doktrine u međunarodnom običajnom pravu u vrijeme događaja u Kambodži.
Prihvatanje doktrine UZP bez pažljivog razmatranja ustanovljenosti iste u međunarodnoj sudskoj praksi, pažljive analize elemenata i dokaza bi bila krajnje nepravična u suđenjima pred sudovima u BIH. Posebno je bitno naznačiti i da Evropski sud za ljudska prava (kao sud koji objektivno u konačnici odlučuje o usklađenosti suđenja pred sudovima u BiH sa garancijama ljudskih prava) još nije donio odluku koja se tiče primjenjivosti ove doktrine pred sudovima u BiH.
ESLJP će uskoro imati priliku da donese odluku po pilot proceduri koja je inicirana u apelaciji u predmetu *Mejakić i Gruban protiv Bosne i Hercegovine*, a u kojoj se aplikanti žale na kršenje člana 7 (1) EKLJP usljed njihove osude u skladu sa doktrinom udruženog zločinačkog poduhvata, a u svjetlu činjenice da ovaj vid učešća u izvršenju krivičnog djela: nije bio propisan u zakonu koji je bio na snazi kada su aplikanti navodno počinili krivično djelo za koje su osuđeni, da ovaj vid učešća u izvršenju krivičnog djela nije propisan u zakonu koji je bio na snazi u vrijeme suđenje aplikantima, da ovaj vid učešća nije postojao u međunarodnom običajnom pravu u vrijeme kada su aplikanti navodno počinili krivično djelo za koje su osuđeni i da ovaj vid učešća u izvršenju krivičnog djela ne postoji u međunarodnom običajnom pravu u ovom trenutku.

3 Schabas, 2002-2003
4 Zbog izravne suprotnosti s načelom krivnje savremeno krivično pravo odbacilo je srednjevjekovnu teoriju versari in re illicita prema kojoj se "onome ko se kreće u sferi zabranjenog uračunava sve što proizađe iz krivičnog djela (lat.versanti omnia quae sequuntur ex delicto), Horvatić i dr.2002;

Kada je riječ o postojanju ove doktrine u običajnom pravu, osim sličnosti sa "zločinačkom zavjerom" iz nirnberških procesa (na kojoj u suštini počiva argument MKSJ o postojanju ovog vida odgovornosti u međunarodnom pravu), kreacija UZP od strane MKSJ pokazuje i značajne razlike:
a) **UZP se prema MKSJu ne smatra samostalnim krivičnim djelom** (to ne dopušta tekst Statuta MKSJa), dok se conspiracy (zavjera) u angloameričkom pravu može koristiti i kao samostalno krivično djelo te kao oblik saizvršilaštva (doduše, pretežno u federalnom pravu SAD);
b) premda "zločinačka zavjera" i UZP pretpostavljaju sporazum pojedinaca o tome da se počine zločini, za razliku od međunarodnog vojnog tribunala, **MKSJ ne određuje od čega se sporazum sastoji već traži dokaz namjere da se izvrši "zajednički kriminalni plan"**;
c) "zločinačka zavjera" obično ne traži dokazivanje da je zavjerenik igrao neku veću ulogu u njezinom izvršenju ili da je bio detaljno upoznat sa njenim karakterom, **prema MKSJ doktrini UZP traži dokaz djelatnosti njegovih članova u svrhe ostvarenja plana.**
S obzirom na činjenicu da je BiH zemlja *lege scripta* pravne tradicije, te da njeni pravni propisi sadrže jasne zabrane po ovom pitanju[5], jasno je da je neophodno da vid učešća u izvršenju krivičnog djela mora biti propisan u zakonu da bi neko mogao biti oglašen krivim sukladno istom.

Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu Tadić, koje je prvo opisalo teoriju odgovornosti sukladno konceptu udruženog zločinačkog poduhvata, insistiralo je na tome da je udruženi zločinački poduhvat utemeljen na međunarodnom običajnom pravu, čije oličenje nalazi u tribunalima osnovanim nakon Drugog svjetskog rata. Vijeće je tvrdilo da je izvršilo analize nekoliko relevantnih precedenata na osnovu kojih su rasvijetlili teoriju udruženog zločinačkog poduhvata, uključujući njegove tri odvojene forme sa različitim *actus reus* i *mens rea*.

Problem sa ovom analizom je da je ista bazirana na proučavanju ograničenog fonda slučajeva, koji se u suštini (tj.kada se čitaju orginalni slučajevi) svode na razne saučesničke modele. Također, nije ni potrebno posebno isticati da u ovim "orginalnim UZP predmetima" nije niti spomenut udruženi zločinački poduhvat.

Nametanje udruženog zločinačkog poduhvata kao oblika odgovornosti suprotstavlja se od strane MKSJ iskazanoj vlastitoj privrženosti principu „*nullum crimen sine lege*"- odnosno da nema krivičnog djela bez prethodno određene kazne, naglašenog u Izvještaju Generalnog sekretara: *„Prema mišljenju Generalnog sekretara, primjena principa nullum crimen sine lege zahtijeva to da međunarodni tribunal treba primijeniti pravila međunarodnog humanitarnog prava, koja su bez bilo kakve sumnje dio običajnog prava, tako da se ne javi problem adherencije nekih ali ne i svih država članica prema pojedinim konvencijama. Iz ovoga proizilazi da je to naročito važno u kontekstu međunarodnog tribunala koji procesuira osobe odgovorne za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava"*[6].

Mnogi će se složiti da je doktrina UZPa "stvorena" u presudi Apelacionog vijeća MKSJ u predmetu Tadić. Međutim, prije nego što u naš nacionalni sistem inkorporiramo ovu vrstu proširene odgovornosti, nužno je pomenuti da se Apelaciono vijeće u predmetu Tadić, kako se vidi iz **odluka Međunarodnog krivičnog suda u predmetima Lubanga**[7] i **Katanga**[8], pogrešno pozvalo na član 25 (3)(d) Statuta MKS da bi ustanovilo običajni status doktrine UZP-a.
Ovo stanovište je bitno jer se Apelaciono vijeće MKSJ u predmetu Tadić pozvalo na Statut MKS kao na „autoritativni izraz pravnih shvatanja velikog broja zemalja.[9]"
Nakon toga, sam MKS u dvije odluke, u dva različita predmeta interpretira ovu odredbu 25 (3) (a) Statuta kao zajedničko činjenje u formi saizvršilaštva[10], dok odredbu 25 (3) (d) tumači kao odgovornost pomagača, prije nego kao odgovornost glavnog izvršioca[11].
Naime, Apelaciono vijeće MKSJ se predmetu Tadić pozvalo na Statut MKS, koji smatra nekom vrstom kompilacije međunarodnog krivičnog prava, smatrajući da se u istom može prepoznati doktrina UZP. Ovakvu odluku Apelacionog vijeća MKSJa negira sam MKS u svoje dvije, gorenavedene, odluke.
Zanimljivo je mišljenje Pretresnog vijeća u MKSJ predmetu *Stakić* 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.*[12]"
Na ovom mjestu, vrijedi naglasiti i jedan terminološki argument. Naime, jasno je da je član 180 (1) KZ BiH reprodukcija člana 7 (1) Statuta MKSJ (6 (1) Statuta MKSR). Ovaj član Statuta se nepobitno odnosi na činjenje, s obzirom da oba statuta (ekvivalentno KZ BiH) sadrže stav 2, odnosno, propisuju odgovornost za nečinjenje.

5 Pa tako npr. načelo zakonitosti iz člana 3. analogno primjenjeno na vidove učešća u izvršenju djela.
6 UNDOC S/25704, ¶34;
7 MKS: Tužilac v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on Confirmation of Charges, 29.januar 2007. (dalje, Odluka u predmetu Lubanga);
8 MKS: Tužilac v. Katanga & Ngudjolo, ICC-01/04-01/07, Decision on Confirmation of Charges, 30.septembar 2008. (dalje, Odluka u predmetu Katanga);
9 MKSJ: Tužilac v.Tadića, Presuda Apelacionog vijeća, par. 223;
10 MKS: Odluka u predmetu Lubanga par.334, Odluka u predmetu Katanga par.483;
11 MKS: Odluka u predmetu Lubanga par.337, Odluka u predmetu Katanga par.490;
12 MKSJ: Tužitelj protiv Stakića, Presuda pretresnog vijeća, par. 438;

Naime, UZP je kao koncept nastao u praksi međunarodnih *ad hoc* sudova (MKSJ i MKSR) koji u svojim Statutima ne sadrže opšti dio, za razliku od KZ BiH. U KZ BiH su detaljno propisani svi vidovi saučesničkog djelovanja (članovi 29, 30 i 31), dok u Statutima *ad hoc* sudova postoji samo član 7 (MKSJ) odnosno član 6 (MKSR), a čija replika je prenesena u KZ BiH putem člana 180.

Jedan od suštinski apsolutno objektivnih oblika odgovornosti u skladu sa doktrinom udruženog zločinačkog poduhvata je tip III, kod kojeg je prihvaćen standard da su se krivična djela desila kao predvidljiva posljedica plana UZP (mada je Ured tužioca MKSJ pokušao tvrditi da je standard ne *„predvidljivost“*, nego *„mogućnost“*).

Kakogod, bitno je naznačiti da pred Sudom BIH još nije donesena niti jedna presuda u skladu sa doktrinom udruženog zločinačkog poduhvata tipa III. Jasno, ovaj vid učešća u izvršenju krivičnog djela najsličniji je objektivnoj odgovornosti, te čak niti MKSJ u svojoj praksi nije imao puno osuda po ovom vidu odgovornosti. Ovo je također vid učešća u izvršenju krivičnog djela koji je najčešće odbijan u međunarodnoj sudskoj praksi.

maja 2010. godine debata o primjenjivosti doktrine udruženog zločinačkog poduhvata pred Posebnim vijećem pred sudom u Kambodži (u daljem tekstu: ECCC)[13] završava vrlo značajnom odlukom vijeća[14].

U toj odluci, Pretpretresno vijeće preinačilo je prethodnu naredbu istražnih sudija od 8.decembra 2009. godine koja je smatrala da se UZP III može primijeniti na zločine po međunarodnom pravu kojima se sudi pred ECCC, iako samo pod (navodno) pooštrenim uslovom *mens rea*.

Po mišljenju Pretpretresnog vijeća ECCC, UZP III nije priznat kao vrsta odgovornosti primjenjiva na povrede međunarodnog humanitarnog prava u vrijeme relevantno za predmet koji se pred Sudom procesuira, te ga, stoga, Sud ne može primijeniti u odnosu na zločine prema međunarodnom krivičnom pravu[15]. On ovo mišljenje temelji na kritičkoj analizi ovlaštenja na koja se MKSJ oslanjao u predmetu protiv Tadića[16], što je temeljna presuda o UZPu u međunarodnom krivičnom pravu.

Prvo, **Pretpretresno vijeće ne nalazi nikakvo utemeljenje za postojanje UZP III kao međunarodnog običajnog prava** u međunarodnim instrumentima na koje se poziva presuda u predmetu Tadić[17]. Što se tiče međunarodne sudske prakse, Pretpretresno vijeće je odbilo da se osloni na predmete kao što su "Ostrvo Borkum" /Borkum Island/ i "Linčovanje u Essenu" /Essen Lynching/ pošto presude u njima nisu obrazložene[18].

Također, Pretpretresno vijeće je mišljenja da se nacionalna sudska praksa na koju se oslonilo Vijeće u predmetu Tadić ne treba smatrati ispravnim presedanom za određivanje statusa običajnog prava jer ona ne dostiže nivo međunarodne sudske prakse[19].

Štaviše, iako se Pretpretresno vijeće potrudilo da razmotri moguće postojanje opštih principa prava koji dokazuju UZP III, ono je ipak zauzelo stanovište da ne treba da odluči da li jedan broj nacionalnih sistema koji su reprezentativni za vodeće pravne sisteme u svijetu priznaje standard *mens rea* analogan onome u UZP III, jer nije uvjereno da su optuženi mogli predvidjeti takvu odgovornost u periodu 1975-1979[20].

U takvim okolnostima Pretpretresno vijeće zaključuje da "**princip zakonitosti zahtijeva od ECCC da se ne oslanja na prošireni oblik UZP-a u svojim postupcima**"[21].

Izvan obrazloženja odluke o kojoj se raspravlja, treća kategorija je prvenstveno ta koja svojom širinom i neodređenošću krši princip *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Treća kategorija se suprotstavlja osnovi međunarodnog humanitarnog prava po kojoj "zločine protiv međunarodnog prava čine ljudi a ne apstraktni subjekti, i samo se kažnjavanjem pojedinaca koji počine te zločine mogu provesti odredbe međunarodnog prava[22]"

Nacionalni sudovi i doktrina UZPa

U dosadašnjim postupcima niko nije vodio računa o iznimno važnoj odluci Vrhovnog suda Kanade u predmetu **R.v.Logan** iz 1990. godine[23]. U tom je predmetu sud morao utvrditi da li je odredba člana 21 (2) Krivičnog zakona Kanade kojim je inkriminiran prošireni oblik UZPa, u suprotnosti sa načelom poštenog suđenja, fundamentalne pravičnosti i pretpostavke okrivljenikove nevinosti garantovanih kanadskom Poveljom o pravima i temeljnim slobodama, te ako jeste, radi li se o ograničenju koje je nužno u demokratskom društvu.

13 Vanredna vijeća Suda u Kambodži.
14 ECCC, Pretpretresno vijeće, Odluka po žalbama protiv Naredbe istražnih sudija o udruženom zločinačkom poduhvatu (UZP), predmet br. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (20.5.2010.) [Odluka ECCC].
15 Odluka ECCC, stav 77;
16 Tužilac protiv Tadića (presuda Žalbenog vijeća), predmet br. IT-94-1 (15.7.1999.);
17 Odluka ECCC, stav 78;
18 Odluka ECCC, stav 79-81;
19 Odluka ECCC, stav 82;
20 Odluka ECCC, stav 87;
21 Odluka ECCC, stav 87;
22 Suđenje glavnim ratnim zločincima pred Međunarodnim vojnim sudom, Nirnberg, 1949, str. 223;
23 R.v.Logan, 2 S.C.R., 1990.;

Sud je konstatovao da je članom 21 (2) krivičnog zakona povrijeđeno ustavno načelo srazmjernosti i da kod krivičnog djela koje se optuženima stavljaju na teret (u konkretnom slučaju pokušaj ubistva) tužilac mora dokazati posebnu namjeru lišenja života. *A contrario*, snižavanje kriterija kod utvrđivanje krivnje (mens rea) nije u skladu niti sa načelom krivnje niti sa ustavnim odredbama o fundamentalnoj pravičnosti, poštenom suđenju i pretpostavci okrivljenikove nevinosti. U izreci presude, sud je nedvojbeno utvrdio da snižavanje kriterija krši ustavne garancije, te da je u suprotnosti sa ustavnim aktom.

Suština ove odluke, koja je potvrđena i u predmetu **R.v.Sit** iz 1991. godine[24] jasan je argument protiv teorije UZP kojom se na pravno neprihvatljiv način nastoje reducirati sadržaju vezani uz krivnju čime se izravno krši načelo *nulla poena sine culpa* koje je nedvosmisleno dio međunarodnog običajnog prava.

Kao što je ranije istaknuto, nezakonitost i kriminalna priroda određenog ponašanja će se ocjenjivati u skladu sa zakonima države koja ima nadležnost da vodi sudski postupak u datom predmetu, u predmetima pred Sudom BiH-u skladu sa zakonima BiH.

Na primjer, u dvije nedavne odluke, Okružni sud u Hagu (Nizozemska) odbio je da primjeni međunarodno običajno pravo u odnosu na djela za koja se optuženi tereti, kao što je predložila odbrana (mučenje i kršenje zajedničkog člana 3. Ženevske konvencije). Sud je odlučio da primijeni odredbe domaćeg, nizozemskog zakona koji je bilo na snazi u relevantno vrijeme[25].

2.oktobra 2009.godine je Žalbeni sud Drugog okruga SAD donio svoju presudu u predmetu **Presbiterijanska crkva Sudana i drugi protiv Talisman Energije inc.i Republike Sudan**[26].

Ova presuda je izuzetno relevantna za primjenu koncepta UZP-a, odnosno, činjenicu da jasno ukazuje da postoji neusaglašenost samih elemenata ovog vida učešća u izvršenju krivičnog djela. Ovo posebno s obzirom na činjenicu da se radi o tumačenju *mens rea* elementa udruženog zločinačkog poduhvata od strane jednog od najviših sudova u SAD-u, i to suda koji je i sam izvršio detaljnu analizu sudske prakse međunarodnih tribunala kada je riječ o ovom vidu učešća. Na strani 45. presude se nalazi navod da sud smatra da je udruženi zločinački poduhvat, kako je isti stvoren u međunarodnom humanitarnom pravu od strane ad hoc tribunala, ekvivalent zavjeri u američkom pravu i sudskoj praksi.

U predmetu Talisman, tužioci su sudanski građani koji tvrde da su bili žrtve kršenja ljudskih prava od strane Vlade Sudana u Khartoumu i da je Talisman Energija inc.("Talisman") kanadska korporacija pomagala i podržavala ili bila u zavjeri sa Vladom u ovim kršenjima radi razvoja koncesija za prirodne resurse Sudana. U ovoj građanskoj tužbi, sa mnogo nižim pragom dokazivanja nego je to krivični postupak, sud je zaključio u korist korporacije Talisman, jer tužioci nisu prezentirali dokaze da je kompanija djelovala sa ciljem povrijeđivanja civila u južnom Sudanu. Kompanija je zajedno sa Vladom izgradila puteve i avionske piste na predmetnoj teritoriji, koji su korišteni i u svrhe eksploatacije prirodnih bogatstava u skladu sa koncesijom i u vojne svrhe. Uposlenici Talismana su često viđali utovar vojnih sredstava i ljudstva na avione, uključujući i bombe od 500 kg. Isti uposlenici aerodroma su opsluživali i avione kompanije Talisman i vojne avione. Rukovodstvo Talismana je bilo upoznato sa ovom praksom, o istoj je često komuniciralo, uključujući i činjenicu da ova bombardovanja mogu biti shvaćena kao kršenje međunarodnog humanitarnog prava.
U osnovi navoda tužioca je formiranje tampon zone oko pogona Talismana na način da je civilno stanovništvo očišćeno kako bi se osigurala područja za eksploataciju. Svjedočenja svjedoka i interni memorandumi Talismana su pokazala dokaze prisilnog preseljenja. Također, postoje dokazi da uprkos znanju za ova dešavanja, Talisman nastavlja sa širenjem pogona.
Tužioci pripadaju kategorijama koje su povrijeđene ili protjerene tokom ovih događaja: bili su napadnuti od strane pješadije, vojnika na konjima, bombardovani. Svoje izjave su dali u formi depozicija, optužujući Talisman da je a) direktno prekršio, b) pomagao i podržavao Vladu Sudana u kršenju i c) stupio u zavjeru sa Vladom Sudana da krši običajno međunarodno pravo u vezi sa genocidom, mučenjem, ratnim zločinima i zločinima protiv čovječnosti. Tokom postupka, tužioci su odustali od navoda vezanih za direktno počinjenje.
Primjenom međunarodnog prava, uključujući i sudsku praksu MKSJ, Žalbeni sud Drugog okruga je zaključio da *mens rea* pomaganja i podržavanja zahtjeva "svrhu a ne samo znanje"[27]. Žalbeni sud Drugog okruga je zaključio da međunarodno pravo ne sadrži nikakav konsenzus "za oglašavanje krivim lica koja sa znanjem (ali bez namjere) pomažu i podržavaju kršenja međunarodnog prava.[28]"
Predmet Talisman nije samo jedan prosječan predmet domaće jurisdikcije: ovdje se radi o predmetu koji je započeo tužbom po Zakonu o odšteti za strance (Alien Tort Statute (28 U.S.V. &1350), te je Žalbeni sud Drugog okruga u analizu pored domaćeg, uključio i opsežnu analizu međunarodnog prava, a u spis je uložen

24 R.v.Sit, 2 S.C.R., 1991.;
25 Predmeti ratnih zločina i mučenja vezani za Afganistan, Okružni sud u Hagu, 14.10.2005. god.
26 Predmet: Presbyterian Church of Sudan and Othere v.Talisman Energy inc.and Republic of Sudan, broj predmeta #07-0016-cv (2nd cir.10/02/09).
27 Presuda Talisman, p.41;
28 Presuda Talisman, p.41-42;

veliki broj podnesaka *amici curiae* (uključujući sudiju Međunarodnog suda pravde-ICJ).
Odlučujući u predmetu Talisman, **sud ocjenjuje da međunarodno pravo u vrijeme Nirnberškog suđenja prepoznaje pomaganje i podržavanje samo u smislu namjeravane posljedice** (US v.von Weizsaecker, 662, William S.Hein &Co., 1997)[29]

Zaključak

U skladu sa svim gore navedenim, autor smatra da nema mjesta primjeni koncepta udruženog zločinačkog poduhvata pred sudovima u BiH, a da se posebno ne može primjeniti udruženi zločinački poduhvat tipa III s obzirom da isti nije propisan kao vid učešća u KZ SFRJ (kao zakonu koji je bio na snazi u vrijeme rata u BiH), niti u KZ BIH (kao zakonu na koji se poziva optužnica u svim predmetima pred Sudom BiH)[30], te isti nije ustanovljen u međunarodnom običajnom krivičnom pravu, niti su pred međunarodnim sudovima uspostavljeni nesumnjivi elementi ovog vida učešća u izvršenju krivičnog djela.

Načelo zakonitosti predstavlja zahtjev da se krivična djela i krivičnopravne sankcije moraju propisati zakonom prije nego što budu počinjeni (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), a ovo isto se odnosi i na vidove učešća u izvršenju krivičnog djela.

Za razliku od vrlo ekstenzivnog tumačenja kriterija dostupnosti i "predvidivosti" propisa, ESLJP je kroz svoju bogatu praksu jasno odredio pretpostavke koje moraju biti ispunjene da bi se određeni izvor prava smatrao dostupnim i predvidivim.

U skladu sa sudskom praksom tog suda, "dostupnost" znači da zakon (može se raditi o pisanom i nepisanom pravu što znači da se i običajno pravo smatra "zakonom" u smislu člana 7 EKLJP) mora biti dostupan svim adresatima kako bi se upoznali s njegovim sadržajem. Predvidivost prema starijoj sudskoj praksi znači "jasnoću i preciznost zakona". To znači da konkretna zakonska odredba mora biti formulisana jasno i precizno kako bi adresati pravne norme mogli pretpostaviti kakve će posljedice implicirati njihovi određeni postupci[31].

Objektivni standard utvrđivanja predvidivosti je u predmetu Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke konvertiran u subjektivni. Prema subjektivnom standardu nije dovoljno utvrditi objektivnu sposobnost optuženika da prepozna imperativnu ili prohibitivnu normu krivičnog prava koja implicira kažnjivost već subjektivnu sposobnost konkretnog optuženika da anticipira i prepozna vlastitu krivičnu odgovornost kao posljedicu kršenja takve pravne norme. Dakle, težište nije na utvrđivanju jasnoće i preciznosti određene pravne norme već se pitanje da li je počinitelj trebao i mogao znati da čini krivično djelo procjenjuje prema subjektivnom standardu odnosno iz pozicije optuženika[32].

29 U kojem je odbio da oglasi krivim bankara koji je davao pozajmice sa znanjem, ali ne sa svrhom da će posuđivač upotrijebiti sredstva da počini zločine.
30 Osim predmeta Alija Osmić, ali uključujući i predmete koje je Suda BIH u skladu sa Strategijom za procesuiranje ratnih zločina prebacio na entitetska pravosuđa.
31 Arnold et al, 2002;
32 Arnold et al, 2002, str.25;

Pojava i razvoj inkriminacija ratnih zločina u domaćem zakonodavstvu

Pripremio mr. Ahmed Mešić

Uvod

Pozitivno pravno zakonodavstvo čine skup zakona i pravila koji se primjenjuju od strane pravosudnih i drugih organa u jednoj državi i koji ima za cilj da uredi važan segment društva.

Primjenom zakona i propisa u praksi često će se uočiti određeni nedostatci koji će biti popravljeni izmjenama i dopunama zakona, te situacije koje nisu bile regulisane.

Pravni sistem jedne zemlje je živa materija, koja se mjenja i prilagođava.

Kada je riječ o krivičnom pravu jedno od temeljnih načela jeste načelo zakonitosti iz člana 3. KZ BiH prema kojem se krivična djela i krivične sankcije propisuju zakonom, te kako to normira odredba stava 2. ovog člana, nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana krivičnopravna sankcija. Načelo zakonitosti služi sprečavanju samovoljnog, nepredvidljivog kažnjavanja bez zakona, ili na osnovu neodređenog ili retroaktivnog zakona[1].

Razvojem društva i pristupanjem države određenim međunarodnim, multilateralnim i bilateralnim ugovorima, pojavit će se potreba da se određena ponašanja inkriminiraju u domaće zakonodavstvo kako bi ista bila kažnjiva. Primjera radi osnov za inkriminaciju krivičnog djela iz člana 202.a KZ BiH javno podsticanje na terorističke aktivnosti jeste Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju terorizma iz 2007. godine, gdje je nakon ratifikacije ove Konvencije bilo neophodno izmjeniti KZ u smislu dodavanja novih krivičnih djela[2].

Ako se pogleda Ustav Bosne i Hercegovine član II, tačka 2. evidentno je da se Bosna i Hercegovina obavezala da će poštivati međunarodne standarde, posebno prava i slobode naznačene u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i sloboda. U tački 3. istog člana Ustava dat je katalog prava koja se uživaju u Bosni i Hercegovini, te je u podtački e) naznačeno i pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom.

Aneksom I Ustava BiH navedeni su međunarodni sporazumi koji će se primjenjivati u Bosni i Herecegovini, a u kontekstu ratnih zločina su posebno važne Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948), Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977), Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja (1984) i Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987)[3].

Ovaj članak ima za cilj da prikaže nastanak i razvoj inkriminacije krivičnih djela ratnih zločina i krivičnopravnom zakonodavstvu koje se primjenjuje u Bosni i Hercegovini, sa posebnim osvrtom na prvi materijalni zakon koji je sadržavao inkriminacije ratnih zločina i zločina protiv međunarodnog prava.

Kako se radi o blanketnim krivičnim normama, to je pristupanjem Bosne i Hercegovine, odnosno države u kojoj je prije bila integrisana država Bosna i Hercegovina nastala potreba da se kažnjiva ponašanja suprotna normama međunarodnog humanitarnog prava unesu u pravni sistem i da se u skladu sa načelom zakonitosti propišu Krivičnim zakonom kao krivična djela i da se za ta djela odredi krivičnopravna sankcija.

Razlog više da se poznaje historijat razvoja inkriminacija ranih zločina jeste i današnja problematika primjene blažeg krivičnog zakona. U vremenu kada postoji razuđenost sudske prakse i različita opredjeljenja koji krivični zakon će se primjeniti na predmete ratnih zločina, poznavanje normi prijašnjih krivičnih zakona svakako da je od velikog značaja.

Na taj način ako se sagledaju svi krivični zakoni koji su se primjenjivali na predmete ratnih zločina počevši od prvog krivičnog zakona koji je uveo tu inkriminaciju, pa do posljednjeg može se izvući zaključak koji je to krivični zakon blaži za učinitelja i koji se zakon ima primjeniti na procesuiranje predmeta ratnih zločina.

Kao što je ranije istaknuto posebna pažnja bit će posvećena prvom Krivičnom zakonu koji je uključivao

1 Zoran Stojanović, *Međunarodno krivično pravo,* IP Justinijan, Beograd, 2004, str.17
2 Izmjenama i dopunama KZ BIH objavljenim u Službenom glasniku BIH broj 08/10 u članu 88. dodaju se nova krivična djela usklađena sa preuzetim obavezama iz Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju terorizma, dostupno na : http://sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/ba/izmjene_krivicnog_zakona_08_10.pdf, dana 11.02.2013.godine
3 Tekst Ustava Bosne i Hercegovine dostupan na : http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf , 08.02.2013.

inkriminacije ratnih zločina i kojim je ispunjena obaveza iz međunarodnog prava, a vezana za uključivanje inkriminacija ratnih zločina u nacionalno zakonodavstvo i propisivanje odgovarajućih sankcija.

Međunarodna krivična djela

Kod ove vrste krivičnih djela polazna tačka jeste upravo osnov za inkriminisanje ovih djela, koji se nalazi u međunarodnim ugovorima i konvencijama. Ova djela su blanketne prirode, a za potrebe ovog članka bit će uzeta u obzir samo ona krivična djela koja predstavljaju zločine protiv čovječnosti i ratne zločine, čija povreda predstavlja grubo kršenje pravila međunarodnog prava. Naravno da u krivična djela kojim se krši međunarodno pravo spadaju i druga djela kao što je terorizam, ugrožavanje osoba pod međunarodnopravnom zaštitom, ugrožavanje bezbjednosti zračnog prometa i dr.

U širem smislu to su sva ona ponašanja za koja je međunarodna zajednica zainteresovana da budu suzbijena zbog njihovog međunarodnog karaktera. Neophodna pretpostavka za njihovo suzbijanje jeste da budu nacionalnim krivičnim zakonodavstvima predviđena kao krivična djela[4].

Pod pojmom međunarodnog krivičnog prava podrazumjeva se skup pravnih pravila koja su ustanovljena kroz međunarodne ugovore ili druge sporazume, kao i kroz međunarodne običaje, čija se povreda ispoljena kroz napade na međunarodne odnose koji bi bili izraženi u narušavanju mira ili u povredama čovječnosti u miru i u ratu, kao i napadi na druge vrijednosti koje su od značaja za cjelokupno čovječanstvo, određuju kao međunarodna krivična djela koja povlače individualnu krivičnu odgovornost i primjenu krivične sankcije[5].

Kada su u pitanju predmeti ratnih zločina nesporno je da njihov izvor predstavlju međunarodni dokumenti koji su pravno obavezujući za Bosnu i Hercegovinu, bilo kao potpisnica ili pravni sljednik ovih ugovora. Obvezatna snaga svih ugovora počiva na načelu pacta sunt servanda. Ono je opće načelo prava bez kojeg pravni poredak bilo koje vrste, bilo kada i bilo gdje, ne bi bio moguć[6].

Kada smo konstatovali da su krivična djela koja se odnose na povrede međunarodnog prava blanketne prirode i da potiču prvenstveno od obaveze država koje pristupaju međunarodnim ugovorima i konvencijama, to je potrebno pojasniti obavezu država pristupnica da u svoje zakonodavstvo uvedu određena krivična djela i krivičnopravne sankcije za ta djela.

Zbog toga se obaveze koje za neku državu proizilaze iz ratificiranih međunarodnih akata koje se odnose na to da se određena ponašanja predvide kao krivična djela i na odgovarajući način sanckioniraju, ispunjavaju na način da se donesu novi zakoni, odnosno da se mjenjaju i dopunjavaju postojeći nacionalni zakoni... Kao primjer takvih međunarodnih akata mogu se navesti: Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948., četiri Ženevske konvencije o humanizaciji rata iz 1949.godine koje sadrže inkriminacije ratnih zločina, dva dopunska protokola uz te konvencije iz 1977.godine, kao i konvencije koje se odnose na trgovinu bijelim robljem, na promet nemoralnih publikacija, na proizvodnju i promet opojnih droga, na zabranu torture, na otmicu zrakopolova ili na ugrožavanje sigurnosti zračne plovidbe, itd[7].

U nastavku će biti predstavljeni međunarodni akti koji su važni za predmete ratnih zločina i način na koji su ova kršenja međunarodnog prava implementirana u nacionalno krivičnopravno zakonodavstvo.

Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida

Ova konvencija predstavlja važan doprinos međunarodnom humanitarnom pravu jer predstavlja reakciju na velika stradanja civilnog stanovništva i osuđuje radnje kojima se vrši istrebljenje čitave jedne grupe ljudi. Dokument u vidu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida čini prekretnicu u modernom međunarodnom humanitarnom pravu i podcrtava opredjeljenje čovječanstva na sprečavanje zločina.

Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida[8] usvojena je rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih naroda 260 A (III) od 09.12.1948.godine. Konvencija je stupila na snagu 12.01.1951. godine, a FNRJ ju je ratifikovala ukazom Prezidijuma Narodne skupštine od 21.06.1950. godine[9].
U preambuli konvencije navedeno je da strane ugovornice prihvataju da je genocid zločin po međunarodnom pravu koji je u suprotnosti sa duhom i ciljevima UN-a i koji civilizovani svijet osuđuje, te priznavajući da je u svim periodima historije genocid izazvao velike štete čovječanstvu, i ubjeđene da je za oslobođenje čovječanstva od tako užasne nedaće nužna međunarodna saradnja, donose Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju genocida.
U članu I konvencije, sadržana je odredba da genocid predstavlja zločin po međunarodnom pravu bez obzira da li je izvršen u miru ili za vrijeme rata i da države ugovornice preuzimaju obavezu da ga spriječe i kazne. U članu VI predviđena je obaveza procesuiranja zločina genocida gdje će osobe koje se terete za izvršenje ovog

4 Zoran Stojanović, *Međunarodno krivično pravo,* IP Justinijan, Beograd, 2004, str.8
5 Prof.dr.Tomić, Zvonimir, *Nirnberška presuda,* Editio Memoria Iuris, Sarajevo, 2001, str. 10
6 V.Đ.Degan, *Međunarodno pravo I dio,* Pravni fakultet Sveučilištva u Rijeci, Rijeka, 2000, str.154
7 Prof.dr. Zvonimir Tomić, *Krivično pravo I*¸ Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008, str.103
8 Konvencija je dostupna na : http://www.preventgenocide.org/ba/konvencijaogenocidu.htm , dana 08.02.2013.
9 N.Srzentić, *Krivično pravo SFRJ,* Savremena administracija, Beograd, 1978, str.19

djela biti predana na suđenje nadležnim sudovima države na čijoj teritoriji je određeno djelo izvršeno, ili Međunarodnom krivičnom sudu, koji će biti nadležan za one od članica ugovornica koje budu priznale njegovu nadležnost.

Kada je riječ o pravnom djelovanju ove konvencija u članu III predviđeno je da su po konvenciji kažnjiva sljedeća djela: genocid, planiranje izvršenja genocida, direktno i javno podsticanje na izvršenje genocida, pokušaj genocida i saučesništvo u genocidu.

S obzirom da se konvencije ne primjenjuju direktno u pravni sistem država ugovornica, svaka konvencija, uključujući tu i Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida predviđa obavezu država ugovornica da prilagode svoje zakonodavstvo kako bi se konvencija mogla primjeniti. Tako se u članu V konvencije daje ova obaveza, te se navodi da se ugovorne strane se obavezuju da će preduzeti potrebne zakonske mjere, shodno svojim ustavima, kako bi obezbijedile primjenu odredaba ove konvencije i naročito da će predvidjeti efikasne krivične kazne za lica kriva za genocid ili bilo koje drugo djelo navedeno u članu III.

Tumačenjem odredbi Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida evidentno je da se države koje pristupaju ovoj konvenciji moraju u svoje krivično zakonodavstvo uvrstiti krivično djelo genocida i u skladu sa načelom zaknoitosti propisati kaznu za ovo djelo.

U naše krivično zakonodavstvo krivično djelo genocida je unijeto u Krivični zakonik iz 1951. godine[10]. Ovo krivično djelo ostalo je prisutno i danas i nalazi se u članu 171. KZ BiH, odnosno u članu 141. KZ SFRJ.

Ženevske konvencije

Pored Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, veliko dostignuće na području međunarodnog prava predstavljaju i četiri Ženevske konvencije sa dodatnim protokolima uz te konvencije.

Donošenjem Ženevskih konvencija pokušalo se kodificirati dosadašnje postojeće humanitarno međunarodno pravo i običaji ratovanja, a sve sa ciljem poboljšavanja zaštite kategorija koje su obuhvaćene odredbama ovih konvencija.

U ovoj zaštiti otišlo se i korak dalje donošenjem dva protokola na Ženevske konvencije i to: Dopunskog protokola I o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I) i Dopunski protokol II o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II), donesenim 12.01.1977. godine[11].

Ženevske konvencije predstavljaju najvažniji izvor i osnov za inkriminaciju krivičnih djela ratnih zločina. Međutim na ovom mjestu nećemo se baviti teškim povredama konvencija. Ono što je od značaja u kontekstu razvoja i normiranja krivičnih djela ratnih zločina u krivičnom zakonodavstvu koje će biti preuzeto od strane Bosne i Hercegovine, jesu upravo odredbe Ženevskih konvencija koje nalažu državama ugovornicama obavezu kažnjavanja i sprečavanja teških povreda konvencija.

Ove konvencije spadaju u međunarodno ratno pravo, ali su za međunarodno krivično pravo od naročitog značaja po tome što svaka od ovih konvencija sadrži i krivičnopravne odredbe po kojima su sve države potpisnice obavezne da svojim krivičnim zakonima odrede krivične sankcije protiv lica koja svojim djelima povrede propise ovih konvencija.Pored toga, konvnecije izričito nabrajaju teške povrede propisa konvencije koje svaka država potpisnica mora svojim zakonima da predvidi kao krivična djela.[12]

Tako se u članu 1. Prve Ženevske konvencije o poboljšanju položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama na kopnu navodi:

Visoke strane ugovornice obavezuju se da će poštovati ovu Konvenciju i da će joj obezbediti poštovanje u svakoj prilici.

U članu 49. stav 1. iste konvencije daje se eksplicitna naredba državama ugovornicama da u svoje nacionalno zakonodavstvo unesu mjere i sankcije za kažnjavanje povreda konvencije, pa se u ovom članu naovodi:

Visoke strane ugovornice obavezuju se da će preduzeti svaku zakonodavnu meru potrebnu radi propisivanja odgovarajućih krivičnih sankcija protivu lica koja su izvršila ili koja su izdala naređenja da se izvrši koja od teških povreda ove Konvencije određenih u sljedećem članu.

Dakle i u ovom slučaju proizilazi da poput Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine, i Ženevske konvencije nalažu dužnost državama pristupnicama da u svoje nacionalno zakonodavstvo, u skladu sa načelom zakonitosti, normiraju nova krivična djela i propišu odgovarajuće krivičnopravne sankcije.

Ženevske konvencije iz 1949. godine FNRJ je ratifikovala Ukazom tadašnjeg Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ od 28.03.1950. godine[13].

10 Zoran Stojanović, *Međunarodno krivično pravo,* IP Justinijan, Beograd, 2004, str.118
11 Ahmed Mešić, završni rad : *Ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika u nacionalnom i međunarodnom pravu,* Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2012, str.5
12 N.Srzentić, *Krivično pravo SFRJ,* Savremena administracija, Beograd, 1978, str.20
13 Objavljen u Sl.Vesniku Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ broj 6/50

Krivični zakonik FNRJ iz 1951. godine

Razvoj krivičnog prava bivše Jugoslavije može se sagledati kroz više perioda, polazeći od njenog nastanka 1918.godine do njenog kraja koji je uslijedio početkom 1992. godine[14]. Prvi period bi predstavljalo razdoblje od završetka Prvog svjetskog rata do izbijanja Drugog svjetskog rata, tj. od 1918.do 1941.godine, drugi period bi se odnosio na vrijeme narodnooslobodilačkog rata, treći bi obuhvatao razdoblje od kraja Drugog svjetskog rata do 1951.godine, četvrti od 1951. do 1977.godine, a peti od 1977.godine do raspada Jugoslavije 1992.godine.

U kontekstu međunarodnog krivičnog prava i inkriminacije ratnih zločina Krivični zakonik FNRJ iz 1951.godine predstavlja prvi materijalni krivični zakon koji obuhvata i predviđa krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava.

Donošenjem i usvjanjem ove kodifikacije ispunjena je obaveza tadašnje FNRJ iz ratifikacije i pristupanja Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida i Ženevskim konvencijama. Krivična djela protiv međunarodnog prava unesena u ovaj zakonik predstavljaju rađanje krivičnih djela ratnih zločina i kao takva bit će unesena i prisutna u skoro neizmjenjenom obliku u Krivični zakon BiH, odnosno Krivični zakon SFRJ koji su na pravnoj snazi u Bosni i Hercegovini.

Krivični zakonik od 1951. godine je izrađen po uzoru na švajcarsko krivično zakonodavstvo. On je bio zasnovan na načelima koja su izgrađivana u toku NOB-a i načelima na kojima je izgrađivano prethodno krivično zakonodavstvo FNRJ, a uz to on se zasnivao i na rezultatima savremene krivičnopravne nauke, te naprednim dostignućima buržoaske pravne teorije i krivičnog zakonodavstva[15].

Danas je Krivični zakonik iz 1951.godine često zanemaren i u teoriji krivičnog prava ne postoji mnogo literature koja se bavi ovim zakonikom. Međutim činjenica je da je krivični zakonik iz 1951. godine postavio kamen temeljac inkriminacijama ratnih zločina i zločina protiv međunarodnog prava i kao takav treba da zauzme posebno mjesto u historiji razvoja krivičnog materijalnog prava.

Poslije revolucionarnog prekida sa prošlošću izgrađivanje materijalnog krivičnog prava odvijalo se brzo, ali postepeno. Taj proces manifestirao se vanjskim načinom u postepenom donošenju propisa iz ove grane prava, dakle reguliranjem novim zakonima pojedinih sfera ove oblasti koje još nisu bile zahvaćene novim zakonodavstvom[16].

Krivični zakonik FNRJ donesen je 02.03.1951. godine a objavljen je u Službenom listu FNRJ broj 13/51, a stupio na pravnu snagu dana 01.07.1951. godine[17]. Ovaj zakonik je od svog donošenja više puta mjenjan i dopunjavan i to 1959., 1962., 1965., 1967., 1969., i 1973. godine.

Obzirom da je mjenjan i dopunjavan više puta prečišćeni tekst Krivičnog zakonika koji je utvrdio Zakonodavni odbor Saveznog vijeća Savezne narodne skupštine objavljen je u Službenom listu FNRJ broj 30/59.

Uvodni zakon za Krivični zakonik FNRJ objavljen je u Službenom listu FNRJ broj 11/51 01.03.1951. godine[18]. U članu 1. Uvodnog zakona navodi se da ovaj zakon ima za svrhu da sprovede u život Krivični zakonik, te da uskladi sa odredbama Krivičnog zakonika krivičnopravne odredbe iz postojećih zakona i da obezbjedi primjenu blažeg zakona prema učiniocima krivičnih djela.

Sa svim izmjenama i dopunama ovaj zakonik je predstavljao jednu sveobuhvatnu kodifikaciju krivičnog prava koja će poslužiti kao osnov za izradu KZ SFRJ. To je bio zakonik koji je omogućavao vođenje efikasne borbe protiv kriminaliteta i bio podsticajan za razvijanje krivičnopravne prakse[19].

U glavi XI Krivičnog zakonika nalaze se krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava, te se u ovom djelu nalaze inkriminacije djela kojim se štite vrijednosti ustanovljene međunarodnim pravom.

Krivična djela iz ove glave izmjenom i donošenjem novih krivičnih zakona neće biti mjenjana u većoj mjeri, odnosno obilježja ovih djela na način kako su definisana i određena Krivičnim zakonikom neće se bitnije mjenjati ni u KZ SFRJ, KZ FBiH, kao ni u KZ BiH.

U glavi XI Krivičnog zakonika FNRJ nalaze se krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava i to: član 124. genocid, član 125. ratni zločin protiv civilnog stanovništva, član 126. ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika, član 127. ratni zločin protiv ratnih zarobljenika član 128. organizovanje grupe radi vršenja genocida i ratnih zločina, član 129. protupravno ubijanje ili ranjavanje neprijatelja.

Na kraju potrebno je spomenuti da Krivični zakonik FRNJ u članu 134a. predviđa da krivično gonjenje i izvršenje kazne za krivična djela iz članova 124. do 128. ne zastarjeva, a riječ je o krivičnim djelima ratnih zločina.

14 Prof.dr. Zvonimir Tomić, *Krivično pravo I,* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008, str.69
15 Prof.dr. Zvonimir Tomić, *Krivično pravo I,* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008, str.71
16 Grupa autora, *Nova Jugoslavija, Pregled državnopravnog razvitka,* Institut za historiju države i prava Pravnog fakulteta Zagreb, Zagreb, 1954, str. 307
17 Član 2. KZ FNRJ
18 Grupa autora, *Krivični zakonik, osmo izdanje,* Zbirka Saveznih propisa, Sl.list SFRJ, Beograd, 1965, str.202
19 Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1978, str.XVIII

Zaključak

Obaveza jedne države da pristupanjem nekom međunarodnom ugovoru ili konvenciji uskladi svoje zakonodavstvo po principu pacta sunt servanda je nesporna. Taj proces nije finalan i na zakonodavcu je da iznalazi najbolja rješenja i da ukoliko se ispostavi u praksi da postoje određene odredbe koje nisu dobro riješene da iste uskladi. Nekada će proizaći kroz odluke Ustavnih sudova da neke odredbe zakona uopće nisu u skladu sa Ustavom i da ih je potrebno mijenjati. Kao primjer može se navesti član 138. stav 1. ZKP BIH obligatorni pritvor po izricanju kazne zatvora od pet godina ili teže, a koji je Odlukom Ustavnog suda BiH proglašen protivan Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i sloboda[20].

Isto tako Krivični zakon BiH se više puta mjenjao od donošenja 2003.godine, pa je u kontekstu ratnih zločina posebno važna izmjena koja se tiče člana 180. gdje je izvršeno određeno prilagođavanje i upotrebljena nova terminologija[21].

Prema tome poznavanje izvornog teksta zakona bilo materijlanog bilo procesnog je korisno radi praćenja svih izmjena i kada se radi o krivičnom pravu, posebno po pitanju materijalnog prava onda je to pitanje važno i za primjenu blažeg zakona.

Pristupanjem i ratificiranjem pravila međunarodnog prava koja se odnose na suzbijanje i kažnjavanje zločina genocida i Ženevske konvencije tadašnja FNRJ je preuzela obavezu da kažnjiva ponašanja iz ovih međunarodnih dokumenata integriše u svoj krivičnopravni sistem.

Donošenjem Krivičnog zakonika iz 1951. godine koji po prvi put sadržava inkriminacije ratnih zločina započet je put koji Bosna i Hercegovina danas nastavlja u procesuiranju i gonjenju počinilaca ratnih zločina.

Iako je od prvog normiranja krivičnih djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava prošlo više od pola stoljeća, ova krivična djela se do danas nisu bitnije mjenjala. I iz tog razloga poznavanje historije nastanka inkriminacija ratnih zločina u domaćem pravu, a čiji je sljedbenik na jedan način i Bosna i Hercegovina predstavlja važnu notu za budući razvoj krivičnog prava iz oblasti međunarodnih krivičnih djela i ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti.

BIBLIOGRAFIJA

Zoran Stojanović, *Međunarodno krivično pravo,* IP Justinijan, Beograd, 2004,

Grupa autora, *Nova Jugoslavija, Pregled državnopravnog razvitka,* Institut za historiju države i prava Pravnog fakulteta Zagreb, Zagreb, 1954

prof.dr.Zvonimir Tomić, *Krivično pravo I¸* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.

Prof.dr.Tomić, Zvonimir, *Nirnberška presuda,* Editio Memoria Iuris, Sarajevo, 2001

V.Đ.Degan, *Međunarodno pravo I dio,* Pravni fakultet Sveučilištva u Rijeci, Rijeka, 2000,

Ahmed Mešić, završni rad: *Ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika u nacionalnom i međunarodnom pravu,* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012

N.Srzentić i dr., *Krivično pravo SFRJ,* Savremena administracija, Beograd, 1978.

Grupa autora, *Krivični zakonik, osmo izdanje,* Zbirka Saveznih propisa, Sl.list SFRJ, Beograd, 1965

Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1978,

Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida

Ženevske konvencije uz dodatne protokole

Ustav BiH

Krivični zakon BIH

Krivični zakon SFRJ

Krivični zakonik 1951

20 Odluke Ustavnog suda BiH broj AP-537/07 od 29.04.2009.godine i AP-498/11 od 15.07.2011.godine
21 Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BIH objavljen u Službenom glasniku BIH broj 08/10 dostupan na adresi : http://sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/ba/izmjene_krivicnog_zakona_08_10.pdf, dana 11.02.2013.godine

Nečovječno postupanje sa osvrtom na sudsku praksu žalbenog vijeća MKSJ

Pripremio Emir Bakić, stručni savjetnik Odsjeka za ratne zločine Kantonalnog tužilaštva TK

Krivično djelo

- Nečovječno postupanje-

Analiza ovog krivičnog djela obuhvata primjenjivo materijalno pravo, definiciju i težinu ovog, oblike radnji krivičnog djela , te stanovišta drugih međunarodnih sudskih tijela. Tokom analize ovog krivičnog djela „namjera" počinjenja ovog djela će biti prožeta kroz cjelokupno izlaganje ovog djela.

a) Materijalno pravo

U presudi pretresnog vijeća u predmetu Zejnil Delalić i dr. „Ćelebići" MKSJ je naveo sljedeće:

Kao i u slučaju mučenja, nema sumnje da je nečovječno postupanje zabranjeno shodno pravu koje se temelji na konvencijama i međunarodnom običajnom pravu. Isti međunarodni instrumenti o ljudskim pravima, kao i instrumenti UN-a koji sadrže zabrane protiv mučenja, takođe zabranjuju nečovječno postupanje. S obzirom na tu skoro univerzalnu osudu prakse nečovječnog postupanja, može se reći da je njegova zabrana norma međunarodnog običajnog prava. Međutim, za razliku od krivičnog djela mučenja, ni jedan od naprijed navedenih instrumenata nije pokušao da formuliše definiciju nečovječnog postupanja. Stoga je na ovom Pretresnom vijeću da utvrdi suštinsko značenje tog krivičnog djela.

Kao što je već rečeno u ovoj presudi, pojam humanog postupanja prožima sve četiri Ženevske konvencije i Dopunske protokole, a sadržan je i u Haškom pravilniku i dvjema Ženevskim konvencijama iz 1929.godine. Ključna odredba četvrte ženevske konvencije koja sadrži obavezu da se prema zaštićenim licima postupa humano sadržana je u članu 27, čija prva dva stava navode da: zaštićena lica imaju pravo, u svakoj prilici, na poštovanje svoje ličnosti, svoje časti, svojih porodičnih prava, svojih vjerskih ubjeđenja i obreda, svojih navika i svojih običaja. S njima će se, u svako doba, postupati humano i ona će naročito biti zaštićena od svakog nasilja ili zastrašivanja, od uvreda i radoznalosti javnosti. Žene će posebno biti zaštićene protiv svakog napada na njihovu čast, a naročito protiv silovanja, prisile na prostituciju **i protiv svakog nedoličnog nasrtaja.**

b) Definicija

Oksfordski rječnik engleskog jezika definiše postupanje kao nečovječno kada je ono "brutalno, lišeno uobičajenih ljudskih osobina dobrote, milosrđa, itd." Riječ "nehumano" se definiše jednostavno kao "ono što nije humano", a to pak znači "dobrostivo, saosjećajno, milosrdno". Slično tome, što se tiče francuske verzije, rječnik Le Nouveau Petit Robert definiše "*inhumain" kao "qui manque d' humanité", "barbare, cruel, dur, impitoyable, insensible".* Stoga je iz najosnovnijeg značenja pridjeva "nečovječan/nehuman" očigledno da se izraz "nečovječno postupanje" definiše pozivanjem na njegov antonim - čovječno postupanje".

Ovo je u skladu sa pristupom koji je zauzeo MKCK u svom Komentaru uz član 147 četvrte ženevske konvencije. Objašnjavajući ovaj izraz Komentar se poziva na član 27 iste Konvencije i navodi da "bi vrsta ponašanja obuhvaćena ovim članom, stoga, bilo ponašanje koje je prestalo da bude humano". To gledište takođe podržava Komentar člana 119 u kome se navodi "da taj stav... reafirimiše humanitarne ideje sadržane u članovima 27 i 32 i stoga naglašava potrebu da se ovi suštinski principi nikada ne izgube iz vida". Komentar u vezi sa nečovječnim postupanjem kao teškom povredom u skladu sa članom 51 Druge ženevske konvencije takođe definiše ovo krivično djelo pozivanjem na član 12 te Konvencije kojim je utvr|eno da se prema zaštićenim licima mora postupati čovječno. Shodno tome, Komentar uz član 51 navodi da bi "vrsta postupanja o kojoj je ovdje riječ stoga bila sve ono što je u suprotnosti s tim opštim pravilom".

Nakon što je identifikovalo osnovnu premisu da je nečovječno postupanje postupanje koje nije humano, i koje stoga predstavlja povredu fundamentalnog principa Ženevskih konvencija, Pretresno vijeće sada prelazi na detaljniju diskusiju o značenju izraza "nečovječno postupanje" i "humano postupanje". Mada su prethodno navedena značenja iz rječnika očigledno od značaja u ovom pogledu, da bi se utvrdila suština krivičnog djela nečovječnog postupanja, terminologija se mora staviti u kontekst relevantnih odredbi Ženevskih konvencija i Dopunskih protokola.

Ova terminologija se ponavlja u vezi sa članom 51 Druge ženevske konvencije u komentaru uz tu Konvenciju, i takođe u Komentaru koji se odnosi na član 130 Treće ženevske konvencije. Jedina je razlika da su riječi "mogu smatrati" u posljednoj rečenici napred navedenog citata u Komentaru uz Drugu i Treću ženevsku konvenciju zamijenjene riječima "trebaju smatrati". Ova razlika u terminologiji izgleda ukazuje na to da su sastavljači Komentara uz Drugu i Treću ženevsku konvenciju zauzeli energičniji stav po pitanju da li su radnje kojima se nanosi teška povreda ljudskog dostojanstva takođe obuhvaćene pojmom nečovječnog postupanja.

U odnosu na pojam „postupanja“ MKSJ u ovoj presudi ističe sljedeće:

Ovaj član predstavlja “osnovu Konvencije i proglašava principe na kojima se zasniva cjelokupno “ženevsko pravo”, naime “princip poštovanja ljudskog bića i neprikosnoven karakter osnovnih prava muškaraca i žena kao pojedinaca.” Komentar javno ističe fundamentalni značaj humanog postupanja time što kaže da je ono “istinski lajtmotiv četiri Ženevske konvencije”. Dalje navodi da se riječ “postupanje” ovdje mora razumjeti u najširem značenju i primjenljivo na sve aspekte ljudskog života. Cilj ove Konvencije je jednostavno da

definiše pravilan način postupanja prema ljudskom biću, koje i samo želi da s njim bude humano postupano, i koje stoga može takođe tako da postupa sa svojom ljudskom sabraćom.

U zaključku, Komentar karakteriše humano postupanje, i zabranu određenih postupaka koji su s njim nespojivi, kao opštu i apsolutnu po prirodi, važeću u svim okolnostima i u svako vrijeme.

U odnosu na pojam „teške“ MKSJ u ovoj presudi ističe sljedeće:

Član 13 Treće Ženevske konvencije takođe sadrži principe i zabrane iz članova 27 i 32 Četvrte Ženevske konvencije. Predviđa da se prema ratnim zarobljenicima mora u svako doba postupati humano. I tu se ovaj princip iskazuje pozivanjem na ponašanje koje je sa njim nespojivo. Nakon što iznosi opšti princip da će se prema svim zarobljenicima postupati humano, u članu se navodi da se protivzakonite radnje ili **propusti** koji prouzrokuju smrt ili ugrožavaju zdravlje ratnog zarobljenika smatraju teškim povredama. Naročito, nijedan ratni zarobljenik ne smije biti podvrgnut tjelesnom sakaćenju ili medicinskom ili naučnom opitu ma koje prirode on bio ako to nije opravdano ... isto tako, ratni zarobljenici se moraju u svako doba štititi, naročito od svakog akta nasilja ili zastrašivanja, od uvreda i radoznalosti javnosti.

Nadalje što se tiče definicije krivičnog djela nečovječnog postupanja MKSJ ističe:

Princip humanog postupanja je takođe iskazan u drugom, trećem i četvrtom stavu člana 12 Prve i Druge ženevske konvencije, koje se bave ranjenicima i bolesnicima na kopnu i moru. U Komentarima uz ove Konvencije ističe se da je cilj ovih stavova da razviju i definišu pojam humane njege i postupanja. Nakon što se iznosi opšta obaveza humanog postupanja, u članu 12 se predviđa da se ono mora primjenjivati bez diskriminacije, ***te se zabranjuju svi napadi na život ili nasilje prema licima, naročito ubistvo, istrebljenje, mučenje, biološki opiti, hotimično uskraćivanje medicinske pomoći ili njege, ili stvaranje uslova koji izlažu lica zarazi ili infekciji.*** **U Komentaru uz Prvu ženevsku konvenciju se predviđa da postupanje u ovom kontekstu treba razumjeti u njegovom najširem značenju i kao primjenljivo na sve aspekte ljudskog postojanja.**

U najkoherentnijoj formulaciji ovog pojma **Evropska komisija za ljudska prava** je opisala nečovječno postupanje kao ono koje “smišljeno nanosi tešku duševnu i tjelesnu patnju.” Kako se razmatra u *Yagiz v. Turkey, Vidi ECHR 16. maj 1995. Evropska komisija Yagiz v. Turkey, 22 EHRR 573, 1996.* Prvobitna definicija nečovječnog postupanja navedena *u predmetu Grčka* sadržavala je dodatni element, prema kojem je tražilac trebao dokazati da je u datoj situaciji postupanje za koje se tvrdi da predstavlja kršenje člana 3 bilo neopravdano. Međutim, sud je u stvari napustio taj pojam opravdanosti kad je kasnije riješio da su prava iz člana 3 apsolutna i neponištiva.

Na osnovu razlika **između mučenja i nečovječnog i degradirajućeg postupanja,** koje je nabrojao **Komitet za ljudska prava, Nowak** je zapazio da nečovječno postupanje mora uključivati “sve oblike nametanja teške patnje koji se ne mogu kvalifikovati kao mučenje zbog odsustva jednog od njegovih suštinskih elemenata.” Dalje, po njegovom mišljenju, nečovječno postupanje takođe obuhvata zlostavljanje koje ne dostiže **potreban nivo težine** da bi se kvalifikovalo kao mučenje.

Jasno je da su međunarodna sudska tijela koja su razmatrala primjenu ovog krivičnog djela nečovječnog/ nehumanog postupanja bila sklona **da ga definišu na relativan način.** Odnosno, **nečovječno postupanje** je postupanje kojim se smišljeno nanosi ozbiljna duševna i tjelesna patnja koja ne dostiže tešku duševnu i tjelesnu patnju potrebnu da bi se krivično djelo **kvalifikovalo kao mučenje. Dalje, cilj krivičnog djela ne mora biti zabranjen niti djelo počinjeno uz zvanično odobravanje kao što mora biti u slučaju mučenja.**

U konačnosti MKSJ je u ovom predmetu, u pogledu definicije krivičnog djlela zaključio:

Sve u svemu, Pretresno vijeće nalazi da je nečovječno postupanje namjerna radnja ili propust, tj. radnja koja je, **objektivno gledana, smišljena a ne slučajna,** koja nanosi tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu ili predstavlja ozbiljan nasrtaj na ljudsko dostojanstvo. Najobičnije značenje izraza nečovječno postupanje u kontektsu Ženevskih konvencija potvrđuje ovaj pristup i razjašnjava značenje krivičnog djela. Tako je nečovječno postupanje **namjerno** postupanje koje nije u skladu sa fundamentalnim principom čovječnosti, i sačinjava kišobran pod koji potpadaju preostala teška kršenja sadržana u Konvencijama. Zato, djela koja su u konvencijama i komentarima okarakterisana kao nečovječna ili koja su nespojiva sa principom čovječnosti predstavljaju primjere djela koja se mogu okarakterisati kao nečovječno postupanje.

U ovom okviru krivičnih djela bi sva djela za koja se utvrdi da predstavljaju mučenje ili hotimično nanošenje teške patnje ili ozbiljne povrede tijelu ili zdravlju takođe predstavljala nečovječno postupanje. Međutim, ova treća kategorija krivičnih djela nije ograničena na ona djela koja su već ugrađena u

druge dvije i proširuje se dalje na druga djela koja krše osnovni princip humanog postupanja, naročito poštovanje ljudskog dostojanstva. **U krajnoj liniji, pitanje da li je bilo koje konkretno djelo, koje ne potpada u kategorije osnovne grupe, nespojivo sa principom humanog postupanja i otuda predstavlja nečovječno/nehumano postupanje, činjenično je pitanje koje treba ocijeniti na osnovu svih okolnosti u konkretnom predmetu.**

U članu 75 Dopunskog protokola I i u članovima 4 i 7 Dopunskog protokola II takođe je podržan osnovni princip humanog postupanja. Doista, Komentar uz Dopunski protokol II, navodi da je **"pravo zaštićenih lica na poštovanje njihove časti, ubjeđenja i vjerskih obreda elemenat humanog postupanja", u vezi sa članom 27 Četvrte Ženevske konvencije.**

Također u presudi u predmetu Zlatko Aleksovski, analizirajući obrazloženje krivičnog djela nečovječnog postupanja u predmetu „Ćelebići" MKSJ navodi sljedeće:

Zajednički član 3 teži zabrani nečovječnog postupanja uopšte. Bilo bi korisno obratiti pažnju na sastavne elemente krivičnog djela koje je Međunarodni komitet Crvenog krsta (MKCK) predložio Pripremnoj komisiji za stalni međunarodni krivični sud kako bi joj pomogao **definisati osnovne elemente zločina iz stava 2(a) člana 8 Rimskog statuta Stalnog međunarodnog krivičnog suda,** čijim se pravnim odredbama sankcionišu teške povrede Ženevskih konvencija. Analizirajući rezultate temeljitih istraživanja "pravnih izvora", MKCK je zaključio da materijalni element krivičnog djela nečovječnog postupanja postoji ukoliko su djelo ili propust prouzročili teške fizičke ili **psihičke patnje, odnosno traumu žrtve,** odnosno ako predstavljaju **tešku povredu ličnog dostojanstva.** Što se tiče **elementa svijesti,** MKCK je zaključio da on postoji ukoliko je počinilac postupao sa namjerom.

Također u predmetu Zlatko Aleksovski pretresno vijeće MKSJ ističe:

U predmetu *Ćelebići,* Pretresno vijeće je zaključilo sljedeće: *"nečovječno je postupanje namjerna radnja ili propust, tj. radnja koja je,* ***objektivno gledana, smišljena a ne slučajna,*** *koja nanosi tešku duševnu ili* ***tjelesnu patnju*** *ili povredu ili predstavlja* ***ozbiljan nasrtaj na ljudsko dostojanstvo.*** *Najobičnije značenje izraza nečovječno postupanje u kontektsu Ženevskih konvencija potvrđuje ovaj pristup i razjašnjava značenje krivičnog djela. Tako je nečovječno postupanje namjerno postupanje koje nije u skladu sa fundamentalnim principom čovječnosti, i sačinjava kišobran pod koji potpadaju preostala teška kršenja sadržana u Konvencijama. Zato, djela koja su u konvencijama i komentarima okarakterisana kao nečovječna ili koja su nespojiva sa principom čovječnosti predstavljaju primjere djela koja se mogu okarakterisati kao nečovječno postupanje."*

c) Težina krivičnog djela, okolnosti koje sud mora uzeti u obzir prilikom ocjene težine krivičnog djela i razlike u odnosu na krivično djelo mučenja

Treća ženevska konvencija također sadrži još dvije odredbe koje podržavaju fundamentalni princip humanog postupanja. U članu 20 se predviđa da se ratni zarobljenici moraju evakuisati na human način, što uključuje obezbjeđivanje dovoljno hrane, pitke vode, odjeće i medicinske njege. U Komentaru uz Treću ženevsku konvenciju se potvrđuje **da se tjelesni i životni uslovi u kojima žive ratni zarobljenici i vojnici sile koja ih drži mogu razlikovati. Štaviše, "postupanje koje može biti podnošljivo za zarobljivače može prouzrokovati neopisive patnje njihovim zarobljenicima.** Moraju se uzeti u obzir različite navike u pogledu klime, hrane, udobnosti, odjeće, itd." Odlučujući faktor je humano postupanje; **ne smiju biti ugroženi život ili zdravlje i moraju se izbjeći velike tegobe i patnje.** Pored toga, u članu 46 Treće ženevske konvencije predviđene su slične **zaštitne mjere u vezi sa premještanjem ratnih zarobljenika.** Doista, u njemu se ide dalje od člana 20 time što se izričito navodi da se moraju uzeti u obzir klimatski uslovi na koje su ratni zarobljenici navikli. Shodno tome, zabrana nehumanog postupanja takođe obuhvata **životne uslove zaštićenih lica** i bila bi prekršena ukoliko nije pružena odgovarajuća hrana, voda, odjeća, medicinska njega i smještaj u svjetlu različitih navika i zdravlja zaštićenih lica.

Konačno, i vrlo značajno, princip humanog postupanja predstavlja suštinsku osnovu **zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija.** Ovim članom se zabranjuje ***niz radnji, uključujući nasilje nad životom i ličnošću, kao što su ubistvo, sakaćenje, surovo postupanje, mučenje i napadi na lično dostojanstvo, te ponižavajuće i degradirajuće postupanje.*** Komentar uz **Prvu ženevsku konvenciju,** u vezi sa zajedničkim članom 3, bavi se pitanjem definisanja pojma humanog postupanja, a time i nehumanog postupanja, kako slijedi:

Stoga bi bilo bespredmetno i čak i opasno pokušati nabrojati stvari kojima je potrebno opskrbiti ljudsko biće da bi normalno živjelo za razliku od životinje, ili detaljno propisati način na koji se prema njemu mora ponašati da bi se pokazalo da se s njim postupa "humano", tj. kao sa bližnjim a ne kao sa zvijeri ili predmetom. Pojedinosti takvog postupanja mogu, štaviše, varirati zavisno od okolnosti - naročito klime - i od onoga što je izvodljivo. S druge strane, manje je teško nabrojati stvari koje su nespojive sa humanim postupanjem. To je metod koji primjenjuje Konvencija kada propisuje četiri apsolutne zabrane. Nije ostavljena ni jedna moguća rupa u zakonu; ne može biti nikakvog izgovora, nikakvih olakšavajućih okolnosti.

U vezi sa nabrajanjem zabranjenog ponašanja, dalje se kaže:

sa koliko god pažnje da se sastavlja spisak svih različitih oblika zlostavljanja, nemoguće je predvidjeti šta mogu zamisliti budući mučitelji koji žele da ižive svoje životinjske instinkte; išto konkretniji i potpuniji spisak nastoji da bude, to postaje sve restriktivniji.

Upravo ovaj Komentar najbolje objašnjava **opšti pristup Ženevskih konvencija** pojmu humanog i nečovječnog postupanja. Kao što se naglašava sve vrijeme u ovoj presudi, humano postupanje je kamen temeljac sve četiri Konvencije, i definisano je u negativnom vidu u odnosu na opšti, ali ne i iscrpni spisak radnji koje su za osudu i koje su s njim nespojive, a koje predstavljaju nečovječno postupanje.

Nakon što je razmotrilo značenje nečovječnog postupanja u kontekstu Ženevskih konvencija, kao i u odnosu na kategoriju zločina protiv čovječnosti, **Pretresno vijeće sada prelazi na razmatranje tumačenja ove zabrane od strane drugih međunarodnih sudskih tijela.** Kao što je prethodno konstatovano, ***Evropski sud i Evropska komisija za ljudska prava*** razradili su značajan korpus pravne prakse koji se bavi različitim oblicima zlostavljanja zabranjenim prema članu 3 Evropske konvencije. U onoj mjeri u kojoj su ova tijela pravila razliku između različitih krivičnih djela zabranjenih prema članu 3 Evropske konvencije, to su činila u odnosu **na pomičnu skalu težine djela.** Primjenjujući ovaj pristup, Evropski sud je zaključio da se posebno žigosanje **mučenja** vezuje samo za smišljeno nečovječno postupanje koje prouzrokuje vrlo tešku i surovu patnju. Pretresno vijeće je već razmotrilo zaključak Evropskog suda u predmetu Sjeverna Irska, naime da ova **razlika između pojma mučenja i nečovječnog ili degradirajućeg postupanja** "prije svega potiže **iz razlike u intenzitetu nanijete patnje."**

Evropski sud je takođe koristio cilj radi kojeg je lice zlostavljano kako bi napravio razliku između **mučenja** i drugog nečovječnog ili degradirajućeg postupanja. Dva nedavna mišljenja Evropskog suda u kojima je utvrđeno da kršenja člana 3 predstavljaju mučenje prethodno su prodiskutovana, ali su relevantna i u ovom pogledu. *U predmetu Aydin protiv Turske,* Evropski sud je konstatovao da je patnja nanijeta tražiocu koja se svodi na mučenje, bila sračunata da omogući snagama bezbedjednosti da izvuku informacije.

Slično tome, u predmetu *Aksoy protiv Turske*, Evropski sud je konstatovao da je zlostavljanje za koje je utvrđeno da predstavlja mučenje "izgleda nanijeto u cilju dobijanja priznanja ili informacija od tražioca."

Na primjer, u Tyrer v. U.K., 1979-80, 2 EHRR 1, sud je za klasifikaciju krivičnog djela koje se tereti po čl. 3. koristio kliznu skalu na osnovu stepena jačine patnji nanesenih zlostavljanjem. Sud je ustanovio da dotično kažnjavanje nije "bilo ravno" mučenju, te da patnja nanesena tim kažnjavanjem nije bila dovoljno snažna da bi se podvela pod nečovječno postupanje iz člana. 3. Međutim, sud je priznao kršenje član 3 Evropske konvencije, budući da je kažnjavanje doseglo minimalni stepen jačine koji je potreban da bi se ono kategorizovalo kao ponižavajuće postupanje.

Na drugom kraju ljestvice, Evropski sud je zauzeo stanovište da, da bi zlostavljanje padalo u djelokrug zabrane sadržane u članu 3, ono mora postići minimum težine. **Ocjena ovog mininuma je relativna: zavisi od svih okolnosti predmeta, kao što su priroda i kontekst postupanja, njegovo trajanje, njegovi tjelesni i duševni efekti i, u nekim slučajevima, pol, starost i zdravstveno stanje žrtve.**

Također u predmetu Zlatko Aleksovski pretresno vijeće MKSJ ističe:

"Zajednički član 3 teži zabrani nečovječnog postupanja uopšte."

Takođe je korisno podsjetiti na uobičajenu definiciju izraza "nečovječno postupanje" koju je predložio Evropski sud za ljudska prava (ESLjP), jedini među organima nadležnim za kontrolu primjene sporazuma o ljudskim pravima koji je do danas definisao taj izraz: "…**čin zlostavljanja mora sadržavati minimalni stepen težine da bi potpao pod odredbe člana 3 (Evropska konvencija o ljudskim pravima)." Pojam "minimalnog stepena težine" je, po prirodi stvari, sasvim relativan i ovisi o svim okolnostima događaja, kao na primjer o trajanju zlostavljanja, njegovim fizičkim i psihičkim posljedicama, a ponekad i o spolu, dobi, zdravstvenom stanju žrtve, itd. U toj definiciji se predlaže da kriterijum za odlučivanje bude stepen patnje žrtve.**

d) Oblici radnji

Ova terminologija se ponavlja u vezi sa članom 51 Druge ženevske konvencije u komentaru uz tu Konvenciju, i takođe u Komentaru koji se odnosi na član 130 Treće ženevske konvencije. Jedina je razlika da su riječi "mogu smatrati" u posljednoj rečenici napred navedenog citata u Komentaru uz Drugu i Treću ženevsku konvenciju zamijenjene riječima "trebaju smatrati". Ova razlika u terminologiji izgleda ukazuje na to da su sastavljači Komentara uz Drugu i Treću ženevsku konvenciju zauzeli energičniji stav po pitanju da li su radnje kojima se nanosi teška povreda ljudskog dostojanstva takođe obuhvaćene pojmom nečovječnog postupanja.

Nakon proglašavanja opšteg principa humanog postupanja, član 27 Ženevske konvencije IV daje primjere radnji koje su s njim nespojive, kao što su **djela nasilja ili zastrašivanja "potaknuta ne vojnim potrebama ili legitimnom željom za bezbjednošću, već sistematskim prezirom prema ljudskim vrijednostima", uključujući vrijeđanje i izlaganje ljudi radoznalosti javnosti. Ovaj spisak dopunjen je članom 32 iste Konvencije,** kojim se zabranjuju sva djela kojima se prouzrokuje tjelesna patnja ili istrebljenje, uključujući ubistvo, mučenje, tjelesno kažnjavanje, sakaćenje, medicinske ili naučne opite koji nisu neophodni u okviru

medicinskog liječenja osobe u pitanju, i bilo koje druge brutalne mjere. Ovaj član nije iscrpan, on je što je moguće opštiji i samo daje primjere glavnih vrsta zvjerstava počinjenih tokom Drugog svjetskog rata.

Član 13 Treće ženevske konvencije takođe sadrži principe i zabrane iz članova 27 i 32 četvrte ženevske konvencije. Predviđa da se prema ratnim zarobljenicima mora u svako doba postupati humano. I tu se ovaj princip iskazuje pozivanjem na ponašanje koje je sa njim nespojivo. **Nakon što iznosi opšti princip da će se prema svim zarobljenicima postupati humano, u članu se navodi da se protivzakonite radnje ili propusti koji prouzrokuju smrt ili ugrožavaju zdravlje ratnog zarobljenika smatraju teškim povredama.** Naročito, nijedan ratni zarobljenik ne smije biti podvrgnut tjelesnom sakaćenju ili medicinskom ili naučnom opitu ma koje prirode on bio ako to nije opravdano, isto tako, **ratni zarobljenici** se moraju u svako doba **štititi,** naročito **od svakog akta nasilja ili zastrašivanja, od uvreda i radoznalosti javnosti.**

U Komentaru se dalje kaže da pojam humanog postupanja implicira, prije svega, odsustvo bilo kog oblika tjelesnog kažnjavanja, ali da ne sadrži samo ovaj negativni aspekt. Takođe uključuje koncept zaštite ratnog zarobljenika, što znači "uzeti ga u zaštitu, pružiti mu pomoć i podršku i takođe ga braniti ili čuvati od povrede ili opasnosti." Tako iz uslova humanog postupanja proističe pozitivna **obaveza zaštite, koja se "prostire na moralne vrijednosti, kao što su nezavisnost zarobljenika (zaštita od zastrašivanja) i njegova čast (zaštita od uvreda i radoznalosti javnosti)."**

U članu 18(k) Nacrta kodeksa KMP-a, nalazi se detaljniji spisak radnji koje mogu predstavljati zločine protiv čovječnosti Njime je takođe predviđeno da su "ostale nehumane radnje" postupci koji, zapravo, teško narušavaju tjelesni ili mentalni integritet žrtve, ili njeno zdravlje ili ljudsko dostojanstvo. KMP je takođe uvidjela da je nemoguće utvrditi iscrpan spisak nehumanih radnji koje bi mogle predstavljati zločine protiv čovječnosti.

U predmetu ***Tomasi protiv Francuske,*** gdje je **Evropski sud** donio izričit zaključak o nečovječnom postupanju koje predstavlja kršenje člana 3, žalilac je tvrdio da je u toku policijskog ispitivanja ***šamaran, šutiran nogama i udaran pesnicama, udaran po podlakticama, tjeran da dugo stoji bez oslonca, da su mu ruke bile lisicama vezane na leđima, da su ga pljuvali, tjerali da stoji nag ispred otvorenog prozora, da mu je uskraćivana hrana i da mu je prijećeno vatrenim oružjem.*** Evropski sud je zaključio **da su "veliki broj udaraca nanijetih g. Tomasiju i njihova jačina ... dva elementa** koja su dovoljno ozbiljna da takvo postupanje učine nečovječnim i degradirajućim."

U predmetu *Ribitsch protiv Austrije,* Evropski sud je utvrdio da je žalilac bio podvrgnut nečovječnom i degradirajućem postupanju, koje predstavlja kršenje **člana 3 Evropske konvecije o temeljnim ljudskim pravima i slobodama,** *time što je bio tučen dok se nalazio u policijskom pritvoru, i kada je njemu i njegovoj supruzi, koja je bila u pritvoru s njim, prijećeno i kada su vrijeđani.*

Evropski sud je otišao čak i dalje i zaključio da: ***U pogledu lica lišenog slobode, svako pribjegavanje fizičkoj sili koje njegovo sopstveno ponašanje nije učinilo nužno potrebnim, umanjuje ljudsko dostojanstvo i u principu predstavlja kršenje prava iznijetog u članu 3 Konvencije.***

Nešto skorije, isti je Evropski sud utvrdio da zlostavljanje predstavlja kršenje člana 3 u slučaju **kada je dječak star devet godina prilično snažno tučen više nego jednom prilikom vrtnom pritkom.** U najkoherentnijoj formulaciji ovog pojma, **Evropska komisija za ljudska prava** je opisala nečovječno postupanje kao ono koje je "smišljeno nanosi tešku duševnu i tjelesnu patnju."

U članu 7 MPGPP-a predviđeno je da: *"Niko ne smije biti podvrgnut mučenju niti surovom, nečovječnom ili degradirajućem postupanju ili kažnjavanju. Naročito, niko ne smije biti podvrgnut, bez sopstvenog slobodnog pristanka, medicinskim ili naučnim opitima."*

U nekoliko predmeta, **Komitet za ljudska prava** konkretno je utvrdio nečovječno postupanje koje predstavlja kršenje člana 7 MPGPP-a. U predmetu *Portorreal protiv Dominikanske Republike, žalilac je uhapšen i odveden u ćeliju veličine 20 x 5 metara, gde je držano oko 125 lica optuženih za različite zločine i gdje su, zbog nedostatka prostora, neki zatvorenici morali da sjede na izmetu. Žalilac nije dobio ni hrane ni vode do narednog dana i konačno je oslobođen poslije 50 sati u pritvoru.* Komitet je utvrdio da se radilo o nečovječnom i degradirajućem postupanju koje predstavlja kršenje člana 7 MPGPP-a.

U predmetu *Tshisekedi protiv Zaira,* Komitet je takođe utvrdio kršenje člana 7 koje predstavlja nečovječno postupanje *kada je žaliocu "uskraćena hrana i voda tokom četiri dana nakon hapšenja... i kada je zatim bio interniran pod neprihvatljivim sanitarnim uslovima."*

U predmetu *Bouton protiv Urugvaja,* Komitet je utvrdio *da prisiljavanje osobe da stoji sa povezom na očima i vezana 35 sati, pri čemu je morala slušati krike drugih zatočenika koje su mučili, prijetnje kaznama, i prisiljavanje da sjedi sa povezom na očima i nepomična na madracu više dana, predstavlja nečovječno postupanje.*

Žalbeno vijeće MKSJ u presudi u ovom predmetu navodi: u predmetu Ćelebici Pretresno vijeće je razmatralo pitanje mučenja silovanjem.

***Tako u predmetu Dragoljub Kunarac i dr.* u pogledu kumulativne osudujuće presude prema članu 3 Statuta u odnosu na "silovanje" – kada se može smatrati povredom ličnog dostojanstva, a kada**

mučenjem- *Žalbeno vijeće navodi:*

*Žalbeno vijeće smatra da je pozivanje na zajednički clan 3, kao i njegova primjena kroz član 3 Statuta, potpuno primjereno. Pretresno vijeće je pokušalo osnovu za optužbe u vezi sa silovanjem pronaći u zajedničkom članu 3 tako da ih je podvelo pod povrede ličnog dostojanstva. Iako se slaže da se za silovanje može teretiti na taj način, Žalbeno vijeće primjećuje da zasnovanost te optužbe na zajedničkom članu 3 nameće određena ograničenja u vezi sa kumulacijom osuda. **Ta ograničenja se sastoje u sljedećem: ako se za silovanje pokuša teretiti kao za povrede ličnog dostojanstva,** tada silovanje predstavlja tek dokaz za to da je do takve povrede doista i došlo - krivično djelo nije sâmo silovanje, nego povreda ličnog dostojanstva do koje je došlo silovanjem. Na osnovi toga **moglo bi se ustvrditi da je povreda ličnog dostojanstva materijalno sadržana u djelu mučenja, te da se stoga optuženog ne može proglasiti krivim istovremeno za dva krivicna djela.** No, kao što će se vidjeti u daljoj diskusiji, optužene se u ovom predmetu zapravo nije teretilo za silovanje kao povredu ličnog dostojanstva.*

Krivično djelo

- Surovo postupanje -

U odnosu na krivično djelo surovog postupanja MKSJ u predmetu Zejnil Delalić i dr. „Ćelebići“ navodi sljedeće:

Krivična djela koja se terete kao surovo postupanje u optužnici podvode se pod član 3 Statuta, bilo kao alternativa optužbama mučenja, bilo kao dodatak optužbi hotimičnog nanošenja teške patnje ili ozbiljne povrede ili nečovječnog postupanja u skladu sa članom 2 Statuta.

(i) Argumenti strana

Tužilaštvo zastupa tezu da surovo postupanje ima iste elemente kao krivično djelo nečovječnog postupanja i obuhvata situacije u kojima optuženi zlostavlja žrtvu i podvrgava žrtvu duševnom ili tjelesnom bolu ili patnji, **a da pri tome ne ide ni za jednim ciljem koji je u osnovi krivičnog djela mučenja.** U svom odgovoru na Zahtjev za odbacivanje optužbi, Tužilaštvo se poziva na diskusiju u Presudi u predmetu *Tadić* o značenju “surovog postupanja” u prilog ovoj tvrdnji. U tom predmetu, Pretresno vijeće II je smatralo da zabrana surovog postupanja predstavlja sredstvo za ostvarivanje cilja, naime da se “obezbijedi da se sa licima koja ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima u svim okolnostima čovječno postupa”. Presuda se dalje poziva na član 4 Dopunskog protokola II, gdje se zabrana odnosi na “nasilje nad životom, zdravljem i tjelesnim i duševnim dobrobiti osoba, naročito ubistvo, kao i surovo postupanje kao što je mučenje, sakaćenje ili bilo koji oblik tjelesnog kažnjavanja.”

Odbrana nije imala konkretne podneske u vezi sa definicijom krivičnog djela surovog postupanja. Međutim, u svojoj diskusiji o ”teškoj patnji ili ozbiljnoj povredi” u Zahtjevu za odbacivanje optužbi, odbrana je konstatovala da su “sastavljači zajedničkog člana 3 definicije zabranjenih djela namjerno ostavili slabo definisanim”.

(ii) Diskusija pretresnog vijeća

Osnova za uključivanje surovog postupanja u član 3 Statuta je njegova zabrana u zajedničkom članu 3 (1) Ženevskih konvencija koji zabranjuje “nasilje nad životom i tijelom, naročito ubistvo svih vrsta, sakaćenje, surovo postupanje i mučenje”. Pored zabrane u zajedničkom članu 3, surovo postupanje ili surovost zabranjeni su članom 87 Treće ženevske konvencije, koja se bavi kaznama za ratne zarobljenike, i članom 4 Dopunskog protokola II, koji predviđa zabranu sljedećih vrsta ponašanja: nasilje nad životom, zdravljem i tjelesnom ili duševnom dobrobiti osoba, naročito ubistvo, kao i surovo postupanje kao što je mučenje, sakaćenje ili bilo koji oblik tjelesnog kažnjavanja.

Kao i u slučaju krivičnog djela nečovječnog postupanja, nijedan međunarodni instrument ne definiše ovo krivično djelo iako je izričito zabranjeno članom 5 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, članom 7 MPGPP-a, članom 5, stav 2 Inter-američke konvencije o ljudskim pravima i članom 5 Afričke povelje o ljudskim pravima i pravima naroda. U svakom od ovih instrumenata se pominje u istoj kategoriji krivičnog djela kao nečovječno postupanje.

U Presudi u predmetu Tadić, Pretresno vijeće II iznijelo je svoje gledište o značenju ovog krivičnog djela navodeći da u skladu sa zajedničkim članom 3 “zabrana surovog postupanja predstavlja sredstvo za ostvarivanje cilja, pri čemu je cilj da se obezbijedi da se prema licima koja ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima u svim okolnostima čovječno postupa.” Dakle, to Pretresno vijeće je potvrdilo da je surovo postupanje postupanje koje je nečovječno.

Gledano u kontekstu zajedničkog člana 3, člana 4 Dopunskog protokola II, različitih instrumenata o ljudskim pravima koji su prethodno pomenuti, i najobičnijeg značenja ovog termina, Pretresno vijeće smatra da je surovo postupanje postupanje koje nanosi ozbiljnu duševnu i tjelesnu patnju ili predstavlja ozbiljan nasrtaj na ljudsko dostojanstvo, što je ekvivalentno krivičnom djelu nečovječnog postupanja, u okviru odredaba o teškim povredama Ženevskih konvencija.

(iii) Zaključak pretresnog vijeća – Definicija krivičnog djela

U svjetlu prethodnog, Pretresno vijeće nalazi da surovo postupanje predstavlja namjernu radnju ili propust,

odnosno radnju koja je, objektivno prosuđena, smišljena a ne slučajna, koja nanosi tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu ili predstavlja ozbiljan nasrtaj na ljudsko dostojanstvo. Kao takvo ima isto značenje i stoga vrši istu funkciju tj. uključuje sve ostale nespecificirane elemente, za potrebe zajedničkog člana 3 Statuta, kao što ima nečovječno postupanje u odnosu na teške povrede Ženevskih konvencija. Shodno tome, krivično djelo mučenja u skladu sa zajedničkim članom 3 Ženevskih konvencija je takođe uključeno u pojam surovog postupanja. Postupanje koje ne ispunjava uslov ciljnosti potreban za krivično djelo mučenja u zajedničkom članu 3, predstavlja surovo postupanje.

Krivično djelo

- Namjerno nanošenje teških patnji ili ozbiljnih povreda tijela i zdravlja -

Kako bi se što bolje shvatila problematika utvrđivanja definicije i težine povreda i patnje, te moglo razgraničiti jedno krivično djelo od drugoga bit će korišteni i primjeri iz drugih predmeta koji su pokrenuti pred tribunalom, te će se navesti i primjeri iz sudske prakse na koja se pozivao MJKS prilikom obrazlaganja svojih presuda.

U presudi pretresnog vijeća MKSJ u predmetu Zejnil Delalić i dr. „Ćelebići“ u pogledu definicije, težine i nehumanih uslova u zatvoru ili logoru u odnosu na krivično djelo – Namjernog nanošenja teških patnji ili ozbiljnih povreda tijela i zdravlja Pretresno vijeće istile sljedeće:

Krivično djelo hotimičnog nanošenja teških patnji ili ozbiljnih povreda tijela ili zdravlja je izričito zabranjeno kao teška povreda u svakoj od četiri Ženevske konvencije. Međutim, kako bi se ovoj zabrani dalo značenje neophodno je analizirati okolnosti u kojima konkretne radnje mogu da predstavljaju nanošenje takvih patnji ili ozbiljnih povreda. Baš ovo pitanje je predmet spora između strana u ovom predmetu.

Definicija krivičnog djela

Član 2(c) Statuta navodi krivično djelo hotimičnog nanošenja teških patnji ili ozbiljnih povreda tijela ili zdravlja kao tešku povredu Ženevskih konvencija. Ova terminologija se koristi, na isti način u svakoj od četiri Ženevske konvencije. Struktura izraza “hotimično nanošenje teških patnji ili ozbiljnih povreda tijela ili zdravlja” ukazuje na to da je ovo jedno krivično djelo, čiji su elementi alternativno formulisani i na prvi pogled vidljivi.

Komentar uz četvrtu Ženevsku konvenciju, koji je u ovom pogledu identičan komentarima uz Drugu i Treću ženevsku konvenciju, daje niz korisnih zapažanja o značenju izraza “hotimično nanošenje teških patnji ili ozbiljnih povreda tijela ili zdravlja”.

Hotimično nanošenje teških patnji – Ovo se odnosi na patnje nanijete imajući u vidu ciljeve zbog kojih se mučenje ili biološki opiti vrše. Ona bi stoga bila nanijeta kao kazna, ***radi osvete ili iz nekog drugog motiva, možda čistog sadizma.*** Imajući u vidu činjenicu da se ne čini da patnja u ovom slučaju, sudeći po izrazu koji slijedi, podrazumijeva povredu tijela ili zdravlja, može se postaviti pitanje nije li ovo posebno krivično djelo koje nije regulisano nacionalnim zakonom. Pošto **Konvencije** ne preciziraju da se misli samo na tjelesnu patnju, može se sasvim opravdano smatrati da ona **uključuje i *moralnu patnju.***

Ozbiljna povreda tijela ili zdravlja – Ovo je pojam koji se sasvim uobičajeno sreće u kaznenim zakonima, koji obično primjenjuju **kao kriterijum težine dužinu vremena onesposobljenosti žrtve za rad.**

Tako, Komentar prvo **razgraničava ovo krivično djelo od krivičnog djela mučenja,** na osnovu toga što uslov zabranjenog cilja da bi jedno djelo predstavljalo ovo potonje nije obavezan za ono prvo. Iako je Pretresno vijeće saglasno s ovom osnovnom razlikom, postojanje zabranjenog cilja kažnjavanja može da **podigne** nanošenje teških **patnji ili ozbiljne povrede na nivo mučenja** kako je prethodno definisano.

Također, u presudi pretresnog vijeća u predmetu Tihomil Blaškić, pozivajući se na stav pretresnog vijeća u predmetu „Ćelebići“ ističe:

Ovu povredu čini **namjerno djelo ili propust** koji se sastoji u nanošenju teških patnji, teških tjelesnih ozljeda ili ***narušavanja zdravlja, uključujući i duševno zdravlje.*** U tu kategoriju povreda spadaju krivična djela koja ne ispunjavaju uslove na osnovu kojih bi mogla biti kvalificirana kao **mučenje,** premda bi se postojeća definicija isto tako mogla primijeniti na djela mučenja. Analiza izraza “hotimično nanošenje teške patnje ili teške povrede tjelesnog integriteta **ili zdravlja**” ukazuje na to da se radi o jednoj povredi, čiji su elementi alternativno formulirani.

b) Težina krivičnog djela (i okolnosti koje sud mora uzeti u obzir prilikom ocjene težine krivičnog djela i pravne kvalifikacije)

Komentar ukazuje na to da “nanošenje teške patnje” obuhvata **više od puke tjelesne patnje, i uključuje *moralnu patnju.*** Ovo gledište potkrepljuje se osnovnim, običnim značenjem riječi “hotimično nanošenje teške patnje” koje nisu bliže određene riječima “tijela ili zdravlja”, kao što je slučaj kod “nanošenja povreda”. Tako, nanijeta patnja može da bude duševna ili tjelesna.

Komentar postavlja mogući kriterij za prosuđivanje ozbiljnosti povrede, a to je ***nesposobnost za rad.*** Dok ovo u određenim situacijama zaista može biti slučaj, prilikom utvrđivanja značenja **termina “ozbiljan”** u odustvu drugog referentnog materijala, Pretresno vijeće mora da se osloni na osnovno uobičajeno značenje te riječi. Oxfordski rječnik engleskog jezika definiše ovu riječ kao **“koje nije neznatno ili zanemarljivo”.** Slično tome

izraz "teške" /great/ se definiše **kao "znatno iznad prosjeka po veličini, količini ili jačini".** Pretresno vijeće stoga smatra da ovi kvantitativni izrazi obezbjeđuju osnovni uslov da konkretno djelo zlostavljanja ima za rezultat potrebni stepen ozbiljne patnje ili povrede.

U vezi tjelesne ili duševne povrede interesantno je pomenuti i stav MKSJ predmet Radislav Krstić (Genocid) u kojem se navodi sljedeće:

Na **tumačenje teške tjelesne ili duševne povrede** iz člana 4 Statuta, može uticati interpretacija Međunarodnog suda u vezi sa krivičnim djelom „hotimičnog nanošenja velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja" iz člana 2 Statuta.

U presudi u predmetu *Kayishema i Ruzindana* **teška tjelesna povreda** definiše se kao "povreda koja **ozbiljno oštećuje** zdravlje, **uzrokom je narušenosti ili bilo kakvoj ozbiljnoj ozljedi vanjskih, odnosno unutarnjih organa ili osjetila".** U istoj presudi iznosi se stav da se **teška duševna povreda mora "tumačiti od slučaja do slučaja u svjetlu relevantne sudske prakse".** Čini se da se pominjanje duševne povrede, u kontekstu Konvencije o genocidu, isprva odnosilo samo na ubrizgavanje farmakoloških supstancija koje **izazivaju *teška oštećenja*** mentalnih ***sposobnosti.*** Sjedinjene Države podupirale su takvu restriktivnu interpretaciju, navodeći u svojoj izjavi o interpretaciji, koja se nalazi u prilogu njihovog akta o pristupanju, da, po njihovom mišljenju, **"duševna povreda"** označava **permanentno oštećenje mentalnih sposobnosti,** do kojeg je došlo **uslijed** narkotika, **mučenja ili tome sličnih tehnika.** Osim toga, *Pripremna komisija za osnivanje stalnog Međunarodnog krivičnog suda* ističe da se pod **"duševnom povredom"** podrazumijeva **nešto više od tek manjeg ili privremenog oštećenja mentalnih sposobnosti". Valja stoga razlikovati tešku duševnu povredu od nasrtaja na emocionalni i psihološki integritet ili dostojanstvo osobe koji ne uzrokuje trajni poremećaj. Međutim, u Presudi u predmetu *Akayesu* se naglašava da "nanošenje teške tjelesne ili duševne povrede …ne znači nužno da je povreda trajna i neizlječiva".**

Nadalje se u navedenoj presudi navodi:

Pretresno vijeće zaključuje da **teška tjelesna ili duševna povreda kao *actus reus*** u smislu člana 4 jeste **namjerno djelo ili propust** kojim se nanosi teška tjelesna ili duševna patnja. **Težina patnje mora se procjenjivati od slučaja do slučaja, i to na osnovu konkretnih (objektivnih) okolnosti.** U kladu sa presudom u predmetu *Akayesu*, Pretresno vijeće smatra da teška povreda **ne mora biti uzrokom trajne i neizlječive povrede**, no mora uključivati **povredu** koja je **teža od privremene ojađenosti, nelagode ili poniženja.** Mora se raditi o povredi čija je posljedica dugotrajno i teško oštećenje sposobnosti osobe da vodi normalan i konstruktivan život. Prihvativši gore iznesenu sudsku praksu, Vijeće smatra da su ***nečovječno postupanje, mučenje, silovanje, seksualno zlostavljanje i deportacije*** među djelima koja mogu prouzročiti tešku tjelesnu ili duševnu povredu.

d) Nehumani uslovi u zatvoru ili logoru

Tačke 46 i 47 optužnice navode postojanje nehumanih uslova u zatvoru/logoru *Ćelebići* i oni se terete kao hotimično nanošenje teške patnje, prema članu 2(c), i surovo postupanje, prema članu 3 Statuta. Mada **u međunarodnom humanitarnom ne postoji krivično djelo "nehumani uslovi" priznato kao takvo,** potrebno je utvrditi da li se može smatrati da je ovaj pojam uključen u krivična djela hotimičnog nanošenja teške patnje ili ozbiljne povrede tijela ili zdravlja ili surovog postupanja.

U svom odgovoru na Zahtjev za odbacivanje optužbi, Tužilaštvo se bavi pitanjem nehumanih uslova. Ono odbacuje argument odbrane da, ukoliko su uslovi u objektu za zatočavanje neadekvatni ali su ipak najbolje što se može obezbijediti pod datim okolnostima u određeno vrijeme, ti uslovi nisu nehumani. U prilog svom stavu Tužilaštvo tvrdi, da sa stanovišta prava, organu koji zatvara osobe nije dozvoljeno ***da izgladnjuje ili na drugi način drži zatvorenike pod očigledno nehumanim uslovima i uslovima koji im ugrožavaju život.***

Izraz "nehumani uslovi" je činjenični opis koji se odnosi na prirodu opšteg okruženja u kojem se zatočene osobe drže i postupanja kojem su izložene. Shodno tome, Pretresno vijeće je obavezno da primijeni pravne standarde koji su utvrđeni za krivična djela hotimičnog nanošenja teške patnje ili ozbiljne povrede tijelu ili zdravlju i surovog postupanja na ovu činjeničnu kategoriju.

Ovi pravni standardi su apsolutni a ne relativni. Stoga, kada se razmatraju činjenični navodi o nehumanim uslovima u pogledu ovih krivičnih djela, ne treba se pozivati na uslove koji su vladali u području zatočavanja da bi se utvrdilo kakav je trebao biti standard postupanja. Pravni standard u svakom krivičnom djelu zlostavljanja koje je prethodno prodiskutovano, opisuje minimalne standarde postupanja koji su takođe primjenljivi na uslove zatočenja. U toku oružanog sukoba, lica ne treba da budu zatvorena u uslovima gdje se ovi minimalni standardi ne mogu ispuniti i održavati.

S obzirom da, u kontekstu člana 3 Statuta, surovo postupanje ima isto značenje kao nečovječno postupanje u kontekstu člana 2, ovaj navod nehumanih uslova se ispravno tereti kao surovo postupanje. Međutim, u svjetlu prethodne diskusije o ovim krivičnim djelima, Pretresno vijeće smatra da, mada je moguće **podvesti nehumane uslove** u okvire krivičnog djela hotimičnog nanošenja teške patnjeili ozbiljne povrede tijela ili zdravlja u skladu sa članom 2, mnogo je prikladnije uključiti ga **u okvir krivičnog djela nečovječnog postupanja.**

U predmetu Aleksovski u presudi Žalbenog vijeća navodi se i sljedeće: *u* prilog tačci optužnice koja se zasniva na članu 2(c) Statuta (namjerno nanošenje teške patnje ili ozbiljnih zdravstvenih i tjelesnih povreda) ***tužilac navodi*** *ne samo zlostavljanje kojem su zatočenici bili izvrgnuti u samom logoru Kaonik, nego i patnje, te zdravstvene i tjelesne povrede do kojih je došlo uslijed zlostavljanja ili opasnih uslova u kojima su zatvorenici morali kopati rovove.*

Što se, pak, tiče povreda ličnog dostojanstva predviđenih članom 3(c), koji je zajednički svim Ženevskim konvencijama, tužilac navodi protivzakonito zatočenje, prisilni rad u rovovima, korišćenje zatočenika kao živi štit, te uopšte upućuje na elemente povreda iz člana 2 Statuta. Činjenice koje je tužilac iznio u prilog tri tačke optužnice upućuju tako na događaje koji su se odigrali kako u logoru Kaonik, tako i van njega."

(iii) Zaključak

Pretresno vijeće stoga zaključuje da krivično djelo hotimičnog nanošenja teške patnje ili ozbiljnih povreda tijela ili zdravlja, predstavlja **radnju ili propust koji su namjerni,** naime djelo koje je, **objektivno prosuđeno, smišljeno i nije slučajno,** kojim se nanose ozbiljna duševna ili tjelesna patnja ili povreda. Ono obuhvata i one radnje koje ne ispunjavaju uslov ciljnosti za **krivično djelo mučenja,** iako bi očito sve radnje koje čine mučenje mogle takođe da potpadnu pod okvire ovog krivičnog djela.

Krivično djelo

- Povreda ličnog dostojanstva -

U presudi pretresnog vijeća u predmetu Zlatko Aleksovski MKSJ je istakao sljedeće:

a) Materijalno pravo

U presudi pretresnog vijeća u predmetu Zlatko Aleksovski MKSJ je istakao sljedeće:

Povrede ličnog dostojanstva, definisane članom 3 Statuta, spadaju u kategoriju onih naročito užasnih radnji koje prouzrokuju patnje gore od patnji prouzročenih većinom radnji koje su zabranjene u okviru kategorije nečovječnog postupanja. Neosporno je da zabrana radnji koje predstavljaju povredu ličnog dostojanstva doprinosi poštivanju jedne važne vrijednosti. Doista, teško je zamisliti veću vrijednost od poštivanja ljudske osobe. Može se reći da čitavo zdanje međunarodnog prava vezanog za ljudska prava kao i razvoj međunarodnog humanitarnog prava, počiva na tom temeljnom principu. Zaštita pojedinca od nečovječnog postupanja svakako je jedan od ključnih principa iz člana 5 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948.princip takođe zagarantovan zabranama u drugim regionalnim i međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima. Pomenuti principi doveli su do jednoglasnog usvajanja Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni ili postupaka, od strane Generalne skupštine dana 10. decembra 1984. Osim toga, ustavi i zakoni većine zemalja sadrže odredbe čiji je cilj zaštita pojedinaca od mučenja i drugih okrutnih ili nečovječnih postupaka.

b) Definicija (elementi) krivičnog djela

U presudi pretresnog vijeća u predmetu Zlatko Aleksovski MKSJ je istakao sljedeće:

„Kako bi definisalo konstitutivne elemente povrede ličnog dostojanstva u smislu člana 3 Statuta, Pretresno vijeće mora da ispita one radnje koje tvore njen ***actus reus (sâmo djelo ili propust) i stepen mens rea-e (potrebne namjere).*** *Četiri Ženevske konvencije se ne bave tim pitanjem, međutim Komentari su nešto korisniji, pošto se u njima određuje* ***da se povrede ličnog dostojanstva "odnose na one radnje čiji je cilj ponižavanje i izvrgavanje ruglu osoba, a da se pri tom ne naruši direktno njihov fizički i duševni integritet i dobrobit.***

Povreda ličnog dostojanstva je čin motivisan prezirom prema dostojanstvu druge osobe. Stoga, takav čin mora biti krajnje ponižavajući i degradirajući za žrtvu. On ne mora nužno direktno ugroziti fizičku ili duševnu dobrobit žrtve, dovoljno je da žrtvi nanese stvarnu i trajnu patnju koja potiče iz ponižavanja ili izvrgavanja ruglu."

U presudi pretresnog vijeća u predmetu Dragoljub Kunarac i dr. MKSJ je istakao sljedeće:

Kako je u tekstu već navedeno, tužilac je optužbe vezane za povrede ličnog dostojanstva zasnovao na članu 3 Statuta, koji se temelji na zajedničkom članu 3 Ženevskih konvencija iz 1949. Sudska praksa Međunarodnog suda jasno je utvrdila da član 3 Statuta dozvoljava krivično gonjenje za krivična djela koja potpadaju pod zajednički član 3 Ženevskih konvencija iz 1949.godine konkretno krivično djelo povreda ličnog dostojanstva **navodi se u zajedničkom članu 3(1)(c)** koji zabranjuje "povrede ličnog dostojanstva, osobito uvredljive i ponižavajuće postupke". To krivično djelo povreda ličnog dostojanstva prepoznato je i na objema instancama ovog Suda kao krivično djelo za koje počinilac može biti krivično gonjen, shodno članu 3 Statuta.

Žalbeno vijeće još nije donijelo definitivnu konstataciju o tome što su **precizni elementi krivičnog djela** povreda ličnog dostojanstva. U predmetu *Aleksovski,* u kojem je optuženi bio optužen i osuđen za povrede ličnog dostojanstva prema članu 3 Statuta, u presudi Pretresnog vijeća razmatra se **definicija ovog krivičnog djela.** U žalbenom postupku Žalbeno vijeće nije bilo pozvano da definira ili uopšteno razmatra definiciju Pretresnog vijeća o elementima ovog krivičnog djela. Konkretna pitanja koja je Žalbeno vijeće razmatralo u tom predmetu bile su tvrdnje žalioca da djela na kojima se zasnivaju optužbe nisu bila **dovoljno ozbiljna** i da

se za dokazivanje tog zločina mora ustanoviti da je počinilac imao **diskriminatornu namjeru.** Baveći se tim pitanjima, Žalbeno vijeće je zaista iznijelo niz zapažanja koja su relevantna za svrhe ovog razmatranja, a koja se spominju dalje u tekstu.

U predmetu *Aleksovski* Pretresno vijeće je razmatralo elemente povrede ličnog dostojanstva, ali nije nastojalo iscrpno definirati ovo krivično djelo. Vijeće je kao prvo primijetilo *da je svrha paragrafa (1) zajedničkog člana 3 očuvanje ljudskog dostojanstva, inherentnog svim osobama. Pretresno vijeće je takođe navelo da se zajedničkim članom 3 teži zabrani necovječnog postupanja uopšte i da "…povrede ličnog dostojanstva, definirane članom 3 Statuta, spadaju u kategoriju onih naročito užasnih radnji koje prouzrokuju patnje gore od patnji prouzročenih većinom radnji koje su zabranjene u okviru kategorije nečovječnog postupanja."*

Razmatrajući *actus reus* ovog krivičnog djela Pretresno vijeće je primijetilo sljedeće:

Povreda ličnog dostojanstva je čin motivisan prezirom prema dostojanstvu druge osobe. Stoga, takav čin mora biti krajnje ponižavajući i degradirajući za žrtvu. On ne mora nužno direktno ugroziti fizičku ili duševnu dobrobit žrtve, dovoljno je da žrtvi nanese stvarnu i trajnu patnju koja potice iz ponižavanja ili izvrgavanja ruglu.

Kako primjećuju Žalbeno i Pretresno vijeće u predmetu *Aleksovski*, zabrana krivičnog djela povreda ličnog dostojanstva spada u kategoriju šire zabrane nečovječnog postupanja iz zajedničkog člana 3.

S obzirom na gorenavedena razmatranja, Pretresno vijeće pod povredom ličnog dostojanstva podrazumijeva svako djelo ili propust koji, uopšteno govoreći, imaju za posljedicu ozbiljno poniženje, degradaciju ili neki drugi ozbiljan **napad na ljudsko dostojanstvo.**

Po mišljenju Pretresnog vijeća, da bi se neko djelo okarakteriziralo kao krivično djelo povreda ličnog dostojanstva, moraju postojati sljedeći uslovi:

(i) da je optuženi **namjerno** počinio ili učestvovao u djelu ili propustu za koje se, uopšteno govoreći, može smatrati da imaju za posljedicu ozbiljno poniženje, degradaciju ili da predstavljaju neki drugi ozbiljan napad na ljudsko dostojanstvo, i

(ii) da je bio svjestan toga da djelo ili propust **mogu** imati takve posljedice.

Interesantno je pogledati kako je Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu Aleksovski raspravilo prigovor odbrane koja je tvrdila:

1. da optužba nije van razumne sumnje dokazala element *actus reus*povrede ličnog dostojanstva iz člana 3 Statuta i 2. da je Pretresno vijeće, usprkos nepostojanju dokaza u pogledu toga, nepravilno osudilo žalioca po tački optužnice.

Naime odbrana je smatrala da se greška ogleda u tome što se Pretresno vijeće se za *utvrđivanje objektivnog elementa navodnog zločina,* to jest, da je došlo do teške tjelesne ozljede ili duševne patnje, *oslanjalo isključivo na izrazito subjektivne iskaze svjedoka, u nedostatku objektivne medicinske dokumentacije ili znanstveno objektivne ocjene stručnjaka.* Pretresno vijeće je, na primjer, odbacilo svjedočenje Hamde Dautovića, usprkos činjenici da je taj svjedok govorio o ponavljanom nasilju tokom njegovog čitavog boravka u zatvoru Kaonik. Prema odbrani optuženog Pretresno vijeće bilo je, dakle, svjesno nepouzdanosti i subjektivnosti takvih svjedočenja, ali nije to uzelo u obzir pri ocjenjivanju iskaza drugih svjedoka. To je štetilo žaliocu te je predstavljalo povredu standarda dokazivanja "van svake razumne sumnje".

Žalbeno vijeće MKSJ u pogledu navedenih prigovora odbrane zauzelo je sljedeći stav:

Niti Statut niti Pravilnik ne obavezuju Pretresno vijeće da traži medicinske izvještaje ili druge znanstvene dokaze kako bi se dokazala neka materijalna činjenica. Slično tome, svjedočenje samo jednog svjedoka o materijalnoj činjenici, pravno gledano, ne zahtijeva potkrepljivanje. Jedino pravilo koje se izravno odnosi na to pitanje jeste pravilo 89. Konkretno, u potpravilu 89(C) se kaže da vijeće "može prihvatiti bilo koji relevantni dokaz za koji smatra da ima dokaznu vrijednost", a potpravilo 89(D) određuje da vijeće "može izuzeti dokaz ako potreba da se osigura pravično suđenje uvelike nadmašuje njegovu dokaznu vrijednost".

Pretresno vijeće je najpozvanije da sasluša, ocijeni i odvagne dokaze, uključujući i iskaze svjedoka, prezentirane na suđenju. Da li će se vijeće osloniti na iskaz jednog svjedoka kao dokaz materijalne činjenice ovisiće o raznim faktorima koje valja ocijeniti prema prilikama u svakom pojedinačnom predmetu. Slično tome, na Pretresnom vijeću je da razmotri da li je svjedok pouzdan i da li je prezentirani dokazni materijal vjerodostojan. Žalbeno vijeće mora se, dakle, u određenom mjeri povinovati ocjeni dokaznog materijala prezentiranog na suđenju koju je dalo Pretresno vijeće. Žalbeno vijeće može pobiti činjenični zaključak Pretresnog vijeća samo onda kad se na prezentirani dokazni materijal ne bi oslonio nijedan razuman sud ili kad je ocjena dokaza potpuno pogrešna. Žalbeno vijeće smatra da žalilac nije uspio pokazati da je Pretresno vijeće pogriješilo u svojoj ocjeni dokaza.

U ovom predmetu nije pokazano da je oslanjanje Pretresnog vijeća na iskaze svjedoka bez medicinskih izvještaja ili drugih znanstvenih dokaza kao potvrde patnji kojima su bili izloženi svjedoci pogrešno u pravnom smislu ili nerazumno. Slično tome, premda Žalbenom vijeću nisu predočeni nikakvi posebni razlozi zašto je

Pretresno vijeće trebalo odbaciti svjedočenja više svjedoka, ono smatra da Pretresno vijeće nije pogriješilo u primjeni svog diskrecionog prava pri ocjeni iskaza raznih svjedoka. Pretresno vijeće prihvatilo je takva svjedočenja kao dovoljna i vjerodostojna, što je i imalo pravo da učini. Pretresno vijeće je, dakle, u odnosi na ovu osnovu žalbe, pravilno primijenilo standard dokazivanja van razumne sumnje.

Ova osnova žalbe se ne prihvaća.

Također,u ovom predmetu odbrana je iznijela i sljedeći prigovor:

da se Žalbeno vijeće ne bi trebalo osloniti na Presudu u predmetu Tadić jer ona još nije bila donijeta kad je izrečena Presuda u predmetu Aleksovski.

Žalbeno vijeće je u pogledu ovog prigovora zauzelo sljedeći stav:

Ovaj argument se zasniva na pogrešnom prosuđivanju. Žalbeno vijeće želi pojasniti da kada tumači član 2 Statuta ono samo ukazuje na to kakvo je i odranije bilo pravilno tumačenje te odredbe, premda prije nije bilo izraženo na taj način.

Pravni zastupnik žalioca iznio je jednu općenitiju tvrdnju: 1. da je suštinski element krivičnih djela iz člana 3 Statuta to da je počinilac "motiviran prezirom prema dostojanstvu druge osobe u rasnom, vjerskom, društvenom, spolnom ili drugom diskriminatornom smislu".

Međutim Žalbeno vijeće u svojoj presudi istaklo je da ***ne prihvaća*** *tvrdnju žalioca da je Pretresno vijeće zaključilo* ***da je diskriminatorna namjera neophodni element krivičnih djela iz člana 3 Statuta.*** *Pretresno vijeće je spomenulo namjeru da se diskriminira, na što se oslanja žalilac, u kontekstu razmatranja da li su loši uvjeti zatočenja bili rezultat ponašanja za koje se žalilac može smatrati odgovornim ili su pak bili rezultat okolnosti van žaločeve kontrole.*

Prema shvaćanju Žalbenog vijeća, glavni odlomak na koji se oslanja žalilac kad se čita unutar konteksta, znači da prilikom utvrđivanja prisutnosti ***mens rea*** krivičnog djela **povrede ličnog dostojanstva** po članu 3 valja razmotriti da li je dokazano da su loši uslovi zatočenja rezultat smišljene **namjere, nemara,** propusta da se djeluje ili namjerne diskriminacije osobe odgovorne za zatočenje. *Pretresno vijeće nije reklo da je diskriminatorna namjera suštinski element krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva ili općenito krivičnih djela iz člana 3. Pretresno vijeće je ranije u presudi izričito navelo "elemente povrede ličnog dostojanstva u smislu člana 3 Statuta". Pretresno vijeće zaključilo je da je mens rea tog krivičnog djela "namjera da se žrtva ponizi ili izvrgne ruglu" i nije spominjalo diskriminaciju. Nema dakle osnova za tvrdnju da je Pretresno vijeće zaključilo da je diskriminatorna namjera neophodan element krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva.*

Pravni zastupnik žalioca iznio je jednu općenitiju tvrdnju da je suštinski element krivičnih djela iz člana 3 Statuta to da je počinilac ***"motiviran prezirom prema dostojanstvu druge osobe u rasnom, vjerskom, društvenom, spolnom ili drugom diskriminatornom smislu".*** *Međutim, o nije naveo niti jedan pravni izvor u podršku te konkretne formulacije ili općenito postojanja uslova diskriminatorne namjere ili* ***"motiva" za ratne zločine*** *u međunarodnom pravu. Jedini pravni temelj koji se može razaznati a koji je naveden u podršku toj tvrdnji je da, zbog izuzetne* ***težine krivičnih*** *djela koja spadaju u član 3 Statuta, ne može svaki napad na fizički integritet i lično dostojanstvo biti zločinački pa samo dokaz diskriminatorne namjere prilikom počinjenja tih djela može pokazati da su ona odgovarajuće težine.*

Argument žalioca je neosnovan.

Žalbeno vijeće nalazi *da postojanje diskriminatorne namjere ili motiva počinioca nije element krivičnih djela iz člana 3 Statuta, kao ni krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva.* *Prema tome, nije bilo potrebno da Pretresno vijeće ustanovi da je žalilac imao diskriminatornu namjeru kad je zaključilo da je kriv za krivično djelo povrede ličnog dostojanstva. Ova osnova žalbe se odbija.*

Interesantno je pomenuti stanovište koje je Žalbeno vijeće MKSJ iznijelo u presudi u predmetu Daragoljub Kunarac i dr., kada je razmatrao stav Evropske komisije za ljudska prava u predmetu Aydin protiv Turske:

U predmetu *Aydin protiv Turske* Evropska komisija za ljudska prava razmatrala je ***predmet žene koja je silovana u policijskoj stanici.*** Prije no što je predmet uputila Evropskom sudu za ljudska prava, Komisija je konstatovala sljedeće:

… Čini se da je u Konvenciji poanta razlikovanja izmedu 'mučenja' i 'nečovječnog i ponižavajućeg postupanja' to da se posebnom stigmom obilježi smišljeno nečovječno postupanje koje za posljedicu ima tešku i okrutnu patnju, što je značenje prvog od tih termina … Prema mišljenju Komisije, prirodu takvog djela, koje zadire u samu srž fizičkog i moralnog integriteta žrtve, valja okvalifikovati kao posebno okrutnu, pri čemu takvo djelo za posljedicu ima ***akutnu fizičku i psihološku patnju.*** *Ako je počinilac osoba koja ima vlast nad žrtvom, onda to predstavlja otežavajuću okolnost. Imajući stoga u vidu izrazitu ranjivost žaliteljice i činjenicu da je ona smišljeno bila izvrgnuta teškom i* ***okrutnom zlostavljanju u kontekstu prisile i represije,*** *Komisija zaključuje da takvo zlostavljanje valja smatrati mučenjem u smislu clana 3 Konvencije. Svi drugi oblici spolnog nasilja nad zatočenim ženama koji, na posebno gnusan način, vrijeđaju njihov fiziki i psihički integritet, predstavljaju* ***krivično djelo mučenja."***

Evropski sud za ljudska prava zaključio je pak sljedeće: "U tom kontekstu Sud je uvjeren da zbir djela fizičkog i mentalnog nasilja nanesenih žaliteljici, kao i posebno okrutno djelo silovanja kojem je bila izvrgnuta, predstavljaju mučenje u smislu kršenja člana 3 Konvencije".

Također, interesantno je naglasiti stav Žalbenog vijeća u predmetu Dragoljub Kinarac i dr.:

Pretresno vijece je zakljucilo da je za krivično djelo povrede ličnog dostojanstva nužno:

(i) da je optuženi namjerno pocinio ili ucestvovao u djelu ili propustu za koje se opcenito smatra da ima za posljedicu teško poniženje, degradaciju ili da na drugi nacin teško vrijedaju ljudsko dostojanstvo, i

(ii) da je bio svjestan toga da to djelo ili propust mogu imati takve posljedice.

U pogledu definicije ovog krivičnog djela Žalbeno vijeće je istaklo sljedeće:
Suprotno navodima žalioca, Žalbeno vijece smatra da Pretresno vijeće nije bilo dužno a definiše koja konkretna djela mogu predstavljati povredu ličnog dostojanstva. Umjesto toga, ono je ispravno odlučilo da izloži kriterije kojima se rukovodilo ocjenjujući u kojoj mjeri je neko djelo ili propust ponižavajuće ili degradirajuće. Pretresno vijeće je, citirajući iz prvostepene presude u predmetu Aleksovski, konstatovalo ***da poniženje žrtve mora biti dovoljno jako da izazove zgražanje svake razumne osobe. Pretresno vijeće nije svoje zaključke o tome da li je došlo do povrede ličnog dostojanstva temeljilo na čisto subjektivnoj žrtvinoj ocjeni djela, nego je koristilo objektivne kriterije koji omogućavaju da se odredi u kojim slučajevima neko djelo predstavlja povredu ličnog dostojanstva.***
Tvrdeći da povrede ličnog dostojanstva čine "sva djela ili propusti za koja se općenito smatra da imaju za posljedicu teško poniženje, degradaciju ili da na drugi način teško vrijedaju lično dostojanstvo, Pretresno vijeće je ***pravilno definisalo objektivni kriterijum*** *na osnovu kojega se određuje da li neko djelo predstavlja povredu ličnog dostojanstva. Ono nije bilo dužno da nabroji djela koja predstavljaju povredu ličnog dostojanstva. Zbog toga se ova žalbena osnova odbacuje.*

c) Težina krivičnog djela

U presudi pretresnog vijeća u predmetu Zlatko Aleksovski MKSJ je istakao sljedeće:

Naravno, stepen do kog će određena žrtva izdržati patnje zavisi o njenom temperamentu. **Osjetljive osobe** prije će doživjeti nametnuti im postupak kao poniženje, a sem toga, teže će podnijeti njegove posljedice. Nasuprot tome, osoba koja tako postupa, teže će nanijeti stvarne patnje **osobama čvršćeg karaktera,** koje ne mare toliko o načinu na koji ih druge osobe tretiraju i koje su uglavnom u stanju, čak i da smatraju da su žrtve ponižavajućeg postupka, to ravnodušno podnijeti. Jedna te ista radnja dakle može prouzročiti užasne patnje kod osjetljivijih osoba, a samo zanemarivu neugodu kod osoba čvršćeg karaktera. Razlika u ishodu zavisit će o subjektivnom faktoru. Kod krivičnog gonjenja, **objektivni faktori moraju služiti kao korektiv subjektivnom faktoru, jer bi se inaže optuženom nanijela nepravda: u tom slučaju njegova krivica ne bi ovisila o težini počinjenog djela, već u potpunosti o stepenu osjetljivosti žrtve. Stoga kod ocjenjivanja *actus-a reus-a* valja uvesti jednu objektivnu komponentu: poniženje naneseno žrtvi mora biti dovoljno jako da bi povrijedilo svaku razumnu osobu.** Što se tiče potrebnog ***stepena mens rea-e (namjere),*** u Komentaru se kaže da je optuženi morao počiniti djelo za koje se tereti sa namjerom da ponizi žrtvu ili je izvrgne ruglu. MKCK, definišući element svijesti potreban da bi se zločin okarakterisao kao "nečovječno postupanje", prihvatio je ***niži stepen mens rea-e,*** tvrdeći da je počinilac morao postupiti sa namjerom. Pozivanje na **nehat** nije dovoljno, počinilac je morao postupiti sa namjerom ili je morao namjerno počiniti propust. Međutim, nije dovoljno samo ustanoviti da je počinilac postupio sa namjerom. Iako nije nepohodno da je počinilac postupio **s izričitom namjerom** da ponizi žrtvu ili da je podvrgne ponižavajućem postupku, on je morao biti svjestan predvidljivih i logičkih posljedica svojih postupaka.

I doista, stepen težine nekog djela i njegovih posljedica može proizaći ili iz samog djela ili iz ponavljanja djela ili niza djela koja, pojedinačno, ne bi bila okarakterisana kao zločin u smislu člana 3 Statuta. Prilikom ocjenjivanja da li se počinjena djela mogu okvalifikovati kao zločin u obzir će se uzeti oblik nanesenog nasilja, njegovo trajanje i stepen težine ili intenzitet i trajanje fizičkih i psihičkih patnji. Drugim riječima, odluka Pretresnog vijeća o optužbama žrtava ili tužioca, zavisit će prije svega od činjenične analize slučaja.

Također, u presudi pretresnog vijeća u predmetu Dragoljub Kunarac i dr. MKSJ je istakao sljedeće:

Pretresno vijeće se slaže s ovom definicijom u onoj mjeri u kojoj ona određuje da je povreda ličnog dostojanstva čin koji "mora biti krajnje ponižavajući i degradirajući za žrtvu". Međutim, Pretresno vijeće se nikako ne bi složilo s indikacijom iz gore navedenog odjeljka da poniženje i degradacija žrtvi trebaju nanijeti "trajnu patnju". Sve dok su poniženje i degradacija stvarni i ozbiljni, Pretresno vijeće ne vidi razloga zašto bi morali biti i "trajni". Po mišljenju Pretresnog vijeća, činjenica da se žrtva oporavila ili da se oporavlja od posljedica takvog krivičnog djela ***sama po sebi*** ne ukazuje na to da relevantno djelo nije predstavljalo povredu ličnog dostojanstva. Ako su naneseni poniženje i patnja samo prolaznog karaktera, onda je očigledno teško prihvatiti pretpostavku da su takvo poniženje i patnja stvarni i ozbiljni. **Međutim, ovim se ne sugerira da ikakav minimalni vremenski uslov vezan za posljedice povrede ličnog dostojanstva zaista čini *element* krivičnog djela.**

Ovo podupire ključni aspekt definicije pojma *actus reus* krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva koju je dalo Pretresno vijeće u predmetu *Aleksovski* – odnosno, da relevantno djelo ili propust mora izazvati *ozbiljnu* patnju ili poniženje. **Odsustvo svake naznake da patnja izazvana nečovjecnim postupanjem mora imati trajan kvalitet potvrđuje zaključak Pretresnog vijeća da takav uslov u odnosu na povredu ličnog dostojanstva ne postoji.**

U predmetu *Aleksovski* Pretresno vijeće je takode razmotrilo pitanje kako se može mjeriti postojanje poniženja i degradacije i zaključilo da bi potpuno subjektivna procjena nanijela nepravdu optuženom, jer njegova krivica ne bi zavisila od težine počinjenog djela, već od stepena osjetljivosti žrtve. **Stoga je zaključeno da "…kod ocjenjivanja toga što je *actus reus* valja uvesti jednu objektivnu komponentu: poniženje naneseno žrtvi mora biti dovoljno jako da bi povrijedilo svaku razumnu osobu."**

Na tvrdnju žalioca u žalbenom postupku da relevantno ponašanje nema adekvatnu težinu da bi moglo predstavljati povrede ličnog dostojanstva, Žalbeno vijeće je zaključilo da ponašanje žalioca na kojem se temelje optužbe – ***pomaganje i podržavanje*** ***"prekomjernog i surovog ispitivanja, fizičkih i psihičkih povreda, prisilnog rada (kopanje rovova) u opasnim situacijama, postavljanje u žive štitove"*** – ima dovoljnu težinu da se na tom ponašanju može zasnivati osuđujuća presuda za povrede ličnog dostojanstva. Ne komentirajući definiciju ovog krivičnog djela, Žalbeno vijeće je konstatiralo:

Žrtve nisu samo doživljavale neprilike ili trpjele neudobnost – one su, u okolnostima koje su općenito vladale, bile izložene fizičkom i psihološkom nasilju i poniženju koje bi svako ljudsko bice doživjelo kao takve.

Ovaj uslov objektivne procjene relevantnog djela dodatno je podržan navodenjem definicije nečovječnog postupanja u presudi Pretresnog vijeća u predmetu *Delalić*.

*„To što je među predložene elemente krivičnog djela u svrhu Statuta stalnog Međunarodnog krivičnog suda uvršten i uslov da "težina poniženja, degradiranja ili druga kršenja budu takvog stepena **da se na opštoj razini prepoznaje kao povreda** ličnog dostojanstva" u skladu je s ovim zaključkom."*

d) Namjera (*"mens rea"*)

U presudi pretresnog vijeća u predmetu Dragoljub Kunarac i dr. MKSJ je istakao sljedeće:

Primjedbe Pretresnog vijeća u predmetu Aleksovski, koje se odnose na element svijesti krivičnog djela povreda ličnog dostojanstva, ne daju nedvosmislenu konstataciju o tome šta Pretresno vijeće podrazumijeva pod relevantnom mens rea. U presudi se prvo navodi da se "…u Komentaru kaže da je optuženi morao počiniti djelo za koje se tereti sa namjerom da ponizi žrtvu ili je izvrgne ruglu", pri čemu se očigledno misli na Komentar MKCK-a relevantne odredbe u jednom od Dopunskih protokola, budući da se u Komentarima Ženevskih konvencija MKCK-a ne navodi mens rea u vezi sa krivičnim djelom povreda ličnog dostojanstva."

Nakon toga, Pretresno vijeće u odnosu na krivično djelo nečovječnog postupanja u okviru Dopunskih protokola u svojoj presudi primjećuje:

*„MKCK, definišuci element svijesti potreban da bi se zločin okarakterisao kao "nečovječno postupanje", prihvatio **je niži stepen mens rea-e,** tvrdeći da je počinilac morao postupiti sa namjerom. Pozivanje na **nehat** nije dovoljno, počinilac je **morao postupiti sa namjerom ili je morao namjerno počiniti propust.** Međutim, nije dovoljno samo ustanoviti da je počinilac postupio sa namjerom. Iako nije neophodno da je počinilac postupio s izrčcitom namjerom da ponizi žrtvu ili da je podvrgne ponižavajućem postupku, on je **morao** biti svjestan predvidljivih i logičkih posljedica svojih postupaka."*

Pošto u presudi nije uvijek lako uočiti razliku između navedenih gledišta MKCK-a i shvatanja Pretresnog vijeća u vezi s uslovom *mens rea*, **tačan opseg relevantne *mens rea* za krivično djelo povreda ličnog dostojanstva** nije tačno utvrđen. Iz presude Žalbenog vijeća jasno se vidi da ono nije bilo mišljenja da element svijesti krivičnog dijela uključuje bilo kakvu *specifičnu namjeru* da se žrtve ponize, degradiraju ili izvrgnu ruglu. Vijeće posebno navodi da konstataciju u Komentaru Dopunskih protokola MKCK-a ne tumači na način da se izraz "povrede ličnog dostojanstva" odnosi na djela "kojima je cilj ponižavanje žrtve i njezino izvrgavanje ruglu" i to u smislu postojanja uslova ***specifične namjere*** počinioca da ponizi i degradira žrtvu ili da je izvrgne ruglu, već tu konstataciju shvata u smislu da ona "jednostavno opisuje ponašanje koje ta odredba nastoji spriječiti."

Žalbeno vijeće nije komentiralo alternativnu indikaciju navedenu u presudi Pretresnog vijeća da je počinilac ne samo namjerno počinio relevantno djelo ili propust već je "morao biti svjestan" toga da su poniženje i degradacija žrtve predvidljive i logičke posljedice njegovih postupaka. Razmatrajući činjenice u tom predmetu, Žalbeno vijece je konstatiralo da "smatra da je Pretresno vijeće zaključilo da je žalilac **smišljeno** učestvovao ili prihvatio djela koja povlače njegovu odgovornost po članovima 7(1) i 7(3) Statuta MKSJ za povrede ličnog dostojanstva, pa je stoga proglašen krivim za ta krivična djela", *što ostavlja otvorenim pitanje postoji li neki eventualni uslov koji se odnosi na svijest o predvidljivim posljedicama.*

Prilikom razmatranja krivičnog djela nečovječnog postupanja u presudi Pretresnog vijeća u predmetu *Delalić,* kao uslov elementa svijesti navodi se samo to da relevantno djelo ili propust moraju biti namjerni:

„Nečovječno postupanje je namjerna radnja ili propust, tj. radnja koja je, objektivno gledana, smišljena a ne

slučajna, koja nanosi tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu ili predstavlja ozbiljan nasrtaj na ljudsko dostojanstvo.“

Ovdje se ne spominje uslov specifične namjere ili svijesti o posljedicama namjerno učinjenog djela koje snosi žrtva.

Pretresno vijeće je razmatralo gore navedenu sudsku praksu u odnosu na **pitanje da li** pored namjere da se počini konkretno djelo ili propust **mora postojati i određena svijest o posljedicama toga djela.** Pretresno vijeće je mišljenja da uslov namjere da se počini neko konkretno djelo ili propust, koji za sobom povlači krivičnu odgovornost, u ovom kontekstu uključuje **uslov da počinilac mora biti svjestan objektivnog karaktera relevantnog djela ili propusta.** Neophodan aspekt prave namjere vršenja odredene radnje jest postojanje svijesti o prirodi tog djela. Kako je relevantno djelo ili propust u slučaju povrede ličnog dostojanstva svako ono djelo ili propust koji, uopšteno govoreći, imaju za posljedicu ozbiljno poniženje, degradaciju ili neki drugi ozbiljni napad na ljudsko dostojanstvo, optuženi mora biti svjestan toga da su njegovo djelo ili propust upravo tog karaktera – odnosno, ***da za posljedicu mogu imati*** ozbiljno poniženje, degradaciju ili neki drugi ozbiljni napad na ljudsko dostojanstvo. **To nije isto što i tražiti *da optuženi bude svjestan stvarnih* posljedica djela.**

Malo je vjerovatno da će pitanje *svijesti o prirodi djela* imati većeg značaja u praksi. Kada se dostigne objektivni prag krivičnog djela – odnosno, kada se, uopšteno govoreći, djela i propusti mogu smatrati ozbiljnim poniženjem, degradacijom ili nekim drugim ozbiljnim napadom na ljudsko dostojanstvo – rijetko je da počinilac uz to ne zna da bi ta djela mogla imati takve posljedice.

U pogledu elementa svijesti u predmetu Dragoljub Kunarac i dr. Žalbeno vijeće je navelo sljedeće:

Pretresno vijeće smatra da je za krivično djelo povrede ličnog dostojanstva nužno da je optuženi znao da njegovo djelo ili propust može imati za posljedicu teško poniženje, degradaciju ili na drugi način povrijediti ljudsko dostojanstvo. Žalilac, naprotiv, smatra da je za to djelo nužno da je optuženi znao da će njegovo djelo ili propust imati takvu posljedicu.

Pretresno vijeće je pomno proučilo sudsku praksu koja se tiče elementa svijesti krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva. Pretresno vijeće nije nijednom bilo u situaciji da se mora neposredno očitovati u vezi s konkretnim pitanjem da li je za krivično djelo povrede ličnog dostojanstva nužno da postoji posebna namjera da se ponizi, degradira ili na drugi nacin teško povrijedi ljudsko dostojanstvo. Ono je ipak, nakon što je proučilo relevantnu sudsku praksu, pravilno pokazalo da je za krivično djelo povrede ličnog dostojanstva nužna sama svijest o "mogućim" posljedicama terećenog djela ili propusta.

U paragrafu prvostepene presude koji se odnosi na ovo pitanje navodi se sljedeće:

Kako je djelo ili propust koje predstavlja povredu ličnog dostojanstva ono djelo ili propust za koje se općenito smatra da ima za posljedicu teško poniženje, degradaciju ili da na drugi način teško vrijeda licno dostojanstvo, optuženi je nužno svjestan toga da to vrijedi i za njegovo djelo ili propust – odnosno, da ono može imati za posljedicu teško poniženje, degradaciju ili na drugi način teško povrijediti ljudsko dostojanstvo. To nije isto što i zahtjev da je optuženi bio svjestan stvarnih posljedica svog djela.

Prema tome, ova žalbena osnova se odbija.

Sticaj krivičnih djela (*„concursus delictorum“*)

Veoma je interesantno razmatranje Žalbenog vijeća u predmetu Ćelebići u pogledu kumulacije (sticaja) krivičnih djela.

1. Da li su djela koja se optuženi terete zaista pravno različita djela?

(i) Hotimična lišavanja života i ubistvo

Prema definiciji, materijalni elementi krivičnog djela hotimičnog lišavanja života uključuju smrt žrtve kao posljedicu djela ili propusta optuženog, te namjeru optuženog da ubije ili nanese tešku tjelesnu povredu, znajući da bi takva povreda vjerovatno izazvala smrt, a da pri tom ne mari da li će zaista prouzročiti smrt. Prema definiciji ubistva u kontekstu zločina protiv čovječnosti (što za naše potrebe ne predstavlja materijalnu razliku), ono uključuje smrt žrtve kao posljedicu djela ili propusta optuženog, što je počinjeno sa namjerom da se izazove smrt ili nanese teška tjelesna povreda, znajući da bi takva tjelesna povreda vjerovatno prouzročila smrt. Pretresno vijeće u predmetu Blaškić i Pretresno vijeće u predmetu Čelebići izrazili su mišljenje da ta dva krivična djela nisu materijalno različita (prema definiciji *u presudi Blaškiću,* ona sadrže identične elemente). Mi dijelimo to mišljenje: shodno tome, ova kategorija osuđujućih presuda ne zadovoljava **uslov postojanja različitih elemenata.**

(ii) Hotimično nanošenje velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja i okrutno postupanje

Krivično djelo hotimičnog nanošenja velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja po članu 2 definisano je kao namjerno djelo ili propust koji se sastoji u nanošenju velikih patnji, teških povreda tijela ili zdravlja, uključujući i duševno zdravlje. Okrutno postupanje predstavlja namjerno djelo ili propust koji nanosi tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu ili predstavlja ozbiljan napad na ljudsko dostojanstvo. Čak i ako je

element ozbiljnog napada na ljudsko dostojanstvo dodatni element u odnosu na elemente krivičnog djela hotimičnog nanošenja velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja, obrat ne vrijedi jer potonje djelo ne sadrži jedinstveni element.

(iii) Mučenje

Jasno je da je to jedno te isto krivično djelo, bez obzira da li se tereti po članu 2 ili po članu 3.

(iv) Nečovječno postupanje i okrutno postupanje

Nečovječno postupanje je definisano kao namjerno djelo ili propust koje nanosi tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu ili predstavlja ozbiljan napad na ljudsko dostojanstvo. Kao što je gore napomenuto, okrutno postupanje je definisano gotovo istim riječima, kao namjerno djelo ili propust koje nanosi tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu ili predstavlja ozbiljan napad na ljudsko dostojanstvo. Ta dva krivična djela sastoje se u biti od istih elemenata, uz eventualnu kvalifikaciju da se actus reus nečovječnog postupanja može definisati šire nego okrutno postupanje, tako da bi okrutno postupanje bilo obuhvaćeno nečovječnim postupanjem. Stoga uslov da svako krivično djelo sadrži jedinstveni element nije zadovoljen.

2. Utvrđivanje koju od dvostrukih osuđujućih presuda treba zadržati

Slažemo se, dakle, sa većinom da su u slučaju osuđujućih presuda po članovima 2 i 3 elementi relevantnih krivičnih djela materijalno istovjetni ili da jedno od djela ne sadrži jedinstveni element. Ne mogu se izreći osude po oba člana i nužno je odlučiti koje osude treba zadržati. Cilj je toga procesa, prema našem mišljenju, da se razmatranjem okolnosti slučaja i dokaza koji su izvedeni o djelima koja se terete utvrdi koje od krivičnih djela najtačnije opisuje šta je optuženi uradio.

(i) Hotimično nanošenje velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja/okrutno postupanje

Jedina kombinacija optužbi gdje smatramo da postoji materijalna razlika u jednom od elemenata (iako nije recipročna) jeste hotimično nanošenje velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja po članu 2 i okrutno postupanje po članu 3. Dodatni element jeste da okrutno postupanje ne mora biti samo djelo ili propust kojim se nanosi velika duševna ili tjelesna patnja ili povreda nego se može okarakterisati i kao teški napad na ljudsko dostojanstvo. Nešto drugačiji fokus drugog krivičnog djela usredotočen je na velike patnje ili teške tjelesne povrede prouzročene dotičnim djelima. Što se tiče osuđujućih presuda izrečenih Deliću i Landži po tačkama 11 i 12, prvobitne optužbe su bile hotimično lišavanje života i ubistvo, ali je Pretresno vijeće zaključilo da, premda je Delić ***učestvovao u premlaćivanju žrtve,*** nije sigurno da je to premlaćivanje bilo neposredni uzrok smrti žrtve. Pretresno vijeće je ustanovilo da se umjesto toga može izreći osuđujuća presuda za krivična djela hotimičnog nanošenja velikih patnji ili teških povreda, odnosno "lakša krivična djela" iste prirode kao teža djela za koja ih se prvobitno teretilo. Na Mucićevu odgovornost nadređenog za ta djela, za koju ga se teretilo po tačkama 13 i 14, nužno je primijenjena ista logika. Uzevši u obzir karakter optužbi, koje su se usredotočile na fizičke posljedice po optuženog, kao i dokaze o tjelesnim povredama prouzrokovanim premlaćivanjima, krivično djelo hotimičnog nanošenja velikih patnji ili teških povreda po članu 2 tačnije opisuje šta su Delić i Landžo uradili i za šta je Mucić bio odgovoran. To je ujedno i zaključak većine.

Krivična djela za koja se terete Delić, Mucić i Landžo u tačkama 46 (hotimično nanošenje velikih patnji ili teških povreda tijela i zdravlja) i 47 (okrutno postupanje) odnosila su se na nehumane životne uslove u logoru, uključujući "atmosferu terora" i bijedne životne uslove. U odnosu na te tačke, Žalbeno vijeće je utvrdilo *da su zatočenici u logoru* ***"bili izloženi uslovima u kojima su živjeli u stalnoj strepnji i strahu da će biti podvrgnuti fizičkom nasilju" i "na zatočenike je vršen ogroman psihički pritisak koji se može precizno okarakterisati kao 'atmosfera terora'".***

Pretresno vijeće je takođe utvrdilo ***da je zatočenicima bila uskraćena odgovarajuća hrana, uslovi za spavanje, uslovi za obavljanje nužde, voda i medicinska njega, pri čemu su ova dva potonja elementa bila rezultat smišljene politike.*** Te konstatacije, dodatno potkrijepljene posebnim nalazima o Delićevom ***ponižavajućem i okrutnom izrugivanju zatočenicima,*** ukazuju na to da je srž tog krivičnog djela bila namjera da se ponizi i pogazi dostojanstvo žrtava. Konstatovano je da je Mucić kao komandant znao za te okolnosti. Iz tog razloga primjereno je izabrati osuđujuću presudu za okrutno postupanje po članu 3 za svakog optuženog koji se tereti po ovim tačkama. Nefleksibilni pristup većine dovodi do suprotnog zaključka, tj. da valja potvrditi krivično djelo hotimičnog nanošenja velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja, zato što se tereti po članu 2.

Mucić je takođe osuđen za ista djela hotimičnog nanošenja velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja i okrutnog postupanja za tačke 38 i 39, koje su se odnosile na njegovu odgovornost kao nadređenog za djela teškog zlostavljanja pojedinih zatočenika. Zlostavljanje koje je konstatovalo Pretresno vijeće obuhvatalo je djela koja "predstavljaju, u najmanju ruku, tešku uvredu ljudskog dostojanstva", što ukazuje na to da se pridaje veća težina okrutnom postupanju. Međutim, Pretresno vijeće je takođe konstatovalo, u odnosu na drugu žrtvu, ***da je namjerno postavljanje, od strane optuženog, zapaljenog štapina na golu kožu u predjelu genitalija*** uzrokovalo „tako ozbiljnu patnju i povredu" da predstavlja oba krivična djela za koja se tereti. Dakle, jedna tačka obuhvata različita djela koja bi se, zbog različitog naglaska, mogla različito okvalifikovati. Međutim, kad se to sagleda u cijelosti, ponašanje obuhvaćeno tom tačkom može se opisati ***kao***

nasilno zlostavljanje tako neobično okrutnog karaktera da krivično djelo okrutnog postupanja iz člana 3, koje naglašava i ponašanje kojim se nanosi teška povreda i ponašanje koje predstavlja ozbiljni napad na ljudsko dostojanstvo, najbolje odgovara kriminalnom ponašanju za koje je Mucić proglašen odgovornim po tim tačkama. Nefleksibilni pristup većine dovodi do suprotnog zaključka, tj. da valja potvrditi krivično djelo hotimičnog nanošenja velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja, zato što se tereti po članu 2.

Landžo je takođe osuđen za ovu kombinaciju krivičnih djela po tačkama 36 i 37 jer je ***u više navrata premlatio jednog zatočenika, palio mu pantalone i opekao noge, te ga prisiljavao da pije mokraću.*** Pretresno vijeće je konstatovalo da je to žrtvi nanijelo tešku duševnu i tjelesnu patnju. Iz dokaza je takođe očito da je naročito okrutan i ponižavajući karakter nasilja

koje je počinio Landžo bio popraćen namjerom da se povrijedi dostojanstvo žrtve. Rukovodeći se istom logikom kao gore, krivično djelo okrutnog postupanja, koje obuhvata i ponašanje kojim se nanose teške povrede i ponašanje koje predstavlja ozbiljan napad na ljudsko dostojanstvo iz člana 3, najbolje opisuje Landžino kriminalno ponašanje za koje je osunen po ovim tačkama. Nefleksibilni pristup većine dovodi do suprotnog zaključka, tj. da valja potvrditi krivično djelo hotimičnog nanošenja velikih patnji ili teških povreda tijela ili zdravlja, zato što je to djelo iz člana 2.

(ii) Nečovječno postupanje/okrutno postupanje

Krivično djelo nečovječnog postupanja opisano je kao „**odredba-kišobran“** pod koju potpadaju razne radnje kojima se krši temeljno načelo humanog postupanja. Budući da je okrutno postupanje iz člana 3 jedan od više različitih oblika ponašanja obuhvaćenih nečovječnim postupanjem, može se smatrati specifičnijim djelom, i stoga u određenom stepenu specifičnijim i tačnijim opisom onoga šta je optuženi uradio, te mu se iz tog razloga može dati prednost pri izboru izmenu tačke 44 i 45 (Mucić), odnosno tačke 42 i 43 (Delić). Nefleksibilni pristup većine dovodi do suprotnog zaključka, tj. da valja potvrditi krivično djelo nečovječnog postupanja, zato što se tereti po članu 2.

(iii) Ubistvo/hotimično lišavanje života i mučenje/mučenje

Što se tiče materijalno identičnih krivičnih djela ubistva i hotimičnog lišavanja života, kao i u slučaju mučenja za koje je izrečena osunujuća presuda i po članu 2 i po članu 3, pozivanje na materijalne elemente dotičnih krivičnih djela ne dovodi nas ništa bliže rješenju. Valja proučiti opšte karakteristike člana 2 i člana 3 koje bi mogle biti od pomoći pri utvrđivanju koju osudu valja zadržati. U okolnostima ovog predmeta, ima osnova smatrati da se član 2 specifičnije odnosi na krivična djela koja su počinili žalioci, u svjetlu međunarodnog karaktera oružanog sukoba i činjenice da, u odnosu na ova krivična djela i okolnosti, **član 3 (koji se temelji na zajedničkom članu 3) funkcioniše kao rezidualna odredba.** Stoga bismo smatrali da osuđujuća presuda za krivična djela iz člana 2 najbolje opisuje krivična djela žalilaca. Do istog zaključka došla je i većina.

ZAJEDNIČKI ČLAN 3. ŽENEVSKIH KONVENCIJA IZ 1949.GODINE

Ukoliko se uzme u razmatranje uticaj zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija interesantno je osvrnuti se na presudu Žalbenog vijeća u predmetu Zejnil Delalić i dr. „Ćelebići“ i žalbene osnove odbrane gdje je Žalbeno vijeće MKSJ razmotrilo i zaključilo sljedeće:

Prigovori odbrane optuženih:

Delalić, Mucić i Delić osporavaju sljedeće nalaze Pretresnog vijeća (1) da član 3 Statuta obuhvata djela iz zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija; (2) da zajednički član 3 nameće individualnu krivičnu odgovornost; i (3) da je zajednički član 3 primjenjiv na međunarodne oružane sukobe.

Žalioci tvrde da se Žalbeno vijeće ne bi trebalo držati svojih prethodnih odluka iz Odluke o nadležnosti u predmetu *Tadić*, zato što je, kažu žalioci, tada donijelo krivu odluku. U toj je odluci utvrđeno da kršenja zajedničkog člana 3 jesu u nadležnosti Međunarodnog suda prema članu 3 Statuta i da se, kao običajno pravo, zajednički član 3 primjenjuje i u unutrašnjim i u međunarodnim sukobima te da podrazumijeva individualnu krivičnu odgovornost.

Optužba izjavljuje da osnove za žalbu žalilaca treba odbiti zato što protuslove Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić,* koju bi Žalbeno vijeće trebalo slijediti. Tužilac tvrdi da razlozi koje žalioci navode kao osnov za ponovno otvaranje pitanja koje je Žalbeno vijeće već pretreslo nisu ni utemeljeni ni dovoljni.

Razmatranje i zaključak Žalbenog vijeća:

Kao što su primijetile strane, žalbenim pitanjima u ovom predmetu Žalbeno vijeće se već bavilo u Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić*. U skladu sa principima izrečenim u drugostepenoj presudi u predmetu *Aleksovski*, i izloženim u paragrafu 8. ove presude, Žalbeno vijeće će slijediti praksu iz predmeta *Tadić*, **osim u slučaju da zbog uvjerljivih razloga u interesu pravde od nje mora odstupiti.**

U osnovima koje su predočili žalioci postavljaju se u vezi sa zajedničkim članom 3 Ženevskih konvencija tri različita pitanja: (1) da li zajednički član 3 ulazi u djelokrug člana 3 Statuta Međunarodnog suda; (2) da li se zajednički član 3 primjenjuje na međunarodne oružane sukobe: (3) da li zajednički član 3 pripisuje individualnu krivičnu odgovornost. Najprije ćemo pogledati kako je o ta tri pitanja presuđeno u Odluci o nadležnosti u

predmetu *Tadić* kako bi **Žalbeno vijeće ispitalo postoje li uvjerljivi razlozi da se od te odluke odstupi,** a zatim će Vijeće analizirati prvostepenu presudu kako bi ispitalo da li su u odlučivanju primijenjeni ispravni pravni principi.

1. Kao preliminarno pitanje, **Žalbeno vijeće** će razmotriti stajalište jednog od žalilaca o statusu Odluke o nadležnosti u predmetu *Tadić*, što je relevantno za sva tri pitanja.

U svojim osnovima za žalbu, žalioci pozivaju Žalbeno vijeće da preinači stanovište koje je zauzelo u Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić* u vezi sa primjenjivošću zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija prema članu 3 Statuta, te da iznova razmotri postavljena pitanja. **Između ostalog, Delalić kaže da Žalbeno vijeće tada nije izvelo rigoroznu analizu (sugerišući uz to da su interlokutorni žalbeni postupak i žalbeni postupak nakon izricanja presude različite prirode) i da se u Odluci o nadležnosti u predmetu Tadić mnoga sada postavljena pitanja nisu ni iznosila nirazmatrala. Mišljenje je žalilaca da je ta odluka bila donesena per incuriam.** Razlog koji u tom smislu utiče na presudu u drugostepenoj presudi u predmetu Aleksovski predočen je kao razlog za odstupanje vijeća od ranije odluke.

Optužba je osporavala žalbene osnove odbrane, te naglasila da što se tiče tvrdnje da argumenti koje sada iznose žalioci nisu bili predočeni Žalbenom vijećuu predmetu *Tadić*, optužba tvrdi da se pitanja o kojima se presudilo u sklopu interlokutorne žalbe ne bi smjela smatrati pitanjima nižeg ranga u poređenju s odlukama koje **žalbeno vijeće** donosi u postupku nakon presude pretresnog vijeća. Osim toga, odluka nije donesena *per incuriam*, pošto se **Žalbeno vijeće** koncentrisalo upravo na ovo pitanje, a argumenti su bili opširni i navodili mnoge izvore prava.
Gledište je Tužilaštva da nema razloga za odstupanje od odluke o nadležnosti u predmetu *Tadić*
Razmatranje i zaključak Žalbenog vijeća:
Ovo **Žalbeno vijeće** smatra da nema nikakvog razloga da se interlokutorne odluke Žalbenog vijeća smatraju, u principu, odlukama nižeg ranga u usporedbi sa konačnim odlukama po žalbi. Svrha je svake žalbe, i interlokutornih i onih koje se izjavljuju na kraju postupka, da se o pitanjima presudi na način koji je konačan.149 Stoga interlokutornost Odluke o nadležnosti u predmetu *Tadić* ne daje povoda za tvrdnju da je ona donijeta *per incuriam*.
Također, **Žalbeno vijeće** u predmetu *Aleksovski* nije zaključilo da postoji neka razlika u mjerodavnosti njegovih interlokutornih i konačnih odluka.

2. Da li zajednički član 3. Ženevskih konvencija ulazi u djelokrug člana 3 Statuta?

1. Šta je mjerodavno pravo?

Član 3 Statuta, pod naslovom "Kršenja zakona i običaja ratovanja", glasi:

„Međunarodni sud je ovlašten da krivično goni osobe koje su prekršile zakone i običaje ratovanja.

Ta kršenja uključuju, ali nisu ograničena na:

*(a) korištenje otrovnih oružja **ili drugih oružja smišljenih za nanošenje nepotrebnih patnji;***

(b) bezobzirno razaranje gradova, sela ili naselja, ili pustošenje koje nije opravdano vojnom nuždom;

(c) napad, ili bombardovanje, bilo kojim sredstvima, nebranjenih gradova, sela, stambenih objekata ili zgrada;

(d) zauzimanje, uništavanje ili hotimično nanošenje štete ustanovama namijenjenim religiji, dobrotvornim svrhama i obrazovanju, umjetnosti i nauci, istorijskim spomenicima i umjetničkim i naučnim djelima;

(e) pljačkanje javne ili privatne imovine."

Odgovarajući dio zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija glasi:

„U slučaju oružanog sukoba koji nema međunarodni karakter i koji izbije na području jedne od visokih strana ugovornica, svaka strana u sukobu dužna je da primjenjuje barem ove odredbe:

*(1) S osobama koje neposredno ne sudjeluju u neprijateljstvima, uključujući pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i **osobe koje su van stroja (hors de combat)** zbog **bolesti, rana, lišenja slobode ili bilo kojeg drugog razloga,** u svakoj će se prilici postupati čovječno, bez ikakvog nepovoljnog razlikovanja zasnovanog na rasi, boji kože, vjeroispovijesti ili uvjerenju, polu, rođenju ili imovinskom stanju, ili bilo kojem drugom sličnom kriteriju.*
U tu svrhu, prema gore navedenim osobama zabranjene su i ostaju zabranjene, u svako doba i na svakom mjestu, ove radnje:
(a) nasilje protiv života i tijela, naročito sve vrste ubistva, sakaćenja, okrutnog postupanja i mučenja;
(b) uzimanje talaca;
(c) povrede ličnog dostojanstva, naročito uvredljivi i ponižavajući postupci;
(d) izricanje i izvršavanje kazni bez prethodnog sunenja pred redovito ustanovljenim sudom, koji pruža sva sudska jamstva priznata kao nužna od civiliziranih naroda.
(2) Ranjenici i bolesnici prikupit će se i njegovati."

U odnosu na djelokrug člana 3 Statuta, Žalbeno vijeće je u Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić* smatralo

da je član 3 "opšta klauzula koja obuhvata sve povrede humanitarnog prava koje ne potpadaju pod član 2 ili nisu pokrivene članovima 4 ili 5".

Odluka se nastavlja ovako:

„Član 3 tako Međunarodnom sudu daje nadležnost nad svakim teškim djelom protiv međunarodnog humanitarnog prava koje nije predviđeno članom 2, 4 ili 5. Član 3 je fundamentalna odredba koja propisuje da se svako "teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava" mora krivično goniti pred Međunarodnim sudom. Drugim riječima, član 3 funkcioniše kao rezidualna klauzula zamišljena da bi osigurala da nijedno teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava ne bude izuzeto iz nadležnosti Međunarodnog suda. Namjera člana 3 je da tu nadležnost u potpunosti osigura i učini neizbježnom."

Zaključak **Žalbenog vijeća** donesen je na osnovu pažljive analize Izvještaja generalnog sekretara. Između ostalog, **Žalbeno vijeće** je naglasilo da je generalni sekretar napomenuo da Haški pravilnik, dodatak Haškoj konvenciji (IV) o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine, koji je poslužio kao osnov za član 3 Statuta, ima "širi djelokrug od Ženevskih konvencija, i da uključuje ne samo zaštitu žrtava oružanog sukoba (civile) ili osoba koje više ne učestvuju u neprijateljstvima (ratni zarobljenici) već i način odvijanja neprijateljstava". **Žalbeno vijeće** je napomenulo da, mada se u Izvještaju generalnog sekretara kasnije kaže da se "jasno nabrojene povrede u članu 3 odnose na onaj dio Haškog prava koji nije sadržan u Ženevskim konvencijama", član 3 sadrži i formulaciju "uključuju, ali nisu ograničena na".

Žalbeno vijeće je zaključilo:

"Posmatrajući ovaj popis u opštem kontekstu diskusije generalnog sekretara o Haškim pravilima i međunarodnom humanitarnom pravu, zaključujemo da se on može protumačiti kao da uključuje i druga kršenja međunarodnog humanitarnog prava."

U potvrdu ovom zaključku, Žalbeno vijeće se takođe oslonilo na izjave država pred Savjetom bezbjednosti u vrijeme prihvatanja Statuta Menunarodnog suda, koje se mogu "smatrati kao autoritativno tumačenje člana 3 u smislu da je njegov djelokrug mnogo širi od nabrojenih povreda

po Haškom pravu". U svojoj analizi odredbi Statuta Žalbeno vijeće je takođe koristilo teleološki pristup. Pomenut je i kontekst i svrha Statuta kao cjeline, a posebno to da je Međunarodni sud osnovan radi krivičnog gonjenja "teških kršenja međunarodnog humanitarnog prava". Vijeće je nastavilo ovako: "Stoga, član 3, ako se tačno protumači, u cijelosti realizuje prvobitnu namjeru osnivanja Međunarodnog suda, a to je da niti jedna osoba odgovorna za bilo koje od teških kršenja ne ostane nekažnjena, bez obzira na kontekst u kome je došlo do tih kršenja". Žalbeno vijeće je zaključilo da je namjera člana 3 bila da uključi i kršenja haškog prava (vođenje rata) i ženevskog prava (zaštita žrtava) uz preduslov da su ispunjeni neki uslovi, menu kojima i taj da pravila imaju običajni status.

Žalbeno vijeće je zatim navelo **četiri uslova koji moraju biti ispunjeni da bi kršenje međunarodnog humanitarnog prava podlijegalo članu 3 Statuta.** Nakon toga je **Žalbeno vijeće** razmatralo koja takva kršenja počinjena u unutrašnjem sukobu ispunjavaju te uslove. Vijeće je detaljno razmotrilo postojanje međunarodnih običajnih humanitarnih pravila primjenjivih na unutrašnje sukobe, i zaključilo da je praksa država od tridesetih godina ovog vijeka toliko napredovala da danas postoje običajna pravila koja se primjenjuju na sukobe ne-međunarodnog karaktera. Ta pravila uključuju i zajednički član 3, ali idu i dalje od tog člana te obuhvataju pravila koja se odnose na metode ratovanja.

Žalbeno vijeće će sada promotriti one argumente žalilaca u kojima se raspravlja o zaključcima iz Odluke o nadležnosti u predmetu *Tadić*, kako bi utvrdilo postoje li uvjerljivi razlozi u interesu pravde zbog kojih bi od tih zaključaka trebalo odstupiti.

Kao potvrdu svom argumentu da kršenja zajedničkog člana 3 nisu u nadležnosti Međunarodnog suda, **žalioci tvrde da Savjet bezbjednosti, u vrijeme kad je usvajao član 3 Statuta, uopšte nije imao namjeru da na osnovu ovog člana Statuta dozvoli krivično gonjenje kršenja zajedničkog člana 3, i da bi Savjet bezbjednosti, da je zajednički član 3 namjeravao uvrstiti u djelokrug člana 3 Statuta, tako izrijekom i napomenuo u članu 2 Statuta, članu koji se bavi pravom zaštite žrtava. Po njihovom mišljenju, analiza člana 3 Statuta pokazuje da se taj član ograničava na haško pravo. S time žalioci povezuju argument da se djelokrug člana 3 može proširiti samo na uporediva djela manje težine od već navedenih, a nikako ne na djela mnogo višeg reda veličine i potpuno drugačijeg karaktera. Obrazlažući svoj argument, žalioci takođe posežu za usporedbom statuta MKSJ a i MSR-a, čiji član 4 *eksplicitno* obuhvata zajednički član 3. Žalioci dalje tvrde da je Savjet bezbjednosti sukob u bivšoj Jugoslaviji smatrao međunarodnim, i stoga je predvidio da će se krivično goniti samo teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena u međunarodnom sukobu.** Tužilac izjavljuje da bi se **Žalbeno vijeće** trebalo pridržavati svog prethodnog zaključka iz Odluke o nadležnosti u predmetu *Tadić*.

Zaključak Žalbenog vijeća:

Što se tiče argumenta žalilaca o tome što je bila namjera Savjeta bezbjednosti, **Žalbeno vijeće** smatra da su Izvještaj generalnog sekretara i izjave predstavnika država pred Savjetom bezbjednosti dane u vrijeme

donošenja Statuta, i to onako kako su analizirani u predmetu *Tadić*, jasna potvrda zaključka da je spisak djela navedenih u članu 3 zamišljen tako da obuhvati *sva* kršenja zakona ili običaja ratovanja, široko shvaćena, pored onih poimenično navedenih u tom članu kao primjer. Pravilno je da neki međunarodni sud, kad ocjenjuje značenje usvojenog teksta,

povede računa i o interpretativnim izjavama koje su države iznosile u vrijeme usvajanja rezolucije, pošto one čine važan dio legislativnog historijata Statuta. Te izjave mogu rasvijetliti neke aspekte sastavljanja i usvajanja Statuta, kao i njegov cilj i svrhu, u situaciji kad se nijedna država ne protivi takvom tumačenju, kao što je napomenuto u predmetu *Tadić*. To je u skladu sa prihvaćenim pravilima o tumačenju menunarodnih ugovora.

Žalbeno vijeće ostaje jednako neuvjereno konstatacijom žalilaca da je nelogično kršenja zajedničkog člana 3, koji pripada "ženevskom pravu", unositi u član 3 Statuta koji je vezan za odredbe "haškog prava". Žalbeno vijeće je u predmetu *Tadić* raspravljalo **o evoluciji u značenju izraza "ratni zločini".** Zaključilo je da se **u savremenom tumačenju ratni zločini** vezuju i za ženevsko i za haško pravo i da kršenja zakona i običaja ratovanja pokrivaju oba tipa pravila. Tradicionalni zakoni ratovanja u vezi sa zaštitom lica (i onih koja učestvuju i onih koja ne učestvuju u neprijateljstvima) i imovine danas se pravilnije nazivaju "međunarodnim humanitarnim pravom" i imaju širi djelokrug pa tako, na primjer, uključuju i Ženevske konvencije. U Komentaru MKCKa (uz ŽK IV) kaže se tako **da "Ženevske konvencije pripadaju onome što se općenito naziva zakonima i običajima ratovanja,** kršenja kojih se uobičajeno nazivaju ratnim zločinima". Osim toga, Dopunski protokol I sadrži pravila koja izviru i iz ženevskog i iz haškog prava.

Novija potvrda da **striktno odvajanje haškog od ženevskog prava u savremenom međunarodnom humanitarnom pravu na osnovu "tipa" pravila više nije opravdano, može se naći u članu 8 Statuta MKS -a.** Taj se član bavi općenito "Ratnim zločinima", odnosno teškim povredama i "drugim teškim kršenjima zakona i običaja ratovanja primjenjivih na međunarodne oružane sukobe"; kršenjima zajedničkog člana 3 u sukobima ne-međunarodnog karaktera; i "drugim teškim kršenjima zakona i običaja ratovanja primjenjivim na ne-međunarodne oružane sukobe". **Žalbeno vijeće stoga potvrđuje gledište izneseno u drugostepenoj presudi u predmetu *Tadić* da je pojam "zakoni i običaji ratovanja" evoluirao u toj mjeri da je u vrijeme kad su počinjena djela koja navodi optužnica obuhvatao i kršenja ženevskog prava i da se, shodno tome, član 3 Statuta može tumačiti kao član čija je namjera bila obuhvatiti i pravila ženevskog prava. Iz toga slijedi da se tvrdnja žalilaca da se kršenja zajedničkog člana 3 ne mogu uvrstiti u član 3 kao djela različite prirode ne prihvata.**

Nastavljamo s argumentom žalilaca da bi bilo logičnije da je zajednički član 3 obuhvaćen u članu 2 Statuta. Žalbeno vijeće primjećuje da same Ženevske konvencije razlikuju teške povrede od drugih kršenja odredbi Konvencija. Za djela navedena u zajedničkom članu 3 može se reći da pripadaju kategoriji drugih teških kršenja Ženevskih konvencija, i da zbog toga ulaze u opštu klauzulu člana 3. U njihovom neuključivanju u okvir člana 2 Statuta ne prepoznaje se nikakva nedosljednost. Ovakav pristup, koji se zasniva na razlikovanju teških povreda Ženevskih konvencija od drugih teških kršenja Konvencija, prihvaćen je kasnije i u Statutu MKS-a.

Kao što ćemo vidjeti dalje u tekstu, **argument žalilaca da je Savjet bezbjednosti sukob smatrao međunarodnim,** čak i da je tačan, ne bi bio odlučujući za ovo pitanje zato što su zabrane iz zajedničkog člana 3 takođe primjenjive i na međunarodne sukobe. Ovdje međutim treba napomenuti **da se Žalbeno vijeće ne slaže sa mišljenjem žalilaca da su Savjet bezbjednosti i generalni sekretar utvrdili da je u vrijeme nastanka Međunarodnog suda sukob u bivšoj Jugoslaviji bio sukob međunarodnog karaktera.** Po mišljenju Žalbenog vijeća, u Izvještaju generalni sekretar uopšte ne zauzima stav o tome da li su razni sukobi u bivšoj Jugoslaviji bili međunarodnog karaktera, u svrhu primjene mjerodavnog prava od određenog datuma. Formulacije korištene u Statutu su neutralne. Član 1 Statuta, pod naslovom "Nadležnost Međunarodnog suda", ovlašćuje Menunarodni sud da krivično goni osobe odgovorne "za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991.godine", ne pominjući ni na koji način prirodu sukoba. To je potvrda tumačenju da je Savjet bezbjednosti, usvajajući Statut, smatrao da pitanje prirode sukoba treba da na pravosudni način utvrdi sam Međunarodni sud pošto ta problematika podrazumijeva i **činjenična i pravna pitanja.**

Žalbeno vijeće stoga ne nalazi uvjerljive razloge u interesu pravde zbog kojih bi odstupilo od svoje prethodne sudske prakse u rješavanju pitanja **da li zajednički član 3 Ženevskih konvencija ulazi u okvir člana 3 Statuta.**

2. Da li se Pretresno vijeće pridržavalo Odluke o nadležnosti u predmetu *Tadić?*

Pretresno vijeće se uglavnom *oslanjalo na Odluku o nadležnosti u predmetu Tadić, ne našavši "nikakvog razloga da odstupi" od te odluke.* Zaključci koji slijede jasno pokazuju da je Pretresno vijeće *prihvatilo stanovište da je zajednički član 3 ugrađen u član 3 Statuta.* Pretresno vijeće je *uputilo na paragrafe 87 i 91 Odluke o nadležnosti u predmetu Tadić opisujući "podjelu rada izmenu člana 2 i člana 3 Statuta".* Pretresno vijeće je dalje zaključilo *da "ovo Pretresno vijeće nimalo ne sumnja da je namjera Savjeta bezbjednosti bila da osigura da nadležnost Međunarodnog suda obuhvati sva teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena unutar relevantnih geografskih i vremenskih granica".*

U vezi s običajnim statusom zajedničkog člana 3, Pretresno vijeće je zaključilo:

„Premda se uvrštenje odredbe o unutrašnjim oružanim sukobima u Ženevske konvencije godine 1949. moglo smatrati novinom, nema nikakve sumnje da su zaštite i zabrane sadržane u toj odredbi postale dio međunarodnog običajnog prava. Kao što je već rečeno u opširnom obrazloženju Žalbenog vijeća, korpus pravnih propisa kojima se reguliše vođenje neprijateljstava i zaštita žrtava u unutrašnjim oružanim sukobima, danas je opšte priznat.“

Žalbeno vijeće stoga smatra da je Pretresno vijeće pravilno usvojilo *dictum* Žalbenog vijeća u rješavanju ovog pitanja.

Može li se zajednički član 3 primijeniti na međunarodne oružane sukobe?

1. Šta je mjerodavno pravo

U toku rasprave o postojanju običajnih pravila koja uređuju vođenje oružanih sukoba u međunarodnom humanitarnom pravu, **Žalbeno vijeće je u Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić* primijetilo da postoji tendencija da se, kad je riječ o ljudima, gubi razlika izmenu međudržavnih i građanskih ratova. Zatim je našlo da su pravila iz nekih međunarodnih ugovora, a posebno odredbe zajedničkog člana 3, koji predstavlja obavezni minimum primjenjiv na unutrašnje sukobe, postepeno prerasla u običajno pravo. U prilog stanovištu da su kršenja zajedničkog člana 3 primjenjiva bez obzira na prirodu sukoba, Žalbeno vijeće je uputilo na zaključak MSP-a u predmetu *Nikaragva* da pravila sadržana u zajedničkom članu 3 odražavaju "elementarne obzire čovječnosti" koji su prema međunarodnom običajnom pravu primjenjive u svim sukobima.** *U predmetu Nikaragva, MSP je raspravljao o običajnom statusu člana 3 zajedničkog Ženevskim konvencijama i zaključio:*

*Član 3, zajednički svim četirima Ženevskim konvencijama od 12. avgusta 1949., definiše određena pravila koja treba da se primjenjuju u oružanim sukobima ne-međunarodnog karaktera. Nema sumnje da ta pravila predstavljaju minimalno mjerilo i u slučaju međunarodnih oružanih sukoba, uz detaljnija pravila koja se takođe primjenjuju na međunarodne sukobe; i to su ta pravila koja, prema mišljenju ovog Suda, odražavaju ono što je Sud 1949 godine proglasio **"elementarnim obzirima čovječnosti".***

Tako je, oslanjajući se na predmet *Nikaragva,* **Žalbeno vijeće** zaključilo:

„Stoga je, barem u odnosu na minimum pravila zajedničkog člana 3, karakter sukoba irelevantan.“

Žalbeno vijeće je također smatralo da proceduralni mehanizam predviđen u zajedničkom članu 3 kojim se strane u unutrašnjim sukobima pozivaju da pristanu poštovati ostatak konvencija, **"odražava shvatanje da se određena fundamentalna pravila primjenjuju bez obzira na prirodu sukoba"**.

Žalbeno vijeće je takođe smatralo da **rezolucije Generalne skupštine potkrepljuju postojanje određenih pravila ratovanja o zaštiti civila i imovine koja su primjenjiva i u unutrašnjim i u međunarodnim oružanim sukobima.**

Pozivajući se na Odluku o nadležnosti u predmetu Tadić, koju je slijedilo Pretresno vijeće, Delalić tvrdi da Žalbeno vijeće nije razmotrilo status zajedničkog člana 3 kako valja, a posebno da nije analiziralo praksu država i *opinio juris* donoseći zaključak da taj član jeste, kao stvar međunarodnog običajnog prava, primjenjiv na međunarodne oružane sukobe. Osim toga, po njegovom mišljenju, nalazi Međunarodnog suda pravde o običajnom statusu zajedničkog člana 3 i o njegovoj **primjenjivosti i na unutrašnje i na međunarodne sukobe** jesu *dicta*.

Tužilac je zauzeo stanovište **da je, prema stavu MSP-a iz predmeta *Nikaragva,* upravo zbog toga što je zajednički član 3 izraz elementarnih obzira čovječnosti primjenjivih bez obzira na prirodu sukoba taj član primjenjiv na međunarodne sukobe.**

Nesporno je da zajednički član 3, koji propisuje minimalni nukleus obaveznih pravila, odražava fundamentalna humanitarna načela koja su u osnovi cjelokupnog menunarodnog humanitarnog prava i na kojima se temelje Ženevske konvencije u cjelini. Ta načela, čija je svrha poštovanje dostojanstva čovjeka, nastajala su kroz stoljeća ratovanja i u času usvajanja Ženevskih konvencija već su bila običajno pravo, zbog toga što odražavaju najopćenitije prihvaćena humanitarna načela.

Ta načela kodificirana su u zajedničkom članu 3 kao minimalni nukleus koji se primjenjuje u unutrašnjim sukobima, ali ona su tako fundamentalne prirode da se smatra da ta načela regulišu i unutrašnje i menunarodne sukobe. ***Kao što kaže MKCK,*** *svrha zajedničkog člana 3 bila je da "obezbijedi da se poštuje onih nekoliko suštinskih pravila čovječnosti za koje sve civilizirane nacije vjeruju da vrijede svugdje i u svim okolnostima, i da su iznad i izvan samog ratovanja".*

Ta pravila mogu se stoga smatrati "kvintesencijom" humanitarnih pravila koja nalazimo u Ženevskim konvencijama kao cjelini.

*Upravo ova načela **Međunarodni sud pravde** drži izrazom fundamentalnih standarda čovječnosti koja vrijede u svim okolnostima.*

Komentar MKCK-a uz ŽK IV *jasno potvrđuje da se smatralo da ti standardi odražavaju principe koji se primjenjuju na Konvencije u cjelini i da predstavljaju u osnovi sličnu osnovnu normu primjenjivu na obje vrste sukoba:*

„Taj minimalni uslov u slučaju ne-međunarodnih sukoba, „a fortiori" je primjenjiv i na međunarodne oružane sukobe. *Njime se proglašava vodeće načelo, zajedničko za sve četiri Ženevske konvencije, iz kojeg svaka pojedina konvencija izvodi najbitniju odredbu na kojoj je sagrađena."*

To je potpuno u skladu sa logikom i duhom Ženevskih konvencija - to je "logička primjena fundamentalnog načela". Konkretno, u vezi sa suštinskim pravilima izloženim u stavu (1), alinejama od (a) do (d) zajedničkog člana 3, **u Komentaru MKCK-a se dalje kaže:**

Vrijednost ove odredbe nije ograničena na oblast o kojoj govori član 3. Predstavljajući, kao što jeste slučaj, minimum koji se mora primjenjivati i u najneodređenijim sukobima, „a fortiori" uslovi ove odredbe moraju se poštovati u slučaju pravih međunarodnih sukoba, kada se primjenjuju sve odredbe Konvencije. Moglo bi se reći da "veća obaveza uključuje i manju".

Zajednički član 3 može se, dakle, posmatrati kao "minimalno mjerilo" za pravila međunarodnog humanitarnog prava sličnog sadržaja koja su primjenjiva i na unutrašnje i na međunarodne sukobe. Treba napomenuti da pravila primjenjiva na međunarodne oružane sukobem nisu ograničena na minimalna pravila propisana zajedničkim članom 3, pošto međunarodne sukobe regulišu detaljnija pravila. Pravila sadržana u zajedničkom članu 3 smatraju se primjenjivim na međunarodne sukobe zato što čine nukleus pravila primjenjivih na takve sukobe. Nema sumnje da su djela popisana, među ostalima, u alinejama (a) nasilje protiv života, i (c) povrede ličnog dostojanstva, gnusna djela "koja svjetsko mnijenje smatra posebno odvratnim". Ta djela su zabranjena i u odredbama o teškim povredama Ženevske konvencije IV, na primjer u članu 147. Član 75 Dopunskog protokola I, primjenjiv na međunarodne sukobe, propisuje i minimum zaštite za sve osobe koje ne mogu istaći pravo na neki poseban status. Član 75, stav 2 direktno izvire iz teksta zajedničkog člana 3.

Ovakvo tumačenje nalazi daljnju potvrdu razmatranjem drugih grana međunarodnog prava, a posebno u oblasti ljudskih prava.

U središtu je i prava o ljudskim pravima i humanitarnog prava poštovanje ljudskih vrijednosti i digniteta čovjeka. I jedna i druga oblast prava polaze od **obzira prema ljudskom dostojanstvu**, **koje je osnovica nizu fundamentalnih minimalnih kriterija čovječnosti.** Komentar MKCK-a uz Dopunske protokole upućuje na njihovu zajedničku osnovicu sljedećim riječima: *"Ta nesmanjiva bazična ljudska prava, poznata i kao 'neotuđiva prava', odgovaraju najosnovnijem nivou zaštite na koje imaju pravo svi i u svakom času …". Srž univerzalnih i regionalnih instrumenata ljudskih prava i Ženevskih konvencija isti su fundamentalni standardi koji se primjenjuju u svako vrijeme, u svim okolnostima i na sve strane, i koja se ne smiju oduzeti. Razlog za to što se ovi fundamentalni standardi pojavljuju u obje oblasti prava jeste zaštita čovjeka od određenih gnusnih djela koje svi civilizirani narodi smatraju neprihvatljivim u bilo kojim okolnostima.*

I sa pravnog i sa moralnog stanovišta neodrživa je tvrdnja da pravila sadržana u zajedničkom članu 3, koja čine obavezna minimalna pravila primjenjiva u unutrašnjim sukobima, gdje su pravila manje razvijena nego u slučaju međunarodnih sukoba, nisu primjenjiva na sukobe međunarodnog karaktera. Pravila iz zajedničkog člana 3 obuhvaćena su i dalje razrađena u sklopu pravila koja se primjenjuju na međunarodne sukobe. Logično je što je ovaj minimum primjenjiv na međunarodne sukobe, zato što su bazična pravila identična. Prema mišljenju Žalbenog vijeća, ono što je zabranjeno u unutrašnjim sukobima nikako ne može biti dopustivo u međunarodnom sukobu, gdje su pravila obuhvatnija. Zbog toga Žalbeno vijeće nisu uvjerili argumenti koje iznose žalioci i ono ne nalazi uvjerljive razloge zbog kojih bi trebalo odstupiti od svojih prethodnih zaključaka.

2. Da li je Pretresno vijeće slijedilo Odluku o nadležnosti u predmetu *Tadić*?

Pretresno vijeće je zaključilo:

Premda je zajednički član 3 Ženevskih konvencija zamišljen da se primjenjuje na unutrašnje oružane sukobe, iz ranije analize takođe je očito da se materijalne zabrane sadržane u tom članu jednako primjenjuju na situacije međunarodnog oružanog sukoba. Slično, kao što je već navelo Žalbeno vijeće, zločini koji potpadaju pod član 3 Statuta Međunarodnog suda mogu biti počinjeni u oba tipa sukoba. ***Zaključak Pretresnog vijeća da je sukob u Bosni i Hercegovini 1992. bio međunarodni stoga nema nikakvog uticaja na primjenu člana 3.***

Pretresno vijeće je dakle jasno slijedilo ***jurisprudenciju Žalbenog vijeća.***

C. Da li zajednički član 3 podrazumijeva individualnu krivičnu odgovornost

1. Šta je mjerodavno pravo?

Analizirajući u Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić* da li zajednički član 3 podrazumijeva individualnu krivičnu odgovornost, **Žalbeno vijeće** je najprije primijetilo da "zajednički član 3 Ženevskih konvencija ne sadrži nikakav eksplicitan pomen krivične odgovornosti zbog kršenja tih odredbi". Međutim, upućujući na nalaze Međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu da nepostojanje ugovornopravnih odredbi o kažnjavanju kršenja nije prepreka odluci o individualnoj krivičnoj odgovornosti, ako su ispunjeni odreneni uslovi, **Vijeće je zaključilo:**

„Primjenjujući prethodne kriterijume na kršenja o kojima je ovdje riječ, mi nemamo nikakve sumnje da ona za sobom povlače individualnu krivičnu odgovornost, bilo da su počinjena u unutrašnjim ili u međunarodnim oružanim sukobima. ***Principi i pravila međunarodnog prava odražavaju "elementarne obzire čovječnosti" koji su opšteprihvaćeni kao obavezni minimum ponašanja u oružanim sukobima bilo koje vrste. Niko ne može da sumnja u ozbiljnost krivičnih djela o kojima je riječ, niti u interes međunarodne zajednice da ih zabrani."***

Prema mišljenju ***Žalbenog vijeća,*** *ovakav zaključak podržavaju "mnogi elementi međunarodne prakse koji ukazuju na namjeru država da kriminalizuju teška kršenja običajnih pravila i principa u unutrašnjim sukobima". Poimenično su pomenuta suđenja na nigerijskim sudovima, nacionalni vojni priručnici, nacionalno zakonodavstvo (uključujući i zakon bivše Jugoslavije koji je Bosna i Hercegovina preuzela nakon stjecanja nezavisnosti), i rezolucije jednoglasno usvojene u Savjetu bezbjednosti.*

Žalbeno vijeće je daljnju potvrdu za svoj zaključak našlo **u zakonima koji su bili na snazi u bivšoj Jugoslaviji u vrijeme kad su počinjena djela za koje tereti optužnica:**

Državljani bivše Jugoslavije kao i, sada, državljani Bosne i Hercegovine znali su prema tome, ili je trebalo da znaju, da podliježu nadležnosti svojih domaćih krivičnih sudova u slučajevima kršenja međunarodnog humanitarnog prava.

Žalbeno vijeće je i u sporazumu sklopljenom pod pokroviteljstvom MKCK-a 22. maja 1992. godine našlo potvrdu za svoj zaključak da se kršenja međunarodnog prava koja su se dogodila u kontekstu sukoba, koji je u tom sporazumu protumačen kao unutrašnji sukob, mogu krivično sankcionisati.

Žalbeno vijeće je uputilo i na stanovište Menunarodnog vojnog tribunala da zločine protiv međunarodnog prava čine pojedinci (Odluka o nadležnosti u predmetu *Tadić*, para. 128).

Prigovori odbrane:

Žalioci tvrde **da iz dokaza prezentiranih u Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić* ne proizlazi da zajednički član 3 predstavlja međunarodno običajno pravo kojim bi bila ustanovljena individualna krivična odgovornost** zato što nedostaje potvrda prakse država i *opinio juris*. Uz to, žalioci izjavljuju da je u času usvajanja Ženevskih konvencija 1949. godine, zajednički član 3 bio van sistema teških povreda pa zato nije ni ušao u shemu osnova za individualnu krivičnu odgovornost. Po njihovom mišljenju, takva pozicija nije se promijenila ni usvajanjem Dopunskog protokola II 1977. godine. Nadalje se tvrdi da zajednički član 3 podrazumijeva samo obaveze država i da je bilo zamišljeno da se njegove odredbe sprovode kroz nacionalne pravne sisteme. Osim toga, **žalioci tvrde da postoje čvrsti dokazi koji pokazuju da zajednički član 3 *nije* jedno od pravila običajnog prava koje zahtijeva odgovornost fizičkih osoba**. Naročit naglasak stavlja se na Statut MKSR-a i Izvještaj generalnog sekretara u kojem se kaže da je zajednički član 3 prvi put kriminalizovan u Statutu MKSR-a.

U pogledu navedenog žalbenog osnova odbrane optuženih Žalbeno vijeće istaklo je sljedeće: Iako je, gledamo li striktno međunarodno-ugovorno pravo, predviđeno samo krivično gonjenje teških povreda počinjenih u kontekstu međunarodnog sukoba, Žalbeno vijeće u predmetu *Tadić* zaključilo je da, kao stvar običajnog prava, kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena u unutrašnjim sukobima, među ostalim i kršenja zajedničkog člana 3, takođe mogu povlačiti za sobom individualnu krivičnu odgovornost.

Prihvatimo li argumentaciju žalilaca, postojala bi **dva različita režima krivične odgovornosti,** zasnovana na dvije različite pravne kvalifikacije oružanog sukoba. Iz toga proizlazi da se jednako strahotno ponašanje počinjeno u unutrašnjem sukobu ne bi moglo kazniti. Žalbeno vijeće nalazi da argumenti koje su iznijeli žalioci ne odolijevaju pomnom razmatranju.

Kao što je Žalbeno vijeće zaključilo u predmetu *Tadić*, činjenica da zajednički član 3 eksplicitno ne pominje individualnu krivičnu odgovornost ne mora značiti da ne postoji mogućnost da se krivično sankcioniše kršenje tog pravila. Međunarodni vojni tribunal je prihvatio sličan pristup, na koji se upućuje i u Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić*, u kojoj Žalbeno vijeće zaključuje da nepostojanje međunarodno-ugovornih odredbi o kažnjavanju kršenja ne isključuje individualnu krivičnu odgovornost. Nirnberški tribunal je jasno utvrdio da postupci pojedinaca zabranjeni međunarodnim pravom predstavljaju krivična djela i kad ne postoje odredbe onadležnosti za suđenje za takva kršenja: "Zločine protiv međunarodnog prava čine ljudi, a ne apstraktni entiteti, i odredbe međunarodnog prava mogu se sprovoditi jedino kroz kažnjavanje pojedinaca koji čine takva kršenja".

Žalioci tvrde da iz činjenice da zajednički član 3 nije obuhvaćen sistemom teških povreda Ženevskih konvencija, koji predvina univerzalnu jurisdikciju, nužno proizlazi da zajednički član 3 ne podrazumijeva individualnu krivičnu odgovornost. To je pogrešno shvatanje. Prema mišljenju Žalbenog vijeća, žalioci u svojoj argumentaciji ne prepoznaju razliku izmenu dva odvojena pitanja:

„Pitanja kriminalizacije i pitanja jurisdikcije. Kriminalizacija se može definisati kao čin kojim se određeno ponašanje proglašava vanpravnim ili protivzakonitim. Jurisdikcija se više odnosi na pravosudnu nadležnost za krivično gonjenje tih krivičnih djela. Ta dva koncepta ne moraju se podudarati. Žalbeno vijeće uopšte ne

sumnja da je 1949. postojala namjera da se kriminalizuju djela avedena u zajedničkom članu 3, pošto je očita namjera da se ona proglase nelegalnim u međunarodnom pravnom poretku. Tekst zajedničkog člana 3 jasno zabranjuje temeljna djela kao što su ubistvo i mučenje. Međutim, u to vrijeme u Ženevskim konvencijama nije bio predviđen mehanizam nadležnosti ni sprovođenja tih odredbi.“

Takvo tumačenje nalazi potvrdu u samim odredbama Ženevskih konvencija, kojima se države, ugovorne strane, obavezuju da će “poštovati ovu Konvenciju i da će joj obezbijediti poštovanje u svim okolnostima”. Dakle, zajednički član 1 obavezuje države ugovorne strane, nakon ratifikacije, na dužnost sprovođenja odredbi Ženevskih konvencija u nacionalnom zakonodavstvu. Jasno je da se ta obaveza odnosi na Konvencije kao na cjelinu, i prema tome, ta obaveza obuhvata i zajednički član 2. U predmetu *Nikaragva*, MSP je ustanovio da se zajednički član 1 primjenjuje i na unutrašnje sukobe.

Osim toga, u trećem stavu člana 146 Ženevske konvencije IV, nakon odredbi kojima se ustanovljuje mehanizam univerzalne nadležnosti primjenjive na teške povrede, predvina se:

„Svaka visoka strana ugovornica preduzet će potrebne mjere radi suzbijanja svih postupaka suprotnih odredbama ove Konvencije koje nisu teške povrede određene u sljedećem članu.“

U komentaru MKCK-a (ŽK IV)) u vezi s ovom odredbom kaže se da “nema sumnje da se primarno misli na suzbijanje drugih povreda osim nabrojanih teških povreda, a tek na drugom mjestu misli se na administrativne mjere koje treba preduzeti da bi se obezbijedilo poštovanje odredbi Konvencije”.

Zatim se zaključuje:

„Ovo pokazuje da nacionalno zakonodavstvo treba da suzbija sve povrede Konvencije. Ugovorne strane koje su preduzele mjere suzbijanja raznih teških povreda Konvencije i ustanovile primjerenu kaznu za svaki slučaj kršenja, treba da u svoje zakonodavstvo uvrste barem opštu klauzulu kojom se predviđa kažnjavanje za druga kršenja. Osim toga, u smislu ovog paragrafa, vlasti ugovornih strana moraju svima kojima su pretpostavljene izdati uputstva u skladu sa Konvencijom i ustanoviti sudsko ili disciplinsko kažnjavanje povreda Konvencija.“

Ovo, po mišljenju Žalbenog vijeća, jasno pokazuje - zbog toga što u tim odredbama nema iznimaka - da se Ženevskim konvencijama predviđalo da kršenja zajedničkog člana 3 mogu povlačiti za sobom individualnu krivičnu odgovornost prema domaćem zakonodavstvu, što žalioci i prihvataju. Nepostojanje legislative koja predvina suzbijanje takvih kršenja bilo bi, tvrdi se, u neskladu s opštom obavezom sadržanom u zajedničkom članu 1 Konvencija.

Kao što Žalbeno vijeće spominje u Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić*, države su usvojile nacionalnu legislativu kojom se predvina krivično gonjenje kršenja zajedničkog člana 3. Od 1995. godine još je nekoliko država usvojilo legislativu kojom se kriminalizuju kršenja zajedničkog člana 3, što je još jedna potvrda da države smatraju kršenja zajedničkog člana 3 smatraju krivičnim djelima. Bilo je i slučajeva krivičnog gonjenja po zajedničkom članu 3 u sklopu acionalnog zakonodavstva.

Žalbeno vijeće nije ubijedila ni tvrdnja žalilaca da je namjena sankcija za kršenje zajedničkog člana 3 samo njihovo sprovođenje na nacionalnom nivou. U tom smislu, Žalbeno vijeće upućuje na svoj prethodni zaključak o običajnom karakteru zajedničkog člana 3 i njegovom ugrađivanju u član 3 Statuta.

Argument da su Statutom MKSR-a, koji sudi o unutrašnjem sukobu, kršenja zajedničkog člana 3 postala predmet krivičnog gonjenja na međunarodnom nivou, potkrepljuje, po mišljenju Žalbenog vijeća, takvo tumačenje. Izjava generalnog sekretara o tome kako se po prvi put kriminalizuju kršenja zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija značila je da se prvi put donose odredbe koje *izričito* predviđaju međunarodnu nadležnost nad takvim povredama. Naime, osnivajući Međunarodni krivični sud za Ruandu, Savjet bezbjednosti nije stvarao novo pravo nego je, među ostalim, kodifikovao postojeća običajna pravila za potrebe nadležnosti MKSR-a. Po mišljenju Žalbenog vijeća, osnivanjem tog međunarodnog suda, Savjet bezbjednosti je naprosto kreirao međunarodni mehanizam za krivično gonjenje zločina koji već jesu podlijegali individualnoj krivičnoj odgovornosti.

Žalbeno vijeće ne može naći nijedan principijelni razlog zbog kojeg se, nakon što je primjena pravila međunarodnog humanitarnog prava proširena (mada u umanjenom obliku) na kontekst unutrašnjih oružanih sukoba, kršenja tih pravila u tom kontekstu ne bi mogla krivično sankcionisati na međunarodnom nivou. To posebno vrijedi za krivično gonjenje koje sprovodi međunarodni sud koji je ustanovio Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija, u situaciji u kojoj je direktno pozvao da se krivično gone lica odgovorna za kršenja humanitarnog prava u oružanom sukobu za koja se smatra da predstavljaju prijetnju međunarodnom miru i sigurnosti, prema Glavi VII Povelje Ujedinjenih nacija.

U svjetlu činjenice da je većina sukoba u savremenom svijetu unutrašnjeg karaktera, održavati razliku izmenu dva pravna režima i njihovih krivičnopravnih posljedica u odnosu na djela je jednako stravična samo zbog razlike u karakteru sukoba, značilo bi ignorisati samu svrhu Ženevskih konvencija, a to je zaštita dostojanstva čovjeka.

Žalbeno vijeće je ostalo jednako neubijeđeno argumentom žalilaca da je takva interpretacija zajedničkog člana 3 u suprotnosti sa **principom legaliteta. Djelokrug tog principa razmatran je u žalbenoj presudi u**

predmetu *Aleksovski*, u kojoj se zaključuje da princip *nullum crimen sine lege* ne sprečava neki sud da interpretira i pojašnjava elemente odrenenog krivičnog djela. Univerzalno je prihvaćeno da su djela navedena u zajedničkom članu 3 nedjela nad kojima se zgraža savjest civiliziranih ljudi i da su ona stoga, kako kaže član 15(2) MPGPP-a, "zločinačka prema opštim principima prava koja priznaju civilizirani narodi".

Žalbeno vijeće ne nalazi nijedan uvjerljiv razlog u interesu pravde zbog kojeg bi odstupilo od zaključaka o ovom pitanju iz Odluke o nadležnosti u predmetu *Tadić*.

2. Da li je Pretresno vijeće primijenilo ispravna pravna načela?

Žalbeno vijeće primjećuje da su žalioci pred Pretresnim vijećem izložili iste argumente koje sada izlažu u žalbi. Pretresno vijeće je zaključilo:

„I o ovom je pitanju već rješavalo Žalbeno vijeće u Odluci o nadležnosti u predmetu Tadić i Pretresno vijeće ne vidi razloga da odstupi od njegovih zaključaka. Žalbeno vijeće je u toj odluci razmotrilo više nacionalnih zakona, kao i sudsku praksu, iz čega je očito da postoje brojni slučajevi krivičnih odredbi koje obuhvataju kršenja zakona koji se primjenjuju na unutrašnje oružane sukobe. Iz ovih izvora, Žalbeno vijeće izvodi da nema ničega što bi bilo inherentno suprotno ideji pojedinačne krivične odgovornosti za kršenja zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija, te da kršenje zajedničkog člana 3 doista povlači takvu odgovornost."

Zatim je zaključilo:

„Činjenica da se u samim Ženevskim konvencijama izričito ne pominje krivična odgovornost za kršenja zajedničkog člana 3 sama po sebi ne isključuje takvu odgovornost. Osim toga, ne stoji tumačenje da zbog činjenice da kršenje pojedinih odredbi Konvencija predstavlja "tešku povredu" i stoga potpada pod obaveznu univerzalnu nadležnost, ostale odredbe Konvencija ne povlače krivične sankcije. Sve države imaju dužnost da krivično gone i kažnjavaju "teške povrede", dok im je krivično gonjenje "ostalih" povreda ostavljeno kao mogućnost. Iz toga proizilazi da međunarodni sud poput ovoga mora imati mogućnost da krivično goni i kažnjava takva kršenja Konvencija."

U potvrdu ovom zaključku, koji je potpuno u skladu sa stanovištem Žalbenog vijeća, Pretresno vijeće je u nastavku uputilo na Nacrt kodeksa o zločinima protiv mira i bezbjednosti čovječanstva KMP-a i na Statut MKS-a. Pretresno vijeće je doduše naglasilo da, mada "su ti instrumenti sastavljeni nakon što su djela navedena u optužnici počinjena, oni svejedno ilustruju raširenо uvjerenje da odredbe zajedničkog člana 3 nisu nespojive sa pripisivanjem individualne krivične odgovornosti".

U vezi sa Statutom MKSR-a i izjavom generalnog sekretara u izvještaju o MKSR-u da se sada po prvi put kriminalizuje zajednički član 3, Pretresno vijeće je zaključilo: "Ujedinjene nacije ne mogu 'kriminalizovati'nijednu odredbu međunarodnog humanitarnog prava samim činom davanja stvarne nadležnosti nekom međunarodnom sudu. Međunarodni sud samo identifikuje i primjenjuje postojeće međunarodno običajno pravo, a to, kao što je već rečeno, ne zavisi od toga da li je sadržaj pojedine odredbe običajnog prava izričito pomenut u Statutu, iako se isti može izričito pomenuti, kao što je slučaj sa Statutom MKSR-a". Ovo je potpuno u skladu sa zaključkom Žalbenog vijeća da nepostojanje eksplicitne reference o zajedničkom članu 3 u Statutu ovog međunarodnog suda ne opravdava zaključak da kršenja zajedničkog člana 3 ne mogu podrazumijevati individualnu krivičnu odgovornost.

Zaključak Pretresnog vijeća u vezi sa načelom legaliteta također je u skladu sa stanovištem Žalbenog vijeća. Pretresno vijeće je pomenulo član 15 MPGPP-a i Krivični zakon SFRJ, koji je Bosna i Hercegovina preuzela, a zatim i zaključilo:

„Neporecivo je da su djela kao što je ubistvo, mučenje, silovanje i nečovječno postupanje, prema "opštim principima prava" priznatim u svim pravnim sistemima, krivična djela. Stoga pri razmatranju primjene principa nullum crimen sine lege u tekućem predmetu valja uzeti obzir upozorenje sadržano u članu 15(2) MPGPP-a. Svrha tog principa jeste da se spriječi krivično gonjenje i kažnjavanje pojedinca za djela za koja je u trenutku počinjenja imao razumnog osnova da vjeruje da su zakonita. Teško je povjerovati da bi optuženi mogli biti u zabludi s obzirom na krivičnu prirodu djela navedenih u optužnici. Činjenica da nisu mogli predvidjeti uspostavu Međunarodnog suda kao foruma za krivično gonjenje nije relevantna."

S ovim se **Žalbeno vijeće** potpuno slaže i zaključuje da je Pretresno vijeće primijenilo pravilne pravne principe rješavajući po pitanjima koja su mu predočena.

Iz ovoga slijedi da se žalbeni osnovi žalilaca ne mogu prihvatiti.12

NAPOMENA: Članak je objavljen u pravnom časopisu "Pravo i pravda", godina XI, broj 1 iz 2012. godine, a u OKO Reporteru se objavljuje uz prethodno pribavljenu saglasnost autora.

Primjeri prakse Suda BiH

Sud Bosne i Hercegovine, Odjel I za ratne zločine, u vijeću Apelacionog odjeljenja, sastavljenom od sudije Redžiba Begića, kao predsjednika vijeća, te sudija Azre Miletić i Hilme Vučinića, kao članova vijeća, u krivičnom predmetu protiv optuženog Mustafe Đelilovića i dr., zbog krivičnog djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav (1) tačke c), e) i f) i krivičnog djela Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stav (1) tačke a), b) i c) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH), u vezi sa članom 180. stav (1) i (2) KZ BiH,a sve u vezi sa članovima 29. i 31. KZ BiH, odlučujući po žalbi branioca optuženog Fadila Čovića, advokata Kadrije Kolića, izjavljenoj protiv rješenja ovog Suda broj S1 1 K 007914 12 Kri od 14.02.2013. godine, na osnovu člana 321. stav (3) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH), dana 11.03.2013. godine donio je sljedeće:

R J E Š E NJ E

Uvažava se žalba branioca optuženog Fadila Čovića, te se ukida rješenje Suda BiH broj S1 1 K 007914 12 Kri od 14.02.2013. godine.

O b r a z l o ž e nj e

Rješenjem broj S1 1 K 007914 12 Kri od 14.02.2013. godine, na osnovu člana 242. stav (1) i (3), u vezi sa članom 241. stav (1) i članom 239. stav (2) ZKP BiH, zbog ometanja reda na nastavku glavnog pretresa, branilac optuženog Fadila Čovića, advokat Kadrija Kolić kažnjen je novčanom kaznom u iznosu od 1.500,00 KM (hiljadu i pet stotina konvertibilnih maraka).

Protiv navedenog rješenja, žalbu je blagovremeno izjavio branilac zbog: povrede odredaba krivičnog postupka, pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja i povrede krivičnog zakona, s prijedlogom da se pobijano rješenje ukine i da se branilac oslobodi izrečene kazne. Žalilac ističe da u njegovom ponašanju nije bilo ni naznake o nepoštivanju ili nepokoravanju sudu, te da je postupao u skladu sa odredbama člana 6., 50. i 236. ZKP BiH i člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama (EKLJP), odnosno postavljajući pitanja svjedoku u skladu sa pravilima unakrsnog ispitivanja. Branilac ukazuje da predsjednik vijeća u skladu sa ZKP BiH ima mogućnost da zabrani pitanje, ali da u konkretnom slučaju to nije učinjeno, te da branilac nije ni ponavljao pitanja, već je jedno ime ponovio dva puta, ali u različitom konteksu. Branilac prigovara i na terminologiju korištenu od strane predsjednice vijeća (*izbaciti van*), navodeći da zakonska terminologija jeste *udaljiti iz sudnice.* Osim toga, branilac smatra da je postupljeno protivno odredbi člana 242. stav (3) ZKP BiH, jer je pobijano rješenje doneseno nakon što je kraća pauza okončana i nakon što je branilac napustio suđenje, dakle bez njegovog prisustva je izrečena novčana kazna.

Nakon što je ispitalo pobijano rješenje u granicama žalbenih osnova i razloga, Apelaciono vijeće je odluku kao u dispozitivu donijelo iz sljedećih razloga.

Osnovano žalilac ukazuje na postojanje bitne povrede odredaba krivičnog postupka.

Odredbom člana 242. stav (1) ZKP BiH propisano je da sudija, odnosno predsjednik vijeća može udaljiti osobu iz sudnice da bi se zaštitilo pravo na pravedno i javno suđenje, odnosno održalo dostojanstveno i neometano suđenje. Nadalje, u stavu (3) istog člana propisano je da *ako* (...) *branilac (...) ili duga osoba koja prisustvuje glavnom pretresu* ***ometa red*** *ili se* ***ne pokorava naređenjima*** *sudije, odnosno predsjednika vijeća* ***za održavanje reda*** *– sudija, odnosno predsjednik vijeća može* ***narediti*** *da se osoba udalji iz sudnice i* ***kazni*** *novčanom kaznom do 10.000,00 KM.* U pogledu obje odluke koje se (kumulativno) donose u skladu sa članom 242. stav (3) ZKP BiH (naredba o udaljenju i novčana kazna) valja ukazati da protiv naredbe o udaljenju žalba nije dozvoljena i ista se samo unosi na zapisnik o glavnom pretresu, dok se odluka o novčanom kažnjavanju pored unošenja na zapisnik mora i pismeno izraditi u formi rješenja. Neophodno je istaći, da kažnjavanju mora prethoditi jasno upozorenje, sa jasnim uputama i naređenjima za održavanje reda, koja upozorena osoba (u ovom slučaju branilac) treba da slijedi i poštuje. Ometanje reda na glavnom pretresu može se manifestovati na različite načine, te naređenja sudije, odnosno predsjednika vijeća moraju da se odnose na održavanje reda.

Imajući u vidu navedeno, iz transkripta sa nastavka glavnog pretresa od 14.02.2013. godine proizilazi da je, tokom unakrsnog ispitivanja svjedoka od strane advokata Kadrije Kolića, predsjednica vijeća ukazala braniocu da prilikom ispitivanja svjedoka ponavlja pitanja, te da treba skratiti spisak (imena) i postavljati konkretna [1] pitanja. Nakon date upute, branilac se obratio predsjednici vijeća, riječima: „*Hvala. Vjerujte mi, i meni je interes da se ovaj predmet završi mom branjeniku što prije.*[2]“ Prema ocjeni Apelacionog vijeća, obraćanje branioca nakon date upute ne može se ocijeniti kao narušavanje ili remećenje reda u sudnici, niti se može

smatrati da je time branilac iskazao nepoštivanje ili nepokoravanje naredbama suda, te je stoga upozorenje koje je uslijedilo od strane predsjednice vijeća, nakon branočevog obraćanja, u cijelosti neutemeljeno.

Najprije, sud ne može davati instrukcije niti naređenja strankama ili braniocima koja za cilj imaju usmjeravanje odbrane, te koja zadiru u koncept odbrane, niti su takva naređenja obuhvaćena odredbom člana 242. stav (3) ZKP BIH, jer se ova zakonska odredba odnosi isključivo na **naređenja za održavanje reda**. Osnovano branilac ukazuje da u unakrsnom ispitivanju odbrana ima pravo postavljati sugestivna pitanja, te data insktrukcija ničim nije ukazivala na pogrešnu primjenu pravila o unakrsnom ispitivanju svjedoka. Međutim, sud ima pravo da ne dopusti pitanje, te u skladu sa odredbom člana 263. stav (1) ZKP BiH sudija, odnosno predsjednik vijeća ima mogućnost da zabrani pitanje i odgovor na pitanje koje je već postavljeno – ako je to pitanje po njegovoj ocjeni nedopušteno ili nevažno za predmet.

Nadalje, iz transkripta sa glavnog pretresa od 14.02.2013. godine proizilazi da je advokat Kolić udaljen iz sudnice, bez da mu je saopšten pravni osnov odluke, te izrečena novčana kazna, što je suprotno sa odredbom člana 242. stav (3) ZKP BiH, jer se obje odluke (naredba o udaljenju i novčana kazna) moraju donijeti kumulativno. Predsjednica vijeća je propustila da na glavnom pretresu, u prisustvu branioca, izričito objavi koju odluku donosi i kako izreka te odluke glasi[3]. U skladu sa odredbom člana 239. stav (4) ZKP BiH odluke predsjednika vijeća uvijek se objavljuju i, s kratkim obrazloženjem razmatranih činjenica, unose u zapisnik o glavnom pretresu[4]. Iz transkripta proizilazi da je nakon udaljavanja branioca, te nakon održane pauze, u nastavku glavnog pretresa, bez prisustva branioca, advokata Kolića, predsjednica vijeća saopštila pobijanu odluku[5].

Imajući u vidu navedeno, osnovano žalilac prigovara da je predsjednica prvostepenog vijeća postupila u suprotnosti sa odredbama ZKP BiH, obzirom da iz zapisnika sa nastavka glavnog pretresa proizilazi da branilac nije bio prisutan u sudnici kada je odluka o kažnjavanju usmeno objavljena, odnosno saopštena na zapisnik.

Uloga sudije, odnosno predsjednika vijeća u provođenju mjera kojima se osigurava red u sudnici i štiti dostojanstvo suda, mora biti aktivna, primjerena i odlučna. Samo takvim postupanjem sudije, odnosno predsjednika vijeća, koje predstavlja ne samo njegovo pravo, već i dužnost moguće je sačuvati ugled i dostojanstvo suda. U tom smislu, Apelaciono vijeće nalazi potrebnim ukazati na potrebu korištenja zakonske terminologije, te neprimjerenog korištenja izraza *„izbaciti van“* u kontekstu pobijanog rješenja.

Konačno, ovo Vijeće nalazi potrebnim istaći da pogrešna primjena zakona od strane suda predstavlja jedan od zakonom propisanih žalbenih osnova, ali ne može strankama niti braniocima predstavljati temelj za nepoštivanje suda ili nepokoravanje naredbama suda za održavanje reda. Naime, iz transkripta sa glavnog pretresa od 14.02.2013. godine proizilazi da je branilac izričito odbio da napusti sudnicu nakon naređenja predsjednice vijeća da izađe iz sudnice, što bez obzira na osnovanost žalbenih prigovora u pogledu pobijane odluke, nije primjereno postupanje i ne može biti dozvoljeno.

Imajući u vidu sve navedeno, Apelaciono vijeće nalazi da je žalba branioca osnovana, te je u smislu odredbe člana 321. stav (3) ZKP BiH donijelo odluku kao u dispozitivu rješenja.

1 **Predsjedavajuća vijeća:** Branioče, ako ćete se ponavljati sad onda da napravimo malo pauze pa da opet čujemo ista imena.
Branilac: Ne, ne, ne ponavljam. Imam spisak zaista.
Predsjedavajuća vijeća: Ponavljate. Ajte molim Vas skratite taj spisak i krenite sa konkretnim pitanjem.
Branilac: Ovo su, ne mogu bit konkretnija pitanja. Vi ako smatrate da pitanja nisu od interesa za poziciju il' da su nedošuštena u smislu odredbi ZKP-a zabranite ih, a ja ću ih postaviti.
Predsjedavajuća vijeća: Ja sam Vas zamolila da skratite to.
2 **Branilac:** Hvala. Vjerujte mi, i meni je interes da se ovaj predmet završi mom branjeniku što prije.
Predsjedavajuća vijeća: Branioče nećemo se raspravljat. Opominjem Vas sada.
Branilac: Ne raspravljamo se. Ovo su stavovi koji su (*nejasno*)
Predsjedavajuća vijeća: Branioče opominjem Vas drugi put.
Branilac: Iz kojeg razloga?
Predsjedavajuća vijeća: Ajte dalje.
Branilac: Iz kojeg razloga? Morate reći.
Svjedok: Pa ovi...
Predsjedavajuća vijeća: Iz razloga što sam Vam rekla da skratite. Ne trebate mi odgovarat. Hoćete još jednom reći nešto?
Svjedok: Ovi koji su nabrojani oni su kod svojih kuća bili.
3 **Predsjedavajuća vijeća:** Prekidam suđenje. Izađite napolje. Dobićete rješenje o novčanom kažnjavanju. Eto, a nastavak će suđenja biti, čut ćete se malo kasnije.

4 Član 239. stav (4) ZKP BiH: *„Odluke sudije, odnosno predsjednika vijeća se uvijek objavljuju i, s kratkim obrazloženjem razmatranih činjenica unose u zapisnik o glavnom pretresu.“*

Informacije ESLjP

Odjeljenje za informacije o sudskoj praksi i publikacije Evropskog suda za ljudska prava želi informisati čitatelje o novostima usmjerenim na lakše pretraživanje Informativnih bilješki o sudskoj praksi ovog suda (**Information Note on the Court's case-law**).

Informativne bilješke u vidu pravnih sažetaka sadrže mjesečni pregled najzanimljivijih presuda, odluka i prenosa predmeta, te predmeta odbijenih ili upućenih Velikom vijeću. Za pomoć u navigaciji, pravni sažeci su raspoređeni sukladno relevantnim članovima Konvencije i HUDOC ključnim riječima, a definirani su uvodnim bilješkama u zaglavlju. Godišnji indeks se ažurira mjesečno. Infomativne bilješke također pružaju informacije o Sudu i sudskim publikacijama.

U nedavnim zbivanjima:

• sva mjesečna izdanja Informativne bilješke od 1999 do danas su sada dostupne za skidanje besplatno u PDF formatu s namjenske stranice na web stranici Suda http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Case-law+analysis/Information+notes/

• korisnici koji žele potražiti pojedinačne sažetke Informativnih bilješki od 1998 do danas, mogu odabrati opciju "legal summaries" u HUDOC bazi podataka i koristi sve dostupne kriterije pretraživanja i filtre http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/

Za više informacija, kliknite na ovaj link:

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C50C4910-3591-40C9-A655-40CB2F71FD77/0/Page_PDF_email_CLIN_promotion_ENG.pdf

5 **Predsjedavajuća vijeća:** Možete sjesti. Nakon pauze samo da saopštim da je branilac advokat Kadrija Kolić u smislu članova 242. stav 1. i 3. u vezi sa članom 241. stav 1. i članom 239. stav 2. kažnjen novčanom kaznom od 1500 konvertibilnih maraka zbog nepoštivanja Suda i nepoštivanja i nepokoravanja naredbama Suda.

Predsjedavajuća vijeća: Hajte izađite napolje. Eto, to je drugi dio upozorenja.

Branilac: Ne, neću da izađem napolje.

Predsjedavajuća vijeća: Hajte izađite napolje branioče.

Branilac: Kad me razrješite kao branioca izaći ću napolje.

Odsjek krivične odbrane (OKO) je odsjek krivične odbrane Ministarstva pravde 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, sadržavaće i članke koji se odnose na specifične probleme koji se pojavljuju u praksi.

Skenderija 15
71000 Sarajevo
Tel: +387 33 560 260
Fax: +387 33 560 270
oko@okobih.ba
www.okobih.ba