

ustupak. Nije potrebno pretjerivati i porota može zamjeriti braniocu ako nastavi sa napadom na tog svjedoka. Još gore svjedok može da se neočekivano povrati. Drugi put kada možete odustati jeste kada svjedok nanosi štetu predmetu ili braniocu. Općenito, branioci nisu pretjerano skromni, pa se loše nose s porazom. Tendencija je da se nastavite boriti protiv svih nepovoljnih okolnosti. Branilac optuženog bi ipak trebao imati sposobnost da prosudi kada da prizna poraz u odnosu na svjedoka. Povremeno se ovaj ishod može predvidjeti i prije samog suđenja ako reputacija ili sam iskaz svjedoka ukazuje da je u unakrsnom ispitivanju moguće osvojiti samo nekoliko poena. Nažalost, ponekad se ova lekcija nauči u samoj sudnici.

Međutim, ovo ne znači da se advokat treba klatiti za svojim stolom i da se treba zavaliti u stolicu. Sjetite se scene iz filma "Moj rođak Vini," kada je jedan od branilaca lukavo pokušao da unakrsno ispita svjedoka o njegovom vidu. Budući da u tome nije uspio branilac se vratio za sto samo da bi objavio: "Uh, ovaj je žestok." Branioci se često koriste iluzijom. Uradite tako da izgleda da taj svjedok može potvrditi tvrdnje u nekom pogledu. Pronađite neki zajednički osnov sa svjedokom tako da svjedok ispitivanje može zaključiti slažući se sa braniocem.

S tim u vezi, zamislite da radite na predmetu u kojem se navodi da je propisani lijek nanio ozljedu podnosiocu tužbe. Visoko kvalifikovani vještak medicinske struke je dao mišljenje da je taj lijek uzrok ozljede podnosioca tužbe i da vještak ne može odstupiti od mišljenja o uzroku ozljede. U okviru onog opsega koji sudija može dozvoliti prilikom unakrsnog ispitivanja pokušajte da usmjerite vještaka na sljedeće opšte elemente:

- ◆ složićete se da je propisani lijek važan za zdravlje Amerikanaca
- ◆ svi lijekovi imaju nus pojave
- ◆ samo zato jer lijek ima nus pojave ne znači da se ne bi trebao prodavati na tržištu
- ◆ Savezna uprava za hranu i lijekove odmjerava rizike i prednosti svakog propisanog lijeka prilikom odlučivanja da li da se taj lijek pusti u prodaju
- ◆ Nakon što se lijek pusti u prodaju ljekar takođe odmjerava rizike i prednosti prilikom utvrđivanja da li da taj lijek propiše pacijentu.
- ◆ propisani lijek koji je sporan u ovom predmetu je i dalje dostupan na tržištu.
- ◆ Savezna uprava za hranu i lijekove nikada nije naredila povlačenje lijeka iz prodaje
- ◆ Savezna uprava za hranu i lijekove nikada nije utvrdila da ovaj lijek ne bi trebao biti dostupan pacijentima u Americi
- ◆ i zaista ljekari u cijeloj zemlji propisuju ovaj lijek onim pacijentima kojima je potreban

Na ovaj način advokat navodi na svoj put teme koje podržavaju tvrdnje odbrane farmaceutskog proizvođača, te omogućava korisnom svjedoku da takve tvrdnje i iznese. Unakrsno ispitivanje će se efektno završiti. Međutim, budite pažljivi u smislu da ne dozvolite korisnom svjedoku da nastavi da šteti predmetu tokom ponovnog ispitivanja protivne strane otvaranjem novih pravaca istrage po unakrsnom ispitivanju.

G. Sedma zapovijed: trebate znati šta ponijeti na podij

Priprema je dobra stvar, pa je veoma korisno izraditi i nacrt za unakrsno ispitivanje. Ipak, u žaru bitke od ključne važnosti jeste da budete organizovani, efikasni i da brzo iznosite tvrdnje. Neki branioci sa sobom na podij nose obilje materijala u svrhu unakrsnog ispitivanja. Neki dolaze naoružani sa pedeset stranica nacrtu za unakrsno ispitivanje. Sve to je prihvatljivo ako se možete snaći sa tom količinom materijala. Međutim, bez obzira koliko truda advokat uloži u rad na pripremi unakrsnog ispitivanja, momenat iznenađenja je neizbježan. Advokat će možda htjeti ili morati primijeniti način ispitivanja koji nije naveden u nacrtu. Neočekivano vam za prigovor može zatrebati članak, dokument ili transkript. Sve to vam mora odmah biti na raspolaganju. Nespretnost, šuškanje papirima ili traženje odgovarajućeg dijela u nacrtu dok je u sudnici sablasna tišina ne ostavlja pozitivan utisak.

Za ovaj problem postoje mnoga rješenja, ali najvažnije je ekonomičnost. Organizujte nacrt za unakrsno ispitivanje na način da se lako možete snalaziti, iznoseći one tvrdnje koje su najdjelotvornije u datim trenutku. Ne mora se napisati svako pitanje. Ovo je unakrsno ispitivanje, a ne takmičenje u govorništvo. Porota će moći uočiti razliku. Imajte samopuzdanja da radite na osnovu kraćeg nacrtu znajući da se mogu iznijeti i dodatne tvrdnje u svrhu popunjavanja praznine. Ako se očekuje duže unakrsno ispitivanje, podijelite nacrt na posebne cjeline, koristeći registrator i umetke. To će vam omogućiti da se fokusirate na pojedinosti u okviru jedne teme čime ćete rizik da se izgubite svesti na najmanju moguću mjeru.

Za rukovanje materijalom za diskreditovanje je takođe potrebna priprema i organizacija. Opet je ključna ekonomičnost. Upoznajte se sa materijalom tako da vam bude lako dostupan. Kombinovanje ovih ključnih materijala u jednu cjelinu dokumenata koji će vam "možda" zatrebati će vas omesti da pronađete ono što vam je potrebno u momentu kada vam zatreba. Ključni materijali bi trebali biti međusobno povezani u nacrtu i organizovani u nekoliko omota spisa kako biste do njih mogli brzo doći. Angažovanje asistenta koji unaprijed razmišlja i prati nacrt bi možda bio i najefikasniji način postupanja s ovim materijalom.

Diskreditovanje putem prethodnog svjedočenja takođe može biti rizično budući da to zahtijeva određeno znanje da prilika za diskreditovanje i postoji. Mora se pronaći materijal za diskreditovanje, te postaviti temelje za njegovo korištenje. Na kraju, materijal za diskreditovanje se mora efikasno koristiti. Najvažnije pravilo u vezi diskreditovanja glasi: štedljivo koristite materijal za diskreditovanje i samo za snažne tvrdnje. Ako na suđenju svjedoči vještak koji kaže da je iskaz dao šezdeset i jedan put, ali je u svom nalazu naveo da nalaz i mišljenje daje šezdeset i drugi put, to predstavlja nepodudarnost koja nije vrijedna napora diskreditacije. Imajući to pravilo u vidu prilikom pripreme za unakrsno ispitivanje bi se trebali fokusirati na ove ustupke koje je napravio svjedok u prethodnim transkriptima koji su od ključne važnosti za taj predmet. Uvrstite ove tvrdnje u nacrt i osigurajte da nacrt slijedi konkretna pitanja koja su postavljena u ranijem transkriptu. Onda označite transkripte kako biste imali lak pristup odjeljku za diskreditovanje. Međutim, to se ne mora odnositi na svaki transkript svjedoka nego samo na one koji će se koristiti. Ista pravila se primjenjuju i na bilo koji drugi materijal za diskreditovanje – bilo da se radi o objavljenim člancima, izjavama na web stranici, dopisima ili izvještajima.

A sada riječ dvije o suđenjima u kojima se dokumenti ne koriste u papirnatom obliku. Većina advokata uzima u obzir trend korištenja materijala u elektronskoj formi i eliminacije papirnatih kopija u sudnici. Ovaj trend će se vjerovatno nastaviti. Sa sudijama koji od strana u postupku traže da koriste elektronske medije u sudnici optuženi u većini slučajeva ne bi više trebali imati bojazni o prezentaciji predmeta u kojima se koristi “visoka tehnologija”. Od svih strana će se tražiti da to i urade. Međutim, korištenje elektronskih medija može biti blagoslov i prokletstvo. Blagoslov je jer omogućava trenutni pristup materijalima koji su potrebni za unakrsno ispitivanje svjedoka. Pritiskom na pravo dugme ili prelaskom štapićem preko pravog barkoda dobivate ono što vam je potrebno. Ali prokletstvo je naučiti koristiti ovu tehnologiju. Moraju se naučiti i za svakog svjedoka pripremiti svi neophodni programi; pravi materijali moraju odmah biti dostupni i svjedoku i poroti. Za ovo je potrebna vježba. Nakon što ste to savladali, prezentacija može biti veoma uvjerljiva, pa čak i zastrašujuća za svjedoka suprotne strane. Pronađite program koji je “najpristupačniji” i naučite ga. Ako je potrebno angažujte vanjske saradnike. Nakon što se upoznaju sa procesom i shvate njegovu korisnost, advokati će težiti ka tome da koriste ovu tehnologiju čak i kada to od njih ne traži sudija koji vodi postupak.

H. Osmo zapovijed: trebate znati ko vam je publika

Razmotrite situaciju u kojoj je ispitivač vrlo vješt, svjedok je nadjačan u smislu stručnih tvrdnji, a diskreditovanje je postignuto sa naučnim časopisom. Kako ispitivač bombarduje svjedoka sa stručnim pitanjima cjelokupnom direktnom ispitivanju sa laserskom preciznošću prijeti propast. Problem? Porota nema pojma šta se dogođa. Rezultat ovakve situacije je dobar osnov za žalbu, ali i loš ishod suđenja.

Talentovani branilac je sposoban da stručna svede na jednostavna pitanja bez da izgleda da se superiorno odnosi prema poroti. Ovo je važno u svim fazama postupka, ali je najvažnije u unakrsnom ispitivanju kada branilac pokušava da dovede u pitanje dokaze suprotne strane svjedočenjem svjedoka suprotne strane. Ako porota ne shvata da je suprotna strana nadjačana, onda je to vrijeme protračeno. Ako se branilac teško snalazi sa stručnim tvrdnjama i dosađuje poroti u predmetu, onda je izgubljeno i vrijeme i suština. Porota će se naljutiti. Postoji nekoliko banalnih istina u zastupanju predmeta, a jedna od njih je: ako je porota ljuta na branioca, predmet je izgubljen.

Efikasni branioci pamte da važna publika sjedi u dijelu za porotu. Porota mora razumjeti predmet. Naročito porotnici moraju shvatiti tvrdnje iznesene tokom unakrsnog ispitivanja. I opet, ovo počinje pripremom. Unaprijed odlučite koje su tvrdnje bitne za postupak i da li se one efikasno mogu iznijeti tokom unakrsnog ispitivanja. Ponekad jednostavno ne vrijedi ulagati vrijeme i energiju ili se pozivati na toleranciju porote da biste iznijeli stručne tvrdnje sa svjedokom suprotne strane. Neke od ovih tvrdnji se mogu odložiti dok vaš svjedok ne dođe da svjedoči.

Ako vrijedi iznositi ovu tvrdnju tokom unakrsnog ispitivanja odlučite kako da je najbolje iznesete. Porota mora shvatiti kontekst iznesene tvrdnje. Izražavajte se jednostavnim riječima i rečenicama i potkrijepite tvrdnje koje je priznao svjedok: “Rekli ste da je u datim okolnostima standardna praksa uraditi rendgenski snimak. Da li je to nešto što ste naučili tokom zdravstvene obuke?”

Pobrinite se da kada svjedok prizna tvrdnju da i porota shvati prednost. Možda to zahtijeva i neki dramski talenat ako je to stil branioca -- promjenu u načinu izražavanja ili kretanja na podiju. Možda branilac nije čuo odgovor ili se plaši da ga porota nije čula, te traži od svjedoka da ga ponovi. Za sve ovo je potreban stil i rasuđivanje. Ali prvenstveno je potrebno poroti ispričati jednostavnu priču.

Još jedan efikasan način da se iznesu tvrdnje jeste da se one istaknu poroti. Neke sudije će braniocu dozvoliti da nabroji ključne ustupke na flip čartu ili na grafoskopu (ali imajte na umu da to neke sudije ne dozvoljavaju). Ovo može biti važan način da porotnici zapamte iznesene tvrdnje. Oni tvrdnje čuju, a onda ih i vide. Ako u bilo koje vrijeme možete vizuelno iznijeti ili zabilježiti tvrdnju, onda tako i uradite. To omogućava braniocu da se vrati na tu vizuelno iznesenu tvrdnju prilikom izlaganja svoje završne riječi i omogućava da se porota duže sjeća unakrsnog ispitivanja. Očevidno dokazno sredstvo ili druga vizuelna pomoć općenito čine unakrsno ispitivanje interesantnijim, a što je unakrsno ispitivanje interesantnije to će mu i porota posvetiti više pažnje.

I. Deveta zapovijed: trebate poznavati pravila o dokazima

Veliki dio unakrsnog ispitivanja se odnosi na stil i tehniku, ali je to samo spoljašnjost. Održavanje predmeta omogućava materijalni sadržaj. Advokat mora uvesti DOKAZE tokom unakrsnog ispitivanja. Prihvatanje dokaza zahtijeva revno poznavanje pravila o dokazima i načina na koji ih argumentovati – i najbolje isplanirano unakrsno ispitivanje će biti neefikasno ako branilac ne može upravljati pravilima o dokazima.

Polazište je poznavanje pravila o dokazima. To se ne odnosi na ponavljanje zabilješki sa pravnog fakulteta o dokazu 101 ili letimično čitanje Wigmoreovih PRAVILA DOKAZNOG POSTUPKA. To u stvari znači da se pravila o dokazima moraju ponovo pročitati. To znači da se ponovo moraju pregledati predmeti i članovi. Općenito, advokati koji nisu profesori prava nemaju enciklopedijsko sjećanje pravila o dokazima. Ipak se ova pravila moraju ponoviti kako biste ih efikasno mogli argumentovati.

Pored tog opšteg ponovnog upoznavanja, pobrinite se da ste označili ona pravila koja su posebno važna za suđenje. Na različitim suđenjima se pojavljuju i različita pravila. Budite dobro upoznati s onima koja su bitna. Predvidite probleme vezano za autentičnost i prihvatljivost dokumenata koji su vam potrebni za unakrsno ispitivanje. Budite sigurni da ste osmislili argument koji potkrepljuje prihvatljivost dokaza koji su bitni za svaki aspekt unakrsnog ispitivanja. Pripremite sudske dosjee ili prijedloge na početku i ukažite na problematična područja prije unakrsnog ispitivanja. Osigurajte da se unakrsno ispitivanje vodi što je moguće bezbolnije. Sve to vam pojačava šanse da presuda u predmetu bude u vašu korist. Ako ne uspijete, posljedica je dobar osnov za žalbu.

J. Deseta zapovijed: trebate znati ko vam je sudija u predmetu

Nisu sve sudije jednake. Neki poznaju pravila o dokazima, a neki ne. Neki su učtivi i strpljivi, a neki nisu. Neki će nametnuti ograničenja u pogledu unakrsnog ispitivanja, a neki neće. Prije nego počnete zastupati predmet pred sudijom koji vam je nepoznat, raspitajte se o tom sudiji. Još bolje, ako imate vremena, posmatrajte sudiju na suđenju sa porotom. Razgovarajte sa braniocima koji su zastupali predmet pred tim sudijom ili na drugi način prikupite informacije iz svakog mogućeg izvora, tražeći pojedinosti⁶. Saznajte na koji način sudija primjenjuje pravilnik o dokazima, na koji način se mogu koristiti dokumenti tokom unakrsnog ispitivanja, da li postoje vremenska ograničenja kojih se advokat mora pridržavati tokom unakrsnog ispitivanja, da li sudija zahtijeva od svjedoka da odgovori na konkretna pitanja bez pojašnjavanja, na koji način se koriste dokumenti u odnosu na svjedoka i tako dalje. Poznavanje svih ovih nevažnih pojedinosti o konkretnom sudiji će dati sigurnost braniocu omogućavajući mu da se fokusira na materijalna pitanja. Ako unakrsno ispitivanje ometa sudiju koji je kritičan u pogledu uočenih prekršaja, onda će i brzina i sadržaj takvog unakrsnog ispitivanja biti ometeni. Za branioca je to lekcija koja se mora naučiti u ranoj fazi suđenja jer je unakrsno ispitivanje jedan od neposrednijih događaja.

Zaključak

Vratimo se na lekciju koju smo naučili na početku: praksa, praksa, praksa. Imajte na umu ovih deset zapovijedi dok one ne postanu vaše drugo ja. Kada budete zadovoljni sa tehnikom unakrsnog ispitivanja, onda će vam biti lakše opustiti se. Branilac će se činiti uvjerljivijim i porota će osjetiti tu uvjerljivost. Takva uvjerljivost će branioca učiniti efikasnijim u svakoj fazi postupka i povećati mu šanse da dobije predmet, a to je na kraju krajeva razlog zbog kojeg se i bavimo ovim poslom.

⁶Sudije u predmetima sve više stvaraju svoja vlastita pravila ponašanja u sudnici kako bi dopunili opšte odredbe sudskog dostojanstva u određenoj nadležnosti. Neke od ovih odredbi mogu biti štetne, namećući vremenska ograničenja za ispitivanje svjedoka ili na drugi način ograničavajući u sudnici slobodu branioca koji su se navikli na velikodušnji pristup. Neka od ovih pravila mogu uticati na to šta je braniocu dopušteno da poduzima tokom unakrsnog ispitivanja.

(autorova biografija)

Timothy A. Pratt je branilac i partner u firmi Shook, Hardy i Bacon, L.L.P., čije je sjedište u Kansas City, Missouri. Doktorirao je na Pravnom fakultetu Univerziteta Drake gdje je bio glavni urednik Drake Law Review. Nakon sticanja diplome g. Pratt bio je službenik uvaženog Floyd R. Gibson, predsjednika Žalbenog suda Sjedinjenih Američkih Država za osmi okrug. Usavršavajući se za postupanje u predmetima koji se odnose na odgovornost proizvođača za proizvod i predmeta o toksičnosti proizvoda g. Pratt je radio kao domaći i regionalni branilac za nekoliko firmi. Zastupao je predmete na sudu u velikom broju država, a radio je i kao profesor na državnom Institutu za postupanje u predmetima gotovo 20 godina. G. Pratt je član advokatske komore Misurija, Teksasa i Ajove, kao i udruženja advokata i zastupnika firmi.

Nullum crimen sine lege

Zločini protiv čovječnosti prema Krivičnom zakonu BiH, pripremio Kornelis Kasper, pravni savjetnik pri Međunarodnom krivičnom sudu

Uvod

Jedno od pitanja koje je izazvalo polemike vezano za rad Suda Bosne i Hercegovine (Sud BiH) jeste rasprava o retroaktivnoj primjeni Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH) koji je stupio na snagu 2003. godine. Konkretno u predmetima u kojima se postupak vodi pred Vijećem za ratne zločine Suda BiH, a koji se odnose na optužbe za navodne zločine protiv čovječnosti počinjene tokom sukoba u periodu od 1992. do 1995. godine, i Tužilaštvo i odbrana su ostali pri svom različitom shvatanju mjerodavnog prava. Ova rasprava se odnosi na pitanje da li treba primjenjivati novi KZ BiH ili stari KZ Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1977. godine (KZ SFRJ). U svim dosadašnjim predmetima pretresna i žalbena vijeća Suda BiH su stala na stranu Tužilaštva smatrajući da je ispravan zakon koji treba primjenjivati KZ BiH.

Princip zakonitosti

Posljedica ovakve prakse jeste veći broj osuda Suda BiH zbog optužbi za zločine protiv čovječnosti počinjene tokom oružanog sukoba¹. Međutim, u to vrijeme na snazi je bio KZ SFRJ². Ovu činjenicu je u svojim brojnim presudama potvrdio i Sud BiH³, a takođe je priznao i Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) u nekim od svojih odluka o ustupanju predmeta u nadležnost nacionalnih sudova u skladu sa pravilom 11**bis** MKSJ Pravidnika o postupku i dokazima⁴. Novi Krivični zakon Bosne i Hercegovine nije stupio na snagu do 2003⁵. godine, mnogo vremena nakon navodnog počinjenja ovih zločina.

Međutim, KZ SFRJ ne sadrži odredbe koje inkriminišu zločine protiv čovječnosti. KZ SFRJ u poglavlju 16 navodi odredbe o "krivičnim djelima protiv čovječnosti i međunarodnog prava", ali ne sadrži član koji inkriminiše zločine protiv čovječnosti kao što je to član 172. sadašnjeg KZ BiH. Stoga prema KZ SFRJ zločini protiv čovječnosti nisu postojali.

I Tužilaštvo i predsjedavajuća vijeća Suda BiH su izbjegli ovu očiglednu nemogućnost da se pojedinci optuže za zločine protiv čovječnosti po Krivičnom zakonu koji je bio na snazi u vrijeme navodnog počinjenja djela, tako što su pojedince teretili po KZ BiH iz 2003. godine. Ovo je u direktnoj suprotnosti sa jednim od glavnih stubova krivičnog prava: principom zakonitosti "koji je osmišljen da bi zaštitio građane od proizvoljne upotrebe represivnih ovlaštenja države uzimajući u obzir prethodna saznanja o tome koje je to ponašanje tačno zabranjeno".⁶

Naime, princip zakonitosti (prema svojoj latinskoj frazi *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) znači da se suđenje ili kažnjavanje osobe može provesti samo u skladu sa zakonom koji prethodi datom djelu, a koji definiše zločin i određuje odgovarajuću kaznu⁷. Kao što je konstatovao Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) to je iz razloga da bi se osiguralo da "pojedinaac iz formulacije relevantne odredbe i ako je potrebno uz pomoć sudskog tuumačenja iste može znati koja će ga činjenje ili nečinjenje učiniti krivično odgovornim".⁸

Princip zakonitosti jeste osnovni dio svih važnijih sporazuma o ljudskim pravima i međunarodnih krivičnih statuta. Član 7. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (EKLJP) glasi:

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

¹Predmet broj: X-KR-05/51 (Dragan Damjanović), X-KR-05/161 (Gojko Janković), X-KR-05/154 (Radisav Ljubinac), X-KRŽ-05/16 (Dragoje Paunović), X-KRŽ-05/49 (Neđo Samardžić), X-KR-05/07 (Marko Samardžija), X-KRŽ-05/04 (Boban Šimšić) i X-KR-05/70 (Radovan Stanković).

²Službeni glasnik Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, broj 44/76. KZ SFRJ je u Bosni i Hercegovini usvojen uredbom od 22. maja 1992. godine.

³Vidi, na primjer presude u predmetu Neđo Samardžić (predmet broj: X-KR-05/49, 7. april 2006. godine, strana 28) i predmetu Marko Samardžija (predmet broj: X-KR-05/07, 3. novembar 2006. godine, strana 37).

⁴Tužilac protiv Stankovića, odluka o ustupanju predmeta u skladu s pravilom 11**bis**, predmet broj: IT-96-23/2-PT, 17. maj 2005. godine, tačka 38.

⁵Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj: 37/03.

⁶A. Cassese i drugi, *Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda: A komentar, svezak I*, Oxford University Press, 2002, strana 734, fusnota 2.

⁷John R.W.D. Jones i Steven Powles, *Međunarodna krivično pravo u praksi*, Oxford University Press, 2003, strana 401.

⁸*Achour protiv Francuske*, presuda, 29. mart 2006. godine, prijava broj: 67335/01, tačka 41.

2. Ovaj član ne utiče na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe koja je kriva za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema opštima pravnim principima priznatim kod civilizovanih naroda.⁹

Iako nije izričito sadržan u statutu MKSJ-a, Pretresno vijeće je u predmetu *Čelebići* priznalo značaj principa zakonitosti konstatujući: "Principi *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege* opšte su prihvaćeni u svim velikim sistemima krivičnog prava na svijetu kao osnovni principi krivičnosti"¹⁰ Ovaj princip je naravno uvršten i u nacionalno zakonodavstvo. Član 3. KZ SFRJ je propisivao da "nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije zakonom bilo određeno kao krivično djelo i za koje nije bila zakonom propisana kazna". Trenutno KZ BiH u članu 3. navodi:

1. Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom.

2. 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 kazna.

Još jedan važan aspekt jeste da član 4. stav 1. kako KZ SFRJ tako i KZ BiH navodi da zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela reguliše to krivično djelo. U bivšoj Jugoslaviji, a i sada u Bosni i Hercegovini, krivična odgovornost se u okviru nacionalnog krivičnog prava mogla propisati samo zakonom. Ovo je propisano članom 3. KZ SFRJ u vezi sa članom 181. Ustava SFRJ koji glasi: "Krivična djela i sankcije mogu se propisati samo zakonom." Ovo se može uporediti sa članom 3. stav 1. KZ BiH u vezi sa članom IV stav 4. tačka a) sadašnjeg Ustava Bosne i Hercegovine koji određuje da je Parlamentarna skupština nadležna za donošenje zakona. Stoga je zakon koji donese Parlament i njegovo uvrštavanje u u krivični zakon jedini način da krivično djelo može i da bi moglo biti određeno prema zakonu Bosne i Hercegovine.

Zločini protiv čovječnosti u međunarodnom običajnom pravu

Sud BiH je u mnogim svojim presudama naglasio da¹¹ su osude za zločine protiv čovječnosti moguće bez obzira koji je zakon na snazi budući da su ovi zločini bili dio međunarodnog običajnog prava tokom sukoba u periodu od 1992. do 1995. godine. U cilju daljeg potvrđivanja ove teorije Sud se poziva na formulaciju kako člana 7. EKLJP tako i člana 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (MPGPP). Oba člana sadrže odredbe koje omogućavaju da se lice proglasi krivim za djela koja su se prema međunarodnom pravu ili opštim principima međunarodnog prava smatrala krivičnim djelima u vrijeme kada su izvršena. Sud se takođe poziva na sudsku praksu MKSJ i MKSR.

U stvari, u prvostepenoj presudi u predmetu *Šimšić* od 11. jula 2006. godine Sud je konstatovao "da su ove institucije ocijenile da kažnjivost zločina protiv čovječnosti predstavlja imperativnu normu međunarodnog prava ili *jus cogens*, pa se čini nespornim da je u 1992. godine zločin protiv čovječnosti bio dio običajnog međunarodnog prava"¹².

Ovdje zaista nije sporno da su zločini protiv čovječnosti bili dio međunarodnog običajnog prava tokom 1990-ih godina. U svom izvještaju Savjetu bezbjednosti o osnivanju MKSJ-a generalni sekretar UN-a je naglasio da smatra da MKSJ treba "primjenjivati samo ona pravila međunarodnog običajnog prava koje su van svake sumnje dio običajnog prava"¹³ i da "su zločini protiv čovječnosti prvi put priznati u statutu i presudi Nirnberškog suda kao i zakonu broj 10 Kontrolnog savjeta za Njemačku."¹⁴

Nadalje, kao što je Pretresno vijeće konstatovalo u svojoj presudi u predmetu *Tadić* "još od Nirnberškog statuta običajni status zabrane zločina protiv čovječnosti i pripisivanje pojedinačne krivične odgovornosti za njihovo počinjavanje, nisu ozbiljno dovođeni u pitanje."¹⁵

Primjena međunarodnog običajnog prava u krivičnom pravu BiH

Problem u vezi sa obrazloženjem Suda ne odnosi se toliko na prihvatanje zločina protiv čovječnosti u okviru međunarodnog običajnog prava u vrijeme sukoba u periodu od 1992. do 1995. godine, nego na činjenicu da običajno pravo ne može propisivati krivična djela u skladu sa zakonom BiH, pa stoga ne može ni stvarati individualnu krivičnu odgovornost u skladu sa nacionalnim krivičnim pravom.

⁹ Slične odredbe se pojavljuju, na primjer u članu 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i članu 22. Statuta Međunarodnog krivičnog suda.

¹⁰ *Tužilac protiv Delalića i drugih*, presuda, predmet broj: IT-96-21, 16. novembar 1998. godine, tačka 402.

¹¹ Vidi, na primjer presude u predmetu Radovan Stanković (predmet broj: X-KR-05/70, 14. novembar 2006. godine, strana 32, 33) i predmetu Boban Šimšić (predmet broj: X-KR-05/04, 11. juli 2006. godine, tačka 56).

¹² Predmet broj: X-KR-05/04, 11. juli 2006. godine, tačka 56.

¹³ Izvještaj generalnog sekretara u skladu sa stavom 2. Rezolucije broj 808 Savjeta bezbjednosti, S/25704, 1993, tačka 34.

¹⁴ Isto, tačka 47.

¹⁵ *Tužilac protiv Tadića*, predmet broj: IT-94-1-T, presuda, 7. maj 1997. godine, tačka 623.

Kao što je već spomenuto krivična djela i prateće kazne u BiH se jedino mogu propisati uvrštavanjem u krivični zakon u skladu sa zakonom koji donese Parlament. Nema pravnog sistema u BiH, bilo krivičnog ili nekog drugog, koji pruža drugačiji način inkriminacije određenog ponašanja. Stoga, Sud BiH nije nadležan za zločine protiv čovječnosti u odnosu na djela počinjena prije 2003. godine kada je usvojen novi KZ BiH koji je uključio odredbe kojima se inkriminišu zločini protiv čovječnosti.

Kao što je navedeno u članu 3. KZ BiH "krivična djela i krivične sankcije se mogu propisati samo zakonom". Stoga, princip zakonitosti propisuje da se lice ne može osuditi prema pravnom sistemu koji nije važio u vrijeme izvršenja djela. Budući da običajno pravo ne može propisivati krivično djelo po BiH pravu, optužba za zločine protiv čovječnosti je nemoguća. Ovu razliku u inkriminaciji priznalo je Pretresno vijeće u predmetu *Čelebići* kada je konstatovalo da: "Gorenavedeni principi zakonitosti postoje i priznati su u svim velikim krivičnopравnim sistemima svijeta. Nije sigurno do koje su mjere priznati kao dio međunarodne pravne prakse, odvojeno i bez obzira na nacionalne pravne sisteme. Ovo je od ključne važnosti zbog različitih metoda kriminalizacije ponašanja u nacionalnim i međunarodnim krivičnopравnim sistemima."¹⁶

Sud se takođe pozvao na odredbe Ustava BiH o direktnoj primjeni EKLJP u BiH i činjenicu da ona ima prioritet nad zakonima BiH.¹⁷ Po mišljenju Suda, ovim bi se stvorila obaveza da BiH krivično goni zločine protiv čovječnosti u skladu sa EKLJP. U vrijeme sukoba još uvijek je bio na snazi Ustav SFRJ. Član 210. Ustava SFRJ reguliše usvajanje i uvrštavanje međunarodnih sporazuma u nacionalno zakonodavstvo, konstatujući "sudovi primjenjuju samo objavljene međunarodne sporazume". Međutim ako takvi sporazumi sadrže krivične odredbe onda će se te odredbe još uvijek morati uvrstiti u nacionalno krivično pravo prije nego što se osoba mogne optužiti za ta krivična djela. Nadalje "opšti princip zakonitosti propisuje da obaveze iz sporazuma počinju nakon ratifikacije i da su retroaktivne krivične mjere zabranjene".¹⁸

A budući da Evropska konvencija u članu 1. zaista zahtijeva od država da osiguraju adekvatnu zaštitu prava koja garantuje EKLJP, to ni u kom slučaju ne stvara obavezu da države članice donesu i primijene krivično zakonodavstvo u vezi sa zločinima protiv čovječnosti.

Stoga činjenica da međunarodno pravo ili običajno međunarodno pravo propisuje da određeno ponašanje predstavlja krivično djelo ne znači da to povlači krivičnu odgovornost pojedinca u skladu sa nacionalnim pravom: "Odluka da je data norma obavezujuća za državu – kao međunarodno običajno ili međunarodno ugovorno pravo – ne povlači za sobom da njena povreda može dovesti do krivične odgovornosti pojedinca koji je izvršio to djelo, a kamoli da može imati uticaja prema međunarodnom običajnom pravu".¹⁹

Dalji argumenti protiv direktne primjene (običajnog) međunarodnog prava u domaćem krivičnom postupku ako takva praksa nije predviđena nacionalnim pravom se mogu pronaći u većem broju drugih predmeta.

U predmetu protiv *Latifa Gashija i drugih* na Kosovu, niži sud je osudio četiri optužena, direktno zasnivajući svoju osudu na običajnom međunarodnom pravu. Međutim, na Kosovu u vrijeme izvršenja navodnih djela još uvijek je bio na snazi Ustav SFRJ. Odlučujući po žalbi Vrhovni sud je utvrdio da nisu doneseni zakoni koji direktno uvrštavaju međunarodno običajno u nacionalno krivično pravo. Shodno tome, Vrhovni sud je utvrdio da je došlo do povrede člana 365. stav 4. Zakona o krivičnom postupku.²⁰ Konkretno, Vrhovni sud je konstatovalo da je "pozivanjem na "običajno međunarodno pravo" ili "na opšteprihvatarena pravila međunarodnog prava" u prvostepenoj presudi u ovom predmetu došlo do povrede člana 365. stav 4. ZKP-a". Ovi koncepti ne spadaju u mjerila iz člana 181. i 210. Ustava Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1974. godine, pa stoga se na njih pogrešno u prvostepenoj presudi oslanjalo".²¹

Isto tako, Okružni sud u Hagu u Nizozemskoj je odbio da primijeni međunarodno običajno pravo u predmetu mučenja počinjenog u Afganistanu, a umjesto toga je primijenio nizozemsko krivično pravo koje je bilo na snazi u to vrijeme.²² Sud je takođe ukazao na činjenicu da budući da je Zakon o provođenju Konvencije o mučenju²³ stupio na snagu tek 20. januara 1989. godine, čime su odredbe iz Konvencije stupio na snagu tek

¹⁶ *Tužilac protiv Delalića i drugih*, predmet broj: IT-96-21, presuda, 16. novembar 1998. godine, tačka 403.

¹⁷ Predmet Boban Šimšić broj: X-KR-05/04, presuda, 11. juli 2006. godine, tačka 54.

¹⁸ Pita Schimmelpennick van der Oije i Steven Freeland, *Univerzalna nadležnost u Nizozemskoj – pravi pristup ali pogrešan predmet? Bouterse i 'decembarska ubistva'*, u [2001] australijskom časopisu o ljudskim pravima 20. Vidi takođe član 28. Bečke konvencije o međunarodnom ugovornom pravu, 1969.

¹⁹ *Tužilac protiv Vasiljevića*, predmet broj: IT-98-32-T, presuda, 29. novembar 2002. godine, fusnota 545.

²⁰ Član 365. stav 4. Zakona o krivičnom postupku Jugoslavije (ZKP) se navodi kao razlog za povredu krivičnog prava, pa stoga predestavlja i osnov za žalbu: "ako je na krivično djelo koje je predmet optužbe primijenjen zakon koji se nije mogao primijeniti".

²¹ Predmet broj: AP-KZ 139/2004, *Latif Gashi i drugi*, Vrhovni sud Kosova, 21. juli 2005. godine, strana 8.

²² Predmet broj: 09/751004-04, Okružni sud u Hagu, Nizozemska.

²³ Prevedeno sa: *Uitvoeringswet Folteringverdrag van 20 januari 1989*.

20. januara 1989. godine, čime su odredbe iz Konvencije o mučenju uvrštene u nizozemski krivični zakon, onda prema nizozemskom zakonu djela mučenja koja su počinjena prije tog datuma nisu predstavljala krivična djela.

Nadalje, u predmetu *Tužilac protiv Bagaragaza* pred Međunarodnim krivičnim sudom za Ruandu (u daljem tekstu MKSR), Pretresno vijeće je odbilo prijedlog Tužilaštva da se predmet ustupi Norveškoj. Kako se pokazalo, Norveška u svom nacionalnom krivičnom pravu nije imala nikakve odredbe protiv genocida za koji se optuženi teretio. Tužilaštvo je tvrdilo da bi onda Norveška mogla optuženog teretiti u skladu sa principom univerzalne nadležnosti. Međutim vijeće je bilo mišljenja da bi za postojanje pravilnog pravnog okvira norveški sudovi morali imati *ratione materiae, personae, loci i temporis* nadležnost i da bi univerzalna nadležnost pokrila *ratione personae*, ali ne i *materiae* nadležnost.²⁴

Vijeće je stoga zaključilo da je "očigledno da Kraljevina Norveška nema *ratione materiae* nadležnost nad zločinima iz potvrđene optužnice"²⁵, te je odbilo ustupanje predmeta.

Član 4 a) KZ BiH

Članom 4a) Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BiH²⁶, izvršene su izmjene i dopune KZ BiH kako bi se uključile posebne odredbe koje se bave vremenskim ograničenjima u vezi sa primjenjivošću, odnosno problemom retroaktivne primjene zakona. Novi član 4a) glasi: "Članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjene ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu s općim principima međunarodnog prava." Ova odredba daje Tužilaštvu mogućnost da pojedince tereti za krivična djela koja nacionalno krivično pravo ne sadrži, ali koja predstavljaju krivična djela u skladu sa "opštim principima međunarodnog prava". I Tužilaštvo i predsjedavajuća vijeća Suda BiH su uveliko pribjegli korištenju ove odredbe²⁷.

Član 4a) KZ BiH je zapravo identičan odredbama člana 7. stav 2. EKLJP i člana 15. stav 2. MPGPP. Sud BiH izvodi ovlaštenje za ove "opšte principe međunarodnog prava" ne samo iz inkriminacije zločina protiv čovječnosti u skladu sa običajnim međunarodnim pravom nego i iz uvrštavanja "principa međunarodnog prava" u rezoluciju broj 95 (1) Generalne skupštine Ujedinjenih nacija i izvještaj Komisije za međunarodno pravo iz 1950²⁸. Nadalje Sud BiH se poziva na "principe međunarodnog prava priznate u statutu Nirnberškog suda i u presudi Suda" koje je Komisija za međunarodno pravo usvojila 1950. godine.²⁹ Ova dva principa glase "svaka osoba koja počinji djelo koje je predstavlja krivično djelo po međunarodnom pravu odgovorna je prema tome i podliježe kažnjavanju" i "da činjenica da domaći zakon ne predviđa kaznu za djelo koje je kažnjivo po međunarodnom pravu ne oslobađa osobu koja je počinila to djelo odgovornosti prema međunarodnom pravu".³⁰

Na osnovu ovih uticajnih izvora Sud BiH je u predmetu Boban Šimšić zaključio da se zato krivično djelo zločina protiv čovječnosti može podvesti pod "opšte principe međunarodnog prava" iz člana 4a) KZ BiH, neovisno od toga da li bi oni bili mjerodavni prema običajnom međunarodnom pravu ili "principima međunarodnog prava".³¹

Retroaktivna primjena člana 4a) KZ BiH

Međutim, primjena člana 4a) KZ BiH nije lišena problema. Prije svega, član 4a) se ne može primijeniti retroaktivno pošto bi se tim prekršio princip *nullum crimen sine lege*.

Na primjer, kada se Vlada Mađarske našla u situaciji da zbog zastare nije mogla krivično goniti osobe koje su uživale zaštitu u komunističkom režimu, pokušali su da izbjegnu zastaru navodeći da se neće primijeniti na djela koja nisu krivično gonjena u prijašnjem režimu. Ustavni sud Mađarske je ovo odbio smatrajući "da se osnovne garancije vladavine zakona ne mogu poništiti pozivanjem na istorijske situacije i pravdu kao uslov postojanja pravne države. Pravna država se ne može stvarati podrivanjem vladavine prava. Pravna izvjesnost zasnovana na formalnim i objektivnim principima je važnija od djelimične i subjektivne pravde".³²

²⁴ *Tužilac protiv Bagaragaza*, predmet broj: ICTR-2005-86-R11bis, odluka o zahtjevu Tužilaštva za prosljeđivanje predmeta Kraljevini Norveškoj, 19. maj 2006. godine, tačka 13.

²⁵ *Isto*, tačka 16.

²⁶ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj 61/04.

²⁷ Vidi *inter alia* predmet Maktouf (predmet broj: KPŽ-32/05, drugostepena presuda, 4. april 2006. godine) i predmet Dragoje Paunović (predmet broj: X-KRŽ-05/16, drugostepena presuda, 27. oktobar 2006. godine).

²⁸ Predmet Boban Šimšić, broj: X-KR-05/04, presuda, 11. juli 2006. godine, tačka 56.

²⁹ *Isto*, tačka 57.

³⁰ *Principi međunarodnog prava priznati u statutu Nirnberškog suda i presudi Suda*, Komisija za međunarodno pravo, 1950.

³¹ Vidi gore navedeno, fusnota 28, tačka 58.

³² Martin Krygier, *Vladavina prava: vodič za zlostavljače*, u [2007] Univerzitet u Novom Južnom Velsu, Pravni fakultet, istraživanje, serija 4 (19. januar 2007. godine), fusnota 57. pozivanje na predmet broj: 11/1992, 5. mart 1992. godine, Ustavni sud Mađarske.

Nadalje, nema naznaka da se član 4a) KZ BiH uopšte trebao primijeniti na djela koja su se dogodila prije nego što je on i donesen. Sigurno je da fraza “u vrijeme kada je počinjeno” ne treba da znači da se djelo može počinuti u bilo koje vrijeme, stvarajući tako mehanizam za retroaktivnu primjenu člana 4a). To znači da od momenta kada je ovaj zakon stupio na snagu, djela se takođe smatraju krivičnim u skladu sa “opštim principima međunarodnog prava (ili nacionalnog prava, pretpostavljajući da su ispoštovane potrebne procedure za usvajanje u zbirku zakona).

Još jedan problem jeste, kao što je gore navedeno, da je jedini način da Sud BiH bude nadležan za krivična djela jeste ako je krivična odgovornost stvorena zakonom koji donosi Parlament i naknadno uvrštena u krivični zakon. Ovo nije slučaj sa “opštim principima međunarodnog prava” (ili običajnog prava u odnosu na to). ESLJP je u predmetu *Kokkinakis* ustanovio da princip *nullum crimen, nulla poena sine lege* obuhvata pojam da se krivično djelo i kazna mogu propisati samo zakonom i da se krivično pravo ne smije široko tumačiti na štetu optuženog³³. Drugim riječima, “suština ovog prava (odnosno člana 7. stav 1. EKLJP) jeste da svakom krivičnom odredbom treba prvo definisati djelo, a tek onda propisati kazna, pa se zato osoba ne mora osuditi uz primjenu “opštih principa” koji još uvijek nisu uvršteni u nacionalno pravo ove zemlje”.³⁴

Pored toga, upućivanje na “opšte principe” u članovima i odredbama koje Suda BiH često citira (odnosno član 7. stav 2. EKLJP, član 15. stav 2. MPGPP i član 4a) KZ BiH) nije uvijek od koristi. Kao što Cassese objašnjava prilikom ukazivanja na član 15. stav 2. MPGPP; ovakvi zakonski principi ne sadrže bilo kakvu konkretnu zabranu zločina koji se mogu pronaći samo u međunarodnom običajnom pravu.³⁵

Štaviše, pozivanje Suda na principe priznate od strane Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu (u daljem tekst MVS) i u presudama Suda bi trebalo voditi istom zaključku. Ovi principi su uspostavljeni kako bi MVS vodio sudske postupke nakon Drugog svjetskog rata. Oni ne regulišu uvrštavanje krivične odgovornosti i kazne za određena djela u okviru nacionalnog prava određenih zemalja. U stvari, stav 103. Komentara principa se odnosi na suđenje glavnim ratnim zločincima pred Međunarodnim vojnim sudom, konstatujući “da je sama suština Statuta u tome da pojedinci imaju međunarodne dužnosti koje prevazilaze nacionalne obaveze poslušnosti nametnute od strane određene države”.³⁶ Stoga se konkretno poziva na statut MVS, a ni u kom slučaju na njegovu automatsku primjenu u nacionalnom krivičnom pravu.

U predmetu *Šimšić* Sud BiH takođe ukazuje na predmet *Kolk i Kislyiy protiv Estonije* pred ESLJP³⁷ Sud citira ovaj predmet kako bi ukazao na postojanje i kažnjivost zločina protiv čovječnosti kao krivičnog djela i njegovo tumačenje i primjenu pred nacionalnim sudovima. Međutim, ovdje je situacija potpuno drugačija jer suprotno krivičnom pravu BiH nacionalno krivično pravo Estonije u stvari sadrži odredbe kojima se međunarodno pravo direktno uvrštava u nacionalno zakonodavstvo³⁸. To je iz razloga što je ESLJP zaključio da “Sud nema razloga da dovede u pitanje tumačenje estonskih sudova i primjenu nacionalnog prava koja je izvršena u svjetlu relevantnog međunarodnog prava”.³⁹ Još jedan predmet koji Sud često koristi da utvrdi polaznu pretpostavku za primjenu “opštih principa” jeste predmet *Naletilić protiv Hrvatske*.⁴⁰ U ovoj presudi Sud BiH nalazi potvrdu da “bi opšti principi međunarodnog prava” kao što su pomenuti u članu 7. stav 2. EKLJP imali prioritet nad upotrebom člana 7. stav 1. EKLJP u slučaju primjene člana 4a) KZ BiH o osudama za zločine protiv čovječnosti. Međutim, ESLJP je u svojoj odluci konstatovao da: “čak i da pretpostavimo da se član 7. Konvencije primijeni na ovaj predmet, konkretna odredba koja bi se na ovo mogla primijeniti bi bio stav 2. prije nego stav 1. člana 7. Konvencije”.⁴¹ Iz tog razloga ESLJP ni na koji način nije dao definitivni odgovor u vezi sa primjenom “opštih principa međunarodnog prava” u nacionalnom krivičnom pravu. U stvari Sud je iznio samo hipotetički prijedlog u smislu šta bi se tvrdilo u slučaju kada bi se član 7. primijenio na konkretni predmet.

I na kraju, očigledno je da princip zakonitosti zahtijeva da ni zločin ni kazna ne mogu postojati ako nisu propisani zakonom. Takođe je utvrđeno da je KZ SFRJ bio na snazi tokom sukoba od 1992. do 1995. godine. Budući da ovaj Krivični zakon nije sadržavao odredbe koje su inkriminisale zločine protiv čovječnosti, onda se po tom zakonu ne mogu procesuirati ovi zločini.

Svaki pokušaj krivičnog gonjenja ovih zločina po KZ BiH iz 2003. godine mora biti neuspješan budući da bi to dovelo do retroaktivne primjene krivičnog prava. Krivično gonjenje zločina protiv čovječnosti na osnovu običajnog međunarodnog prava ili “opštih principa međunarodnog prava” bi bilo moguće jedino ako bi međunarodne odredbe bile adekvatno uvrštene u nacionalno krivično zakonodavstvo, što se u Bosni i Hercegovini još uvijek nije dogodilo.

³³ *Kokkinakis protiv Grčke*, presuda, 25. maj 1993. godine, prijava broj: 14307/88, tačka 52.

³⁴ N. Jayawickrama, *Sudska primjena ljudskih prava; nacionalna, regionalna i međunarodna sudska praksa*, Cambridge University Press, 2002, tačka 590.

³⁵ A. Cassese, *Međunarodno krivično pravo*, Oxford University Press, 2003, tačka 149, fusnota 27.

³⁶ *Principi međunarodnog prava priznati u statutu Nirnberškog suda i presudi Suda sa komentarima*, Komisija za međunarodno pravo, 1950, tačka 103.

³⁷ Predmet Boban Šimšić, broj: X-KR-05/04, presuda, 11. juli 2006. godine, tačka 58.

³⁸ *Kolk i Kislyiy protiv Estonije*, Odluka o prihvatljivosti, 17. januar 2006. godine, prijava broj: 23052/04 i 24018/04, strana 3-5.

³⁹ *Isto*, strana 10.

⁴⁰ Vidi, na primjer: Neđo Samardžić, predmet broj: X-KR-05/49, 7. april 2006. godine, tačka 29.

⁴¹ *Naletilić protiv Hrvatske*, Odluka o prihvatljivosti, 4. maj 2000. godine, prijava broj: 51891/99, strana 4.

Aktuelna zbivanja na ad hoc međunarodnim krivičnim sudovima*

Pripremili Daryl A. Mundis, viši zastupnik optužbe Tužilaštva MKSJ i Fergal Gaynor, zastupnik optužbe Tužilaštva MKSJ

1. Značajna zbivanja

A. Zločini protiv čovječnosti

1. 'Rasprostranjeni ili sistematski napad na civilno stanovništvo' od strane naoružane pobunjeničke grupe

Dana 30. novembra 2005. godine, Pretresno vijeće II¹ Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) donijelo je oslobađajuću presudu protiv Fatmira Limaja, istaknutog političara iz reda kosovskih Albanaca i bivšeg komandanta Oslobođilačke vojske Kosova (OVK), i Isaka Musliua. Trećeoptuženi, Hajrudin Bala, proglašen je krivim za mučenje, okrutno postupanje i ubistvo i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 13 godina².

Vijeće je odbacilo sve tačke u kojima se na teret stavlja zločin protiv čovječnosti u kojem je 'rasprostranjeni ili sistematski napad na civilno stanovništvo' njegov neophodni sastavni dio, na temelju toga da, zaključujući prema izvedenom dokaznom materijalu, u relevantno vrijeme nije postojao napad od strane OVK³ usmjeren protiv 'civilnog stanovništva' niti 'rasprostranjeni' napad⁴. Vijeće je konstatovalo da se rasprostranjeni i sistematski napad normalno stavlja na teret kad se napad izvodi po naređenju države⁵. OVK je, međutim, bila gerilska sila koja je bila angažovana u ograničenoj borbi protiv nadmoćnijih, konvencionalnih oružanih snaga, i nije pokušavala da ima za cilj civilno stanovništvo kao takvo⁶.

2. Vrste krivične odgovornosti

A. Direktna krivična odgovornost

1. Udruženi zločinački poduhvat nije dokazan

U predmetu *Limaj*, Pretresno vijeće II MKSJ je utvrdilo da optužba nije uspjela da utvrdi postojanje navodnog udruženog zločinačkog poduhvata, čiji je navodni cilj bio 'usmjeren na srpske civile i Albance smatrane kolaboracionistima u svrhu zastrašivanja, zatvaranja, nasilja i ubistva'⁷. Pretresno vijeće je utvrdilo da postoji odsustvo dokaza koji bi pokazali da je grupa pojedinaca, čiji bi se identitet mogao utvrditi barem navođenjem njih kao grupe, pomagala u ostvarenju zajedničkog plana, te nedostatak dokaza u pogledu opsega takvog plana, i zaključilo da glavni elementi udruženog zločinačkog poduhvata nisu utvrđeni⁸.

*Ovaj članak sumira važnija dešavanja na ad hoc Međunarodnim krivičnim sudovima u periodu od 1. jula do 31. decembra 2005. godine. Napomena: Imena sudija koja se pominju u ovom članku direktno su preuzeta iz dokumenata kako su arhivirani. Stoga, mogu se primijetiti varijacije u pisanju punih imena sudija. Stavovi koji su izneseni ovdje su isključivo lični stavovi autora, i ne označavaju obavezno stavove Međunarodnih sudova ili uopšteno Ujedinjenih nacija.

1 Sudije Kevin Parker, predsjedavajući, Krister Thelin i Christine Van Den Wyngaert.

2 Presuda, *Limaj i dr.* (IT 03-66-T), Pretresno vijeće, 30. novembar 2005. god. (u daljem tekstu: Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Limaj*). Ova trojica su se teretili da su učestvovali u ubistvu, mučenju i zlostavljanju zarobljenika u zarobljeničkom logoru OVK-a u Lapušniku na Kosovu, a Limaj i Bala su dodatno optuženi da su učestvovali u ubistvu 10 albanskih zarobljenika iz logora u obližnjim planinama. Druga dopunjena optužnica, *Limaj i dr.* (IT-03-66-PT), 6. novembra 2003. godine. Pretresno vijeće je utvrdilo da je OVK uistinu držala zarobljenički logor na poljoprivrednom gazdinstvu u Lapušniku, i da su u junu i julu 1998. godine u logoru bili zatvoreni većinom civilni zarobljenici albanske i srpske nacionalnosti. Većina zarobljenika je bila podvrgnuta okrutnom postupanju, a četvoro je mučeno. Pretresno vijeće je dodatno utvrdilo da su vojnici OVK-a ubili tri lica u logoru, i odveli još devet zarobljenika iz logora na obližnju planinu Beriša gdje su zarobljenici ustrijeljeni i ubijeni. Pogledajte i 'Identifikacija optuženog' u Poglavlju 5.C. *infra*.

3 OVK (*Ushtria Çlirimtare e Kosovës* na albanskom) su zvanične vlasti zabranile i funkcionisala je ilegalno. Njene aktivnosti su imale za cilj pripremu stanovnika Kosova za oslobodilački rat, mobilizaciju stanovništva, te odgovaranje oružanom akcijom na nasilje srpskih vlasti. Srpske vlasti i neki posmatrači su je smatrali terorističkom organizacijom, dok je za sljedbenike OVK predstavljala gerilski oslobodilački pokret koji je bio usmjeren protiv srpske policije i vojske na Kosovu. Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Limaj*, supra nota 2, § 44-45.

4 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Limaj*, supra nota 2, § 228.

5 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Limaj*, supra nota 2, §§ 195 i 228. 'Budući na poziciji organizovane vlasti na datoj teritoriji, spremna da mobilize i usmjeri vojnu i civilnu vlast, suverena Država po svojoj prirodi posjeduje atribute koji joj dozvoljavaju da se organizuje i sprovede napad na civilno stanovništvo. Države su te koje mogu najlakše i najefikasnije angažovati resurse u cilju pokretanja napada na civilno stanovništvo 'rasprostranjenih' razmjera, ili na 'sistematski' način. Za razliku od toga, činjenično stanje pred Vijećem podrazumijeva navode za počinjenje napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva koje je počinio ne-državni faktor sa ekstremno ograničenim resursima, osobljem i organizacijom'. *Ibid.* § 191.

6 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Limaj*, supra note 2, §§ 195, 210, 211.

7 *Ibid.*, § 669. Pogledati i Drugu izmijenjenu optužnicu, *Limaj i dr.* (IT-03-66-PT), 6. novembar 2003. godine, § 7.

8 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Limaj*, supra note 2, § 669.

2. Udruženi zločinački poduhvat 3 – Mens Rea

Žalbeno vijeće⁹ je potvrdilo 13-godišnju kaznu koja je izrečena bivšem političkom vođi bosanskih Hrvata, (*kao u originalu - prim. prev.*) Milanu Babiću¹⁰. Babić se izjasnio da je kriv za učestvovanje u udruženom zločinačkom poduhvatu koje je uključivalo ubijanje stotina civila ne-srpske nacionalnosti¹¹. On je osporio tvrdnju Pretresnog vijeća I MKSJ, a to je da njegova krivica nije umanjena činjenicom da on kao namjeru nije imao počinjenje tih ubistava, nego je samo bio svjestan da se ubistva čine kao dio udruženog zločinačkog poduhvata. Žalbeno vijeće je odbacilo ovo osporavanje¹². Vijeće smatra:

Pod trećim, 'produženim' krakom teorije o udruženom zločinačkom poduhvatu koji je konstatovala sudska praksa Međunarodnog suda, kritično pitanje u pogledu *mens rea* podnosioca žalbe jeste da li je on imao namjeru da učestvuje u udruženom zločinačkom poduhvatu, a ne da li je konkretno smjerao da počinji sekundarne zločine, jer sve dok su se sekundarni zločini mogli predvidjeti i podnosilac žalbe voljno preuzeo rizik da će oni biti počinjeni, on je posjedovao legalno neophodan 'umišljaj' u pogledu tih zločina¹³.

Žalbeno vijeće je primilo k znanju da je Babić priznao da je učestvovao u udruženom zločinačkom poduhvatu sa namjerom da vrši diskriminaciju po osnovu političkog, rasnog ili religioznog opredjeljenja; da su zločini, uključujući ubistvo, bili predvidiv rezultat udruženog zločinačkog poduhvata; i da je on bio svjestan da su ubistva, u stvari, bila počinjena¹⁴. Žalbeno vijeće je utvrdilo da je, pod ovim okolnostima, Pretresno vijeće bilo u pravu što je tvrdilo da Babićeva krivica nije bila umanjena činjenicom da on kao namjeru nije imao počinjenje ubistava kao takvih, nego je samo bio svjestan da su ubistva bila počinjena kao dio udruženog zločinačkog poduhvata¹⁵.

3. Pomaganje i podržavanje u izvršenju krivičnog djela

Žalbeno vijeće¹⁶ je potvrdilo 7-godišnju kaznu izrečenu Miodragu Jokiću, komandantu ratne mornarice koji se izjasnio krivim za djela po Članu 7(1) (pomaganje i podržavanje u izvršenju krivičnog djela) i Članu 7(3) Statuta MKSJ (MKSJSt.) počinjena u toku samo jednog dana (6. decembra 1991. godine) za vrijeme granatiranja Starog grada u Dubrovniku. Jokić je iznio argumente da je Pretresno vijeće pogrešno okarakterisalo njegovo izvjesno ponašanje koje je *prethodilo* 6. decembru 1991. godine kao 'pomaganje i podržavanje u izvršenju krivičnog djela'¹⁷. Optužba se složila da je napravljena greška. Žalbeno vijeće je, međutim, utvrdilo da je Pretresno vijeće navodilo Jokićevo prijašnje ponašanje u cilju 'davanja konteksta za zločine od 6. decembra. Taj kontekst je bio relevantan za pitanje o tome da li je svijest podnosioca žalbe o protivpravnom granatiranju Starog grada u Dubrovniku od ranih sati u jutro 6. decembra 1991. godine bila dovoljna da se konstataje neophodni uslov *mens rea* koji bi potkrijepio osuđujuću presudu za pomaganje i podržavanje u izvršenju krivičnog djela.¹⁸ Žalbeno vijeće je izjavilo da je zadovoljno što Pretresno vijeće prilikom donošenja presude nije napravilo grešku 'pukim pozivanjem' na događaje prije 6. decembra 1991. godine¹⁹.

9 Sudije Florence Ndepele Mwachande Mumba, predsjedavajući, Fausto Pocar, Mohamed Shahabuddeen, Mehmet Güney i Wolfgang Schomburg.

10 Babić je ranije bio vođa Republike Srpske Krajine, područja sa većinskim srpskim stanovništvom, koje je pokušalo da se odvoji od Hrvatske nakon što je Hrvatska proglasila nezavisnost od Jugoslavije 1991. godine. Babić je potvrdio da je učestvovao – kao saizvršilac – u udruženom zločinačkom poduhvatu, čiji je cilj bio trajno prisilno ukljanjanje većeg dijela hrvatskog i ostalog nerspskog stanovništva sa približno jedne trećine teritorije Hrvatske, kako bi se to područje pretvorilo u državu sa dominantno srpskim stanovništvom, uz počinjenje zločina protiv čovječnosti i kršenja zakona i običaja ratovanja. Odluka o žalbi na presudu, *Babić* (IT-03-72-A), Žalbeno vijeće, 18. juli 2005. godine (u daljem tekstu: Presuda o žalbi u predmetu *Babić*), § 2. Babić je počinio samoubistvo u Pritvorskoj jedinici Ujedinjenih nacija u Hagu 5. marta 2006. godine.

11 Presuda o žalbi u predmetu *Babić*, supra note 10, § 3. Njegova kazna zatvora od 13 godina je premašila preporuku optužbe od 11 godina: pogledati 2 Bilten međunarodnog krivičnog pravosuđa (JICJ) (2004) 1163-1187, na stanici 1180.

12 Presuda o žalbi u predmetu *Babić*, supra nota 10, § 28.

13 *Ibid.*, § 27.

14 *Ibid.*, § 28.

15 *Ibid.*, § 28.

16 Sudija Inés Mónica Weinberg de Roca, predsjedavajući, Mohamed Shahabuddeen, Florence Ndepele Mwachande Mumba, Mehmet Güney i Wolfgang Schomburg

17 U ključnom spornom pasusu, Pretresno vijeće navodi: 'Prema riječima optužbe, izostanak odgovarajuće disciplinske mjere Miodraga Jokića da kazni izvršioce sličnih napada pod njegovim zapovjedništvom koji su se desili 23 i 24. oktobra, a zatim 9. novembra 1991. godine, je imalo direktan uticaj na komandnu atmosferu, a stoga i počinjenje krivičnih djela 6. decembra 1991. godine. Ponašanje Miodraga Jokića je dijelom, tačnije, izvjesno činjenje i nečinjenje koje je prethodilo granatiranju 6. decembra 1991. godine od strane JNA, u posebnim okolnostima slučaja, ispravno kvalifikovano kao pomaganje i podržavanje, s obzirom da je imalo značajan efekat na počinjenje krivičnih djela'. Presuda o kazni u predmetu *Jokić* (IT-01-42/1-S), 18. mart 2004. godine, § 57-58. Sažetak ove presude je objavljen u 2 JCIJ (2004) 879-909 na stranicama 884-885 i 899.

18 Odluka o žalbi na presudu, *Jokić* (IT-01-42/1-A), Žalbeno vijeće, 30. avgust 2005. godine (u daljem tekstu: Odluka o žalbi u predmetu *Miodrag Jokić*) § 15. Žalbeno vijeće je dodalo, pomalo zagonetno: 'Žalbeno vijeće neće razmatrati da li je tačna kvalifikacija 'pomaganje i podržavanje', pošto je ovo usaglašeno između strana u postupku i prihvaćeno od strane Pretresnog vijeća, a i s obzirom da u interesu pravde intervencija nije neophodna. Ovo ne utiče na diskreciono pravo koje je generalno povjereno Žalbenom vijeću da ispravi pravnu grešku ukoliko je to u interesu pravde.' *Ibid.*, § 16 i fusnota 55. Žalbeno vijeće je primijetilo da je predmet žalbe bila izrečena kazna, a ne sama osuđujuća presuda. *Ibid.*, § 20. Pogledati Poglavlje 4.J. infra.

19 Odluka o žalbi u predmetu *Miodrag Jokić*, supra note 18, § 19.

B. Odgovornost nadređenog

Dana 16. novembra 2005. godine, Pretresno vijeće MKSJ²⁰ je izreklo oslobađajuću presudu Seferu Haliloviću, bivšem generalu i vrhovnom komandantu Armije Bosne i Hercegovine ('ABiH'), za jednu jedinu tačku optužnice za koju se teretio: ubistvo po Članu 3 i 7(3) MKSJSt²¹. Slučaj se odnosio na ubistva počinjena u Grabovici i Uzdolu tokom vojnih operacije koje je izvela ABiH, a Pretresno vijeće je posvetilo više od 100 stranica svoje presude opisivanju tih ubistava²². Usprkos zaključcima koje je konstatovala optužba da su većinu ubistava koja se navode u optužnici počinili vojnici ABiH, Pretresno vijeće je zaključilo da optužba nije uspjela da dokaže da su optuženi imali efektivnu kontrolu nad snagama koje su počinile te zločine²³.

Prilikom donošenja ovih zaključaka, Pretresno vijeće je utvrdilo da optužba nije uspjela da dokaže da je Sefer Halilović bio imenovan za komandanta 'Operacije Neretva' kao što se navodi u optužnici²⁴. Pretresno vijeće je utvrdilo da je Sefer Halilović bio vođa inspekcijskog tima i da mu nisu bila povjerena komandna ovlaštenja²⁵. Njegove dužnosti su bile ograničene na funkciju koordinisanja i praćenja u zoni odgovornosti 4. i 6. korpusa ABiH, korpusa koji su izveli vojne operacije na područjima na kojima su bili smješteni Grabovica i Uzdol²⁶.

3. Prava optuženog

A. Pravo na pravično suđenje

Pogledajte 'Ograničenja o dužini slučaja odbrane' u Poglavlju 4.G. infra.

B. Pravo protiv samo-optuživanja

Pogledajte 'Prihvatljivost izjave optuženog na suđenju' u Poglavlju 5.A. i 'Posljedica izbora optuženog da ne svjedoči' u Poglavlju 5.B. infra.

C. Povlastice pritvorenika na komunikaciju u pretpretresnoj fazi

Dana 23. juna 2005. godine, ukinute su povlastice pritvoreniku Vojislavu Šešelju na komunikaciju u pretpretresnoj fazi, nakon što je Šešelj objelodanio ime zaštićenog lica u telefonskom razgovoru. Transkript telefonskog razgovora je dodatno ukazao na mogućnost da je Šešelj 'pokušao da utiče na pomenuto lice, ili na drugi način ohrabri dozvoljavanje takvog uticanja'²⁷.

D. Privremeno puštanje na slobodu

1. Raniji visoki položaj optuženog

Lica koja ulažu zahtjev za privremeno puštanje na slobodu obično obezbjeđuju garanciju države u koju traže da budu pušteni, a u kojoj se, između ostalog, država obavezuje da će nadgledati optuženog dok je na slobodi i da će ga ponovo uhapsiti ako bi pobjegao. Razlog za zabrinutost koji postoji kod takvih garancija je da li optuženi, s obzirom na raniji visoki položaj, možda ima informacije koje bi predstavljale razlog koji bi odvratio državu od izvršenja takve garancije. Da bi potkrijepio svoj zahtjev za privremeno puštanje na slobodu u Srbiju, Mićo Stanišić, ministar unutrašnjih poslova u ratnoj Vladi bosanskih Srba, obezbijedio je garancije od Srbije i Crne Gore i od Republike Srbije. Pretresno vijeće II MKSJ-a navelo je da mu nije potrebno da uzme u obzir raniji visoki položaj koji je optuženi imao u Republici bosanskih Srba, jer prije toga nije imalo informacije koje bi ukazivale na to da je optuženi zauzimao bilo kakav položaj u Srbiji²⁸. Žalbeno vijeće²⁹ je ustanovilo da ovo

20 Sudije Liu Daqun, predsjedavajući, Florence Ndepele Mwachande Mumbai Amin el Mahdi. U toku suđenja i pod pristankom optuženog u skladu sa Pravilom 15bis Pravilnika o postupku i dokazima (RPE) MKSJ, Sudija Mumba je imenovan kao član Pretresnog vijeća 31. maja 2005. godine kao zamjena za sudiju György Szénási, koji je prethodnog dana dao ostavku zbog zdravstvenih problema. *Halilović*, Presuda (IT-01-48-T), 16. novembar 2005. godine (u daljem tekstu: Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Halilović*), Aneks 2, na 301, § 24.

21 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Halilović*, supra note 20, § 753. Optužba je najavila žalbu protiv ove oslobađajuće presude.

22 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Halilović*, supra note 20, § na 140-242

23 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Halilović*, supra note 20, § 747 (o Grabovici); § 751 (o Uzdolu). Ovo je bila prva presuda MKSJ u kojoj je navodna krivična odgovornost optuženog zasnovana na terećenju za djela samo po Članu 7(3) MKSJSt.

24 Zapravo, Pretresno vijeće čak nije bilo ni uvjereno da su vojne operacije bile izvedene pod nazivom 'Operacija Neretva' kao što je navela optužba. Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Halilović*, supra note 20, § 737.

25 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Halilović*, supra note 20, § 752.

26 Presuda Pretresnog vijeća u predmetu *Halilović*, supra note 20, § 735-742.

27 Obavijest Zamjenika sekretara Pretresnom vijeću u vezi sa optuženim Vojislavom Šešeljom, Šešelj (IT-03-67-PT), 23. juni 2005. godine (prvobitno povjerljiv dokument)

28 Odluka o zahtjevu za privremeno puštanje na slobodu Miće Stanišića, *Stanišić* (IT-04-79-PT), Pretresno vijeće II, 19. juli 2005.

29 Sudije Fausto Pocar (predsjedavajući), Mohamed Shahabuddeen, Florence Mumba, Mehmet Güney i Wolfgang Schomburg.

predstavlja pogrešnu primjenu materijalnog prava: osnovno pitanje ne predstavlja to da li je optuženi zauzimao položaj u istoj vladi koja obezbjeđuje garanciju. Pravo pitanje je zapravo, šta bi se desilo ako bi nadležni organi bili obavezni prema svojoj garanciji da uhapsu optuženog u svjetlu njegovog ranijeg položaja, bez obzira na to gdje je taj položaj zauzimao. „Stoga, Pretresno vijeće treba jednostavno da razmotri da li dokazi upućuju na to da optuženi, s obzirom na svoj raniji visoki položaj, možda ima informacije koje bi predstavljale razlog koji bi odvratio državne organe, koji u ime optuženog pružaju garanciju, od izvršenja te garancije.”³⁰

1. novembra 2005. godine, Žalbeno vijeće³¹ poništilo je odluku o puštanju na slobodu Nebojše Pavkovića, bivšeg komandanta jugoslovenske Treće armije³². Žalbeno vijeće je ustanovilo da je Pretresno vijeće III MKSJ-a napravilo grešku jer nije uzelo u obzir da je optuženi zauzimao visok položaj u Jugoslovenskoj vojsci i vratilo odluku Pretresnom vijeću radi razmatranja ovog faktora³³.

2. Izjave koje je optuženi dao prije transfera

U predmetu *Pavković*, Žalbeno vijeće je ustanovilo da je Pretresno vijeće pogriješilo jer nije uzelo u obzir izjave koje je u javnosti navodno dao optuženi prije transfera u tom smislu da se nikada neće predati Tribunalu. Žalbeno vijeće je ustanovilo da su ove izjave izuzetno važne za procjenu okolnosti u kojima se optuženi predao, te da činjenica da Pretresno vijeće nije razmotrilo da li je optuženi zaista dao te navodne izjave, i ako jeste, da li bi ovo bacilo sumnju na njegovu pouzdanost u smislu vraćanja na suđenje ukoliko bude pušten, zaslužuje odbijanje i vraćanje³⁴.

3. Da li će optuženi predstavljati opasnost za druge

Podnosilac zahtjeva za privremeno puštanje na slobodu obavezan je u skladu sa Pravilom 65 Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ-a (PPD MKSJ) da uvjeri Vijeće da, ukoliko bude pušten, neće predstavljati opasnost za žrtve, svjedoke ili druga lica. U predmetu *Pavković* Tužilaštvo je navelo da je prije transfera u Međunarodni sud, optuženi bio umiješan u pokušaj ubistva Vuka Draškovića³⁵ i da je javno prijetio svakom licu koje bi ga predalo Tribunalu. Žalbeno vijeće je bilo mišljenja da u svijetlu ovih navoda, nije opravdano da Pretresno vijeće zaključi da ne postoji „ništa što bi ukazalo” na to da bi optuženi predstavljao opasnost po druge ukoliko bude pušten, bez navođenja razloga za takav zaključak³⁶.

4. Značaj postupka iz Pravila 11bis

U predmetu *Mejakić i ostali*, Žalbeno vijeće³⁷ odbacilo je žalbu Dušana Fuštara na odluku Pretresnog vijeća III MKSJ-a da odbije njegovo privremeno puštanje na slobodu u Bosnu³⁸. Fuštar se ranije usprotivio zahtjevu Tužilaštva da njegov predmet proslijedi u Bosnu u skladu sa Pravilom 11bis PPD MKSJ-a. Pretresno vijeće je smatralo da postojanje postupka iz Pravila 11bis i činjenica da se optuženi usprotivio prosljeđivanju iz Pravila 11bis daju optuženom veći podsticaj da se ne vrati na suđenje. Žalbeno vijeće je bilo mišljenja da ovo predstavlja opravdan zaključak i da on spada u slobode odlučivanja Pretresnog vijeća³⁹.

30 Odluka po interlokutornoj žalbi Tužilaštva na privremeno puštanje na slobodu Miće Stanišića, *Stnišić* (IT-04-79-AR65.1), Žalbeno vijeće, 17. oktobar 2005, §19. Žalbeno vijeće je bilo mišljenja da ova pogrešna primjena materijalnog prava nije uticala na odluku da se optuženi privremeno pusti na slobodu jer, *inter alia*, Tužilaštvo nije uspjelo da potkrijepi svoje tvrdnje prema kojima se trebao dati značaj ranijem položaju optuženog u Republici Srpskoj u okolnostima ovog predmeta. *Ibid.*, §20.

31 Sudije Theodor Meron (predsjedavajući), Mohamed Shahabuddeen, Florence Mumba, Andresia Vaz i Wolfgang Schomburg.

32 Odluka po interlokutornoj žalbi na odluku Pretresnog vijeća o privremenom puštanju na slobodu Nebojše Pavkovića, Žalbeno vijeće, *Milutinović i ostali* (IT-05-87-AR65.1). Žalbeno vijeće, 1. novembar 2005. (u daljem tekstu: odluka o privremenom puštanju na slobodu u predmetu *Pavković*).

33 Odluka o privremenom puštanju na slobodu u predmetu *Pavković*, *supra* nota 44, §8.

34 *Ibid.*, §9.

35 Vuk Drašković bio je istaknuta ličnost opozicije u Srbiji devedesetih godina. Trenutno je ministar inostranih poslova Srbije i Crne Gore i član *ex officio* Savjeta ministara Srbije i Crne Gore, koje je pružilo garanciju za Pavkovićev zahtjev za privremeno puštanje na slobodu.

36 Odluka o privremenom puštanju na slobodu u predmetu *Pavković*, *supra* nota 44, §10. Žalbeno vijeće je takođe smatralo *proprio motu* da je Pretresno vijeće pogrešno primijenilo materijalno pravo jer nije navelo da li je Holandiji dalo priliku da se izjasni, kao što nalaže Pravilo 65(B). (*Ibid.*, §12). U svojoj odluci koja je u skladu sa uputstvima Žalbenog vijeća, Pretresno vijeće je objasnilo da je primijenilo proceduralni princip *omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta donec probetur in contrarium*. Druga odluka o privremenom puštanju na slobodu Nebojše Pavkovića. *Pavković* (IT-05-87-PT), Pretresno vijeće, 18. novembar 2005. §14.

37 Sudije Fausto Pocar (predsjedavajući), Mohamed Shahabuddeen, Andresia Viaz, Theodor Meron i Wolfgang Schomburg.

38 Odluka po zahtjevu Dušana Fuštara za podnošenjem interlokutorne žalbe i ubrzani žalbeni postupak-, *Mejakić i ostali*, IT-02-65-AR65.2, Žalbeno vijeće, 16. decembar 2005. Fuštar je uložio zahtjev za privremeno puštanje na slobodu da bi prisustvovao službi koja se davala povodom 40 dana od smrti njegove pokojne punice.

39 *Ibid.*, §9

5. Privremeno puštanje na slobodu osuđenika

Žalbeno vijeće⁴⁰ odbacilo je zahtjev za privremeno puštanje na slobodu koji je uložio Stanislav Galić, a koji je 2003. godina osuđen na zatvorsku kaznu u trajanju od 20 godina i čija je žalba protiv presude i zatvorske kazne u postupku. Žalbeno vijeće se nije složilo sa Galićevom tvrdnjom da je njegov položaj sličan položaju optuženog prije suđenja. Ono je napomenulo da je za razliku od optuženog koji čeka suđenje Galić osuđen za teške zločine koji se moraju uzeti u obzir prilikom ocjenjivanja da li bi se pojavio na žalbenom pretresu ako bude pušten. Vijeće je takođe podsjetilo da što je teža zatvorska kazna, to je veći podsticaj da se pobjegne, a godine zatvorske kazne koje Galiću preostaju da odsluži predstavljaju jak podsticaj za bijeg. Takođe je napomenulo da se ishod žalbe ne može predvidjeti – dok s jedne strane postoji mogućnost smanjenja zatvorske kazne, jednako je tačno da može doći i do povećanja.⁴¹

Žalbeno vijeće⁴² je privremeno na slobodu pustilo Pavla Strugara – čija je žalba na presudu i zatvorsku kaznu takođe u postupku – na četiri mjeseca da bi mu omogućilo operaciju kuka u Crnoj Gori i dalji oporavak u Crnoj Gori⁴³. Žalbeno vijeće je napomenulo da je potreba da Strugar dobije protezu cijelog kuka neosporna i da je njegov zahtjev za privremenim puštanjem na slobodu nesmetan⁴⁴.

6. Politički angažman lica koje je privremeno pušteno na slobodu

6. juna 2005. godine, Pretresno vijeće II MKSJ-a naložilo je privremeno puštanje na slobodu, na Kosovo, Ramuša Haradinaja, bivšeg predsjednika vlade Kosova, pod određenim uslovima prema kojima mu je ograničeno kretanje na Kosovu i strogo ograničeno učešće u političkim aktivnostima⁴⁵. 12. oktobra 2005. nakon zahtjeva odbrane da se ublaže nametnuta ograničenja, Pretresno vijeće je, većinom, naložilo da se Haradinaj može pojavljivati u javnosti i angažovati u javnim političkim aktivnostima „u mjeri u kojoj Privremena uprava Misije Ujedinjenih nacija na Kosovu (UNMIK)⁴⁶ smatra da bi bila značajna za pozitivan razvoj političke i bezbjednosne situacije na Kosovu.”⁴⁷

Pretresno vijeće je takođe većinom zatražilo od UNMIK-a da preuzme odgovornost da, od slučaja do slučaja, odobri ili odbije Haradinajevu političke aktivnosti, te da takve aktivnosti uključi u dvonedeljne izvještaje koji se podnose Pretresnom vijeću. Pretresno vijeće se u velikoj mjeri oslanjalo na ocjenu UNMIK-a da će Haradinajevu učešće u javnim političkim aktivnostima „najvjerovatnije, na konstruktivan način doprinijeti pozitivnom razvoju političke i bezbjednosne situacije na Kosovu”⁴⁸. U izdvojenom mišljenju, predsjedavajući sudija Carmel Agius se složio da bi zbog stava koji je zauzeo UNMIK, trebala postojati neka vrsta ograničene i kontrolisane mogućnosti da Haradinaj učestvuje u javnim političkim aktivnostima i pregovorima. Međutim, sudija Agius je izrazio snažno neslaganje sa odlukom Pretresnog vijeća da UNMIK-u dodijeli odgovornosti i kontrolu koje se, prema mišljenju sudije Agiusa, odnose isključivo na Pretresno vijeće i Međunarodni sud⁴⁹. Sudija Agius je prije bio pobornik pristupa od-slučaja-do-slučaja, prema kome je Pretresno vijeće moglo donijeti odluku o svakom zahtjevu za učešće u političkim aktivnostima nakon ocjene stava UNMIK-a i izjašnjavanja Tužilaštva. Nakon podnošenja žalbe Tužilaštva, Žalbeno vijeće je odgodilo odluku Pretresnog vijeća da ublaži uslove privremenog puštanja na slobodu⁵⁰.

40 Sudije Theodor Meron (predsjedavajući), Fausto Pocar, Mohamed Shahabuddeen, Florence Ndepele Mwachande Mumba i Wolfgang Schomburg.

41 Odluka o drugom zahtjevu odbrane za privremeno puštanje sa slobode Stanislava Galića, *Galić* (IT-98-29-A), Žalbeno vijeće, 31. oktobar 2005, §16. Žalbeno vijeće nije ubijedila ni Galićeva smjela tvrdnja da s obzirom da je osuđen, on ima poseban interes da prisustvuje žalbenom pretresu kako bi dokazao da nije kriv. *Ibid.*

42 Sudije Fausto Pocar (predsjedavajući), Mehmet Güney, Andresia Vaz, Theodor Meron, Wolfgang Schomburg.

43 Odluka o zahtjevu odbrane: zahtjev odbrane za privremeno puštanje na slobodu radi obezbjeđivanja medicinske pomoći u Republici Crnoj Gori, *Strugar* (IT-01-42-A), Žalbeno vijeće, 16. decembar 2005.

44 *Ibid.*

45 Odluka o zahtjevu Ramuša Haradinaja za privremeno puštanje na slobodu, *Haradinaj* (IT-04-84-PT), Pretresno vijeće, 6. juni 2005.

46 UNMIK je uspostavljen u skladu sa Rezolucijom Savjeta bezbjednosti 1244 10. juna 1999, kojom je Savjet bezbjednosti ovlastio generalnog sekretara UN da na Kosovu uspostavi prelaznu civilnu upravu.

47 Odluka o podnesku odbrane u ime Ramuša Haradinaja kojim se traži ponovna ocjena uslova privremenog puštanja na slobodu koje je odobreno 6. juna 2005. *Haradinaj*, (IT-04-84-PT), 12. oktobar 2005

48 *Ibid.*, pod 1.

49 Sudija Agius je naveo da je odluka Pretresnog vijeća „da dodijeli UNMIK-u značajna inherentna ovlaštenja i odgovornosti Vijeća bez presedana i , prema mom mišljenju, jednaka je pogrešnom i opasnom odricanju svojih odgovornosti od strane Pretresnog vijeća da stalno nadgleda i kontroliše sva pitanja koja se odnose na slobodu rada i kretanja optuženog”. Izdvojeno mišljenje sudije Agiusa koje je priloženo uz odluku o podnesku odbrane u ime Ramuša Haradinaja kojim se traži ponovna ocjena uslova privremenog puštanja na slobodu koje je odobreno 6. juna 2005, *Haradinaj* (IT-04-84-PT), 12. oktobar 2005, §1.

50 Odlaganje „Odluke o podnesku odbrane Ramuša Haradinaja kojim se traži ponovna ocjena uslova privremenog puštanja na slobodu koje je odobreno 6. juna 2005.”, Žalbeno vijeće (sudije Fausto Pocar (predsjedavajući), Mohamed Shahabuddeen, Mehmet Güney, Theodor Meron i Wolfgang Schomburg). *Haradinaj* (IT-04-84-AR65.1), 16. decembar 2005.

7. Zahtjev za kućni pritvor u skladu sa Pravilom 64 PPD MKSJ-a

Predsjednik MKSJ-a Pocar odbacio je zahtjev, koji je u skladu sa odredbom koja se malo koristi, Pravilom 64 PPD MKSJ-a⁵¹, podnio pritvorenik u pretretresnom postupku Paško Ljubičić, da bude zadržan u kućnom pritvoru u stanu svoje žene u Bosni. Predsjednik Pocar je zaključio da u skladu sa Pravilom, ukoliko će optuženi biti smješten u objektima koji ne pripadaju Pritvorskoj jedinici Ujedinjenih nacija, tada taj drugi objekat mora biti onaj koji obezbijedi zemlja-domaćin ili zemlja u kojoj optuženi traži da bude pritvoren. Predsjednik je utvrdio da optuženi nije uspio da ustanovi da su vlasti Bosne i Hercegovine obezbijedile objekat, a Pravilo 64 PPD MKSJ-a ne dozvoljava optuženom da bude pritvoren u privatnim stabenim jedinicama koje on sam navede⁵².

4. Proceduralna kretanja

A. Prosjeđivanje predmeta u skladu sa Pravilom 11bis

Vidjeti raspravu o „Strategijama završavanja” u Odjeljku 6.A., *infra*.

B. Ispitivanje svjedoka Tužilaštva od strane odbrane

20. septembra 2005, Pretresno vijeće III MKSR-a⁵³ u predmetu *Karemera i ostali*, odobrilo je zahtjev odbrane da se sastane sa tri svjedoka koji su navedeni kao svjedoci optužbe u drugim postupcima, ali koji nisu svjedočili. Tužilaštvo je tvrdilo da ako ijedan od svjedoka pristane da se sastane sa odbranom, imalo je pravo da bude prisutno tokom tih ispitivanja. Pretresno vijeće je napomenulo da postojeće zaštitne mjere nalažu da odbrana kontaktira optužbu prije dogovaranja takvih ispitivanja, ali je odbacilo tvrdnju da optužba ima pravo da bude prisutna. Ono je dozvolilo odbrani da se sastane sa svjedocima bez prisustva predstavnika optužbe⁵⁴.

C. Unakrsno ispitivanje

U predmetu *Krajišnik*, Pretresno vijeće pozabavilo se situacijom u kojoj je advokat odbrane tokom unakrsnog ispitivanja svjedoka stalno iznosio tvrdnje da je svjedok kriminalac⁵⁵. Tužilaštvo je tvrdilo da su navodi bez osnova, a odbrana je kasnije povukla najkonkretniji navod o protivzakonitom postupanju. U pisanoj odluci o ovom pitanju, Vijeće je navelo da tokom unakrsnog ispitivanja, jedna od strana ima pravo da svjedoku postavlja direktna pitanja da bi testirala njegovu pouzdanost i kredibilitet, čak iako bi ovo moglo biti neugodno iskustvo za svjedoka. Pretresno vijeće je napomenulo da u skladu sa najvažnijim uslovom koji se odnosi na relevantnost, PPD MKSJ-a ne ograničava pitanja koja bi se mogla pokrenuti tokom unakrsnog ispitivanja, a koja su usmjerena samo na kredibilitet svjedoka⁵⁶. Zaista, Pravilo 90(H)(ii) PPD MKSJ-a nameće na jednu od strana obavezu da tokom unakrsnog ispitivanja svjedoku izloži prirodu predmeta koja je u kontradikciji sa svjedočenjem svjedoka. Ovo takođe može uključiti ocjenu te strane koja se odnosi na karakter svjedoka⁵⁷. Međutim, unakrsno ispitivanje nije neograničeno i mora se voditi u okviru razumnih ograničenja⁵⁸. Jedno takvo ograničenje je to da svjedok ne treba da bude podvrgnut neprimjerenim ili nepravničnim pitanjima⁵⁹. Kada jedna od strana želi da suoči svjedoka sa onim što efektivno čini navode da je svjedok bio uključen u ozbiljno protivzakonito postupanje, ta strana mora da ima osnovanu sumnju da to učini u vrijeme kada se navodi iznose⁶⁰. Pojam „osnovana sumnja” ne nalaže da strana u svom posjedu ima nepobitne dokaze o zlodjelu; međutim, on nalaže nešto više od običnog predosjećaja, aluzije ili nepotkrijepljenih glasina⁶¹. Jak jezik može biti prihvatljiv u unakrsnom ispitivanju kada strana ima čvrstu osnovu za iznošenje tvrdnji da je svjedok uključen u kriminalne aktivnosti. Međutim, što je slabija osnova za iznošenje tvrdnje, to je potrebno više opreza od strane advokata koji vrši unakrsno ispitivanje⁶². Vijeće je navelo da neće dozvoliti pitanja koja predstavljaju nepotreban napad na svjedoka, kao što su nepotkrijepljene tvrdnje o kriminalnom ponašanju u pogledu

51 Pravilom 64 Međunarodnog suda propisano je da „Poslije dovođenja u sjedište Međunarodnog suda, optuženi će biti zadržan u pritvoru u objektima koje će obezbijediti zemlja-domaćin ili neka druga zemlja. U izuzetnim okolnostima, optuženi može biti zadržan u objektima i izvan zemlje-domaćina. Predsjednik Suda može na zahtjev jedne od strana zatražiti promjenu uslova pritvora za optuženog.” Ljubičić je ranije bezuspješno podnio dva zahtjeva za privremeno puštanje na slobodu.

52 Odluka o zahtjevu za promjenu uslova pritvora, Predsjednik, *Ljubičić* (IT-00-41-PT), 18. avgust 2005

53 Sudija Dennis C.M. Byron (predsjedavajući), Emile Francis Short i Gberdao Gustave Kam.

54 Odluka o pisanom zahtjevu odbrane da ispituje svjedoke Tužilaštva, *Karemera, Ngirumpatse i Nzirorera* (ICTR-98-44-T), Pretresno vijeće, 20. septembar 2005. pod 4.

55 Odluka o unakrsnom ispitivanju Milorada Davidovića, *Krajišnik* (IT-00-39-T), Pretresno vijeće, 15. decembar 2005. (u daljem tekstu: Odluka o unakrsnom ispitivanju u predmetu *Krajišnik*). Odluka je uslijedila nakon izvjesnog broja podnesaka odbrane i Tužilaštva o ispravnosti iznošenja tvrdnji o protivzakonitom postupanju svjedoka tokom unakrsnog ispitivanja.

56 Odluka o unakrsnom ispitivanju u predmetu *Krajišnik*, *supra* nota 80 §9.

57-60 *Ibid*.

61 Vijeće je navelo predmet *Sjedinjene Države vs. Zaccaria* 240 F.3d 75 (1.Cir. 2001) (SAD), u kojem je zaključeno da nedovoljna dokazna osnova za tvrdnju o protivzakonitom postupanju koja je iznesena tokom unakrsnog ispitivanja predstavlja legitiman razlog da se ograniči unakrsno ispitivanje. Vijeće se takođe pozvalo na Profesionalni kodeks Advokatske komore Engleske i Velsa, § 708 (j).

62 Odluka o unakrsnom ispitivanju u predmetu *Krajišnik*, *supra* nota 80 §9.

63 *Ibid*. §10.

svjedoka⁶³. Vijeće je dodalo da njegova odluka ni na koji način ne ograničava mogućnost odbrane da uvede materijal čiji je cilj da utiče na percepciju Vijeća u pogledu svjedokovog kredibiliteta i pouzdanosti⁶⁴.

D. Ograničenja u pogledu dužine trajanja izvođenja dokaza odbrane

1. Ograničenja u pogledu broja svjedoka

Da bi se obezbijedilo da Pretresno vijeće može primijeniti svoja ovlaštenja tokom faze postupka koji se odnosi na odbranu, Pravilo 73ter(C) i (E) PPD MKSJ-a dozvoljava Pretresnom vijeću da, nakon što je saslušalo odbranu, „odredi broj svjedoka koje odbrana može pozvati“ i da „odredi vrijeme koje će odbrana imati na raspolaganju za izvođenje dokaza“⁶⁵. U predmetu *Orić*, nakon odluke Pretresnog vijeća u skladu sa Pravilom 98bis, odbrana je navela da će pozvati 73 svjedoka i procijenila da će joj biti potrebno otprilike 249 sati za izvođenje dokaza⁶⁶. Pretresno vijeće u predmetu *Orić*⁶⁷ oslonilo se na Pravilo 73ter prilikom odbacivanja ovog predloženog okvira, odlučivši da se određenim „dijelovima dokaznog materijala“ „dovoljno bavilo tokom izvođenja dokaza Tužilaštva na način i u onoj mjeri u kojoj prema mišljenju Pretresnog vijeća nisu potrebni drugi dokazi od strane odbrane“⁶⁸. Pretresno vijeće je zaključilo da bi odbrana u predmetu *Orić* trebala podnijeti novi spisak sa ne više od 30 svjedoka.

Žalbeno vijeće⁶⁹ je po žalbi odbacilo odluku, smatrajući da:

Osim ako Pretresno vijeće ne odluči u njegovu korist po tim tačkama i donese formalnu oslobađajuću presudu u skladu sa Pravilom 98 bis, jednostavno se ni na koji način ne može opravdati to da se *Orić* ograniči u smislu predstavljanja informacija, a u pogledu najmanje:

64 *Ibid*, §13.

65 Ova pravila odgovaraju Pravilu 73bis (B) PPD MKSJ-a, koje posebno Pretresnom vijeću daju isto ovlaštenje u pogledu broja svjedoka Tužilaštva i vremena koje Tužilaštvo ima na raspolaganju za izvođenje dokaza.

66 Interlokutorna odluka o dužini trajanja izvođenja dokaza odbrane, *Orić* (IT-03-68-AR73.2), 20. juli 2005. (u daljem tekstu: interlokutorna žalba u predmetu *Orić*), § 3. Tužilaštvo je pozvalo 50 svjedoka i iskoristilo otprilike 260 sati vremena Suda.

67 Sudije Carmel Agius (predsjedavajući), Hans Henrik Brydensholt i Albin Esser.

68 Odluka o prvom i drugom podnesku odbrane u skladu sa nalogom o rasporedu, *Orić* (IT-03-68-T), 4. juli 2005, pod 3, navedena u interlokutornoj žalbi u predmetu *Orić*, *supra* nota 104, §4. Narочito značajno je to da je Pretresno vijeće odlučilo da se dijelovima, navedenim u nastavku, dovoljno bavilo:

- ◆ Istorijski i politički kontekst koji je doveo do oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini u aprilu 1992;
- ◆ Veliki broj napada snaga bosanskih Srba na sela bosanskih Muslimana na geografskom području obuhvaćenom optužnicom, uključujući i bezobzirno razaranja i pljačku sela i zaselaka bosanskih Muslimana, te postavljanje mina od strane snaga bosanskih Srba u i oko razorenih sela i zaselaka bosanskih Muslimana;
- ◆ Ubijanje i nehumano postupanje bosanskih Srba ili snaga bosanskih Srba prema bosanskim Muslimanima, kako prema civilima tako i prema licima koja nisu bili civili;
- ◆ Politika „etničkog čišćenja“ koju su imale političke i vojne vlasti bosanskih Srba prije, za vrijeme i nakon zločina za koja se tereti u optužnici, u i oko Srebrenice;
- ◆ Pozitivno postupanje bosanskih Muslimana prema Srbima – kako civilima tako i licima koja nisu bila civili, taocima ili ranjenima, u bolnicama bosanskih Muslimana – osim u pogledu lica koja su identifikovana u tačkama 1 i 2 optužnice;
- ◆ Situacija u Srebrenici tokom perioda koji je od značaja za optužnicu, naime, zauzimanje položaja od strane snaga bosanskih Srba u i oko Srebrenice, te izolacija Srebrenice od ostatka Bosne i Hercegovine dok je bila pod stalnom opsadom i izložena vazdušnom i artiljerijskom bombardovanju;
- ◆ Priliv izbjeglica u Srebrenicu i kritični uslovi pod kojima je stanovništvo Srebrenice moralo da živi tokom perioda koji je od značaja za optužnicu, što uključuje nedostatak hrane i sanitetsko-medicinskih sredstava, pitanja u pogledu higijene, bezbjednosna pitanja, sporadične prekide električne energije i telekomunikacija;
- ◆ Genocid počinjen protiv bosanskih Muslimana u Srebrenici 1995;
- ◆ Vojna nadmoć bosanskih Srba u vrijeme koje je od značaja za optužnicu, naime, to da su bosanski Srbi bili vojno bolje opremljeni od bosanskih Muslimana i da su, pored toga, bosanski Srbi imali korist od podrške bivše JNA i iz Srbije;
- ◆ Bosanski vojni kapaciteti u Srebrenici u velikoj mjeri su zavisili od oružja koje se moglo zaplijeniti od snaga bosanskih Srba; i
- ◆ Hitna potreba bosanskih Muslimana da napadaju sela i zaseoke navedene u optužnici da bi pokušali obezbijediti hranu, lijekove i oružje radi preživljavanja muslimanskog stanovništva u Srebrenici.

69 Sudije Theodor Meron (predsjedavajući), Fausto Pocar, Mohamed Shahabuddeen, Mehmet Güney i Wolfgang Schomburg.